

# **JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE**



# JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

*ANO XXVI — 2º Trimestre 2000 — N. 90*  
*Florianópolis — SC*  
*2001*

## JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

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

Diretor: Des. Francisco Xavier Medeiros Vieira

Comissão de Jurisprudência:

Des. João José Ramos Schaefer — *Presidente*

Des. Anselmo Cerello

Des. Pedro Manoel Abreu

Des. José Trindade dos Santos

Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi

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

Diretor de Infra-Estrutura:

Mauro Camillo Duarte

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

Praça da Bandeira, n. 208

Caixa Postal n. 427

88 020-901 — Florianópolis — SC

Telefone (48) 221 1213

Fax (48) 221 1200

Telex 481108/482610

Tiragem: 3.000 exemplares

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Tribunal de Justiça.

Florianópolis, SC, 1973 —

Trim.

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

periodicidade irregular de 1891 a 1972

CDU — 340.142 (816.4) (05)

CDD — 34005

## SUMÁRIO

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

### **DOCTRINA**

Notas sobre a natureza jurídica dos serviços odontológicos e a responsabilidade civil dos dentistas — João Eberhardt Francisco, Advogado.....	3
---	---

### **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL**

Mandado de Segurança .....	29
Apelação Cível em Mandado de Segurança .....	32
Apelações Cíveis.....	36
Agravos de Instrumento .....	254
Ação Direta de Inconstitucionalidade .....	289
Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento.....	294
Exceção de Suspeição .....	296

### **JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL**

Habeas Corpus .....	303
Recursos Criminais .....	341
Apelações Criminais .....	351
Embargos de Declaração na Queixa-Crime .....	512
Exceção de Suspeição .....	514
Pedido de Desaforamento .....	516
Revisão Criminal .....	518

<b>JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA</b>	
Mandado de Segurança.....	523
<b>JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	
Agravo Regimental na Ação Rescisória .....	535
<b>JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>	
Recursos Especiais.....	543
<b>VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>	
Recurso Especial.....	557
Recurso Extraordinário .....	559
<b>NOTICIÁRIO</b>	
Homenagem aos lageanos ex-presidentes da OAB Estadual.....	563
<b>ÍNDICE NUMÉRICO.....</b>	571
<b>ÍNDICE POR ASSUNTO.....</b>	577

## COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (maio de 2001)

### TRIBUNAL PLENO

#### **Presidente**

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA

#### **Vice-Presidente**

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

#### **Corregedor-Geral da Justiça**

Des. WILSON GUARANY Vieira

Des. JOÃO MARTINS

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. FRANCISCO BORGES

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

## ÓRGÃO ESPECIAL

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

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

## CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

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

## SEÇÃO CIVIL

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 13h30min — Local: 10º andar

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**  
Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO  
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR\*  
Des. ANSELMO CERELLO  
Des. CARLOS PRUDÊNCIO  
Des. PEDRO MANOEL ABREU  
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES  
Des. José TRINDADE DOS SANTOS  
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI  
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA  
Des. NEWTON TRISOTTO  
Des. SÉRGIO Torres PALADINO  
Des. José MAZONI FERREIRA  
Des. VOLNEI Ivo CARLIN  
Des. LUIZ CEZAR MEDEIROS  
Des. VANDERLEI ROMER  
Des. RUY PEDRO SCHNEIDER



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

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

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. José GASPAR RUBIK\*

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. LUIZ CEZAR MEDEIROS

## **GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL**

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

Des. PEDRO MANOEL ABREU — **Presidente**

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR\*

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

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

Des. ANSELMO CERELLO

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VANDERLEI ROMER

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

## **PRIMEIRA CÂMARA CIVIL**

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — **Presidente**

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

## **SEGUNDA CÂMARA CIVIL**

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

Des. ANSELMO CERELLO — **Presidente**

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VANDERLEI ROMER

### **TERCEIRA CÂMARA CIVIL**

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

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

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

### **QUARTA CÂMARA CIVIL**

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

Des. PEDRO MANOEL ABREU — **Presidente**

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR\*

### **QUINTA CÂMARA CIVIL**

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

Des. JOÃO MARTINS

Des. José GASPAS RUBIK\*

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

### **SEXTA CÂMARA CIVIL**

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CEZAR MEDEIROS

### **CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS**

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

Des. ALBERTO Luiz da COSTA\*

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA — **Presidente**

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

### **PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL**

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

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA — **Presidente**

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. SOLON D'EÇA NEVES

## **SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL**

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

Des. ALBERTO Luiz da COSTA\*  
Des. JORGE MUSSI— **Presidente**  
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE  
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

## **CÂMARA CIVIL ESPECIAL**

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

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR  
Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO  
Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA  
Dr. JAIME RAMOS

## **CÂMARA ESPECIAL — PROCESSOS CÍVEIS**

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

Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA — **Presidente**  
Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

## **CÂMARA ESPECIAL — PROCESSOS CRIMINAIS**

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

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO  
Dr. José Antônio TORRES MARQUES

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

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO  
Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA  
Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS  
Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU  
Dr. José Antônio TORRES MARQUES  
Dr. WILSON Augusto do NASCIMENTO  
Dr. SÉRGIO Roberto Baasch LUZ  
Dr. JAIME RAMOS  
Dra. MARIA DO ROCIO Luz SANTA RITTA

## **JUÍZES CORREGEDORES**

Dr. NICANOR CALÍRIO DA SILVEIRA  
Dr. TULIO JOSÉ MOURA PINHEIRO  
Dr. ROBERTO LUCAS PACHECO

**DIRETOR-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Dr. PERIANDRO ALVES BALBINO

**DIRETOR ADJUNTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Dr. ARI DORVALINO SCHÜRHAUS

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

Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU — Des. José GASPAR RUBIK

Dr. José Antônio TORRES MARQUES — Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Dra. MARIA DO ROCIO Luz Santa RITTA — Des. ALCIDES dos Santos  
AGUIAR

**DOCTRINA**



# NOTAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS ODONTOLÓGICOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS DENTISTAS

João Eberhardt Francisco  
Advogado

“O ponto de vista, em que nos devemos focalizar, para compassar com o espírito toda a extensão da responsabilidade profissional, como proteção aos valores sociais e humanos em jogo, não é o do paciente, em sua posição de vítima, não é o do profissional, em atitude de responsável; tem de ser o ponto de vista, mais alto e mais dilatado, da humanidade, organizada na ordem jurídica, para poder suster-se na composição e na harmonia de todos os interesses, evoluindo socialmente da subordinação à matéria aos triunfos do espírito e da cultura” (J. Guimarães Menegale).

## I. BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Com o surgimento da intervenção do poder estatal na solução dos conflitos, superado o sistema da vingança privada, passam a funcionar os sistemas jurídicos com fulcro na ação coercitiva estatal no intuito de regular as relações humanas através da sanção.

Organizaram-se, assim, os ordenamentos jurídicos através de mandamentos proibitivos, que, uma vez descumpridos, ensejariam a ação do

Estado de modo a punir o infrator e restaurar o equilíbrio danificado por eventuais distúrbios<sup>1</sup>.

O secular anseio de reequilibrar as relações humanas através do binômio mandamento-sanção é, ainda hoje, uma das idéias-força estruturantes dos ordenamentos jurídicos, colocando em seu epicentro a responsabilidade do infrator por seu ato.

O professor Lima Lopes, já alertava que “todo o direito como o entendemos hoje em dia, pode ser resumido na questão da responsabilidade: de quem deve o que, a quem e em que casos. Isto quer dizer, toda a pergunta a fazer, em termos jurídicos, pode resumir-se, em última instância, ao saber como atribuir sanções, positivas ou negativas”<sup>2</sup>.

E mais adiante, ao tratar da responsabilidade nos diversos ramos do direito, esclarece o autor:

“Todos os ramos do direito procuram dar a esta questão suas próprias respostas, organizando um quadro de referências que lhes seja mais ou menos próprio. Assim, construiu-se um sistema de sanções e responsabilidades civis entre particulares, outro de sanções e responsabilidades penais, outro de sanções e responsabilidades administrativas. Todos se resumem numa teoria geral da responsabilidade, objeto da teoria geral do direito”<sup>3</sup>.

A nós interessa, para os fins do presente estudo, o conceito de responsabilidade na regulação das relações civis privadas, no âmbito contratual ou não, com o deslocamento da questão de “quem produziu” o dano (caráter punitivo da sanção) para “como será ressarcido o dano” (caráter reparatório da sanção).

Nesse contexto, devemos considerar que o conceito de responsabilidade civil varia de acordo com as correntes doutrinárias adotadas pelos estudiosos, bem como em função do período histórico de seu desenvolvimento<sup>4</sup>.

---

1 Nesse tocante, a referência à *Lei Aquilia* é obrigatória, diploma que permitiu o desenvolvimento da responsabilidade civil extracontratual no Direito Romano, havendo substituído as penas fixas estabelecidas na *Lei das XII Tábuas*, pela idéia de reparação pecuniária do dano causado, consolidando a transição do sistema de vingança privada para o sistema do monopólio estatal da força coercitiva.

2 “Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor”, pp. 9/10, São Paulo: RT, 1992.

3 *Idem, ibidem*.

4 Sobre a dificuldade de definição do conteúdo de responsabilidade civil: DIAS, José de Aguiar, “Da responsabilidade civil”, vol. I, 10.ed., p. 13. Rio de Janeiro: Forense, 1998. “O dissídio que lavra na doutrina, com relação ao problema da responsabilidade civil, alcança



Podemos salientar aqui a longínqua querela entre os subjetivistas e os objetivistas. Aqueles, reportando ao ato culposo (e, portanto, ao agir individualizado) o núcleo central da responsabilidade civil e do subsequente dever indenizatório; estes, centralizando a preocupação no direito da vítima ao ressarcimento, levando em conta, geralmente, o tipo de atividade desenvolvida pelo causador do dano e os riscos que a envolvem.

Tal disputa caminha ainda hoje, sendo travada lenta e gradual alteração em âmbito acadêmico, nos tribunais e na coloração a ser dada aos instrumentos legislativos emanados pelo Estado.

Como exemplo deste debate no nível legislativo, pode-se citar a edição da Lei n. 8.078/90 (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor), que optou majoritariamente<sup>5</sup> pelo conceito objetivo, entre outros fatores, por influência do direito norte-americano<sup>6</sup>, e o Projeto de Código Civil, que abre espaço para as duas concepções<sup>7</sup>.

---

todos os seus aspectos. E começa, naturalmente, pela sua definição, a cujo propósito se manifestam divergências tão profundas — a acusar a luta, fecunda de consequências, entre a concepção tradicional de culpa e a doutrina moderna do risco — que Mazeud e Mazeud, não obstante sua colocação entre os maiores pesquisadores da matéria, não hesitam em confessar a tentação de enfrentar o tema sem o definir”.

- 5 Como se verá adiante, foi mantida a concepção subjetiva em relação à responsabilidade civil dos profissionais liberais.
- 6 Os doutrinadores responsáveis pela elaboração da referida lei esclarecem a influência do direito norte-americano. “Uma palavra à parte merece a influência do direito norte-americano. Foi ela dupla. Indiretamente, ao se usarem as regras européias mais modernas de tutela do consumidor, todas inspiradas nos *cases* e *statutes* americanos. Diretamente, através da análise atenta do sistema legal de proteção ao consumidor nos Estados Unidos. Aqui foram úteis, em particular, o *Federal Trade Commission Act*, o *Consumer Product Safety Act*, o *Truth in Lending Act*, o *Fair Credit Reporting Act* e o *Fair Debt Collection Practices Act*” (GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto”, 5.ed., p. 10. São Paulo: Forense, 1997).
- 7 Até autores que laboram majoritariamente no campo da culpa e da análise individualizada da responsabilidade civil notam os desdobramentos desta disputa. *Vide* PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Responsabilidade Civil”, 9.ed., p. 24. Rio de Janeiro: Forense, 1998: “O Projeto do Código de Obrigações de 1965 estabeleceu, então, no art. 855, a norma geral de subordinação da responsabilidade civil independentemente da culpa, nos casos previstos em lei. E o art. 872 perfilha abertamente a teoria do risco criado, nestes termos: aqueles que, em razão da sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo. Com este enunciado, sem repelir a teoria da culpa, institui a presunção do risco, em decorrência da atividade ou profissão do causador do dano. O Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto 634-B) absorveu a doutrina e estabeleceu, no art. 929, parágrafo único: Todavia haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem. A tendência manifesta dos dois projetos de reformulação de nosso direito privado fazia prever que, de *iure condendo*, a teoria do risco encontraria abrigo em norma genérica de nosso direito positivo”.

As divergências aparecem também, como afirmado, em função do período histórico no qual os estudiosos desenvolveram suas pesquisas e emitiram concepções.

O civilismo do início do século, influenciado pelas concepções individualistas do liberalismo dos séculos XVIII e XIX, foi pródigo em deslocar a questão para o âmbito da culpa individual.

Embasados no Código Napoleônico, estudiosos da responsabilidade civil afirmavam sustentar-se a necessidade de reparação do dano somente na prova de conduta culpada do agente<sup>8</sup>.

Entretanto, com a expansão irresistível da indústria, a realidade social alterou-se de forma drástica, notadamente pela certeza da ocorrência de acidentes e danos oriundos de atividades até então desconhecidas.

Este novo padrão de organização histórica acabou levando a responsabilidade civil para outros quadrantes, pois com a revolução industrial e as conseqüências desse fenômeno, tornaram-se mais complexos e perigosos os mecanismos de relacionamento privado, sendo cada vez mais difícil a reparação da vítima dentro da concepção subjetiva de responsabilidade até então dominante.

BITTAR noticia a influência da revolução industrial sobre o pensamento jurídico:

“(...) experimentou, mais tarde, a teoria em causa, sensível evolução, a partir da introdução das máquinas no processo industrial (na denominada Revolução Industrial) e das conseqüências desse fenômeno, com destaque para a intervenção do Estado nos domínios privados e a evolução do pensamento humano, com a predominância de um sentido social no enfoque e na solução das questões então surgidas, em particular na relação empresa-trabalhador. Com efeito, com a disseminação do uso de máquinas, tornando mais complexos e mais perigosos os mecanismos de relacionamento privado, buscou o pensamento jurídico fórmula de equilíbrio que pudesse assegurar às vítimas a necessária reparação. Verificou-se desde logo — e, inicialmente, no campo dos acidentes do trabalho que insuficiente se mostrava a concepção da responsabilidade civil embasada na subjetividade, para a perfeita satisfação do lesado, em especial pelo aumento dos riscos que as máquinas acarretaram, pela sucessão de

8 Sobre o tema, PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 6. “Dada sua influência na construção da doutrina francesa, pode-se dizer que a teoria da responsabilidade civil nos Códigos modernos deve muito ao Código Napoleônico. Nesse monumento legislativo de 1804, vai buscar inspiração o conceito de responsabilidade civil no século passado, notadamente o princípio enunciado no art. 1.382: *Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”.

acidentes com elas ocorridos e pela aceleração do hiato entre o empresário (dono das fábricas e de grandes capitais) e o trabalhador (hipossuficiente e sem mecanismos de defesa adequados)”<sup>9</sup>.

Mas o conceito de responsabilidade civil continua a sofrer constante evolução, principalmente diante do que se convencionou denominar de “A Era Tecnológica”, verificando-se a necessidade de responsabilização em campos do conhecimento antes sequer imaginados, como no comércio eletrônico e informacional ou na utilização da biotecnologia<sup>10</sup>.

Desponta nessa análise a autora argentina Graciela Nora Messina de Estrella Gutiérrez:

*“La era tecnológica — a su turno — presenta nuevos problemas a la indemnización de danos, como ha quedado evidenciado por la preocupación de los juristas en los últimos tiempos, tendientes a lograr la adecuación del derecho a los nuevos cambios: responsabilidad civil emergente de la informática, y los futuros daños que aún nos aguardan como consecuencia del desarrollo de la biotecnología. Esta problemática — resultado de la evolución tecnológica — fue conformando verdaderas tendencias e la teoría general de la responsabilidad civil: 1. la ampliación de los daños reparables; 2. la objetivación de la responsabilidad civil; 3. la prevención y evitación de los daños; 4. el aumento de la nómina de factores de atribución; 5. el ensanchamiento de la posibilidad de reclamar: sea por el campo más amplio de legitimados pasivos contra quienes dirigir la acción o por el reconocimiento de mayor cantidad de legitimados activos; 6. el aligeramiento a la víctima de la carga de la prueba, que también se logra, en ocasiones, por las presunciones de causalidad cada vez más numerosas; 7. un proceso gradual de socialización de los riesgos mediante el seguro obligatorio y la seguridad social; 8. y, en fin, la protección de las víctimas de daños asegurándole el cobro de la indemnización que se logra mediante mecanismos tales como la invalidez de la abreviación convencional del plazo de prescripción, la nulidad de las cláusulas limitativas de responsabilidad o la creciente preocupación por reglamentar los contratos de contenido predispuesto y condiciones generales. Este diseño nuevo de la responsabilidad civil nos lleva*

9 BITTAR, Carlos Alberto. “Responsabilidade civil nas atividades perigosas”, in *Responsabilidade Civil — doutrina e jurisprudência*, p. 89, coordenado por Yussef Cahali. São Paulo: Saraiva, 1994.

10 Nesse ponto, vem o Brasil enfrentando interessante e importantíssimo debate em relação aos produtos agrícolas transgênicos, desenvolvidos com moderna tecnologia genética e patenteados. As respostas de diversos setores têm sido diferentes, com destaque para o posicionamento recente do governo do Rio Grande do Sul.

*también al replanteo de sus funciones y fundamentos que adecuen a los nuevos tiempos*”<sup>11</sup>.

Leite de Campos igualmente explica o alargamento da responsabilidade civil, demonstrando que a evolução das relações humanas, principalmente diante da revolução industrial e, agora, tecnológica, exige, em atenção aos princípios de justiça, que nenhum dano fique sem ser indenizado, não mais se admitindo a “necessidade de suportar, como um preço de existir, os poucos danos que eram produzidos sem culpa e que, no fim das contas, iam onerar um diminuto número de cidadãos, escolhidos indiscriminadamente de entre todo o corpo social”<sup>12</sup>.

Articulando tese preocupada com a convivência do homem e as técnicas eivadas de risco que surgem, o autor traz notável contribuição:

“Proibir essas atividades perigosas seria o mesmo que impedir o progresso técnico. Em vez disso, passou-se a entender que quem utiliza coisas perigosas deve suportar as conseqüências prejudiciais do seu emprego, já que delas colhe o principal benefício (*ubi commoda ibi incommoda*). Se no âmbito da circulação automóvel a evolução ainda não ultrapassou, marcadamente, a fase da responsabilidade objetiva, nos acidentes de trabalho foi mais longe, com base na consideração de que tais acidentes são, muitas vezes, resultantes de descuidos ou negligência explicáveis pela fadiga ou falta de preparação do operário, pôs-se a cargo da entidade patronal a indemnização de todos os danos que não resultem de dolo ou culpa grave do trabalhador. Tratar-se-ia, do mesmo modo, de um risco derivado da máquina e da organização da empresa moderna. (...) Os acidentes de trabalho e os ocasionados por veículos automóveis foram, sem dúvida, o núcleo de um processo que se estendeu a muitos outros campos, impulsionado pela idéia de que nenhum dano deve ficar sem indemnização. E para o dano não ficar sem indemnização é necessário, pelo menos em uma primeira fase, encontrar um responsável. Nesta procura multiplicam-se os casos de responsabilidade objectiva (acidentes de caça, por ex.), de presunção de culpa (pessoas encarregadas de vigilância etc.), e as obrigações de resultado”<sup>13</sup>.

Mais adiante, essa procura de um responsável através da adjetivação da responsabilidade civil (por culpa presumida, objetiva etc.) sofrerá a concorrência da ação previdenciária estatal e do seguro privado, não se

11 GUTIÉRREZ, Graciela Nora Messina de Estrella. “La responsabilidad civil em la era tecnológica — tendencias y prospectiva”, p. 16. Buenos Aires: A.P., 1989.

12 LEITE DE CAMPOS, Diogo José Paredes. “Seguro da responsabilidade civil fundada em acidentes de viação — da natureza jurídica”, pp. 16/9. Coimbra: Almedina, 1971.

13 *Idem, ibidem*.

cogitando apenas do responsável pelo ressarcimento do dano, mas também dos modos de garantir que os danos não causem disfunções nas relações estabelecidas.

## II. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA VISÃO DOS CIVILISTAS

O conceito de responsabilidade civil, como vimos, tem apresentado diversas concepções, sendo única constante observável a tentativa dos legisladores e doutrinadores em acompanhar as evoluções e revoluções (ou, na terminologia de Thomas Khun<sup>14</sup>, “rupturas paradigmáticas”) que se apresentaram na sociedade.

Procuraremos, contudo, perfilar algumas definições elaboradas pelos doutrinadores pátrios a fim de extrair seus elementos mais significativos.

Aguiar Dias, apontado por muitos como o mais eminente estudioso do tema no Brasil, em obra fundamental, afirmava que é “responsável aquele que em definitivo suporta um dano”. Assim, reportando-se a Joserand, salientava que se deve tomar “a responsabilidade civil no seu sentido mais amplo”<sup>15</sup>.

Atacando duramente os partidários das concepções subjetivistas, analisa as transformações da responsabilidade dentro de um contexto mais amplo — o da mudança do próprio direito civil.

“Não vemos utilidade em continuar a dissimular esse desencontro entre a denominação e o conteúdo da responsabilidade civil. Já não é só o leigo que amplia a significação do instituto a plano muito mais vasto do que o que estava contido na idéia primitiva. São os próprios juristas, e dos mais insignes, que prestigiam essa noção, reconhecendo que a idéia do ressarcimento prima sobre a da responsabilidade. Aliás, o fenômeno não é isolado, mas comum às transformações do direito civil. O verdadeiro sentido dessa evolução é a preocupação de assegurar melhor justiça distributiva, com a adaptação das instituições antigas às exigências da vida moderna. Enquanto a evolução atende às exigências permanentes da justiça, forçosamente determinará alterações periódicas no elemento de segurança das normas, a fim de acomodá-las à sociedade que se transforma. As alterações, por vezes surpreendentes, das condições da vida material,

14 *Apud* FARIA, José Eduardo. “O Direito da Economia Globalizada”. Malheiros, São Paulo: 1999.

15 *Op. cit.*, pp. 13-4.

tornam indispensável a criação, diríamos melhor, a retificação das normas jurídicas. Mas há princípios que permanecem imutáveis: os que ordenam a boa-fé, a fidelidade e a lealdade dos negócios jurídicos; os que proíbem o dolo, a fraude e a torpeza. A idéia de responsabilidade não podia fugir a essa contingência. Sua transformação é resultado das mudanças sociais, notadamente do grande desenvolvimento da indústria. Da responsabilidade assente na culpa se passa rapidamente às presunções *juris tantum*, e daí à responsabilidade legal”<sup>16</sup>.

Alvino Lima, da mesma forma, apontou a transformação do instituto rumo à priorização do ressarcimento.

“Vimos que o conceito clássico da culpa, sob fundamento psicológico, exigindo do agente a imputabilidade moral, cedeu terreno às várias noções e aplicações da culpa objetiva, no sentido de eliminar da responsabilidade extracontratual o elemento subjetivo. O entrechoque, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões de direitos em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e das riquezas, a multiplicação indefinida das causas produtoras do dano, advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade imperiosa de se proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta díspar entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia maiores, de se provar a causa dos acidentes produtores de danos e dela se deduzir a culpa, à vista dos fenômenos ainda não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade, a radioatividade e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista. Era imprescindível, pois, rebuscar um novo fundamento à responsabilidade extracontratual, que melhor resolvesse o grave problema da reparação de danos, de molde a se evitarem injustiças que a consciência jurídica e humana repudiavam”<sup>17</sup>.

Adiante, acentuando a preocupação com a vítima, afirma:

“A responsabilidade deve surgir exclusivamente do fato, considerando-se a culpa um resquício da confusão primitiva entre a responsabilidade civil e a penal. O que se deve ter em vista é a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano e não a idéia de infligir uma pena ao autor do prejuízo causado. Os dados econômicos modernos determinam a respon-

16 *Idem*, p. 15.

17 LIMA, Alvino. “Culpa e risco”, 2.ed., atualizada por Ovídio Sandoval, pp. 113-4. São Paulo: RT, 1998.

sabilidade fundada sobre a lei econômica da ‘causalidade entre o proveito e o risco’”<sup>18</sup>.

Couto de Castro auxilia-nos também nos contornos que vem ganhando o problema:

“O assentamento da falta de diligência como pressuposto da reparação se expandiu do Código Napoleônico para as demais codificações da Europa e América Latina, mas, a esse tempo, a todo cabo já andava a revolução industrial, trazendo consigo novas concepções. E certo que, à primeira vista, poderia e pode parecer justo que uma pessoa só responda por prejuízos decorrentes de ação culposa; mas com o avanço da revolução industrial, multiplicavam os casos nos quais era difícil demonstrar o contrário.

“Basta apresentar a equação nos seguintes termos: de um lado, o responsável pela conduta falha, mas que provocou o dano; de outro lado, o lesado, a vítima que, normalmente, também não terá agido com culpa. Se nenhum dos dois é culpado, é socialmente mais justo atribuir o ônus indenizatório àquele que cria, o risco (teoria do risco criado) e, outras vezes mais ainda, provoca o risco e daí obtém um proveito (teoria do risco proveito). A teoria do risco já tinha certo impulso no final do século passado, na Europa, em especial na França, e foi na legislação de acidente de trabalho que primeiro se cristalizou, em texto escrito, de acordo com a visão corrente. Quando da elaboração do anteprojeto do Código Civil, a então moderna crítica não era estranha a Beviláqua, mas, tal como aprovado, em 1916, o Código trazia raras concessões à responsabilidade sem falta. É claro que, com o correr dos anos e o advento de leis esparsas, a leitura do Código acabou por mudar”<sup>19</sup>.

Não podemos descurar, no entanto, do contexto socioeconômico e histórico em que se dá a objetivação da responsabilidade civil, pois a efetiva *evolução*<sup>20</sup> no pensamento jurídico foi a mudança do *enfoque punitivo* para a concentração na figura da vítima e na sua *reparação* diante da *massificação* e conseqüente *despersonalização* das relações humanas, principalmente as econômicas, tornando-se praticamente impossível, em alguns casos, a identificação do causador do dano.

---

18 *Idem*, p. 116.

19 CASTRO, Guilherme Couto de. “A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro”, 2.ed., pp. 30-1. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

20 Com o termo “evolução” não consideramos um processo de modificações que excluem as etapas anteriores da teoria da responsabilidade civil, mas o surgimento de novas teorias a atender às demandas emergentes da sociedade, em coexistência com as teorias anteriores, que continuam sendo aplicadas no quanto forem adequadas e satisfizerem o escopo social.

Essa ressalva faz-se necessária porque há relações em que não é possível aplicação dogmática e automática das teorias que fundamentam a responsabilidade civil. Há danos que não são gerados pela evolução tecnológica da sociedade de massa, nem se enquadram no que se havia convencionalmente denominar *Act of God*, ao contrário, é identificável o seu causador e as causas do seu ato.

Contextos diversos exigem soluções diversas, sendo necessário levar-se em conta fatores como: a igualdade ou não das partes contratantes, a possibilidade de se individualizar os pólos da relação jurídica e, como no caso do presente estudo, *limites técnicos e científicos* porventura existentes na atuação daquele a quem se poderia imputar a causalidade do dano, papéis diversificados exercidos pelo mesmo agente em momentos distintos etc.

Essa proposição é colocada sem o temor de parecer contrariar o que até então foi dito, a teoria clássica da culpa é, de fato, insuficiente para a resolução dos conflitos apresentados na sociedade moderna, todavia, há de se reconhecer que existem situações em que é necessária a avaliação dos fatores subjetivos, sem a qual a aplicação da norma resultaria em *simples punição* do agente causador do dano, o que, como se viu, colidiria frontalmente com as razões propulsoras da evolução do conceito de responsabilidade civil.

Como diz Alvino Lima em relação a estas correntes doutrinárias e a evolução do pensamento jurídico neste tema: “Ambas, porém, continuarão a subsistir, como forças paralelas, convergindo para um mesmo fim, sem que jamais, talvez, se possam exterminar ou se confundir, fundamentando, neste ou naquele caso, a imperiosa necessidade de ressarcir o dano, na proteção dos direitos lesados”<sup>21</sup>.

Em nosso ordenamento jurídico coexistem os diversos estágios da responsabilidade civil existentes na evolução que em breves linhas declinamos, da culpa à teoria do risco, devendo ser analisado a cada caso, a luz das leis e do desenvolvimento da sociedade, como deverá ser caracterizada a responsabilidade do causador do dano.

Cuidando-se dos danos decorrentes de erro profissional, outra preliminar metodológica a ser equacionada diz com a definição da espécie da obrigação prestada pelo causador do dano, se de meios ou de resultado.

---

21 Ob. cit., p. 41.



### III. NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DOS DENTISTAS

As obrigações consistem em comportamentos comissivos ou omisivos que podem ser exigidos de alguém; tratam-se, assim, de condutas que se materializam em um dar, um fazer ou um não fazer.

A relação obrigacional que se estabelece entre o odontólogo e o seu paciente não refoge à esta classificação. É uma obrigação em que o profissional atua positivamente, interferindo no quadro de saúde que o paciente apresenta, para empregar, com sua atividade pessoal, o conhecimento científico que ele agrega<sup>22</sup>.

Trata-se portanto de uma obrigação de fazer que, se descumprida, faz surgir a responsabilidade do profissional, observados, contudo, os limites da técnica e da ciência.

Aqui se apresenta questão que merece enfrentamento antes que se dê continuidade ao presente estudo: qual a fonte a natureza da responsabilidade do cirurgião-dentista, contratual ou extracontratual?

Discute-se quanto a este ponto como nasceria a obrigação do odontólogo junto ao seu paciente, se com um contrato ou se resultante de obrigações que lhe impostas pelo nosso ordenamento jurídico, que lhe comina sanções para efetivar o seu cumprimento.

Temos que a responsabilização do dentista poderá exsurgir independentemente da existência de um contrato (formal ou tácito) com seu paciente, pois, mesmo na sua ausência, subsiste o dever do profissional, em virtude, até mesmo, em última análise, do disposto no art. 159 do Código Civil Brasileiro.

Ademais, são variadas as hipóteses em que se pode vislumbrar a existência do vínculo obrigacional, sem que exista qualquer manifestação de vontade das partes.

De outra parte, como noticia Fábio Konder Comparato<sup>23</sup>, esta dicotomia vem sendo superada no direito comparado, exatamente pela dificuldade em distinguir qual seria a fonte da responsabilidade em alguns casos, como aqueles relacionados com a atividade profissional liberal.

---

22 Não podemos olvidar, além disso, junto com CARLOS ALBERTO GHERSI, que “toda relación profesional-cliente significa una relación jurídica científica de confianza e personalizada” (GHERSI, Carlos Alberto *et alli*. “Responsabilidade Profesional”, Editorial Astrea, Buenos Aires: 1995, p. 108).

23 COMPARATO, Fábio Konder. “A mora no cumprimento de obrigações contratuais pecuniárias e suas conseqüências”, *in* Direito Empresarial, Saraiva, São Paulo: 1995, p. 369.

Alerta ainda o autor, com fundamento em Jean Cuendet, que existe uma identidade de princípios fundamentais entre as duas responsabilidades, sendo que “Ao contrário do que se sustenta, a responsabilidade contratual não é mais rigorosa que a delitual”<sup>24</sup>.

Continuando em sua explanação o referido autor, agora com apoio em André Tunc, traz as seguintes críticas pertinentes à rígida dicotomia entre os regimes jurídicos de cada modalidade de responsabilização:<sup>25</sup>

“a) a dificuldade prática de se determinar se certos danos sobrevieram no campo contratual ou extracontratual;

“b) a ausência de justificação racional para a maior parte das diferenças apontadas entre os dois regimes de responsabilidade;

“c) a inexactidão de se dizer que certas responsabilidades são criadas unicamente pela lei e outras tão-só pela estipulação contratual;

“d) em certas situações, uma pessoa tem deveres jurídicos que decorrem da natureza de sua atividade profissional, haja ou não relação contratual envolvida no caso;

“e) as diferenças de fundamento e de regime dos dois tipos de responsabilidade tornam-se mais ou menos absurdas, quando a mesma atividade pode criar uma responsabilidade que seria contratual em relação a uma parte e delitual em relação a terceiros”.

Basta para verificarmos a pertinência de tais críticas a exposição de singelo exemplo.

Imaginemos a situação de alguém que tenha sofrido um acidente de automóvel e que seja hospitalizado inconsciente, levado por terceiros que não tenham qualquer relação consigo, vindo a sofrer intervenções cirúrgicas médicas e odontológicas.

Por certo, não é possível afirmar-se que houve qualquer contratação com esta pessoa, ainda que tácita, pois nenhuma manifestação de vontade houve. O atendimento deu-se por dever de ofício dos médicos e dentistas ali envolvidos, um dever jurídico decorrente da sua atividade profissional, como diz Comparato.

Se nesse caso, porventura, verificar-se a responsabilidade de algum dos profissionais que o atenderam, por algum dano que lhe for causado, a solução jurídica será idêntica à que seria observada se tivesse ocorrido a contratação.

---

24 *Idem, ibidem.*

25 *Idem, p. 370.*

Deve-se considerar, portanto, não a fonte da responsabilidade, mas sim a natureza da obrigação: se de meios ou de resultado<sup>26</sup>.

As obrigações podem ser classificadas em próprias, de meios ou de resultado<sup>27</sup>.

As obrigações de meios são aquelas em que a prestação efetuada é apenas do emprego, pelo profissional de seu saber, diligência e aptidão, para cumprir as medidas que normalmente conduzirão ao resultado espe-

---

26 Ver COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 369.

27 Ver DEMOGUE, René. "Traité des obligations em général". Paris, França, 1923-1933, t. X, parágrafo 2237 e t. VI, parágrafo 599.

rado. O credor dessa prestação poderá esperar o resultado e potencialmente alcançá-lo, mas não poderá exigi-lo<sup>28</sup>.

As obrigações de resultado, ao contrário, têm como objeto o fim mediato pretendido, não satisfazendo a pretensão do credor apenas a tentativa em alcançá-lo.

Nesse ponto encontra-se uma das questões que mereceram maior atenção por parte dos juristas: os serviços odontológicos podem ser classificados como obrigações de meio ou de resultado?

Embora verdadeiro truísmo, necessário ressaltar que a precisão da classificação da natureza da obrigação é de extremada relevância para a caracterização da responsabilidade do dentista.

Se considerada a obrigação como de meio, o que é exigido do profissional é que aplique as regras técnicas, utilizando-se dos procedimentos desenvolvidos e aceitos no seio da comunidade científica a qual pertence, isto é, exige-se a utilização de todos os meios adequados ao alcance do profissional.

Não se cogitará, por conseguinte, que um dentista, em caso de emergência ou de enfermidade ainda não alcançada pelas técnicas até então desenvolvidas, seja responsabilizado por não ter alcançado o resultado almejado (excetuadas, por óbvio, as hipóteses em que incorrer nas condutas descritas no art. 1.545 do Código Civil Brasileiro).

A premissa lógica dessa regra aceita que, em casos como esse, a ciência ou as técnicas da saúde, por mais evoluídas que sejam, não são capazes de reter e controlar as miríades de variáveis insertas no fluxo da vida.

Para, afora o supracitado artigo do Código Civil, na realidade, o reconhecimento da falibilidade humana refletida na ciência, admitindo-se que o odontólogo não pode ser responsabilizado de forma objetiva diante de um fato que a própria ciência humana não entende ou não obteve controle.

Entretanto, como se sabe, a grande maioria das situações enfrentadas na vida profissional do dentista não são desenhadas em tal limite de intangibilidade.

Pelo contrário, tratando-se de restaurações e aperfeiçoamentos estéticos, em que o cirurgião-dentista tem controle das técnicas utilizadas e — e isso é o mais importante — interfere em um paciente que apresenta

---

28 Nesse sentido, ZUCCHERINO, Ricardo Miguel. "La praxis médica em la actualidad". De palma, Buenos Aires: 1994, pp. 13-14.

um quadro de saúde equilibrado e estável, sua intervenção não pode conduzir a uma enfermidade ou a uma deficiência.

A doutrina pátria vem entendendo que, ao contrário do que ocorre em relação aos médicos, a obrigação do odontólogo seria, em regra, de resultado, pois a intervenção do cirurgião-dentista envolveria, segundo expressão de Menegale, procedimentos mais “regulares e restritos”, sendo igualmente mais facilmente identificável a origem ou causa (etiologia) de tais doenças ou distúrbios.

AGUIAR DIAS observa:

“Se, em princípio, a responsabilidade médica decorre de uma obrigação de meios, só excepcionalmente se manifestando por força de obrigação de resultado, não é possível dizer o mesmo da responsabilidade do cirurgião-dentista. Mostra-o incisivamente Guimarães Menegale, observando, com inteira propriedade, que o compromisso do cirurgião-dentista envolve mais acentuadamente uma obrigação de resultados, porque ‘...a patologia das infecções dentárias corresponde etiologia específica e seus processos são mais regulares e restritos, sem embargo das relações que podem determinar com desordens patológicas gerais: conseqüentemente, a sintomatologia, a diagnose e a terapêutica são muito mais definidas e é mais fácil para o profissional comprometer-se a curar’”<sup>29 30</sup>.

Igualmente observa Stoco, após considerar que “em alguns casos se possa dizer que a sua obrigação é de meio, na maioria das vezes, apresenta-se como obrigação de resultado”, que:

---

29 *Op. cit.*, pp. 319/20.

30 A observância do texto integral de MENEGALE, entretanto, pode levar à conclusão diversa do que entendeu o insigne AGUIAR DIAS, podendo interpretar-se que a intenção do autor foi a de tão-somente relevar que na prática odontológica identifica-se um maior número de procedimentos que são caracterizados como obrigações de resultado. Veja-se: “Releva, porém, caracterizar a rigor o objeto do contrato assim estabelecido. Nas profissões sanitárias, como a medicina e a odontologia, é evidente que o compromisso contratual do profissional não pode consistir em restaurar a saúde agravada, mas em empregar todos os recursos disponíveis com esse fim. Por isso, diz-se que é uma obrigação de meio e não de resultado, ou — para adotarmos a definição da jurisprudência francesa — consiste em prodigalizar ao cliente ‘cuidados conscienciosos, atenciosos, e, salvo circunstâncias excepcionais, conforme aos dados adquiridos pela ciência’ (...) No concernente à profissão cirúrgico-dentária, acreditamos que o compromisso profissional é menos de meios que de resultado. Efetivamente, à patologia das infecções dentárias corresponde etiologia específica e seus processos são mais regulares e restritos, sem embargo das relações que podem determinar com desordens patológicas gerais; conseqüentemente, a sintomatologia, a diagnose e a terapêutica são muito mais definidas, — e é mais fácil para o profissional comprometer-se a curar” (Revista Forense, outubro de 1939, vol. LXXX, fascículo 436, pág. 53).

“Aliás, essa obrigação de resultado mais se evidencia quando se cuide de tratamento dentário que envolva a colocação de prótese, restauração, limpeza etc., voltadas para o aspecto estético”<sup>31</sup>.

Acreditamos, no entanto, que a obrigação do odontólogo será de resultado ou de meio conforme a natureza de sua intervenção.

Para melhor esclarecer este ponto, podemos utilizar dois “tipos ideais”<sup>32</sup>: a intervenção meramente estética e a intervenção de urgência.

Na primeira hipótese, conforme já se observou, a obrigação será de resultado porque, além do tempo de exame e preparo do odontólogo para a intervenção, tem ele a obrigação implícita de não lesionar(não-fazer) o paciente saudável.

Na segunda hipótese, o profissional tem que trabalhar em condições de extremada pressão, sem o tempo necessário para um diagnóstico seguro, e, muitas vezes, sem o material e equipamento necessários para realizar a intervenção com a segurança que lhe seria exigível em circunstâncias diversas.

A responsabilidade civil do dentista deverá ser analisada, no caso concreto, conforme se aproximar de um desses “tipos ideais”, extremos da sua conduta, e se afastar do outro, não sendo possível, contudo, o enquadramento de suas condutas em modelos estanques, classificando-as, *a priori*, como obrigações de meios ou de resultado.

31 STOCO, Rui. “Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial”, 3.ed., p. 172. São Paulo: RT, 1997.

32 Nas palavras de um estudioso da sociologia do direito através de premissas weberianas, “O ‘tipo ideal’ corresponde a um processo de construção conceitual que abstrai de fenômenos concretos o que existe, tornando possível verificar como surgem, como se expandem e como mudam as formas específicas de ação social. Não pretendendo adequar-se a nenhuma realidade empírica particular. O ‘tipo ideal’ é um vazio de conteúdo real, consistindo em pautas de constatação que permitem avaliar os fenômenos sociais em sua relatividade. Enquanto a construção lógico-analítica forjada com base em elementos teóricos e hipotéticos, o ‘tipo ideal’ não é uma proposição que pode ser classificada como verdadeira ou falsa, porém apenas como válida ou inválida conforme sua utilidade para uma compreensão significativa de acontecimentos. Nas palavras de Weber, ‘o conceito de tipo ideal propõe-se a formar o juízo de atribuição. Embora não seja uma hipótese, pretende apontar o caminho para a formação de hipóteses. Embora não seja um enunciado do real, pretende conferir a esse enunciado meios expressivos unívocos (...) Obtém-se um tipo ideal mediante a acentuação unilateral de um ou vários pontos de vista, e mediante o encadeamento de grande quantidade de fenômenos isoladamente dados (...) que se podem dar em maior ou menor número ou mesmo faltar por completo, e que se ordenam segundo os pontos de vista unilateralmente acentuados, a fim de se formar um quadro homogêneo do pensamento. Torna-se impossível encontrar-se empiricamente na realidade esse quadro, na sua pureza conceitual, pois se trata de uma utopia (...). Desde que cuidadosamente aplicado, esse conceito cumpre as funções específicas que dele se espera em benefício da investigação e da compreensão” (FARIA, José Eduardo. *Op. cit.*, pp. 200-1).

Nesse sentir, bem esclarece Pedrotti:

“A responsabilidade do cirurgião-dentista está ligada ao trabalho por ele realizado que, sem dúvida, pode ser considerado científico e artístico, de sorte que a própria prótese é tarefa assaz distinta do tratamento medicinal das doenças dos dentes e da boca, designadas por estomatologia e, embora preparadas por protético (que também é artista e responsável), é ele quem prepara a boca e faz a moldagem.

“Assim, mesmo tendo como auxiliares a prótese e seu confeccionador, será o responsável pelas imperfeições dos artefatos. O dentista será responsável por erros de diagnóstico e por erros de tratamento, por exemplo, se arrancar um dente sã em vez do cariado ou doente, fizer a extração em vez da possível desinfecção e obturação, provocar infecções causadas pela má desinfecção dos seus aparelhos.

“A responsabilidade médica, em princípio, decorre de uma obrigação de meio, não se podendo afastar a possibilidade da obrigação de resultado. *Nesse mesmo diapasão a responsabilidade do cirurgião-dentista.*

*“As expressões obrigação de meio e obrigação de resultado, levando-se em conta o tratamento como meio, e a estética como fim, configuram responsabilidade profissional com melhor técnica e maior amplitude jurídica.*

“A obrigação de meio corresponde à responsabilidade pelo uso da técnica e da diligência eficientes para o resultado pretendido, e não a promessa desse resultado. Implica em dever atenção, diligência e cautelas para o fim programado que, em alguns casos excepcionais, pode não se verificar, embora satisfatórios os meios utilizados. Na obrigação de resultado o fato principal é a finalidade”<sup>33</sup> (os grifos não são do original).

Maria Helena Diniz coaduna da mesma posição, observando que a responsabilidade do odontólogo deve ser analisada a cada caso, conforme se verifique a aproximação do tratamento ou da intervenção da cura ou da estética:

“O dentista assume, em regra, uma obrigação de resultado, no que diz respeito aos problemas de ordem estética, principalmente em matéria de prótese, p. ex., na colocação de um pivô, na feitura de uma jaqueta. Todavia, o dentista, na cirurgia da gengiva, no tratamento de um canal, na obturação de uma cárie, situada atrás do dente, terá uma obrigação de meio, a de aplicar toda sua perícia, todo seu zelo, no tratamento do cli-

33 PEDROTTI, Irineu Antonio. “Compêndio de Responsabilidade Civil”, São Paulo: LEUD, 1992, pp. 395-6.

ente. Há hipóteses em que se aliam a questão da cura e da estética, devendo-se, então, apreciar cada caso concreto para verificar se agiu adequadamente”,<sup>34</sup>.

Concluindo, a obrigação do dentista seria, nessa linha, de meios ou de resultados, dependendo das circunstâncias.

Sempre será responsabilizado pelos danos que causar o dentista que agir com imprudência, negligência ou imperícia, utilizando-se de meios não adequados para o fim desejado.

Por exemplo, em condições normais de contratação do serviço, o dentista que se utilizar, por qualquer razão, de instrumento inadequado será responsabilizado pelos danos que daí advierem.

Entretanto, não cessam aí as possibilidades de sua responsabilização. Existem situações nas quais o objetivo pode ser planejado previamente, afastando-se, portanto, da hipótese da situação de emergência e aproximando-se da hipótese da intervenção estética como “tipo ideal”, ainda que a finalidade da intervenção não seja esta.

Define-se, desse modo, a incidência da obrigação de resultados, sofrendo pena de responsabilização o dentista que não alcançar o resultado adequado<sup>35</sup>.

Em considerando que a responsabilidade civil do odontólogo deriva de uma obrigação de meio, deve-se atentar ainda que os limites técnico-científicos, dentro dos quais a atuação humana é possível, advêm do conhecimento produzido no meio científico, cujo acesso não é livre e aberto a todos, de maneira uniforme.

---

34 DINIZ, Maria Helena. “Curso de Direito Civil Brasileiro”, São Paulo: Saraiva, 1992, 6.ed., 7º vol., p. 210.

35 É claro que o termo “adequado” é equívoco e dúbio, abrindo margem para contestações. Entretanto, estipulamos que “adequado” deve ser aquilo que a comunidade científica considera “adequado”, segundo as mais avançadas tecnologias e concepções aceitas. Tal definição se aproxima da concepção do teórico da estrutura das revoluções científicas, Thomas Kuhn. “Uma ciência ‘madura’ é assim fruto de uma sucessão de tradições, cada qual com sua própria teoria e seus próprios métodos de pesquisa, cada qual guiando uma comunidade de cientistas durante um certo período de tempo. As teorias científicas apresentam-se, desse modo, como um conjunto estratificado, cujos elementos vão sendo incorporados ao todo em momentos diversos. Isso é possível na medida em que existe um compromisso dos pesquisadores e cientistas com a comunidade científica a que pertencem e com os moldes aceitos de sua disciplina. Nesse sentido, da mesma maneira como um paradigma é uma crença partilhada pelos membros de uma comunidade científica, uma comunidade científica é um conjunto de cientistas reunidos em torno de um paradigma. Conseqüentemente, a autoridade de uma proposição científica passa a se fundamentar em sua capacidade de gerar consenso no âmbito de uma dada comunidade” (FARIA, José Eduardo. *op. cit.*, p. 49).



Assim, ao se analisar a responsabilidade do profissional, necessário que seja levado em conta não só a evolução do conhecimento humano, mas qual o acesso que o profissional teve a esse conhecimento e quanto dele lhe era exigível<sup>36</sup>.

Menegale há muito já ressaltava que “o erro profissional, na medicina, na cirurgia, na odontologia, é, iniludivelmente, um erro científico. Por certo, o estado imperfeito da ciência pode tornar-se a causa de um erro profissional, ordinariamente no diagnóstico”<sup>37</sup>.

O mesmo entendimento era defendido por Carvalho Santos, quando afirmava que “não se deve considerar como culpa o erro profissional, isto é, o que resulta da incerteza ou da imperfeição da arte e não da negligência ou incapacidade de quem a exercita”<sup>38</sup>.

É claro, no entanto, como salientou Menegale, que não é escusável “a falta de conhecimentos elementares da ciência e arte que constituem o objeto da profissão”<sup>39</sup>.

A imputação da responsabilidade do odontólogo deve considerar, portanto, a especialidade técnica deste, sendo exigível do especialista uma profundidade de conhecimento na especialidade por ele escolhida que o cirurgião-dentista não obteve com a formação regular.

Além disso, outro elemento que deve ser avaliado é o da notoriedade e idoneidade alcançadas pelo profissional em sua especialidade, o que faz que a prestação seja efetuada *intuitu personae*.

Carlos A. Ghersi aborda com propriedade a questão, estabelecendo que a diferenciação necessária ao estabelecer-se a responsabilidade do profissional deve passar por critérios objetivos (especialidade) e subjetivos (notoriedade e idoneidade):

*“En el campo profesional (ingeniería, abogacía, medicina) sostenemos que la diferenciación pasará por las especialidades y los especialistas, ambas circunstancias sumadas (p. ej., el art. 21 de la ley 17.132 establece los distintos caminos para acceder a la categoría jurídica-médica de especialista; esto constituye el primer requisito). Ahora bien, consideramos que aun dentro de esta situación objetiva, debe hacerse*

---

36 Valiosa, nesse tocante, a lição de J. Guimarães Menegale: “...resta salientar que não se deve condenar o profissional por ignorar ponto que a ciência não elucidou ou que a ciência controverte, nem por empregar um método que, mais tarde reputado errôneo, está, no momento, em uso” (*op. cit.*, p. 57).

37 *Op. cit.*, p. 57.

38 SANTOS, J. M. de Carvalho. “Código Civil Brasileiro Interpretado”. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, vol. XXI, p. 249.

39 *Op. cit.*, p. 57.

*una segunda valoración, pero de carácter subjetivo, es decir, la notoriedad e idoneidad que haya adquirido el profesional como especialista por su particular dedicación a una temática puntual (desde esta óptica, existen muchos médicos dedicados a la especialidad cardiovascular, pero el doctor René Favoloro tiene una reconocida notoriedad) que hace que la prestación devenga en intuitu personae*”<sup>40</sup>.

A relevância da especialidade odontológica (que nada mais significa que um maior conhecimento do dentista de um ramo da ciência a que se dedica) é facilmente entendida quando nos confrontamos com fatos concretos, porquanto apresentamos o seguinte precedente jurisprudencial:

“Ação de indenização. Cirurgia ortodôntica corretiva realizada por médico especialista em cirurgia plástica. Sequelas pós-operatórias com necessidade de novas intervenções. Falta de conhecimentos do facultativo na referida área (cirurgia buco-maxilo-facial). Imprudência, negligência e imperícia. Aplicação do art. 159 do Código Civil.

‘Não sendo o profissional especialista em Ortodontia, defeso lhe era levar a efeito um diagnóstico comprovado, impedido estava de realizar intervenção típica dessa especialidade sem, ao menos, encaminhar posteriormente o paciente a uma especialista, assumindo, assim, inteira responsabilidade pela operação praticada’ (RT 585/93)”<sup>41</sup>.

A responsabilidade do médico-cirurgião-plástico, nesse caso, adveio da falta de domínio da técnica necessária para a intervenção operatória que a enfermidade da paciente exigia. Era necessário que o tratamento fosse efetuado por um odontólogo especialista em cirurgia buco-maxilo-facial. Vê-se que houve nítido descumprimento da obrigação de não-fazer do profissional, que nunca poderia ter assumido o encargo do tratamento odontológico sem que detivesse o conhecimento e a técnica necessários para tanto.

O conceito da prestação de serviços do dentista como uma obrigação de meio abrange, nesse sentir, também um caráter cogente negativo, isto é, o dentista obriga-se a empenhar os meios que razoavelmente o conduzirão ao resultado almejado, mas as *regras da arte* que limitam a responsabilização do dentista também lhe impõem que se atenha estritamente a elas no tratamento ou na cura de seu paciente<sup>42</sup>. Aqui denota-se,

40 *Op. cit.*, p. 108.

41 TJSC, Terceira Câmara Civil, Apelação Cível n. 96.002599-5, de Lages, relator Des. Paulo Gallotti, julgada em 5 de novembro de 1996.

42 Nesse sentido: “O direito exige que esses profissionais exerçam a sua arte, segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e

novamente, o inafastável caráter extracontratual que possui a responsabilidade do odontólogo.

Por fim, dentre os deveres do dentista insere-se ainda o da informação. Deve restar claro ao paciente as causas de sua doença, as prescrições que deve seguir, o tratamento ou procedimentos a que será submetido e os riscos que envolvem a adoção ou não de tais medidas.

Tais esclarecimentos se fazem ainda mais necessários quando o procedimento é adotado com fim estético, pois então, como já foi dito, o profissional estará interferindo em um paciente saudável e a intervenção médica ou odontológica sempre trará consigo um grau de álea que lhe é inafastável. A informação da forma mais clara e ampla possível, ainda que não escuse a responsabilidade do profissional, previne o paciente e permite-lhe que sopesse os riscos, evitando, muitas vezes, um procedimento que era motivado apenas por sua vaidade.

#### IV. A OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS DENTISTAS

Ao atuar de forma a desrespeitar o conhecimento produzido e divulgado em seu meio, o profissional estará incorrendo em uma das modalidades de culpa previstas em nosso Código Civil, seja a imprudência, a negligência ou a imperícia.

O art. 1.545 do Código Civil Brasileiro prevê que a responsabilidade do cirurgião-dentista dar-se-á por sua responsabilidade subjetiva:

“Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e *dentistas* são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da *imprudência*, *negligência* ou *imperícia*, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”.

Vêm-se claramente delineados aí os requisitos da culpa (imprudência, negligência ou imperícia) na caracterização da responsabilidade do dentista, albergando os termos legais à teoria subjetiva e não à responsabilidade objetiva calcada na aceitação do risco inerente à atividade.

Mas, como indicamos de início, a responsabilidade civil vem sofrendo uma contínua objetivação, com o constante direcionamento do foco do instituto para a reparação da vítima, o que também é observável no

---

da saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que os zelem. E esse dever de possuir a sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso, que a lei repressiva lhe pune as infrações” (BEVILÁQUA, Clóvis. “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”. Editora Rio, Rio de Janeiro: 1979, p. 697).

estudo da responsabilidade civil por dano, seja ele resultante de procedimento médico ou odontológico.

Então, muito embora não se tenha abandonado a conceituação da atividade médica e odontológica como obrigação de meio, que, como se viu, determina a responsabilidade subjetiva, a objetivação da responsabilidade nesse campo tem ocorrido principalmente com o surgimento de presunções de culpa, invertendo-se nesses casos o ônus de provar o acerto do procedimento ou tratamento escolhido<sup>43</sup>.

Yvonne Lambert-Faivre, ao analisar a responsabilidade do médico, bem equaciona a questão demonstrando que imposto à vítima o ônus da prova, este se revela um fardo deveras pesado, pois é o profissional quem detém o conhecimento específico, o que coloca a vítima em nítida desvantagem, além de que os demais profissionais do ramo apresentam, com razão ou não, uma certa “indulgência confraternal” na apreciação dos fatos que eles deveriam analisar objetivamente.

Surgem, então, as chamadas presunções de culpa, imputando ao profissional o ônus de demonstrar que atuou corretamente, circunscrito aos meios admitidos na comunidade científica. Vale transcrever o que diz o autor:

*“La charge de la preuve de la faute médicale pèse en principe sur la victime qui demande réparation de son dommage, conformément à l’art. 1315 a./ 1 c. civ. Or cette preuve est particulièrement difficile en matière médicale et chirurgicale, alors que le malade est endormi au moment des faits, que l’équipe médicale demeure solidaire et que les experts médicaux, eux-mêmes médecins, sont — à tort ou à raison — souvent soupçonnés d’une certaine indulgence confraternelle dans l’appréciation des faits qu’ils ont objectivement constatés. Il est certain que de très nombreuses victimes d’accidents thérapeutiques se heurtent à cette difficulté de la preuve.*

*“Aussi les magistrats sont-ils tentés d’aider les victimes, en admettant une présomption de faute dès lors que le dommage ne semble s’expliquer que par la commission d’une faute; c’est la ‘res ipsa loquitur’*

---

43 RUI STOCO assim define a teoria da “culpa presumida”: “Trata-se de uma espécie de solução transacional ou escala intermediária, em que se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparem indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da reparação e aflorem fatores de consideração da vítima como centro da estrutura ressarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado” (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, RT, São Paulo: 1997, p. 64).

*des Anglo-saxons, ou 'faute incluse' dans le dommage, ou encore 'faute virtuelle'*<sup>44</sup>.

Tal circunstância está refletida em nosso ordenamento, pois muito embora o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, tenha instituído a responsabilidade objetiva do prestador de serviços (art. 14), há determinação expressa no mesmo diploma ressaltando o regime da responsabilidade subjetiva aos profissionais liberais (art. 14, § 4º), mantendo-se, assim, a regra do já mencionado art. 1.545 do Código Civil.

Os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, em comentário ao supracitado parágrafo 4º do artigo 14, esclarecem:

“Explica-se a diversidade de tratamento em razão da natureza *intuitu personae* dos serviços prestados por profissionais liberais. De fato, os médicos e advogados — para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais — são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes.

“Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia”<sup>45</sup>.

E, em seguida, fazem a seguinte ressalva:

“Se o dispositivo comentado afastou, na espécie sujeita, a responsabilidade objetiva, não chegou a abolir a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova. Incumbe ao profissional provar, em juízo, que não laborou em equívoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho de sua atividade”<sup>46</sup>.

A responsabilidade civil do dentista situa-se nesse contexto: de um lado a objetivação da responsabilidade civil, visando ao ressarcimento do dano injustamente sofrido pela vítima (e não o injustamente causado) e de outro lado a constatação de que a sua obrigação é limitada pela técnica e até mesmo pelo estágio de desenvolvimento da ciência.

Destarte, excetuadas as hipóteses em que está configurada a obrigação de resultado do dentista, a presunção de culpa, com a inversão do ônus de provar, apresenta-se como uma solução satisfatória, sendo certo, contudo, que com o avanço progressivo da tecnologia e da técnica instrumental, possibilitando diagnósticos mais precisos e tratamentos mais eficientes, tornar-se-ão cada vez mais restritos os procedimentos em que o odontólogo poderá comprovar sua irresponsabilidade.

44 In “Le Droit du Dommage Corporel”, Dalloz, Paris: 1990, pp. 430/431.

45 GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*, ob. cit., p. 160.

46 *Idem*.









# **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL**



## MANDADO DE SEGURANÇA

### MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.012756-7, DA CAPITAL

Relator: Des. Anselmo Cerello

*Mandado de segurança impetrado contra procedimento do egrégio Tribunal de Contas deste Estado para emissão de parecer — Peça técnica sem valor de decisão judicial — Existência de contraditório no pedido de reexame — Ausência de efeito concreto para manejo do presente writ — Ordem denegada.*

*A função da egrégia Corte de Contas é, apenas, a elaboração de um parecer da análise das contas municipais, determinando se estas encontram-se em consonância e dentro dos limites das normas orçamentárias e da legislação reguladora, não se vislumbrando nenhum efeito concreto que ensejasse a impetração do writ, pois tal parecer será um instrumento auxiliar que poderá ou não servir de base para o julgamento das contas realizado pela Câmara Municipal.*

*Sua função é examinar as contas “traduzindo o resultado num parecer da mais alta valia, mas que nada tem de sentença judiciária” (José Cretella Júnior, in Comentários à Constituição de 1988, vol. IV, Ed. Forense, Rio de Janeiro, pág. 2.027).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 99.012756-7, da comarca da Capital, em que é impetrante Júlio Cesar*

*Bodanese, sendo impetrados o Tribunal Pleno do Tribunal de Contas de Santa Catarina e a Câmara Municipal de Vereadores de Xanxerê:*

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, à unanimidade, denegar a segurança.

Custas legais.

Júlio Cezar Bodanese impetrou mandado de segurança contra ato do Órgão Pleno do Tribunal de Contas do Estado, representado por seu Conselheiro Presidente, que recomendou à Câmara Municipal de Xanxerê a rejeição das contas referentes ao exercício de 1996 do autor, ex-alcaide municipal.

Alegou que o julgamento das contas, bem como o parecer emitido pelo TCE/SC apresentam vícios insanáveis por não terem sido oportunizados ao impetrante a ampla defesa e o contraditório.

A autoridade impetrada prestou informações posicionando-se pela denegação da ordem (fls. 172/183).

Deixei de conceder a pleiteada liminar por entender não se encontram presentes os pressupostos do art. 7º, II, da Lei n. 1.533/51.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em judicioso parecer do Exmo. Sr. Dr. Raulino Brüning, opinou pela denegação da segurança (fls. 254/257).

Citada como litisconsorte passivo necessário, a Câmara Municipal de Vereadores de Xanxerê deliberou pela não concessão da ordem.

É o necessário relatório.

Discute-se no presente mandamus a violação ou não do direito constitucional do impetrante, do contraditório e da ampla defesa que lhe justificassem a concessão da segurança.

Entretanto, não ficou evidenciada qualquer violação aos referidos princípios, ao contrário do que sustenta o impetrante, pois, conforme se verifica dos autos, ele participou do processo de exame das contas relativas ao exercício de 1996, época em que era Prefeito do município de Xanxerê.

Da análise das informações prestadas pela autoridade coatora denota-se que o impetrante teve ampla participação no referido processo, tendo-se utilizado do Pedido de Reexame (fls. 245) previsto no art. 227, I, do Regimento Interno, o que oportunizou uma nova apreciação das contas municipais.

Ademais, como a função da egrégia Corte de Contas é, apenas, a elaboração de um parecer da análise das contas municipais, determinando se estas encontram-se em consonância e dentro dos limites das normas orçamentárias e da legislação reguladora, não se vislumbra nenhum efeito concreto que ensejasse a impetração do writ, pois tal parecer será um instrumento auxiliar que poderá ou não servir de base para o julgamento das contas realizado pela Câmara Municipal.

Sua função é examinar as contas "traduzindo o resultado num parecer da mais alta valia, mas que nada tem de sentença judiciária" (José CreteLLa Júnior, in Comentários à Constituição de 1988, vol. IV, Ed. Forense, Rio de Janeiro, pág. 2.027).

Fábio Nogueira Lemes, acerca da matéria, leciona:

"As Câmaras Municipais não dependem do parecer desses Tribunais para acompanhar as atividades financeiras e orçamentárias do município, o desempenho das funções de

auditoria financeira e orçamentária, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos, nem mesmo para exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, tanto do Município como de outras entidades da Administração direta ou indireta no que se refere a legalidade, legitimidade, economicidade, finalidade, motivação, moralidade, publicidade e interesse público dos atos administrativos.

“Não há superposição de funções. Existe sim uma dupla fiscalização. Cada um dos órgãos encarregados dessa tarefa desempenha sua função em acordo com suas características: os Tribunais de Contas visam mais especificamente o aspecto técnico da questão utilizando-se de parâmetros comuns; as Câmaras Municipais julgam também tecnicamente mas levam em consideração parâmetros políticos difíceis de serem estabelecidos, por se tratar de matéria e julgamento subjetivo, mas estritamente ligados às funções do Vereador.

“Podemos dizer que os Tribunais consideram no geral a correção dos gastos, se os mesmos estão em consonância e dentro dos limites das normas orçamentárias e da legislação reguladora. As Câmaras, por sua vez, evidenciam a qualidade desse mesmo gasto, verificam e julgam se as despesas realmente atingiram os objetivos político-administrativos desejados pela população.

“Por essa razão, o julgamento da Câmara, apesar de não subordinar-se ao parecer prévio do Tribunal, depende por imposição constitucional

desse parecer prévio, mas servirá ele de instrumento auxiliar, que poderá, e na maioria dos casos norteará o julgamento final e definitivo prolatado pelos Srs. Vereadores, que poderão rejeitá-lo, caso 2/3 (dois terços) dos membros da Casa discordem de suas conclusões” (in Orçamentos Municipais e Procedimentos Legislativos, Edipro, São Paulo, 1991, pág. 108).

O Tribunal de Contas atua, apenas, como auxiliar, uma vez que o julgamento das contas cabe à Câmara Municipal que pode, inclusive, desconsiderar o parecer por ele elaborado.

Com isso, tendo o impetrante tido a vasta oportunidade de defender-se na fase apropriada, bem como ante a ausência de efetiva lesão no ato em questão, impossível vislumbrar-se os requisitos ensejadores da segurança, razão pela qual a denego.

É o voto.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli, Jorge Mussi, Gaspar Rubik, Orli Rodrigues, Silveira Lenzi, Sérgio Paladino, Maurílio Moreira Leite, Wilson Guarany, Francisco Oliveira Filho, Alcides Aguiar, Álvaro Wandelli. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 20 de setembro de 2000.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Anselmo Cerello,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

### APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 00.001755-8, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Newton Trisotto**

*Mandado de segurança — Estabelecimento de ensino superior — Matrícula indeferida — Falta de pagamento — Legalidade.*

*Ao estabelecimento de ensino é lícito indeferir pedido de matrícula desacompanhado de prova do pagamento da taxa a ela correspondente.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 00.001755-8, da comarca de Blumenau (Vara dos Feitos da Fazenda Pública, Execuções Fiscais e Acidentes do Trabalho), em que é impetrante Marcela Staudinger e impetrado Reitor da Fundação Universidade Regional de Blumenau — Furb:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao reexame necessário para cassar a segurança.

Custas na forma da lei, pela impetrante.

### I — Relatório

Marcela Staudinger impetrou mandado de segurança contra ato do Magnífico Reitor da Fundação Universidade Regional de Blumenau, Professor Mércio Jacobsen, relatando na petição inicial:

“I — A impetrante é aluna formada no Curso de Fisioterapia da Fundação Universidade Regional de Blumenau — Furb, portadora do Código de Aluno n. 94.1.0709-2.

“II — Conforme atestado, em anexo, da Divisão de Registros Acadêmicos, a impetrante efetuou reserva de vaga para o 1º semestre letivo de 1998, contudo não houve confirmação de matrícula, haja vista que sua reser-

va somente se concretizaria caso houvesse o pagamento exigido.

“III — Ocorre, Excelência, que esta confirmação de matrícula se dá após o pagamento do título na rede bancária, cujo documento é enviado pelos correios (ECT). No caso, os títulos sempre foram enviados à cidade de Ibirama, já que os pais da impetrante lá residem, pois o pagamento das mensalidades é por eles efetuado, mensalmente, conforme provas em anexo.

“IV — Acontece que o pagamento deveria ser efetivado no mês de janeiro próximo passado, entretanto, os pais da impetrante não receberam o título para a quitação na rede bancária, pelo menos até a presente data não chegou às suas mãos, embora a Furb alega tê-lo enviado, porém os correios nada sabem informar.

“V — Mesmo sem saber que sua matrícula não havia sido confirmada, pela falta de pagamento, a impetrante está freqüentando, desde fevereiro do corrente ano, as aulas pertinentes ao seu curso, inclusive fazendo estágio no Hospital de Santa Catarina (fisioterapia), desde 9 de fevereiro, estágio este orientado pelo profissional Dr. Iran Zatar Kurbon (Crefito n. 457), conforme cópia dos relatórios diários vistos por este.

“VI — Na verdade, a impetrante é acadêmica regular da Fundação Universidade Regional de Blumenau — Furb, conforme se faz prova pelos títulos pagos no ano de 1997, sendo que o curso que freqüenta está em fase final, com Colação de Grau marcada para o dia 29 de agosto de 1998, e o fato de não ter efetuado o pagamento da confirmação de matrícula não

poderá prejudicá-la na finalização de curso, quando o aluno tem dedicação extrema, pois são aulas, provas e trabalhos finais de conclusão de curso.

“VII — Sem dúvida, pode ter havido uma falta de atenção por parte da impetrante e seus pais, que não observaram o não recebimento do título, até porque a impetrante constava da escala de estágio, tendo, inclusive, já apresentado o seu trabalho de conclusão de curso.

“VIII — Diante dessa situação, está a impetrante, freqüentando estágio/aulas, contudo sem estar efetivamente matriculada, em razão da falta de pagamento no período estabelecido no calendário acadêmico, mas na época própria realizou a reserva de vaga, tanto é que o documento fornecido pela própria instituição comprova a veracidade dos fatos alegados.

“IX — Como não houve a confirmação de matrícula, em virtude do pagamento, não pode a impetrante ser prejudicada pelo não cumprimento do calendário acadêmico, mesmo porque não se sabe se a falta ocorreu por culpa dos Correios, da Furb ou mesmo dos pais da impetrante. Assim, é a presente medida impetrada para proteger direito líquido e certo da impetrante”.

Deferida a liminar (fls. 27), prestadas as informações (fls. 30/36) e ouvida a representante do Parquet (fls. 81/82), o Dr. José Mazoni Ferreira concedeu a segurança, registrando na sentença:

“Como visto, a impetrante é acadêmica formanda no Curso de Fisioterapia da Furb, e se encontra em dia com os pagamentos das mensalidades até o ano de 1997. Reservou

vaga para o primeiro semestre letivo do corrente ano e na época oportuna passou a frequentar normalmente as aulas.

“Posteriormente, tomou conhecimento de que sua matrícula não havia sido confirmada por falta de pagamento, cujo título teria sido enviado pela Universidade para a cidade de Ibirama, onde seus pais sempre efetuaram a correspondente quitação.

“Sem entrar no mérito da remessa ou do título, a verdade é que a negativa da matrícula à impetrante vulnera o princípio constitucional que lhe assegura o direito à educação, bem como a norma específica infraconstitucional, consubstanciada na Medida Provisória n. 1.477-52/98, diversas vezes reeditada, cujo artigo 6º estabelece:

‘São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares, inclusive os de transferência, ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento’.

“Demais, a jurisprudência mostra-se firme no sentido de que:

‘Fere direito líquido e certo do aluno o ato do reitor de escola de nível superior consistente no recusar da matrícula de aluno em débito com o estabelecimento, quando dispõe a credora dos meios legais de cobrança das prestações que entende devidas. O processo educativo ou o direito à educação não deve ser interrompido, ou obstado por pressão ou sanções, à guisa de sanear a inadimplência’ (ACMS n. 98.000614-7, de Blumenau, rel. Des. Alcides Aguiar).

“E ainda,

‘É inadmissível a retenção de diploma de colação de grau de curso superior, como meio coercitivo para o pagamento de mensalidades em atraso, pena de vulneração ao princípio constitucional que assegura o direito à educação (art. 227) e de norma específica infraconstitucional positivada pelo art. 6º da Medida Provisória n. 1.477-47, de 27/3/98’ (ACMS n. 97.015901-3, de Itajaí, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Isto posto, concedo a segurança para confirmar a liminar dantes deferida, que determinou à digna autoridade impetrada efetuar a matrícula da impetrante, mediante o respectivo pagamento”.

As partes se conformaram com o decisor, que se reexamina por força de expressa disposição legal (Lei n. 1.533/51, art. 12, parágrafo único).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luiz Carlos Freyesleben, manifestou-se pelo desprovimento da remessa.

## II — Voto

1. Tendo a Furb (Fundação Universidade Regional de Blumenau) se conformado com o decisor, está-se diante de fato consumado. De qualquer forma, não há como fugir ao exame do mérito da questão.

2. Data venia dos eminentes magistrados e membros do Ministério Público que oficiaram no processo, penso que a segurança deve ser denegada.

Conforme remansosa jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, pode o estabelecimento de ensino negar matrícula àquele que não



comprovar o prévio pagamento da taxa respectiva:

“Mandado de segurança — Estabelecimento de ensino superior — Inadimplemento — Matrícula — Direito líquido e certo — Os arts. 170, parágrafo único, e 205 da CF asseguraram o direito à educação e também a livre iniciativa econômica, devendo a interpretação na busca de harmonia levar em conta os dois princípios.

“— Se o estudante tem o direito de adquirir conhecimento, o estabelecimento particular de ensino também tem o de receber a contraprestação correspondente, visto que se trata de atividade econômica lícita.

“— Inexiste direito líquido e certo à matrícula para o aluno inadimplente, pois a partir de uma lesão não pode nascer um direito” (TAMG, AC n. 0267007-9, Juiz Caetano Levi Lopes).

“Ensino — Estabelecimento particular — Matrícula — Efetuação a cada ano do curso com pagamento de taxa — Admissibilidade — Relação entre escola e aluno que decorre de contrato de prestação de serviço, submetido às normas do Código Civil — Intervenção do Estado somente admitida nos limites dos incisos I e II do artigo 209 da Constituição da República” (TJSP, AC n. 66.899-1, Des. Antônio Marson).

“Mandado de segurança — Ensino — Estabelecimento particular — Documento — Histórico escolar — Necessidade para matrícula noutra escola — Exigência de pagamento prévio de mensalidade em atraso — Admissibilidade — Art. 10, parágrafo único, da deliberação n. 10, de 1989, do Conselho Estadual de Educação e art. 4º da Lei Federal n. 8.170, de

1991 — Escola particular que se equipara a empresas privadas, onde vigora o princípio da livre concorrência — Ausência de direito líquido e certo — Segurança denegada — Voto vencido” (TJSP, AC n. 179842-1, Des. Alfredo Migliore).

“Não há direito subjetivo, muito menos líquido e certo, à renovação de matrícula contra normas regulamentares da universidade, cuja autonomia está garantida constitucionalmente” (TAMG, AC n. 0269617-3, Juiz Gouvêa Rios).

In casu, os fundamentos do pedido são absolutamente inconsistentes. Para não prejudicar o ano letivo da impetrante, poder-se-ia aceitar as justificativas por ela apresentadas — e se conceder a segurança — se tivesse acostado à petição inicial documento comprobatório do pagamento da matrícula.

Admito que o aluno não pode ser impedido de colar grau só porque se encontra em débito para com a escola. No entanto, este não é o caso sub examen. Foi indeferida a matrícula por falta de pagamento da respectiva taxa.

3. Pelas razões expostas, dou provimento ao reexame necessário para cassar a segurança, impondo à impetrante a obrigação de pagar as custas judiciais.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, deram provimento ao reexame necessário para cassar a segurança,

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho. Pela douta Procura-

doria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 28 de março de 2000.

*Orli Rodrigues,*  
*Presidente para o acórdão com voto;*  
*Newton Trisotto,*  
*Relator.*

## APELAÇÕES CÍVEIS

### APELAÇÃO CÍVEL N. 99.010525-3, DA CAPITAL

**Relator: Des. Francisco Oliveira Filho**

*Procedimento monitorio — Contrato de seguro de vida em grupo — Alegação indemonstrada de omissão de enfermidade na oportunidade de subscrição do cartão proposta — Sentença positiva — Apelo — Desprovemento.*

*É ônus do legitimado passivo ad causam provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, ex vi do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil. Em se tratando de inativação por incapacidade física, cujo fato determinante objetiva a irrisignanda vincular a prova médica unilateral não produzida na actio, a presunção de boa-fé permanece hígida, salvo demonstração firme em contrário, ausente na hipótese.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.010525-3, da comarca da Capital (6ª Vara), em que é apelante Companhia de Seguros Minas Brasil, sendo apelado Gilson Rogério Chaves:*

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

Custas na forma da lei.

Gilson Rogério Chaves deflagrou a presente actio monitoria em fa-

ce de Companhia de Seguros Minas Brasil, objetivando o pagamento da importância de R\$ 4.710,00, referente ao seguro de vida pactuado entre as partes e em razão de invalidez permanente que foi acometido, ensejando sua aposentadoria.

Após outras considerações que, por brevidade ficam incorporadas a esta suma, clama a procedência do pleito.

Mandato e documentos instruem a peça vestibular.

Há embargos em que a parte ex adversa nega a cobertura securitária porque o autor não procedeu de boa-fé ao subscrever o cartão proposta firmado em 1993, que tinha boas condições de saúde e não apresentava deficiência de órgãos, clamando a improcedência do feito.

Redargüido, há saneador designando audiência de instrução e julgamento quando, infrutífera a conciliação, deu-se a prestação jurisdicional positiva que converteu o mandado inicial em executivo, acrescendo à quantia de R\$ 4.710,00 correção monetária e juros de mora.

Irresignado, apelou o vencido postulando a reforma in totum do decisor de primeiro grau.

Contra-arrazoados, ascenderam os autos a este eg. Sodalício.

É o relatório.

Incontroverso é que pelo cartão proposta n. 908234 aderiu o indigitado segurado ao contrato em grupo, em que há apólice coletiva, tendo como estipulante a Polícia Militar do Estado de Santa Catarina. Entende a interponente do apelo que não teriam sido prestadas declarações verdadeiras quando da subscrição do cartão proposta, omitindo-se aspecto relevante, pois na oportunidade, isto é, em 1º de agosto de 1993, aquele encontrava-se em "péssimo estado de saúde" (fls. 27), diante do diagnóstico de polineuropatia alcoólica, adquirida em 5 de novembro de 1992 (fls. 38). Esse laudo é unilateral, a assinatura do médico está também em papel timbrado da inconformada, e não foi realizada perícia judicial.

A prova em contrário revela a inativação em 15 de julho de 1997 (fls.

8) e por incapacidade física, não indicando os documentos entranhados a causa eficiente da reforma do militar, ou seja, da sua aposentadoria. Logo, nesse contexto, incabível é vincular a inativação com a enfermidade diagnosticada pelo médico da irresignada. Aliás, ex vi do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, é ônus do legitimado passivo ad causam demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Isso não aconteceu na espécie. Por certo, ao impugnar o pleito formulado na inicial, se quisesse, teria a seguradora instrumentos de obter as peças indicativas do motivo da aposentadoria. Absteve-se de agir, contentando-se com o documento unilateral que pretende impor independentemente do crivo do contraditório. Inaceitável, data venia, essa pretensão.

Por outro lado, não se pode dizer que tenha ocorrido má-fé na ocasião em que houve o ingresso no seguro em grupo. A tal respeito assinalou a respeitável sentença: "inobstante venha se reconhecendo na atualidade o alcoolismo como doença, tal circunstância não é pacífica e muito menos assim o aceitam os que fazem uso do álcool. Como informou o autor no depoimento hoje colhido, este nunca esteve em afastamento temporário ou auxílio-doença, e nem maiores problemas de saúde, nunca pensando que fosse ficar inválido para o serviço. Confirma ter tido passageiros mal-estares, comuns a maioria das pessoas, mas que no contexto geral sempre teve boa saúde e se sentia bem. Portanto, não se há que dizer que faltou com a verdade quando disse que considerava-se em boas condições de saúde, à época da assinatura do cartão pro-

posta, em 1º/8/93, ou que mentiu quando negou que tinha deficiência de órgãos, membros ou sentidos, ou mesmo que não sofria de moléstia alguma. É que o fato de ter feito consultas ou tratamento com médicos, por conta do etilismo, não induz à certeza de que tivesse a doença designada por polineuropatia alcoólica" (fls. 54).

Incensurável, destarte, o ato decisório compositivo da lide.

Ante o exposto, nega-se provimento ao reclamo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Newton Trisotto.

Florianópolis, 13 de junho de 2000.

*Francisco Oliveira Filho,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.012881-4, DE TAIÓ**

**Relator: Des. Francisco Oliveira Filho**

*Inventário — Habilitação de crédito — Impugnação — Art. 1.018 do Código de Processo Civil — Apelo provido.*

*Ex vi do art. 1.018 do CPC, a impugnação ao pleito de habilitação de crédito em inventário, obsta o reconhecimento administrativo da dívida e o seu pagamento, devendo o credor buscá-lo por meio de procedimento contencioso deflagrado em face do espólio.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.012881-4, da comarca de Taió, em que é apelante Espólio de Miguel Angelo Raymundi, sendo apelada Edite Teixeira:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Edite Teixeira, por seu advogado, pugnou pela habilitação de crédito nos autos de inventário de Miguel Angelo Raymundi, em face de cheque emitido pelo de cujus em 20/11/95, pré-datado para 26/1/96. Disse que em 29/1/96 apresentou o título ao sacado,

quando verificou o encerramento da conta. Indicou a quantia correspondente e juntou documento, clamando pelo acolhimento do pleito.

Impugnou a inventariante sustentando que o cheque foi levado a desconto fora do prazo legal, portanto não está revestido de liquidez, certeza e exigibilidade, dependendo o reconhecimento do crédito de processo de conhecimento.

Redargüida, sentenciou o nobre Togado, julgando precedente o pedido formulado na inicial.

Irresignado, apelou o espólio de Miguel Angelo Raymundi, aduzindo que a existência de impugnação impede a habilitação do crédito no inventá-

rio, devendo a questão ser discutida em ação de conhecimento. Destacou, também, a nulidade do decisum, diante da ausência de manifestação do curador nomeado aos herdeiros menores e do Ministério Público; a impossibilidade da condenação ao pagamento de honorários, mesmo porque não houve requerimento na inicial. Clamou, assim, pelo provimento do recurso.

Há pronunciamento divergente.

Opinando o Parquet pela reforma da sentença, posição que acompanhou o curador nomeado às fls. 38v., ascenderam os autos a este colendo Pretório, obtendo, aqui, parecer de idêntico teor, da lavra da ilustre Dra. Hercília Regina Lemke, DDa. Procuradora de Justiça.

É o relatório.

Inicialmente, acerca da ausência de manifestação do Ministério Público e do curador anteriormente à prolação do ato decisório, é de se observar que da omissão não decorreu prejuízo aos tutelados ou curatelados, mormente porque suprida com os pronunciamentos de fls. 34/38 e 39/40, os quais, ademais, não invocaram nulidade. É que, in casu, a ausência de dano ao direito daqueles cuja intervenção aproveitaria despe de ilegalidade e efeito prático o desprezo aos atos posteriores ao momento em que deveria ter acontecido.

Galeno Lacerda, in O Código e o Formalismo Processual, Ajuris 28/12, em lição já consagrada pelo eminente Des. Newton Trisotto, na Ap. Cív. n. 98.012349-6, de Blumenau, apreciada em 27/10/98, disse: "Aplicando por analogia ao direito processual um conceito de Zitelmann, di-

fundido entre nós por Pontes de Miranda para definir as normas de direito internacional privado (Comentários à Constituição de 67, I/92), diria que as regras sobre nulidades se integram no 'sobredireito' processual, porque se sobrepõem às demais, por interesse público eminente, condicionando-lhes, sempre que possível, a imperatividade.

"Sim, porque a nulidade resulta, precisamente, da infração a um preceito cogente e imperativo. Por isto, quando o Código, no art. 244, ordena ao Juiz considere válido o ato, apesar da nulidade, se alcançado o objetivo; quando, no art. 249, § 1º, determina que, apesar de nulo, o ato não será repetido nem suprida a falta, se inexistir prejuízo à parte, estamos em presença, na verdade, de normas processuais superiores que eliminam os efeitos legais da inobservância de dispositivos inferiores, como se o Código, em outras palavras, estabelecesse o seguinte silogismo: embora nulo o ato, porque descumpriu prescrição imperativa imposta pelo artigo número tal, a regra mais alta reguladora das nulidades impede a declaração do vício porque não houve prejuízo; porque, a resguardar a instrumentalidade do processo, o fim foi atingido"(grifei).

Tollitur quaestio.

Almeja, então, a credora, a habilitação do valor representado pelo cheque anexado à fl. 5, defendendo, para tanto, sua liquidez, certeza e exigibilidade.

Pois bem. O ato decisório compositivo da lide, data venia, merece reforma, pois abstraída a questão da higidez do título que embasa a pretensão exordial, é forçoso admitir

que a impugnação remete a questão às vias ordinárias, ex vi do art. 1.018 do Código de Processo Civil.

Humberto Theodoro Júnior, in Curso de Direito Processual Civil, vol. III, Forense, pág. 285, dá o exato sentido da expressão – remessa aos meios ordinários – esclarecendo que deve o autor da habilitação buscar a confirmação de seu crédito por outros meios: “É indispensável o acordo unânime, por que a habilitação, in casu, é não contenciosa. Por isso, não havendo concordância de todas as partes sobre o pagamento, será o credor remetido para os meios ordinários (art. 1.018) ou seja, terá ele de propor a ação contenciosa contra o espólio, que for compatível com seu crédito (execução ou ordinária de cobrança, conforme o caso)”.

Ademais, não há discrepância doutrinária a respeito da matéria, vide Inventários e Partilhas na Sucessão Legítima e Testamentária, José da Silva Pacheco, 2ª ed., Forense, pág. 507, e Sucessões, Orlando Gomes, 3ª ed., Forense, págs. 290/291, entre outros.

A jurisprudência também é unânime, e apenas para ilustrar referimos: Inventário — Habilitação de crédito — Impugnação ofertada pelo espólio — Circunstância que obsta ao reconhecimento administrativo, levando o credor às vias ordinárias. A simples existência de impugnação de um só interessado obsta ao reconhecimento administrativo da dívida e o seu pagamento, levando o credor às vias ordinárias” (RT 723, pág. 339). Ainda: RT 517/126 e RJTJRS 125/233.

Por outro lado, é imperativo o respeito à norma do parágrafo único

do art. 1.018 do mencionado Codex, determinando o magistrado a reserva, em poder da inventariante, de bens bastantes à satisfação do crédito impugnado, mandamento, aliás, de Direito Substantivo, inscrito no § 1º do art. 1.796 do Código Civil. Vale recordar, ainda, que “Para a reserva de bens em poder do inventariante não se exige que a dívida impugnada seja líquida e certa, senão que conste de documento capaz de constituir começo de prova” (RTJE 120/187), e que a impugnação não se funde em quitação.

Finalmente, em atenção ao disposto nos arts. 1.039, I, do CPC e 1.796, § 2º, do CC, a credora não admitida tem 30 dias para postular seu direito, a contar da intimação da decisão que remeteu o pleito às vias regulares, sob pena de cessar a eficácia da reserva, providência de cunho acautelatório.

No tocante à condenação em honorários advocatícios, é certo que a habilitação de crédito em inventário pertence à categoria das ações incidentes, por corresponder a uma forma de intervenção em causa já pendente. Ipso facto, em atenção à norma do § 1º, do art. 20, do CPC, não há que se cogitar de condenação ao pagamento da verba estipendial, mas tão-somente das despesas processuais.

Ante o exposto, é dado provimento ao apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio e Orli Rodrigues, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 4 de abril de 2000.

*Francisco Oliveira Filho,  
Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.014328-7, DE IÇARA**

**Relator: Des. Francisco Oliveira Filho**

*Responsabilidade civil objetiva — Acidente de ciclista em barranco existente no final da via pública — Morte — Falta de sinalização indispensável à segurança dos usuários — Danos morais e pensão alimentar devidos — Fixação adequada — Reexame necessário e apelo — Desprovemento.*

*A existência de perigoso barranco no final de via pública recomenda a necessidade de sinalização. Demonstrada omissão injustificável, há incidência da responsabilidade civil objetiva.*

*Em face da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, são cumuláveis as indenizações por dano material e moral.*

*Pertinente é o recebimento simultâneo de benefícios disciplinados no direito comum com aqueles oriundos da previdência nacional.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.014328-7, da comarca de Içara, em que é apelante o município de Içara, sendo apelada Adriana Rocha Alves:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o reexame necessário e o apelo.

Custas na forma da lei.

Adriana Rocha Alves, por seu advogado, deflagrou ação de indenização em face do município de Içara, alegando, em síntese, que em 2/8/93, às 20 horas, seu esposo, Ido Francelício Alves, indo para a sua casa de bi-

cicleta, despencou de um barranco de 2m de altura, sem sinalização, existente no final da Rua Luiz Colle, vindo a falecer. Aduziu que o de cujus era o sustentáculo da família, deixando 2 filhos, L. R. A. de 5 anos e E. R. A. de 2 anos. Teceu considerações a respeito da responsabilidade civil objetiva do Município, pleiteando o pagamento de pensão para si e para os filhos equivalente ao salário bruto do falecido; o ressarcimento das despesas com funeral; a constituição de capital suficiente para garantir a prestação alimentícia, que deverá ser cumprida até a data em que o de cujus completasse 65 anos, e indenização por danos morais. Re-

quereu assistência judiciária e arrolou testemunhas.

O município de Içara contestou (fls. 79 a 85) refutando os fatos articulados na exordial, sustentando a existência de um refletor no poste.

Réplica à contestação às fls. 34/35.

Realizada a oitiva de testemunhas (fls. 42 a 49), apresentadas alegações finais por ambas as partes e colhido o parecer ministerial, o MM. Juiz a quo julgou procedente o pedido formulado na actio, destacando estar o decisum sujeito ao reexame necessário.

Irresignado, apelou o município de Içara, asseverando a ausência de culpa da Administração, destacando que o evento ocorreu por falta de precaução da vítima. Salientou que se fosse devida indenização por danos morais, essa deveria ser reduzida, tendo-se em conta que o falecido deixou apenas dois filhos. Acrescentou, ainda, caso não for acolhida a hipótese de culpa exclusiva da vítima, que a viúva e os filhos já vêm recebendo do INSS benefício de pensão por morte, pois aquele era segurado do sistema previdenciário público federal, requerendo, assim, o não pagamento ou, se não for esse o entendimento, que o valor da pensão seja reduzido para um salário mínimo.

Apresentada resposta, manifestou-se o Parquet na orientação de desprover o apelo.

Ascendendo os autos a este egregio Sodalício, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Dr. Joel Rogério Furtado, opinou no sentido de negar

provimento ao reclamo e ao reexame necessário.

É o relatório.

Inegável o acerto da decisão hostilizada.

Restou devidamente provado que o sinistro se deu em função da ausência de sinalização na via pública onde transitava o de cujus com sua bicicleta, ao despencar do barranco existente no final da Rua Luiz Colle.

Marlene Miziaeski, testigo, declarou: “na ocasião do acidente conversava com as suas amigas quando ouviram um barulho, verificando que a vítima havia caído no barranco; que a vítima vinha de bicicleta; que não havia nenhuma placa sinalizando a existência do barranco; que quem não conhece a rua tem a impressão de que a mesma segue direto; que estava escuro na noite do acidente; que antes da vítima três carros já tinham caído no barranco; que após os três carros terem caído nada mudou no local; que é difícil ver o mato do barranco, pois fica mais na parte de baixo da rua; que na parte de cima do barranco não existe vegetação” (fls. 46).

A testemunha Everaldo Borges Réus (fls. 47) afirmou: “não viu o momento do acidente, tendo socorrido a vítima que estava caída no barranco, junto com a sua bicicleta; que o local onde aconteceu o acidente era escuro e não havia sinalização. Já ouviu falar através de terceiros que um fusca havia caído no barranco; calcula a altura do barranco em dois metros; a impressão que se tem descendo a rua é que a mesma segue; conhece bem o local do acidente; no dia do acidente não havia iluminação nenhuma, sendo inclusive dificultada para socorrer a víti-



ma pois estava muito escuro; não sabe dizer se a escuridão era em razão da falta de postes ou se os mesmos estavam apagados”.

O § 6º do artigo 37 da Carta Magna consagra a responsabilidade objetiva das pessoas de direito público: “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”.

Este egrégio Tribunal já proclamou: “Se a conservação da rodovia, em trecho urbano, está afeta ao Município, este é o responsável civil por danos verificados em decorrência de defeito na pista. Agravo retido desprovido. Comprovado o nexos causal entre o fato administrativo (o defeito na pista de rolamento, agravado por falta de sinalização) e o dano, e indemonstrada culpabilidade do que se apresenta como prejudicado, nasce a obrigação de indenizar por parte da administração” (JC 66/310, Des. João José Schaefer).

Consoante a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

“A indenização decorrente de acidente de trânsito pode ser acrescida de verba correspondente aos danos morais, quando a vítima deixa ao desamparo filhos menores, em idade na qual a presença paterna é de real influência. Não se pode encarar o pai como um simples pagador de despesas, e daí a sua falta impõe à família

perda que deve ser reparada integralmente” (TJMT – Ap. 12.950, Des. Salvador Poupem de Barros Filho — RT 673/14).

A r. sentença acertadamente fixou a indenização por danos morais em cem salários mínimos vigentes à época do pagamento.

Ora, reconhece-se ser de difícil solução a fixação da verba reparatória do dano moral. “Dentre outros, segundo a doutrina, a reparação dos danos morais, deve lastrear-se nos seguintes fatores: a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante. A fixação, no entanto, não é matéria que possa ser deixada à determinação por perito, uma vez que danos estimáveis por arbitramento são apenas os patrimoniais, nunca os morais: estes, por sua própria natureza, são inestimáveis (cf. Prof. Fernando Noronha)” (Apelação Cível n. 96.001203-6, da Capital, Des. Pedro Manoel Abreu).

A respeito, o Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos, que reúne os membros do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, debatendo sobre o tema, concluíram, a título de sugestão para o arbitramento respectivo: “2. Pedido de dano por morte de esposo, esposa, filhos: 100 salários mínimos” (Theodoro Júnior, Humberto. Dano Moral, Editora Juarez de Oliveira, 2ª ed. aum., 1999, pág. 47).

No tocante à assertiva de que a viúva e os filhos já vêm percebendo do INSS benefício de pensão por morte, pois o de cujus era segurado do siste-

ma previdenciário público federal, asseverando bis in idem, não há como se abater da pensão alimentar fixada, o valor da pensão previdenciária que vem sendo paga à apelada pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

A pensão alimentícia determinada pelo decisório vergastado é regida pelo direito comum, não se confundindo, em hipótese alguma, com o benefício previdenciário recebido pela viúva da vítima fatal.

E é de total possibilidade a cumulação dos benefícios regulados pelo direito comum com aqueles decorrentes do direito previdenciário, eis que os dois possuem natureza diversa, sendo incogitável qualquer presunção que essa cumulação implique em enriquecimento ilícito para os dependentes do de cujus, quando a responsabilidade civil objetiva é clara, sendo vedada, assim, a dedução do benefício previdenciário do total do valor dos importes indenizatórios.

Mutatis mutandis, "Inviável cogitar-se de compensação, portanto, entre o dever de reparar o ato ilícito e a pensão ou benefício previdenciário, já que, na verdade, o desfalque patrimonial que o acidente acarreta para o empregado não é coberto pelo seguro da Previdência Social" (Theodoro Júnior, Humberto. *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil Comum*, Saraiva, São Paulo, 1987, pág. 33).

Nesse diapasão manifestou-se este Sodalício: "Benefício previden-

ciário computado no quantum indenizatório. Compensação indevida.

"É perfeitamente possível a cumulação dos benefícios regulados pelo direito comum e previdenciário, eis que possuem natureza diversa. Não há que se falar em enriquecimento ilícito da vítima, quando exsurge clara a culpa do empregador no ato ilícito, sendo vedada, portanto, a dedução do benefício previdenciário do total do quantum indenizatório" (Apelação Cível n. 97.001836-3, de Papanduva, rel. Des. Silveira Lenzi).

Saliente-se, como já destacado no irretocável provimento jurisdicional, que sendo prestadora de pensionamento decorrente de responsabilidade civil pessoa jurídica de direito público interno, in casu, o Município, dispensada é a constituição de capital para garantir o pagamento de pensão a que fora condenado, na forma do art. 602 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nega-se provimento ao reexame necessário e ao apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Newton Trisotto, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Joel Rogério Furtado.

Florianópolis, 16 de maio de 2000.

*Francisco Oliveira Filho,  
Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 00.003069-4, DE SÃO FRANCISCO DO SUL****Relator: Des. Francisco Oliveira Filho**

*Alienação fiduciária — Busca e apreensão — Decreto-Lei n. 911/69 — Pressupostos demonstrados — Sentença confirmada — Reclamo inacolhido.*

*Hígido é o negócio jurídico representado por relação obrigacional (a dívida) e real (transferência da propriedade), se inexistente vício de vontade. A dispersa impugnação, omissa em indicar com precisão o excesso da cobrança, não tem o condão de tornar indevida a importância reclamada pelo credor e apurada em perícia.*

*Provado o débito e demais requisitos indispensáveis, a busca e apreensão é irrecusável.*

*Procedente o pleito formulado em ação de busca e apreensão alicerçada no Decreto-Lei n. 911/69, deve o credor fiduciário realizar o bem objeto do gravame, satisfazendo-se com o produto e restituindo ao devedor fiduciante eventual excesso apurado na transação.*

**EMENTA ADITIVA**

*Apelação cível. Busca e apreensão. Alienação fiduciária em garantia. Dec.-Lei n. 911/69. Contrato simulado. Bem que já pertencia ao devedor ao tempo do pacto. Carência de ação ex vi do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Falta de interesse de agir. Recurso provido.*

*O contrato de alienação fiduciária em garantia cuida de modalidade de convenção em que o bem financiado pelo credor fiduciante garante a estipulação da avença, podendo ensejar sua busca e apreensão sumária, todavia se o bem dado pelo alienante já pertencia ao comprador, não há a efetiva realização do negócio. Evidenciada a simulação, deve-se ter o contrato como simples modalidade de mútuo, pois, caso contrário, criar-se-á a verdadeira indústria dos empréstimos garantidos por alienação fiduciária.*

*A alienação fiduciária em garantia simulada não pode servir de supedâneo para ação de busca e apreensão, de modo que a pretensão deduzida com base em convenção viciada sempre acarretará a extinção do processo sem julgamento do mérito, em face da ausência de interesse de agir.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.003069-4, da comarca da São Francisco do Sul (1ª Vara Inf./Juv. e Reg. Públ.), em que é apelante Genival Carlos Pedreira, sendo apelado Banco de Crédito de São Paulo S.A.:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por maioria de votos, acolher o reclamo.

Custas na forma da lei.

Banco de Crédito de São Paulo S.A., por intermédio de advogado, deflagrou contra Genival Carlos Pedreira ação de busca e apreensão do bem que lhe foi alienado fiduciariamente em face de contrato de mútuo, cuja mora foi comprovada mediante notificação extrajudicial. Descreveu o valor considerado devido, juntou documento, clamando pela concessão de liminar e o acolhimento do pedido, ao final.

Deferida a initio litis, concretizada a apreensão, contestou a parte ex adversa discordando da quantia exigida, porque teria quitado mais de 80% da obrigação, bem como dos encargos exigidos por considerá-los ilegalmente elevados.

Revogada a liminar, diante de conduta temerária do patrono do autor, realizada perícia e inexitosa conciliação em audiência, sentenciou o nobre Magistrado compondo positivamente a lide.

Inconformado, apelou o vencedor, reafirmando que o valor reclamado e reconhecido pelo decisum é superior ao devido, pugnando, por isso, pelo acolhimento do recurso.

Contra-arrazoados, ascenderam os autos a este egrégio Pretório.

É o relatório.

Limitou-se o irresignado a argumentar que o valor devido é inferior ao perseguido pelo credor, escorando-se na prova técnica de fls. 57/58. Omitiu-se, todavia, de purgar a mora, não obstante haver expressado sua intenção de fazê-lo, por discordar dos acréscimos a título de encargos.

Ora, o pacto é hígido (fl. 10), estipulando os encargos detalhadamente, inexistindo, de resto, alegação de vício de vontade. Por outro lado, não indicou precisamente o devedor onde estaria o equívoco. O articulado é genérico, despido de substância.

Ademais, a perícia, cuja conclusão é aplaudida pelo devedor (fl. 60), é incisiva: "A soma dos valores pagos (parcela+multa+juros+comissão de permanência por atraso) somam R\$ 6.413,09 (seis mil, quatrocentos e treze reais e nove centavos) e, sendo o valor da dívida R\$ 7.362,69 (sete mil trezentos e sessenta e dois reais e sessenta e nove centavos) (parcela+atualização pela TRD), o valor pago representaria 87,10%; entretanto, expurgando-se daí o valor pago (como multa, juros e comissão de permanência por atraso), chegamos a R\$ 4.702,00 (quatro mil, setecentos e dois reais) de amortização da dívida, que representa, sim, o valor das parcelas pagas, ou seja, 63,86% do valor financiado" (grifei) (fl. 58).

É evidente, e o ato decisório de fl. 75 usque 77 alerta para tanto, que a quantia de R\$ 1.711,09 (um mil, setecentos e onze reais e nove centavos), acrescida em razão do pagamento em atraso das parcelas, não pode ser

considerada como parte da quitação, pois o próprio devedor deu causa à incidência quando não cumpriu a obrigação na data apazada.

Assim, comprovada e não afastada pelo devedor a mora devedor, inarredável é a procedência do pleito formulado pela instituição financeira, com a consolidação da propriedade e a posse plena do bem em suas mãos.

Todavia, in casu, vale recordar, "Procedente o pleito formulado em ação de busca e apreensão fulcrada no Decreto-Lei n. 911/69, deve o credor fiduciário realizar o bem objeto do gravame, satisfazendo-se com o produto e restituindo ao devedor fiduciante eventual excesso apurado na transação" (Ap. Cív. n. 96.009364-8, de São José, deste relator).

Paulo Restiffe Neto, in *Garantia Fiduciária* (2ª ed., RT 61, pág. 186), asseverou: "Por força do § 5º do art. 3º do Decreto-Lei n. 911, a sentença proferida nos autos da ação de busca e apreensão 'consolidará a propriedade e posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário fiduciário', exatamente para poder este proceder à venda da coisa". Isso porque, "Como credor, o fiduciário não poderá, em razão da proibição do pacto comissório, ficar com o bem alienado fiduciariamente; se o débito não for pago no vencimento, deverá vendê-lo a terceiro, não estando sujeito à excussão judicial para aplicar o produto da venda na solução do seu crédito e das despesas da cobrança" (Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 8ª ed., Saraiva, vol. IV, pág. 404).

Ou seja, estabelecida a propriedade e a posse plena do bem ao credor, este deverá vendê-lo, satisfazen-

do-se com o produto e restituindo ao devedor eventual excesso apurado na transação. A doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, in *Instituições de Direito Civil* (vol. IV, Forense, n. 364-C, pág. 370), consagra este entendimento: "...se da venda da coisa a terceiro, no inadimplemento do devedor, restar saldo após a solução do débito com todos os acessórios e despesas da cobrança, será restituído ao devedor".

Ante o exposto, por maioria, o apelo é inacolhido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues, e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio.

Florianópolis, 18 de abril de 2000.

*Francisco Oliveira Filho,*  
*Presidente e Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio:

Apelação cível. Busca e apreensão. Alienação fiduciária em garantia. Dec.-Lei n. 911/69. Contrato simulado. Bem que já pertencia ao devedor ao tempo do pacto. Carência de ação ex vi do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Falta de interesse de agir. Recurso provido.

O contrato de alienação fiduciária em garantia cuida de modalidade de convenção no qual o bem financiado pelo credor fiduciante garante a estipulação da avença, podendo ensejar sua busca e apreensão sumária, todavia, se o bem dado pelo alienante já pertencia ao comprador, não há a efetiva realização do negócio. Evidenciada a simulação, deve-se ter o contrato como simples modalidade de mútuo,

pois, caso contrário, criar-se-á a verdadeira indústria dos empréstimos garantidos por alienação fiduciária.

A alienação fiduciária em garantia simulada não pode servir de supedâneo para ação de busca e apreensão, de modo que a pretensão deduzida com base em convenção viciada sempre acarretará a extinção do processo sem julgamento do mérito, em face da ausência de interesse de agir.

Ousei divergir da douta maioria pelos motivos ora expostos.

Depreende-se do contrato e das alegações do próprio apelante Genival que as partes ajustaram pacto de alienação fiduciária simulado, pois o bem pretensamente alienado (um automóvel Ford Belina) pertencia ao devedor, desvirtuando, assim, o instituto da alienação fiduciária, instituído, in casu, como garantia de contrato de mútuo.

Este relator já teve oportunidade de externar seu posicionamento acerca dessa simulação em voto que proferiu na Apelação Cível n. 97.005682-6, cujo relator era o eminente Des. Trindade dos Santos, assinado em 14/4/98, de modo que, mantendo aquele entendimento, decido pela extinção do processo principal sem julgamento do mérito, basicamente porque, faltando a higidez necessária ao contrato, não se pode ensejar a anômala ação de busca e apreensão e assim privilegiar uma vez mais as abastadas instituições financeiras.

Acredito estar na hora de enfrentarmos uma realidade atual, qual seja, a da supremacia das teses das instituições financeiras em detrimento

da interpretação das leis. Acredito que devemos repensar as decisões que interferiram no setor econômico, até mesmo para darmos uma resposta aos empresários e à população em geral no sentido de que o Poder Judiciário não permitirá abusos contra quem quer que seja e que somente a lei, aliada ao seu fim social, prevalecerá. Nada mais de obedecermos resoluções, portarias e demais atos administrativos em detrimento da lei.

O presente contrato de alienação fiduciária não se encontra aperfeiçoado em razão de falta dos requisitos intrínsecos pertinentes à sua modalidade.

Extrai-se dos autos que não houve a efetiva transação, pois o bem dado pelo alienante já pertencia ao comprador, evidenciando-se que o contrato havido entre as partes foi simplesmente de mútuo.

O contrato de mútuo (CC, art. 1.256/1.264) não comporta o benefício contido na Lei n. 4.728/65 e no Decreto-Lei n. 911/69, tal como busca e apreensão do bem financiado.

Como alhures já afirmado, o bem dado pelo alienante ao comprador a este pertencia, de modo que o contrato não alcançou os efeitos deferidos nas supracitadas normas, pois houve simulação no negócio pactuado pelas partes.

Ademais, se a coisa dada em alienação fiduciária nunca chegou a ser adquirida pelo devedor fiduciário, porque simulada a aquisição, não há falar em alienação fiduciária e muito menos em seus efeitos.

Na jurisprudência pátria, embora ainda não pacificada, encontra-se decidido que:

“Negócio simulado de alienação fiduciária em garantia, mascarando contrato de mútuo burlando a lei, não produz efeito, é nulo, levando à carência da ação proposta com fundamento no Dec.-Lei n. 911/69” (RT 629/125).

Nesse sentido, também, é o entendimento proferido pelo 3º Grupo de Câmaras Cíveis do egrégio Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul nos Embargos Infringentes n. 587.024.548, que teve como relator o eminente Des. Cacildo de Andrade Xavier (RJ do TJRS 128/249):

“São insuscetíveis de alienação fiduciária em garantia bens já integrados no patrimônio do tomador de empréstimo. Para que seja válida a alienação fiduciária, é necessário que o financiamento contratado se destine à aquisição da própria coisa que servirá em garantia”.

Oportuno é o voto proferido pelo eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, invocado por aquele relator e, por sua vez, utilizado como fundamento pelo eminente Min. Athos Gusmão Carneiro ao votar no recurso inserto na RSTJ n. 23, pág. 379, cuja parte a seguir permito-me transcrever:

“Acredito ser interesse da sociedade e do Estado que as obrigações sejam cumpridas e existam meios eficazes para sancionar o inadimplente, mas também acredito que não serve ao interesse público nem se conforma com a Constituição Federal ficar a liberdade das pessoas dependentes do pagamento de empréstimos bancários.

“Interpreto, pois, a lei restritivamente, e acredito ser essa a interpretação mais adequada e capaz de evitar que a prisão civil se torne a regra

nos negócios bancários, ficando o credor, que recebe garantias de até duas ou três vezes o valor do débito — como ocorre na espécie — com o direito de dispor sobre o patrimônio e, mais, sobre a liberdade do devedor. Se qualquer empréstimo pode ser garantido com alienação fiduciária, todas as dívidas ensejarão a prisão civil, transformando-se todos os devedores em depositários, e o princípio constitucional limitativo da prisão civil cairá no vazio”.

Este egrégio Tribunal de Justiça já decidiu sobre o assunto na Apelação Cível n. 27.253, que teve como relator o eminente Des. Nestor Silveira, publicada na JC 67/195:

“Ausentes os requisitos próprios da alienação fiduciária, desaparece a garantia do Decreto-Lei n. 911/69. Demonstrada que o bem não adquirido pelo fiduciante e que a operação foi simulada, nulo é o contrato assinado. É dever da financeira certificar-se da realidade da transação subjacente, sob pena de ficar sem garantia fiduciária”.

A venda por alienação fiduciária em garantia foi criada para fomentar as vendas de bens de consumo e não para garantir os contratos de crédito, com o que se permite que as instituições financeiras valham-se do poder coercitivo da busca e apreensão para fazer valer o adimplemento dos contratos.

Portanto, a deturpação dos preceitos legais do pacto de alienação fiduciária em garantia não poderia nunca beneficiar o credor, pois o negócio nasceu viciado.

Não se olvida a existência da Súmula 28 do egrégio Superior Tribunal de Justiça, todavia, ainda não vi-

gente a “Súmula Vinculante” em nosso ordenamento legal, decido com a tranqüilidade e a independência que a Constituição Federal me confere, por reconhecer ter havido simulação e conseqüentemente há carência da ação de busca e apreensão.

Não fosse a verificada simulação, também entrevejo duvidosa constitucionalidade no Dec.-Lei n. 911/69 no tocante à busca e apreensão autônoma, artifício processual construído na época da ditadura e que não se coaduna com a atual Carta Magna, de modo que, em verdade, tais dispositivos legais, a meu sentir, não foram devidamente recepcionados por esta. Simplesmente, as instituições financeiras, autorizadas a contratar de tal modo exclusivamente, são amplamente privilegiadas com uma atitude brusca do Estado-Juiz que avança na garantia sem possibilidade mínima de defesa, enquanto

que os outros cidadãos e empresas brasileiras não dispõem desta força coercitiva, em flagrante desrespeito ao princípio da igualdade e do devido processo legal, insertos no art. 5º, caput, e inciso LV da Constituição Federal.

Nesses termos, concluo que há carência de ação por falta de interesse de agir, merecendo o processo extinção prematura, nos termos do art. 267, VI, do Codex Instrumental Civil. Poderá valer-se o credor da via ordinária para reaver seu crédito, pois, para dar cumprimento às obrigações advindas de mútuo, a legislação não agasalha a via especial da busca e apreensão.

Diante desses argumentos, meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso para decretar a extinção do processo sem julgamento do mérito.

*Carlos Prudêncio.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 00.003136-4, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Francisco Oliveira Filho**

*Apelação cível — Alienação fiduciária — Ação de busca e apreensão convertida em depósito — Sentença — Omissão de pronunciamento acerca de questões suscitadas — Julgamento citra petita — Nulidade.*

*Convertida a ação de busca e apreensão em depósito, ex vi do art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69, a questão é submetida ao procedimento previsto no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do CPC. Não se pode, ipso facto, cogitar da incidência do § 2º do art. 3º da norma extravagante, com a restrição ao campo de defesa, eis que o § 2º do art. 902, e o art. 903 do mencionado Codex evidenciam a sua amplitude.*



*É nula a prestação jurisdicional que não se pronuncia acerca de todas as questões postas em juízo, cujo fato caracteriza julgamento citra petita.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.003136-4, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que é apelante Indústria de Fitas Elásticas Marília Ltda., sendo apelado Banco Bradesco S.A.:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, declarar a nulidade da sentença.

Custas na forma da lei.

Banco Bradesco S.A., por intermédio de advogado, deflagrou contra Indústria de Fitas Elásticas Marília Ltda. ação de busca e apreensão dos bens que lhe foram alienados fiduciariamente em face de termo de renegociação de operações de crédito. Aduzindo a mora da devedora, comprovada mediante notificação, anexou documentos, pugnando pela concessão de liminar e pelo acolhimento do pleito.

Deferida a initio litis, certificou o meirinho que dos bens descritos, no total de 34, deixou de constitar 3, por não havê-los encontrado.

Requeru, então, o autor, ex vi do art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69, a conversão em ação de depósito, com o que consentiu o Juízo.

Citada, contestou a parte ex adversa, argüindo, em preliminar, litigância de má-fé e ilegitimidade passiva ad causam, defendendo, ainda, a extinção do processo, porque o valor dos bens apreendidos já seria suficiente à liquidação da obrigação. Rechaçou, no mérito, os encargos exigidos, por reputá-los excessivos, afirmando

que as 2 (duas) máquinas de Crochet, marca Rimo, estão alienadas a outra instituição financeira, uma das quais já apreendida em razão de ato judicial, e 1 (uma) espuladeira, marca Naldosky, está em seu poder, desativada.

Redargüida, inexitosa a conciliação em audiência, procedeu-se à avaliação dos bens não apreendidos, laudo impugnado pela devedora, o qual mereceu a rejeição do MM. Juiz a quo.

Sentenciando, compôs positivamente a lide o nobre Togado, determinando o depósito dos bens ou o equivalente em dinheiro, sob pena de prisão.

Inconformada, apelou a vencida sustentando a nulidade da decisão em face de cerceamento de defesa, e reeditando as assertivas expostas, para, ao final, clamar pelo provimento do recurso.

Contra-arrazoados, ascenderam os autos a este colendo Pretório.

É o relatório.

Induvidosos, prima facie, a mora da devedora e o fato de que, dos bens alienados, três não foram apreendidos. Há notícia de que dois deles não estão mais na posse da empresa. O acolhimento do pleito de conversão, prevista no art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69, ipso facto, foi adequado, submetendo-se a questão aos permissivos legais do Capítulo II, do Título I, Livro IV, do Código de Processo Civil.

Pois bem. O art. 902 do CPC faculta ao réu entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o

equivalente em dinheiro, bem como contestar a ação. Oportuno ressaltar que entre os incisos do mencionado artigo não há subordinação, ou seja, a lei não impõe como condição para a defesa a entrega da coisa ou o depósito da quantia. Este, aliás, o entendimento esposado por Adroaldo Furtado Fabrício, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. III, 5ª ed., Forense, pág. 143: “Não é correto interpretar-se o artigo como se a adoção de alguma das medidas do inciso I fosse condicionante da contestação. Trata-se, em verdade, de alternativas postas à disposição do réu, embora não seja proibido ao demandado depositar ou consignar e contestar”.

O § 2º daquele dispositivo permite ao réu “alegar, além da nulidade ou falsidade do título e da extinção das obrigações, as defesas previstas na lei civil” (grifei). E o art. 903, por sua vez, determina a observância da ampla defesa proporcionada pelo procedimento ordinário.

Portanto, convertida a ação de busca e apreensão em depósito, e submetida a matéria ao procedimento previsto no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do CPC, não se pode cogitar da incidência do § 2º do art. 3º da norma extravagante, com a restrição ao campo de defesa, eis que o § 2º do art. 902, e o art. 903 do mencionado Codex evidenciam a sua amplitude.

Dito isso, data venia é reconhecer a nulidade do ato decisório compositivo da lide, que não admitiu questionamento acerca do quantum debeatur, aduzindo que “Tal discussão é incabível no decorrer da ação

de busca e apreensão, ainda mais que convertida em depósito” (pág. 77). A respeitável sentença debaixo de todas as vênias, é equivocada e não pode persistir, porque citra petita, posto que não resolveu todas as questões postas, contrariando a norma do art. 458 do Cãnone Processual.

Humberto Theodoro Júnior professa: “A função do juiz é compor a lide, tal qual foi posta em juízo. Deve proclamar a vontade concreta da lei apenas diante dos termos da litis contestatio, isto é, nos limites do pedido do autor e da resposta do réu” (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, Forense, 1ª ed., pág. 550). Após proclamar que o julgamento citra petita acarreta a nulidade da sentença, arremata: “A sentença, enfim, é citra petita, quando não examina todas as questões propostas pelas partes” (pág. 558). Finalmente: “A nulidade da sentença citra petita, portanto, pressupõe questão debatida e não solucionada pelo magistrado, entendida por questão o ponto de fato ou de direito sobre que dissentem os litigantes, e que, por seu conteúdo, seria capaz de, fora do contexto do processo, formar, por si só, uma lide autônoma” (pág. 558) (grifos do original).

Ante o exposto, declara-se a nulidade da sentença.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio e Orli Rodrigues.

Florianópolis, 25 de abril de 2000.

*Francisco Oliveira Filho,  
Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 99.011631-0, DE SÃO JOSÉ****Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Consignação em pagamento — Locação não residencial — Contrato por prazo determinado — Devolução das chaves pela inquilina antes do término da avença — Boxes comerciais — Obra não regularizada nos órgãos administrativos — Ausência de alvará do corpo de bombeiros e do habite-se — Infração contratual — Rescisão autorizada — Ação procedente — Conexidade com a de despejo.*

*Ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis c/c ação de cobrança — Acumulação indeferida, sem recurso — Preclusão.*

*Reconvenção — Pagamento da res sperata — Centro comercial — Qualidade não comprovada — Dever de restituição — Despejo improcedente e procedência do pedido reconvenicional — Apelo desprovido.*

*A coisa esperada é o pagamento da utilização e da retribuição das vantagens oferecidas pelo “Centro Comercial”; trata-se não de esperança, mas de real elemento, presente, sobretudo, na sua estrutura colocada à disposição do lojista, incluindo, inclusive, estudos de marketing. Contudo, sua destinação é regulada pelas Normas Gerais do Shopping Center, conforme ressalta Fernando A. Albino de Oliveira, na obra, “Shopping Centers” — Questões Jurídicas — Saraiva, São Paulo, 1991, pág. 104).*

*A simples concentração de lojas num mesmo local pertencentes a um mesmo proprietário, por si só, não caracteriza “Centro Comercial” e inexistindo associação de lojistas, regimento interno, normas gerais e, conseqüentemente, lucro para a empresa, impossível se torna a cobrança da res sperata, devendo, por isso, o apelante restituir o pagamento efetuado pela apelada.*

*O contrato celebrado pelas partes é tão-somente o de locação de imóvel não residencial e não o de relação entre lojistas e empreendedores, sendo regulado pela Lei n. 8.245/91, que não prevê qualquer adiantamento de valor pela locatária ao locador, excetuadas as hipóteses previstas no art. 37.*

*Compete ao locador entregar à locatária o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina (art. 22, I, da Lei n. 8.245/91), e, não o fazendo, dá azo à rescisão contratual, a teor do art. 9º, inc. II, da mencionada Lei, mesmo que a locação seja por prazo determinado.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.011631-0, da comarca de São José (2ª Vara/Registro Público), em que é apelante Enio Ribas, sendo apelada Estela Maria da Silva Santos:*

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

Custas na forma da lei.

Enio Ribas ingressou com “ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança” em face de Estela Maria da Silva Santos, alegando que locou para a ré, em outubro de 1996, três imóveis constituídos de boxes comerciais — ns. 61, 62 e 97 — localizados no Centro Comercial Varejista Ribas, pelo prazo de 36 meses, pactuando-se o valor do aluguel em R\$ 242,00 (duzentos e quarenta e dois reais), a ser pago até o dia 5 (cinco) de cada mês subsequente ao vencido, mais taxa de manutenção, seguro e IPTU, este rateado entre os demais usuários de boxe.

A ré deixou de efetuar os pagamentos do aluguel e da taxa de manutenção dos meses de janeiro a março de 1997, totalizando um débito de R\$ 8.960,67 (oito mil, novecentos e sessenta reais e sessenta e sete centavos).

Requer a rescisão contratual, com o conseqüente despejo da ré, e a sua condenação ao pagamento dos aluguéis atrasados e dos acessórios até a data da efetiva desocupação dos imóveis, além das multas contratuais.

Antes da citação, peticionou o autor requerendo a notificação do fiador.

O Magistrado, no despacho inaugural, com base no art. 295, inc. III, do CPC, indeferiu a pleiteada cumulação de cobrança na ação de despejo, vez que o contrato de locação é título executivo extrajudicial, faltando-lhe, assim, interesse de agir para promover ação de natureza condenatória, e determinou, se requerido, a intimação dos fiadores (fls. 20/21).

Citada, a ré contestou, alegando que o contrato de locação dos imóveis foi firmado em 8/8/96, e que o autor, na qualidade de dono do Centro Comercial Varejista Ribas, não providenciou nem o Alvará do Corpo de Bombeiros, nem o Habite-se, além de outras irregularidades que arrostaram danos, moral e material.

Diz que o autor se negou a recebê-la para negociar o saneamento das irregularidades, motivando — assim também como a outros locatários do dito centro comercial — a entrega das chaves, ocorrida via consignação em pagamento, extinguindo, assim, a relação locatícia entre as partes. Por fim, requer a improcedência da ação de despejo.

Na reconvenção, aduz que o reconvinido, ansioso para recuperar o investimento, iniciou as negociações para locar as dependências do centro comercial, não poupando esforços na divulgação, contratando, inclusive, serviços especializados de corretoras de imóveis e atribuindo qualidades que nunca teve, como um estacionamento para veículos.

Alega que celebrou contrato de locação comercial para três boxes (61, 62 e 97), pretendendo investir parte de seu patrimônio em atividades comerciais, por isso que necessitava de

local adequado para estabelecer seus negócios, o que não ocorreu.

A conclusão da obra do Centro Comercial Varejista Ribas atrasou, vindo a ser inaugurado e entregue somente em 29/11/96, fazendo com que perdesse o movimento do dia das crianças e prejudicasse as vendas de final de ano.

Ademais, teve de se preocupar em fazer as instalações necessárias para a abertura dos seus negócios, visto que os defeitos da construção comprometiam a segurança do estabelecimento, tanto que não havia o Alvará do Corpo de Bombeiros nem o Habite-se.

Descontente com a situação, ajuizou ação de consignação em pagamento, apta a extinguir a relação locatícia.

Diz que o reconvindo não cumpriu o acordado, ou seja, não deu condições para a reconvinte exercer regularmente suas atividades comerciais, uma vez que a clandestinidade do centro comercial acarreta descumprimento indireto das obrigações contratuais, além da inexistência dos reparos previstos no § 4º da cláusula quarta.

Pelo atraso da obra, defeitos da construção, alteração na estrutura original da obra e as irregularidades administrativas — a inexistência do Alvará e do Habite-se — propôs a referida ação consignatória, motivada pela prática de infração contratual (arts. 9º, inc. II, e 22, incs. I e IV, da Lei n. 8.245/91), caracterizando a justa causa para a extinção da avença.

Requer, assim, incidentalmente, a declaração de inexistência da obrigação ao pagamento da multa

prevista na cláusula oitava do contrato de locação.

Defende a abusividade das cláusulas contratuais, citando expressamente a cláusula quinta, caput, e § 4º, posto que não traduzem sua vontade.

Certamente que as adaptações (v. g., decoração) iriam correr por conta sua, mas não da forma que ocorreu, qual seja, contribuição financeira para terminar a obra na quantia de R\$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais), “referente ao pagamento de sua parcela proporcional para as adaptações ao uso a que se destina, conforme contrato de locação”, conforme se verifica no recibo acostado”, em desacordo ao previsto na cláusula quarta do contrato locatício e no CDC, art. 51.

Salienta que lhe foram causados diversos prejuízos de ordem material, como danos emergentes e lucros cessantes, além de danos morais, havendo necessidade de reparação; assim, requer a procedência da reconvenção para declarar a nulidade das cláusulas contratuais e desobrigatoriedade pelo pagamento da multa prevista na cláusula oitava do contrato locatício, bem como a condenação do reconvindo a restituir a importância de R\$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais) e ao ressarcimento de perdas e danos, morais — equivalente ao dobro do valor total do contrato firmado — e materiais, acrescido de juros legais e correção monetária.

O autor/reconvindo contestou a reconvenção, aduzindo, preliminarmente, que o processo deve ser extinto sem o julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido.

A ré/reconvinte recebeu as chaves em novembro de 1996, data em que passou a vigor o contrato locatício e que, a partir de fevereiro de 1997, não pagou qualquer valor referente ao aluguel, autorizando a ação de despejo por falta de pagamento; inexistente, assim, carência da ação e esbarra a reconvinte nos termos do art. 1.092 do CC.

No mérito, ressalta que o pagamento de uma parcela para a adaptação ao uso a que se destina ocorreu em março de 1996, quando o imóvel ainda se encontrava em construção, iniciando a locação somente quando finalizadas as obras, ou seja, novembro de 1996, data em que, sem nenhuma oposição, recebeu as chaves.

A locatária tinha pleno conhecimento, quando da assinatura do contrato de locação, que o centro comercial estava em fase inicial de construção e que a quantia recebida destinava-se a finalizar a obra, ficando sem sentido a discussão do valor pago, vez que no prazo da entrega a ré não se opôs, aceitando-a no estado em que lhe foi entregue e manifestando-se no sentido de devolver as chaves somente após a citação na ação de despejo.

No que se refere à alegada construção de garagem para veículos, elas existem e estão à disposição de todos os locatários. Contudo a reconvinte pretende garagem que não estava no projeto.

No tocante ao Habite-se, regularização na Prefeitura, culpa os entraves burocráticos para sua liberação, o que não obsta o funcionamento das lojas, tanto que 50 (cinquenta) boxes estão em pleno comércio; junta

com a contestação à reconvenção o Alvará de Licença para construção do imóvel e a Vistoria realizada pelo Corpo de Bombeiros, com todos os boxes devidamente regularizados perante a Junta Comercial, sendo natural a demora do Habite-se.

Afirma que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica em contrato de locação, uma vez que não se trata de relação de consumo.

Quanto à ação de consignação em pagamento, com a devolução das chaves, é de se lembrar que o despacho foi exarado em 9/5/97, e a citação ocorreu posteriormente a esta data, sendo que a ação de despejo foi protocolada em 23/4/97, quando ainda não tinha conhecimento da consignatória.

A pretensão da ré/reconvinte, ao propor a consignatória, é de rescindir unilateralmente o contrato de locação, deixando, assim, de cumprir os ônus contratuais.

Dessa forma, requer o acolhimento das preliminares e a extinção do feito sem o julgamento do mérito, ou, se ultrapassadas estas, a improcedência dos pedidos, com a condenação da reconvinte em custas e honorários advocatícios.

Na manifestação à contestação, o autor reitera os fatos narrados e os argumentos expostos, acostando o Alvará de Licença da Prefeitura Municipal, ressaltando que outros locatários estão regularizados na Junta Comercial do Estado, não havendo fato impeditivo para que a ré também o seja e que o autor nunca foi procurado para a devolução das chaves, não se configurando renúncia para recebê-las; e, se tivesse ocorrido, a recusa seria jus-

ta, visto que não basta sua devolução, mas também o depósito dos encargos decorrentes da rescisão pretendida.

Por fim, requer a procedência do pedido de despejo e a condenação da ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

A ré/reconvinte manifestou-se a respeito da contestação apresentada pelo autor/reconvindo, alegando:

A existência de uma série de irregularidades na construção e na regularização da obra, que autorizam tanto a possibilidade jurídica do pedido como o interesse de agir, não se devendo, por isso, falar em carência da ação.

No mérito, reitera o afirmado na reconvenção, aduzindo que o autor/reconvindo juntou os documentos que instruem a sua resposta intempestivamente e que nada provam; ratifica, ademais, os pedidos anteriormente pleiteados.

Estela Maria da Silva Santos por sua vez intentou ação de consignação em face de Enio Ribas, objetivando, inicialmente, a devolução das chaves dos mesmos boxes objeto da ação de despejo, porque a obra não estava regularizada na Prefeitura e no Corpo de Bombeiros, não servindo, assim, ao fim a que se destina, qual seja, o uso comercial da coisa.

O Dr. Juiz de Direito deferiu o pedido de depósito das chaves, determinando a citação do réu. Depositadas as chaves das salas comerciais, em nova manifestação, o Magistrado a quo revogou o despacho anterior e determinou a emenda da inicial, que restou cumprida a fl. 23, requerendo, a consignante, a rescisão do contrato

de locação a contar da data da propositura da ação.

Citado, o réu contestou o pedido, aduzindo que aceitaria, desde logo, a entrega das chaves, tanto que inclusive propôs ação de despejo para retomar os imóveis. Diz que todos os locatários que receberam as salas e abriram seus negócios não encontraram óbice para regularizar suas situações, mas acontece que a autora tentou especular o ponto, ou seja, sublocá-lo, no que não logrou êxito, por isso que ajuizou a ação de consignação.

Na resposta à contestação, a autora afirma que os ônus contratuais, sejam eles referentes a aluguéis, multas, encargos, devem ser discutidos em ação própria.

A devolução dos imóveis não visa à quitação de todas as obrigações contratuais, porque na reconvenção da ação de despejo está sendo discutido o cumprimento das avenças e a devolução dos valores indevidos; no mais, ratificou o alegado na inicial e requereu a procedência da ação.

O ilustre Togado, ante a inexistência de recusa no recebimento das chaves, determinou que se apensassem os autos da consignatória aos de despejo e, posteriormente, ordenou que a instrução e julgamento das duas causas ocorressem juntas.

Designada audiência pelo Dr. Juiz de Direito, não logrou êxito a tentativa de conciliação, tendo sido determinada a expedição de carta precatória à comarca da Capital para inquirição da testemunha Adolar Odorico Ferreira, e deferida a juntada do processo administrativo da Prefeitura Municipal relativamente ao imóvel objeto da lide.

O Magistrado – ato contínuo, julgou improcedente a ação de despejo, procedentes, em parte, os pedidos feitos na reconvenção e na consignação, decretando “a rescisão do contrato de locação, sem a imposição de penalidades à locatária, por reconhecer ter sido o locador quem deu causa ao desate, com violação do art. 22, inc. I, da Lei do Inquilinato”. Condenou “o reconvinde a devolver à reconvinte a importância de R\$ 10.200,00, corrigida a contar do desembolso mencionado no recibo de fls. e acrescida de juros à taxa legal, rejeitada a pretensão de indenização por dano moral”. Condenou, ainda, o sucumbente nas despesas do processo e verba honorária, esta fixada em R\$ 1.000,00 (mil reais), ex vi do art. 20, § 4º, do CPC.

Irresignado, o autor/reconvinte apelou, asseverando que o Dr. Juiz de Direito não apreciou com atenção suas colocações, visto que a citação da ação de consignação em pagamento, promovida em 27/2/97 pela apelada, ocorreu somente em 6/6/97, quando já havia ajuizado ação de despejo c/c cobrança (23/4/97), cumulação esta que restou indeferida.

O pacto locatício foi firmado com a apelada em 8/8/96, tendo como objeto três boxes para fins comerciais no Centro Comercial Varejista Ribas, enquanto este ainda estava em construção e que a apelada tinha conhecimento do estágio da obra e por isso estava ciente de que o referido contrato se iniciaria quando o imóvel estivesse totalmente pronto.

As chaves foram entregues em novembro de 1996, sem qualquer oposição por parte da apelada, quando realmente começou a vigorar o con-

trato, apesar de assinado em agosto de 1996.

O valor desembolsado, R\$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais), destinava-se à finalização da construção e para as devidas adaptações ao uso, procedimento comum neste tipo de empreendimento.

O imóvel não foi entregue na data estabelecida no pacto, em razão das chuvas, e, acreditando na boa-fé da recorrida, não modificou a data estipulada anteriormente — outubro de 1996; não procedem as alegações da apelada que não teria aberto sua loja em virtude do empreendimento possuir irregularidades na construção — Alvará do Corpo de Bombeiros e o Habite-se —, uma vez que não havia nenhuma irregularidade que impedisse o funcionamento do comércio, conforme prova às fls. 75/86.

Caracterizada restou a má-fé da apelada quando menciona que a obra era clandestina, o que não corresponde à verdade, já que a demora da Prefeitura em conceder o Habite-se decorre da burocracia existente, citando, para corroborar, que diversos empreendimentos estão em pleno funcionamento e regularizados na Junta Comercial do Estado.

Ressalta que nem a falta do Habite-se nem a falta do Alvará do Corpo de Bombeiros impossibilitou a abertura das lojas e que tudo o que foi exposto pela recorrida não restou provado; ademais, outros centros comerciais funcionam sem os referidos documentos, mas nem por isso deixam de funcionar, como é o caso do Mercado Público e o Camelódromo.

A quantia paga de R\$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais),



quando da assinatura do contrato, consistia em participação financeira que iria viabilizar o futuro do Centro Comercial, e não como pagamento do ponto comercial como alegou a apelante; valores estes correspondentes a res sperata, cuja cobrança é totalmente lícita nessa espécie de empreendimento, desobrigando, por isso, o apelante da restituição do montante pago.

Para corroborar a tese cita ensinamentos e julgados sobre o tema.

A abusividade alegada na cláusula 5ª, caput, e § 4º, é inadmissível, já que o risco de resguardar o imóvel pertence ao locatário e a quantia paga de R\$ 3.400,00 (três mil e quatrocentos reais), por cada boxe, destinava-se ao término das obras e para as suas adaptações ao uso, não ensejando, assim como requer a ré/reconvinte, a devolução dos valores pagos, porque lícita a cobrança.

A apelada não prova que o recorrente inadimpliu o contrato: primeiro, porque anuiu com a entrega das chaves fora do lapso temporal ajustado, porque tinha conhecimento do estágio das obras; segundo, porque a falta do Habite-se e do Alvará do Corpo de Bombeiros não impossibilitaram à recorrida abrir sua loja no centro comercial.

Quanto às garagens, afirma que elas existem e estão à disposição de todos os usuários, sem qualquer cobrança. Em relação à área total locada, corresponde fielmente à informada no contrato, ou seja, 4m<sup>2</sup>. Logo, inexistente justa causa que motive a rescisão contratual.

A ré/reconvinte é quem violou as cláusulas contratuais avençadas

como a entrega do imóvel antes do término do prazo estipulado no contrato e o não-pagamento dos aluguéis; ademais, nenhum prejuízo alegado pela recorrida restou comprovado.

Assim, requer a reforma da sentença e o provimento do recurso, em face da res sperata, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Nas contra-razões, a apelada afirmou que:

O prédio foi construído às custas dos locatários; o imóvel não foi incorporado no competente Cartório de Registro de Imóveis; o recorrente não possuía a devida regularização administrativa, quando passou a locar as dependências do centro comercial no primeiro semestre de 1996, ainda em fase de construção; pago foi, a título de ponto comercial, a importância de R\$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais), sob a alegação de que este valor serviria para ajudar na construção da obra.

Revive a argumentação já retroesposada e destaca que as apontadas irregularidades afetaram todos os locatários do Centro Comercial, ensejando 64 (sessenta e quatro) ações judiciais, cujos pontos controvertidos são os mesmos da presente demanda, já decididos por este egrégio Tribunal de Justiça no acórdão da lavra do Exmo. Des. Carlos Prudêncio (documento trazido junto com as contra-razões).

A pretensão do apelante em reformar a decisão do douto Magistrado, que indeferiu a cumulação do pedido de despejo com o de cobrança dos aluguéis, está preclusa, visto que deveria ter-se insurgido naquele momen-

to, uma vez que a sentença apelada não tratou da matéria.

A consignação das chaves não obsta que o cumprimento das obrigações contratuais seja objeto de ação própria, e que o apelante tinha ciência de que a obra seria entregue com atraso; as afirmações de que a construção atrasou em virtude das chuvas são infundadas, porque não demonstradas nos autos.

Consta do laudo do Corpo de Bombeiros que o imóvel não apresentava segurança suficiente para que fosse habitado e, segundo declaração da Prefeitura Municipal, até fevereiro/97, não tinha sido concedido o Habite-se por falta dos Alvarás do Corpo de Bombeiros e Sanitário.

O projeto do centro comercial foi rejeitado pela Prefeitura Municipal por descumprir normas pertinentes ao Plano Diretor do Município.

Reitera que o valor de R\$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais), era relativo ao pagamento do ponto comercial, o qual foi exigido pelos locatários quando da assinatura do contrato; a referida importância servia como "luvas" e a não-devolução deste montante acarretará no enriquecimento ilícito do apelante, posto que se beneficiou com a construção da obra, cujos boxes foram desocupados.

O contrato prevê que a locação é exclusivamente para fins comerciais, sob pena de rescisão e despejo, e que, entretanto, não pôde exercer tais atividades, porque carece de licença dos órgãos administrativos competentes ante a clandestinidade da obra; as referidas irregularidades não contrariam apenas o pacto firmado entre as

partes, mas também a legislação em vigor.

Por fim, requer a manutenção da sentença apelada.

Após, ascenderam os autos a este egrégio Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Inegável é a pretensão das partes em rescindir o contrato de locação, tanto que a locatária ajuizou ação de consignação para a entrega das chaves e rompimento da avença, e o locador intentou ação de despejo, com o oferecimento de reconvenção, para retomar o imóvel.

Dos autos colhe-se que o Magistrado, ao receber a petição inicial, por meio de despacho interlocutório (art. 162, § 2º, do CPC), indeferiu a cumulação da ação de despejo com a de cobrança, por entender que em relação a esta faltava interesse de agir.

Logo, competia ao autor (art. 522 do CPC), no prazo de 10 (dez) dias, agravar da decisão, e, se não o fez, incabível neste momento processual retornar à sua discussão.

No que diz respeito à matéria de mérito trazida à baila, sublinhe-se que outras ações envolvendo o aqui apelante e locatários de boxes do mesmo Centro Comercial Varejista Ribas foram analisadas e julgadas pela Primeira e Terceira Câmaras Cíveis deste Tribunal de Justiça, todas desfavoráveis ao locador, a saber, Apelações Cíveis ns. 99.016207-9, de 7/10/99; 99.014291-4, de 30/9/99; 98.006240-3, de 10/11/98, da lavra do eminente Desembargador Carlos Prudêncio e, ainda 99.013940-9, de 14/9/99, da relatoria do ilustre Des. Silveira Lenzi.

Vislumbra-se, no caso em espécie, que, pelo recibo de fls. 16 e 59, o apelante recebeu da apelada, em 8/8/96, a quantia de R\$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais) referentes aos boxes 61, 62 e 97, “para as adaptações ao uso a que se destina” os imóveis.

O pacto locatício, por sua vez, estabeleceu que: “no caso, sendo a locação para fins comerciais, a locatária declara desde já não haver pago o ‘ponto comercial’, razão por que, findo o contrato, a locatária não poderá exigir qualquer indenização” (Cláusula Quinta, § 4º, fls. 12 e 50).

Afirma o apelante que o supra-mencionado valor corresponde a res sperata, cobrança lícita nesta espécie de empreendimento, qual seja, as de centros comerciais, estando, por isso, desobrigado de restituir a quantia paga pela apelada.

Nesse vértice, necessário se faz tecer algumas considerações sobre centros comerciais:

“Shopping center vem a ser locução da língua inglesa e que literalmente corresponde a centro comercial.

“(…)”.

“A Grande Enciclopédia Delta Larousse, no verbo ‘Centro Comercial’, assim conceitua: ‘Conjunto de lojas varejistas, concebido, realizado, possuído e administrado como uma só entidade, em geral longe de aglomerações, oferecendo facilidades para estacionamento de automóveis e adaptado à região a que serve, pela situação, pelas dimensões e pelos tipos de lojas de que se compõe’.

“(…)”.

“Contudo, a simples concentração de lojas ou de estabelecimentos para a prestação de serviços num só edifício, ou num conjunto de edifícios, por si só, não caracteriza um shopping center, a exemplo do que ocorre nas galerias de lojas, como igualmente não o caracteriza o fato de pertencerem todas as lojas ou estabelecimentos a uma só firma ou a um só proprietário.

“(…)”.

“O shopping center caracteriza-se, sobretudo, pela sua sistemática ou ordenamento, com um complexo de relações internas entre o incorporador ou incorporadores do empreendimento e os lojistas e prestadores de serviços, ligado entre si por uma espécie de solidariedade e congregados, muitas vezes, numa entidade associativa para a defesa de seus interesses” (Washington de Barros Monteiro, Shopping Centers, Aspectos Jurídicos, RT, São Paulo, 1984, págs. 160/2).

Orlando Gomes ensina que “não se compreenderá a essência do shopping center sem se ter conhecimento de pelo menos três peculiaridades altamente significativas: 1) o aluguel percentual; 2) a associação dos lojistas; 3) o regimento interno” (ob. cit., pag. 89).

Nessa linha, Rubens Requião assinala que “a finalidade da associação civil, elemento funcional do ‘centro comercial’, é sobretudo, a de administrar o fundo de promoções coletivas, do qual sairão todos os programas e recursos de propaganda e promoções da coletividade integrada na sua organização. O regulamento interno estabelecerá o perfeito funcio-

namento do 'centro comercial' e seu aprimoramento.

"A assinatura do contrato de locação por parte do locatário, enfim implica, automaticamente, a filiação deste à associação. Essa assinatura é, portanto, anterior e condição de integração na organização. Não é a associação civil que permite inicialmente a integração do interessado na organização.

"(...).

"Assim, vejo no centro comercial não uma figura modelada por um contrato, mas apenas a coordenação ou coligação de vários contratos que estruturam juridicamente a organização e atividade.

"(...).

"Dessa sua atividade e da comunhão de interesses dos comerciantes surge o 'centro comercial' como organização visando à venda retalhista aos consumidores" (ob. cit., págs. 125 e 132).

O apelante não comprovou, sob tais características, reunir qualidade de 'Centro Comercial', uma vez que não possui o aluguel percentual, a associação dos lojistas ou o regimento interno, não se justificando, na hipótese, a possibilidade de cobrança da res sperata.

Sobre o assunto convém mais assinalar:

"Cláusula res sperata, embora surtida de bens imateriais, componentes do fundo de empresa do shopping center, é coisa esperada e corpórea, pois o risco, na obtenção das vantagens concretas do exercício negocial, nesse ambiente, é quase nenhum, dado o sólido esquema programado.

"A coisa esperada, portanto, é o lucro, a vantagem que advirá do exercício da atividade negocial, na área do shopping, e que é quase certa, dado que a utilizadora já ingressa na sua atividade com um esquema arquitetado pelos empreendedores e em somatório de outros fundos empresariais concentrados.

"A retribuição paga pela utilizadora, em razão da res sperata, no momento da instalação do shopping ou da ocupação da unidade-loja, existe para compensar essa vantagem de não ter a utilizadora de formar, com suas próprias forças, sua clientela, seu fundo de empresa.

"Não me parece que a res sperata seja a construção do centro comercial, ou a formação do seu fundo de empresa, tanto que a utilizadora, mesmo durante a construção do shopping, não espera o empreendimento ou fundo deste, como coisa a ser adquirida, mas, de futuro, espera, sim, auferir lucros, em face de toda a promoção levada a efeito.

"Tanto é verdade que essa cláusula continua a existir, do mesmo modo, estando já o shopping em funcionamento" (Álvaro Villaça Azevedo, *Atipicidade Mista do Contrato de Utilização de Unidade em Centros Comerciais e seus Aspectos Fundamentais, Shopping Centers — Questões Jurídicas — Saraiva, São Paulo, 1991, pág. 30*).

Assim, a coisa esperada é o pagamento da utilização e da retribuição das vantagens oferecidas pelo "Centro Comercial". Trata-se não de esperança, mas de real elemento, presente, sobretudo, na sua estrutura colocada à disposição do lojista, incluindo, inclusi-

ve, estudos de marketing. Contudo, sua destinação é regulada pelas Normas Gerais do Shopping Center, conforme ressalta Fernando A. Albino de Oliveira, na obra *Shopping Centers — Questões Jurídicas* — Saraiva, São Paulo, 1991, pág. 104).

Logo, a simples concentração de lojas num mesmo local pertencentes a um mesmo proprietário, por si só, como já explicitado, não caracteriza “Centro Comercial” e inexistindo associação de lojistas, regimento interno, normas gerais e, conseqüentemente, lucro para a empresa, impossível se torna a cobrança da res sperata, devendo, por isso, o apelante restituir o pagamento efetuado pela apelada.

Nesse sentido colhe-se:

“A locação comercial em shopping center tem a característica de agregar valorativamente ao estabelecimento locado as vantagens das instalações do empreendimento e da aglomeração do comércio. Daí a cobrança da chamada res sperata.

“A pactuação da res sperata visa, primeiramente, à remuneração da garantia de reserva, caso a obra ainda não esteja concluída, ou, se já concluída, a retribuição pela cessão ou fruição do fundo de reserva ou sobre fundo comercial decorrente da agregação valorativa imaterial proporcionada pelo centro comercial ao estabelecimento locado.

“Estando ajustada contratualmente a cobrança, é exigível a res sperata ainda que a obra já tenha sido concluída” (Ap. Cív. n. 97.001869-0, de Criciúma, Des. Pedro Manoel Abreu).

Ressalve-se que discussão persiste em relação ao exame sobre quem deu causa ao descumprimento do contrato de locação e seus efeitos; deve-se, contudo, levar em conta o consagrado princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, que comporta, como única exceção, que seja apreciada também matéria passível de o ser de ofício, para definir a lide.

O contrato celebrado pelas partes é tão-somente o de locação de imóvel não residencial e não o de relação entre lojistas e empreendedores, sendo regulado pela Lei n. 8.245/91, que não prevê qualquer adiantamento de valor pela locatária ao locador, excetuadas as hipóteses previstas no art. 37.

Como bem anotado no julgamento da Ap. Cív. n. 99.014291-4, suapracitada:

“O centro comercial que seria construído pelo recorrente para a locação de pequenos boxes comerciais, jamais poderia ser feito às custas de leigos locatários, porquanto é dever do locador, como se sabe, a entrega do imóvel apto ao uso do inquilino, nos termos do art. 22, I, da Lei n. 8.245/91”.

Depreende-se dos autos que o contrato de locação foi assinado em 8/8/96, sendo o imóvel entregue no final de novembro de 1996, quando o fora prometido para vigor a partir de outubro/96, portanto, com atraso e sem a concessão do Habite-se pela Prefeitura Municipal de São José e do Alvará pelo Corpo de Bombeiros, que, pelo relatório de vistoria datado de 4/3/97 (fl. 55), enumera diversas irregularidades a ser sanadas para as li-

berações das unidades do Centro Comercial Varejista Ribas.

Ora, compete ao locador entregar à locatária o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina (art. 22, I, da Lei n. 8.245/91), e, não o fazendo, dá azo à rescisão contratual, a teor do art. 9º, inc. II, da mencionada lei, mesmo que a locação seja por prazo determinado.

Ainda que a autora, na data da assinatura do contrato, estivesse ciente da não conclusão das obras, não poderia é concordar que passados três meses, e já escoado o prazo para a entrega definitiva do bem, os imóveis ainda dependessem do licenciamento pelas autoridades competentes.

Não há falar em falta de oposição da locatária quando do recebimento das chaves do imóvel, posto que as infrações cometidas perpetuaram-se até a data do protocolo da ação consignatória (27/2/97), conforme se verifica do Relatório de Vistoria n. 1299/CB BOM965, do Corpo de Bombeiros, datado de 4/3/97, juntado às fls. 55/57.

A propósito, e, por sinal, versando sobre outros boxes do mesmo Centro Comercial, decidiu a egrégia Primeira Câmara Civil desta Corte:

“Ação de consignação de chaves de imóveis locados. Atraso de entrega de obra. Dever do locador de entregar o bem apto ao uso do inquilino. Ofensa. Rompimento do vínculo contratual. Recurso desprovido.

“A devolução do imóvel locado antes do término do prazo contratual

de avença locatícia por tempo determinado é direito potestativo do locatário, ainda mais se o locador se obriga a entregar a obra e respectivas chaves em determinado tempo e não o faz. A consignação das chaves pelo locatário, pois, in casu, tem implícita a rescisão da locação, ainda mais diante do notório descumprimento contratual de sua parte” (Ap. Cív. n. 98.006240-3, rel. Des. Carlos Prudêncio, julgada em 10/11/98).

Ainda:

“A consignação das chaves tem implícita a rescisão da locação, pois que o recebimento delas importa, logicamente, em que seja rompido o vínculo contratual. Portanto, o pedido era um só” (TACRJ — AC 892/95, 6ª C., rel. Juiz Nilson de Castro, julgado em 28/3/1995).

À locatária, pois, acudia o direito de devolver o imóvel antes do lapso temporal ajustado, rescindindo assim a relação locatícia, e de pleitear a restituição do numerário que adiantou sem guarida na legislação de regência, sob pena de propiciar o enriquecimento ilícito do senhorio.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Trindade dos Santos.

Florianópolis, 26 de junho de 2000.

*Alcides Aguiar,  
Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 98.011686-4, DE CONCÓRDIA****Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Embargos à execução — Revisão contratual — Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF, não reconhecida — Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor que não regulamentou o art. 192, § 3º, da CF/88 — Capitalização mensal de juros permitida — Inteligência da Súmula 93 do STJ — Pacta sunt servanda — Ausência de fundamento para interpretação das cláusulas contratuais favoráveis ao devedor — Recurso desprovido.*

*“Na dicção da ilustrada maioria do Supremo Tribunal Federal, em relação à qual guardo reservas, o § 3º do art. 192 da Constituição Federal não é auto-aplicável — ADIn n. 4-7/DF, relatada pelo Min. Sydney Sanches, cujo acórdão foi publicado no DJ de 25/6/93” (RE n. 192.258-8/MG, rel. Min. Marco Aurélio, DJU n. 220 de 17/11/95, pág. 228).*

*“A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial, admite o pacto de capitalização de juros” (Súmula 93 do STJ).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.011686-4, da comarca de Concórdia (1ª Vara), em que é apelante Transportes Norte Sul Ltda., sendo apelado Banco Meridional do Brasil S.A.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, desprover o recurso.

Custas legais.

Transportes Norte Sul Ltda. ajuizou embargos do devedor à ação de execução que lhe move o Banco Meridional do Brasil S.A.

A embargante ingressou em Juízo buscando a nulidade da ação de execução, alegando que o embargado vem exigindo taxas de juros e de-

mais encargos abusivos, caracterizando excesso de execução, o que não é amparado pela CF/88, pois há uma desproporção entre a remuneração das aplicações financeiras pagas e recebidas pelas instituições bancárias, e, assim, que o embargado vem recebendo valores superiores aos devidos.

Intimado, o embargado impugnou os embargos asseverando, preliminarmente, irregularidade da representação. No mérito, reprovou todas as alegações contidas na inicial.

O MM. Juiz de Direito julgou improcedentes os embargos, condenando a embargante nas custas processuais e honorários advocatícios (fls. 34/38).

Irresignada, a embargante inter pôs recurso de apelação aduzindo

que a r. sentença de primeiro grau merece ser reformada, pois não reflete a verdade dos fatos, uma vez que há excesso execucional.

Asseverou que é permitida a revisão de contratos em fase de cobrança; a interpretação contratual deve ser feita em benefício do devedor; a taxa de juros fixada no art. 192, § 3º, da CF/88 é auto-aplicável; a vedação da capitalização de juros pela Súmula 121 do STF; aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; e, por fim, a necessidade de produção de prova pericial.

Por sua vez, o apelado alegou em suas contra-razões a impossibilidade de arguição em segundo grau de matéria não discutida no primeiro grau de jurisdição; a impossibilidade da revisão contratual; a possibilidade de capitalização de juros; e a inaplicabilidade do diploma legal do consumidor.

É o relatório.

Inicialmente, releva notar que a circunstância de tratar-se o pacto firmado entre as partes de contrato de adesão não torna automaticamente nulo o instrumento, devendo-se apreciar cada cláusula apontada como ilegal isoladamente.

A apelante, preliminarmente, alega que há necessidade de prova pericial para averiguar os valores cobrados. Contudo tal medida é escusável, pois, in casu, discutem-se as cláusulas contratuais, pois do seu julgamento restaram os valores a serem pagos pela apelante, não havendo, assim, necessidade de perícia ou qualquer cálculo prévio.

No tocante à possibilidade de revisão contratual, a Constituição Federal de 1988 assegura o livre acesso

à jurisdição. Assim, todo aquele que se sentir lesado, ameaçado, prejudicado etc. com alguma situação poderá submeter ao Poder Judiciário a apreciação da questão.

A apelante alega que está litigando contra a onerosidade excessiva praticada pelo apelado com a prática da fixação da taxa de juros remuneratórios acima do limite constitucional, superior ao limite de 12% a.a., devendo prevalecer o direito básico do consumidor ao brocardo *pacta sunt servanda*.

No tocante a essa questão, é de se considerar que quanto à vinculação do pacto aos juros legais, em face da auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, do Código de Processo Civil, a tese não resiste ao calor da temática do entendimento Sumular 596 do STF. A colenda Corte excelsa, ao julgar a ADIn n. 4, de que foi relator o eminente Min. Sydney Sanches, formou o entendimento de que o § 3º do artigo 192 da Constituição Federal não é auto-aplicável (RE n. 171.846/RS, rel. Min. Sydney Sanches, in DJU de 18/8/95, pág. 24.949; RE n. 154.238-1, de 16/2/93, 1ª T. do STF, rel. Ministro Moreira Alves, in JTA 141/926 — RT 129/79, 679/119). É que o dispositivo deve ser interpretado em harmonia com a cabeça do artigo. A fixação dos limites dos juros reais está subordinada à disposição preambular do artigo 192 da Constituição Federal, porquanto inexistente, salvo expressa previsão, uma autonomia do parágrafo, a ponto de colocá-lo em conflito com o preceito maior que o encabeça (JTARS 76/316, 81/307-314 e 129/163 — Juiz Roldão de Freitas Gomes, Juros Reais, RT 667/231; Hely Lopes Meirelles, in Tabelamento de



Juros, in RDP 88/158; Caio Tácito, O art. 192 da CF e seu § 3º, in RDP 88/51; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Os Princípios do Direito Constitucional e o art. 192 da Magna Carta, in RP 88/162; Celso Bastos, Tabela-mento de Juros, in RDP 88/172; Ives Gandra da Silva Martins, Tabelamen-to de Juros Reais e sua Conformação Jurídica, in RDP 88/182 e Arnaldo Rizzardo, Contratos de Crédito Ban-cário, RT).

Ainda a respeito, colhe-se:

“Aduzem (Embargos de Decla-ração no Mandado de Segurança n. 97.005090-9, Tubarão, DJSC n. 9.739, págs. 49 a 51, de 6/6/97, rel. Des. Eder Graf) que a tese central dos Embargos à Execução e da Apelação consiste na auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF/88, consoante deci-sões deste Tribunal de Justiça, cujos precedentes explicitam (...).

“Seria de dizer-se que ‘a fortu-na, entretanto, não agasalharia o in-conformismo’ dos ora embargantes, posto que a tese de auto-aplicabili-da-de do art. 192, § 3º, da Carta Magna, foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal em algumas centenas — se não milhares — de julgados.

“Faz-se uma amostragem, res-peitando-se a ordem de antigüidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que tinham atendimento di-verso, harmônico com a tese agasa-lhada recentemente por alguns ilus-tres Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a saber:

‘Constitucional. Juros reais. Art. 192, § 3º, da Carta da República.

‘O Supremo Tribunal Federal en-tende que o § 3º do art. 192 da Consti-

tução não é auto-aplicável’ (ADIn n. 4-7/DF)” (RE n. 1173.819-7/RS, rel. Min. Paulo Brossard, DJU n. 68, de 7/4/95, pág. 8.886).

E mais:

“Constitucional. Juros reais. CF, art. 192, § 3º.

‘I — O Supremo Tribunal Fede-ral, julgando a ADIn n. 4-7/DF, decidiu que a norma inscrita no § 3º do art. 192 da Constituição Federal não é de eficácia plena, condicionada à eficácia do citado dispositivo constitucional, § 3º do art. 192, à edição da Lei Comple-mentar referida no caput do art. 192” (RE n. 204.270-6/RS, rel. Min. Carlos Velloso, DJU n. 40, de 28/12/97, pág. 4.078).

Ainda:

“Juros — Limitação — § 3º do art. 192 da Constituição Federal.

‘Na dicção da ilustrada maioria do Supremo Tribunal Federal, em re-lação à qual guardo reservas, o § 3º do art. 192 da Constituição Federal não é auto-aplicável — ADIn n. 4-7/DF, relatada pelo Min. Sydney Sanches, cujo acórdão foi publicado no DJ de 25/6/93” (RE n. 192.258-8/MG, rel. Min. Marco Aurélio, DJU n. 220, de 17/11/95, pág. 228).

Assim, a aplicação de juros aci-ma do limite fixado constitucionalmen-te não se encontra regulamentada, não podendo ser invocada atualmente e, conseqüentemente, aplicada à quaestio dos autos, posto que o Cód-i-go de Defesa do Consumidor, ao proi-bir as cláusulas abusivas (art. 6º, IV, da Lei n. 8.078/90), não regulamentou o art. 192, § 3º, da CF/88, não poden-do ser invocado para o presente.

Quanto à capitalização dos juros, observe-se que a Súmula 596 do STF coexiste com a 121. Somente “a legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros” (Súmula 93 do STJ).

“O Superior Tribunal de Justiça adotou entendimento permissivo da capitalização mensal de juros nos casos expressamente autorizados em lei, como os créditos rurais, cuja autORIZAÇÃO encontra-se no art. 5º do Decreto-Lei n. 167/67, os créditos industriais pelo art. 5º do Decreto-Lei n. 412/69 e os comerciais pelo art. 5º da Lei n. 6.840” (REsp n. 47.148-6/RS, rel. Min. Cláudio Santos, DJU de 27/6/94).

Por fim, com relação à interpretação das cláusulas contratuais, em conformidade com os arts. 1.090 e 1.125 do CC c/c arts. 130 e 131 do Código Comercial, estas serão interpretadas para o devedor dês que sejam lacunosas, obscuras, contraditórias etc., o que não é o presente caso, pois o que a apelante busca é a revisão do contrato para minorar seu saldo devedor, não se aplicando as hipóteses acima.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso para manter a r. sentença hostilizada.

É o voto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira e, com voto vencido, o Exmo. Des. Gaspar Rubik que provia em parte o apelo.

Florianópolis, 11 de setembro de 2000.

*Anselmo Cerello,  
Presidente e Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik:

Votei vencido, ousando dissentir do entendimento sufragado pela douda maioria, por entender que é auto-aplicável o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, de sorte que, em razão disto, a meu sentir, o recurso estaria a merecer provimento parcial.

Permito-me, em abono e como fundamento desse posicionamento, e porque essa matéria foi examinada em profundidade e até à exaustão pelo preclaro Des. Pedro Manoel Abreu, com sua costumeira e proverbial competência, transcrever tópico do r. acórdão de sua lavra, no qual assim deixou assentado:

“6. No que toca à limitação constitucional dos juros reais, a sentença equacionou a controvérsia com exatidão.

“É consabida a negativa de auto-aplicabilidade do § 3º do art. 192 da Constituição Cidadã pela jurisprudência prevalecente, entretanto, a orientação contrária vem se espraiando. Apesar de vencido, o Min. Paulo Brossard, na ADIn n. 004/DF, teve o ensejo de sustentar a eficácia imediata da norma pefalada, comentando em seu voto:

“Tenho para mim que o § 3º do art. 192 tem em si mesmo elementos bastantes para imperar desde logo e independentemente de lei complementar, até porque esta, querendo ou não o legislador, não poderá ter como juro máximo 12% ao ano, incluídas nessa taxa que, aliás, não é nova entre nós, toda e qualquer comissão ou

tipo de remuneração direta ou indiretamente referida à concessão do crédito. Isto porque, como é sabido, como a chamada lei de usura prescrevesse como limite máximo a taxa de juros de 12%, instituições financeiras, sob pressão do fenômeno inflacionário, passaram a cobrar outras taxas sob rótulos distintos.

‘Querendo ou não querendo o legislador ele não poderá autorizar a cobrança de qualquer remuneração seja a que título for, direta ou indiretamente ligada à concessão de crédito, além do juro, juro este que será de até 12% e em caso algum superior a essa taxa’ (RTJ 147/830).

‘Perfilhando esse entendimento, o Ministro Carlos Velloso ao perscrutar o tema em discussão consignou tratar-se de norma proibitória ou vedatória, de aplicabilidade imediata, salientando que ‘As normas constitucionais são, de regra, auto-aplicáveis vale dizer, são de eficácia plena e de aplicabilidade imediata. Já foi o tempo em que predominava a doutrina no sentido de que seriam excepcionais as normas constitucionais que seriam, por si mesmas, executórias’. E arrematou: ‘...o que deve o intérprete fazer, diante de um texto constitucional de duvidosa auto-aplicabilidade, é verificar se lhe é possível, mediante os processos de integração, integrar a norma à ordem jurídica.

‘É o caso da taxa de juros reais’, inscrita no § 3º do art. 92 da Constituição, ‘que tem conceito jurídico indeterminado, e que, por isso mesmo, deve o juiz concretizar-lhe o conceito, que isto constitui característica da função constitucional’ (RTJ 147/816).

“Muito embora o caput do art. 192 da Constituição de 1988 aluda à feitura de lei complementar, o § 3º, em sua primeira parte, é de completitude indisputável, desvelando a fragilidade e inutilidade das circunlocuções que se tem construído para negar a auto-aplicabilidade do preceito (v. Roberto W. Amarante, *Contratos Bancários — De Quem é a Mora?*, in *Revista Jurídica*, vol. 226, pág. 47). Por conta disso, vincular a exequibilidade da regra do art. 192, § 3º, CF/88, à edição de lei complementar que a regulamentar, equivaleria a render preito ao tautológico. Cultuar-se a redundância é, per se, conduta censurável, exasperando sua reprovabilidade quando como na matéria em tela, importar sério gravame a quem recorre a instituições financeiras, bem como a manutenção de nefasta benesse a esses entes.

“Não se olvide, outrossim, que mesmo com a superveniência de lei complementar, pondo em foco os juros reais em hipótese alguma — e isso é indubitável — admitir-se-á o estabelecimento de taxas excedentes aos 12% anuais, por plasmar evidente afronta ao texto constitucional. Aliás, foi nesse sentido a profícua advertência do ilustre Des. Carlos Prudêncio, ao relatar acórdão proferido na Apelação Cível n. 96.006262-9, da Capital, averbando:

‘A norma que regulamentará referido parágrafo, jamais poderá firmar juros superiores aos 12%; poderá, sim, estabelecer um limite menor. E, neste caso, qual a necessidade de lei regulamentadora se esta nunca poderá fixá-los acima de 12% ao ano. Por isso, o § 3º do art. 192 da CF tem eficácia plena e imediata, já que veda expressamente a cobrança de juros

superior ao limite nele fixado, além de assegurar direito dos operadores do mercado financeiro de vê-lo aplicado. Ou seja, com ou sem lei complementar, a taxa de juros reais não poderá ser mais que 12% ao ano; a lei a ser elaborada é que estará subordinada ao § 3º do art. 192, e não este subordinado àquela; não há necessidade de repetir o que já está na Constituição.

‘Em verdade o parágrafo em questão é auto-aplicável pelo simples argumento de que tudo que prescreverá a lei complementar está e deverá estar de acordo com a norma constitucional, ou então será inconstitucional; a legislação infraconstitucional não poderá negar vigência ao dispositivo já firmado na Constituição, muito menos impor-lhe limites’ (1ª CC, j. 24/9/96).

‘Na refinada intelecção do Des. Trindade dos Santos, ‘Por inculpir uma norma essencialmente restritiva, o art. 192, § 3º, da Lei Maior erigiu um direito auto-exercitável no âmbito do sistema financeiro pátrio, já que delimitou, com plenitude, a taxa máxima de juros reais a ser praticada no território nacional. A não ser por puro protecionismo aos economicamente mais fortes, verdadeiramente detentores do monopólio financeiro, é que poder-se-á admitir possa o legislador ordinário contrapor-se, em norma regulamentadora, à realidade implantada constitucionalmente, instituindo, então, uma taxa superior a 12% anuais’ (1ª CC, Ap. Cív. n. 97.010947-4, de Maravilha, j. 4/11/97).

‘No mesmo diapasão, conquanto em voto vencido, o destacado Des. Nelson Schaefer Martins comentou:

‘A limitação constitucional da taxa de juros é aplicável de imediato. Entende-se por juro real o juro nominal deflacionado, ou seja, o juro excedente à taxa inflacionária.

‘As normas constitucionais que contenham vedações, proibições ou que declarem direitos são, de regra, dotadas de eficácia jurídica plena e auto-aplicáveis.

‘A decisão contida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 004/DF, Supremo Tribunal Federal, não possui caráter vinculativo. A idéia de que o § 3º do art. 192 da Carta Magna esteja a depender de lei complementar importa em verdadeiro atentado à soberania do poder constituinte até porque, é evidente, a legislação infraconstitucional não poderá negar vigência ao dispositivo já esculpido na Constituição, nem impor-lhes limites’ (2ª CC, Ap. Cív. n. 97.000272-6, de São Carlos, rel. Des. Newton Trisotto, j. 8/5/97).

‘O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul também tem sido manancial de considerável número de julgados sobre a matéria, a saber:

‘Juros remuneratórios — Limitação a 12% ao ano — Norma constitucional — Auto-aplicabilidade.

‘Entre mais de uma solução possível no ordenamento jurídico, escolhe-se aquela ditada por critério valorativo e político, no sentido de que os juros remuneratórios são limitados a 12% ao ano, tanto pelo entendimento da auto-aplicabilidade da norma constitucional, quanto pela incidência da legislação infraconstitucional’ (TARS, 3º Gr. Cív., Emb. 196080501, de Planalto, rel. Carlos Alberto Alves Marques, in Adcoas n. 8157524).

'Juros — Limite constitucional — Art. 192, § 3º, da CF — Norma que dispensa regulamentação para sua imediata aplicação.

'Fixada a taxa de juros no limite máximo de 12% em texto expresso da Constituição Federal, a redução a esse limite dos juros cobrados em operações de crédito é imposição constitucional que dispensa regulamentação para sua imediata aplicação' (Ap. Cív. n. 5.560, j. 21/8/90, rel. Des. Renato Mareschy).

'Juros reais. Artigo 192, § 3º.

'Dispositivo não sujeito a regulamentação. Aplicabilidade imediata. A remuneração do capital e a remuneração de serviço referido à concessão do crédito constituem juros reais e não podem superar a 12% ao ano. Apelação desprovida' (Julgados do TARGS 76/298).

'Extrai-se do corpo de acórdão exarado na Apelação Cível n. 196082648 de Passo Fundo:

'O dispositivo constitucional, saliente-se, é auto-aplicável, pois somente os incisos do art. 192 é que dependem de lei regulamentadora, enquanto o limite dos juros é dado no § 3º, só remetendo para lei complementar a definição da sanção penal ao crime de usura. Ocorre, como ficou assentado na Apelação Cível 189078439, da 1ª Câmara do egrégio Tribunal de Alçada, que a norma já contém, em seu enunciado, todos os elementos necessários à sua aplicação. Logo, é auto-executável, de incidência imediata (BIM 153/36, JTARGS 75/156, 78/356, 79/200, 80/200 e 357, 83/246 e 273), aderindo-se, enfim, à corrente que teve como precursores no Estado

os acórdãos mencionados em JTARGS 79/320' (3ª CC).

'Vale atentar, ainda, para as Apelações Cíveis ns. 191.122.019, da Capital, rel. Juracy Vilela de Sousa, j. 14/8/92 e 196.130.710, de Passo Fundo, do mesmo sodalício.

'O egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais já decidiu:

'Juros — CF/88 — Auto-aplicabilidade. É auto-aplicável o § 3º do art. 192 da CF, que proíbe a cobrança de juros acima de 12% do valor atualizado do débito, pelo que exerce agiotagem quem infringe a regra' (3ª CC, Ap. Cív. n. 115.947-3, rel. Juiz Ximenes Carneiro, in DJ de 13/6/92).

'No magistério de José Afonso da Silva, 'Está previsto no § 3º do art. 192 que as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas a concessão do crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

'Esse dispositivo causou muita celeuma e muita controvérsia quanto à sua aplicabilidade.

'Pronunciamo-nos, pela imprensa, a favor de sua aplicabilidade imediata, porque se trata de uma norma autônoma, não subordinada à lei prevista no caput do artigo. Todo parágrafo, quando tecnicamente bem situado (e este não está, porque contém autonomia de artigo), liga-se ao conteúdo do artigo, mas tem autonomia normativa. Veja-se, por exemplo, o § 1º do mesmo art. 192. Ele disciplina assunto que consta dos incs. I e II do ar-

tigo, mas suas determinações, por si, são autônomas, pois uma vez outorgada qualquer autorização, imediatamente ela fica sujeita às limitações impostas no citado parágrafo.

‘Se o texto, em causa, fosse um inciso do artigo, embora com normatividade formal autônoma, ficaria na dependência do que viesse a estabelecer a lei complementar. Mas, tendo sido organizado num parágrafo, com normatividade autônoma, sem referir-se a qualquer previsão legal ulterior, detém eficácia plena e aplicabilidade imediata. O dispositivo, aliás, tem autonomia de artigo, mas a preocupação, muitas e muitas vezes revelada ao longo da elaboração constitucional, no sentido de que a Carta Magna de 1988 não aparecesse com demasia do número de artigos, levou a Relatoria do texto a reduzir artigos a parágrafos e uns e outros, não raro a incisos. Isso, no caso em exame, não prejudica a eficácia do texto’ (Curso de Direito Constitucional Positivo, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, pág. 758).

‘Ainda com esteio na doutrina, tem-se que a norma enfocada ‘a) ...é auto-aplicável, bastando-se por si na qualidade de diretiva material permanente...; b) admitindo-se, para argumento, a necessidade de regulamentação deve-se obtemperar que a Constituição delimitou clara e explicitamente o percentual de 12% anuais, vinculando o legislador, julgador e os particulares nesses limites; c) também ad argumento, ainda que programático, o dispositivo tem conteúdo limitativo e eventual lei complementar regulamentadora não poderia ultrapassar a taxa estipulada, sob pena de declaração de inconstitucionalidade’ (Gustavo Saad Diniz, Juros nos Contratos

Particulares de Mútuo e Financiamento Bancário de Crédito, in Revista Jurídica, vol. 240, pág. 27).

‘Ante a explicitude do § 3º do art. 192 da Lex Fundamental, contestar a auto-aplicabilidade daquele preceptivo seria obsequiar as instituições financeiras com emolumento emoderado.

‘Determinando a Constituição Federal que os juros reais não podem desbordar o linde de 12% ao ano, inexplicável conservar-se a orientação de que agrilhado à edição de lei complementar. É mesmo imponderável a sanha com que se tem sinalizado favoravelmente às instituições bancárias, postergando direitos garantidos pela Carta Constitucional.

‘Tolher garantias fundamentais, alardeando a carência de auto-aplicabilidade das normas que as prevejam, é tendência perniciosa, capaz de deruir o que Konrad Hesse nomearia ‘vontade de constituição’, fazendo esboroar, por conseguinte, a força normativa da Carta Fundamental.

‘Nesse contexto, é atilada a conclusão de Édis Milaré, ao consignar que ‘...no Estado Social de Direito, à extrema facilidade com que novos direitos são declarados, contrapõe-se a minguada atuação prática desses direitos’ (apud Silvio Dobrowolski. A Necessidade de Ativismo Judicial no Estado Contemporâneo, in Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, vol. 2, pág. 164).

‘A limitação constitucional ao juros reais é medida de importância socioeconômica invulgar, significando, na lição de MacPherson, que ‘...as normas sociais e os valores éticos de-

vem prevalecer sobre os valores do mercado pessoal ou pelo menos resistir a eles' (apud César Pasold, A Função Social do Estado Contemporâneo e o Poder Judiciário, in Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, vol. 2, pág. 37).

"Enfatize-se que prostrar a efetivação do balizamento constitucional

dos juros importaria volatilizar a Lex Mater, tornando-a letra morta, mera solenidade, tendo por cicerones um constituinte desprezado — por descuidar da clareza do texto constitucional — e um Judiciário complacente com a voracidade dos bancos".

Estas, pois, em suma, as razões do meu dissenso.

*Gaspar Rubik.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.007454-4, DE SANTA CECÍLIA**

**Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Execução fiscal — Feito extinto — Reexame necessário — Impossibilidade — Exegese do art. 475, IV, do Digesto Processual Civil — Remessa não conhecida.*

*Extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267). Esta sentença não é proferida contra o autor, não estando sujeita à remessa necessária quando o autor for uma das entidades mencionadas no CPC, art. 475 (TRF, vol. 137). No mesmo sentido: Nery, Recursos, 57. TRF 137: A sentença que, em execução fiscal promovida por autarquia, julga extinto o processo, sem decidir o mérito (Código de Processo Civil, art. 267), não está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório (Código de Processo Civil Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, pág. 688).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.007454-4, da comarca de Santa Cecília, em que é apelante o município de Santa Cecília, sendo apelado Hélio Honorato Franzon:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, não conhecer da remessa.

Custas legais.

O município de Santa Cecília aforou ação execução fiscal contra

Hélio Honorato Franzon, objetivando a cobrança de uma dívida fiscal de R\$ 277,97 (duzentos e setenta e sete reais e noventa e sete centavos), equivalente a 289,22 UFIRs.

Registrada e atuada, determinou-se a citação do executado, todavia este não restou localizado (fls. 17).

A r. sentença decretou a extinção do processo, sem julgamento do mérito, posto que as CDAs não possuíam todos os requisitos previstos no § 5º do art. 2º da Lei n. 6.830/80.

Por força de reexame necessário os autos alçaram a esta Superior Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se (fls. 24/25) pelo seu conhecimento e improvimento.

É o relatório.

Não é, pois, de ser conhecida a remessa.

Preceitua o artigo 475, III, do Código de Processo Civil: “está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, a sentença que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública”.

Dessarte, não se pode conferir elastério exegético ao preceito legal abrangendo aqui, também, as situações de encerramento do processo sem apreciação do mérito.

Nesse norte, conclui-se que o comando legal não buscou incluir sob o perquiridor suporte fático às situações de inexistência dos pressupostos de constituição e regular desenvolvimento da lide ou das condições da ação, mormente porque esta relação jurídico-processual sequer chegou à análise meritória, não produzindo, pois, um julgamento improcedente.

Este colendo Pretório, ao apreciar questões análogas, já se pronunciou a respeito:

“Processual — Reexame — Ação contra município — Processo extinto sem exame de mérito — Não conhecimento da remessa.

“Nas hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito, não se considera a sentença como proferida contra a entidade de direito público, sendo, portanto, desnecessário o reexame obrigatório” (Ap. Cív. n.

52.187, de Tubarão, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 7/10/96, pág. 16).

Ainda:

“Apelação cível. Remessa obrigatória (art. 475, III). Processo movido contra Município extinto sem julgamento do mérito. Não conhecimento.

‘Extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267). Esta sentença não é proferida contra o autor, não estando sujeita à remessa necessária quando o autor for uma das entidades mencionadas no CPC, art. 475 (TFR, 137)’ (Nelson Nery Júnior, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 1994, RT, pág. 591)” (Ap. Cív. n. 96.004615-1, de Tubarão, rel. Des. Francisco Borges, DJ de 5/11/96, pág. 11).

E,

“Execução fiscal. Processo extinto sem julgamento do mérito. Remessa obrigatória. Desnecessidade. Inteligência do artigo 475, III, do CPC. Reexame não conhecido.

“A sentença que extingue o processo de execução fiscal sem julgamento do mérito, entendendo nula a certidão de dívida ativa por falta de requisito legal, não enseja remessa necessária, dado que o ato fiscal pode ser renovado” (Apelação Cível n. 99.009148-1, de Palhoça, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

Na mesma esteira:

“A sentença que, em execução fiscal, promovida por autarquia, julga extinto o processo, sem decidir o mérito (CPC, art. 267), não está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório” (TFR — 2ª Seção, Um. de jur. no Ag. 41.241-PA, rel. Min. Torreão Braz, j.



em 7/12/82, 2 votos vencidos, DJU de 9/8/84, pág. 12.361).

Não é, pois, caso de remessa oficial.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Mazoni Fer-

reira. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 21 de setembro de 2000.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.004542-8, DE MARAVILHA**

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Ação de reparação de danos. Reclamante que realiza acordo na Justiça do Trabalho, ainda que com opinião dissonante do seu causídico. Profissional que alega, posteriormente, que seu cliente foi coagido a transacionar, e apresenta notitia criminis contra os advogados do reclamado, assim como representação na Ordem dos Advogados do Brasil. Denúnciação caluniosa ocorrente. Dever de indenizar.*

*Restando indubitavelmente comprovado nos autos que o reclamante firma acordo com o reclamado, em ação trabalhista, de livre e espontânea vontade, ainda que com a discordância do seu patrono, não pode este imputar aos causídicos da parte contrária o cometimento de constrangimento ilegal ou coação por meio da apresentação de notitia criminis de estelionato e crime contra a organização do trabalho.*

*Configura denúncia caluniosa a imputação de crime a outrem sem qualquer respaldo concreto ou com a ciência de inexistência da infração penal. Assim, tem o dever de indenizar aquele que induz a autoridade policial a instaurar inquérito policial evidentemente descabido, e inclusive representa advogados na Ordem dos Advogados do Brasil sem qualquer alegação consistente, ainda mais quando as investigações são arquivadas pela inocorrência de qualquer crime. O prejuízo, ou melhor, o dano moral, é plenamente configurado nessa hipótese, porquanto os profissionais do Direito, para o sucesso da carreira, necessitam sempre da boa conceituação e honra inabalável, fatos que restaram amplamente atacados in casu.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.004542-8, da comarca de Maravilha, em que são apelantes Leonésio Eckert e outros, sendo apelados Antógenes Perin e outros:*

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

Custas legais.

## I — Relatório

Antógenes Perin, Jaime Roberito Orlandi, Lenoir Felipe Bachinski e Leomar Tapparo ajuizaram ação de reparação de danos morais contra Leonésio Eckert, Daniel Schwertz e Maria Loiva de Andrade Schwerz, alegando que os dois primeiros autores são advogados, e os demais comerciantes; que em data de 28/11/96, os réus, por meio de notícia-crime, imputaram aos requerentes a prática de estelionato e frustradores de direito assegurado por lei. Dizem que os réus também são advogados, sendo que o seu constituinte Vilmar Franco firmou um acordo na Justiça do Trabalho sem qualquer pressão, conforme demonstram as testemunhas e o arquivamento do inquérito policial. Requereram a condenação dos réus ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 1.200,00 o que implica na indenização de cada ofendido no valor de 300 salários mínimos.

Os réus contestaram, alegando, preliminarmente, impossibilidade jurídica do pedido porque inexistente previsão legal a respeito, e porque se valerem do direito constitucional de petição aos órgãos públicos. No mérito,

disseram que seu cliente foi pressionado a firmar acordo na Justiça do Trabalho em decorrência de constrangimento por parte dos autores.

Sentenciando, o Meritíssimo Juiz de Direito julgou parcialmente procedente o pedido, condenando os réus ao pagamento de indenização por danos morais em 20 salários mínimos para cada um, com juros moratórios contados da citação. Como os autores decaíram de parte significativa do pedido, determinou que os ônus sucumbenciais fossem distribuídos igualmente, e que cada parte arcaasse com a verba honorária.

Irresignados apelam os réus, dizendo que o acordo firmado com seu cliente foi feito no escritório dos apelados, sem qualquer concordância sua. Reportam-se à contestação de fls. 62/80 e argumentam que a representação perante as autoridades competentes e órgãos de classe encontra respaldo na legislação em vigor. Sustentam, ainda, que o pedido de abertura de inquérito policial para investigação de possível ilícito não dá lugar à indenização por danos morais. Fazem outras considerações acerca do dano moral e requerem o provimento do recurso.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

## II — Voto

O recurso é desprovido.

Sabe-se que a denúncia caluniosa é praticada por meio de uma denúncia formal, hipótese em que o agente apresenta denúncia diretamente (em forma oral ou escrita) à au-

toridade policial ou judiciária, ou de forma direta, quando o agente dá causa, por qualquer meio, à instauração de investigação ou processo. Ademais, a denúncia caluniosa ocorre não só quando é atribuída infração penal verdadeira, a quem dela não participou, mas também quando se atribui a alguém infração penal inexistente.

Indiscutível que deve reparar os danos materiais e morais causados a terceiros aquele que, dolosa ou culposamente, dá causa à instauração de procedimento policial e ação penal contra alguém, exercendo imoderadamente tal faculdade.

Arnaldo Marmitt, in *Perdas e Danos*, Ed. Aide, 1987, págs. 31/32, dissertando sobre a responsabilidade civil por abuso no direito de demandar, consigna:

“O art. 159 do Código Civil define o abuso de direito: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. Caracteriza-se, de conseguinte, o abuso de direito através do exercício anormal do direito, sem motivação legítima e sem justa causa, para fins de prejudicar. Mas o exercício da ação só implicará em abuso de direito com dever de indenizar, se o agente tiver obrado com má-fé, com erro crasso, ou injustificável teimosia”.

A prova do abuso de direito incumbe ao autor, como acontece em geral com as demais ações, e realmente esse é o caso presente. Pairam nos autos a prova da instauração de inquérito policial contra os autores apelados, em virtude do cometimento de estelionato e crime contra a organi-

zação do trabalho, e sob o argumento de ter ocorrido constrangimento de Vilmar Franco (cliente dos réus/apelantes) a firmar acordo na Justiça do Trabalho. Segundo os réus apelantes, seu cliente efetivou um acordo que lhe é prejudicial, o qual deveria receber importância de vulto.

Leonir e Leomar, também requerentes dessa demanda, na oportunidade, eram os empregadores de Vilmar, assim como eram representados pelos ora autores Antógenes e Jaime. Não há prova alguma nos autos de coação ou constrangimento do demandante na Justiça Trabalhista, até porque um dos ora réus, de nome Daniel Schwerz, acompanhou-o naquele ato e, ainda que não concordasse com a celebração, curvou-se diante da vontade do cliente. O termo de audiência trabalhista paira à fl. 19 dos presentes autos, lá constando que “afirma o reclamante que não foi pressionado nem pelo procurador, nem pelos próprios reclamados para celebrar um acordo. O que ocorreu é que antes da audiência inaugural foi procurado pelo proprietário das reclamadas para propor um acerto, mas não havia proposta em valores. Após aquela audiência, o reclamante entrou em contato como Sr. Lenoir Bachinski para negociarem um valor, pois estava tendo dificuldade em encontrar novos trabalhos na cidade de Maravilha, tendo em vista a ciência dos pretensos empregadores de que tramitava uma ação trabalhista proposta pelo autor”.

Disso se extrai, indubitavelmente, a espontânea vontade do Sr. Vilmar em firmar o referido acordo, não se podendo imputar aos autores apelados, na condição de empregado-

res e respectivos advogados, qualquer espécie de ilegalidade no tocante ao ato praticado perante o Juízo, o que se ratifica pelo depoimento do próprio reclamante da ação trabalhista perante a autoridade policial, à fl. 21.

Às fls. 24/25, a seu turno, o Delegado de Polícia Alexandre Meyer entendeu não restar configurada qualquer prática delituosa por parte dos autores, deixando de indiciá-los e remetendo os autos ao Ministério Público. Este, por sua vez, impôs o arquivamento da investigação, dada a não ocorrência do crime e, para tanto, deixou consignado que "o termo de audiência trabalhista de fl. 53 demonstra que já em 29/10/96, ainda que frisando ter sido desaconselhada pelo representante Daniel Schwerz, a suposta vítima manifestara intenção de entabular acordo, o qual não foi homologado àquela oportunidade. Posteriormente, já em 4/11/96, a vítima novamente ratificou, em Juízo, sua intenção para a feitura do 'acertamento', estando presente naquele momento o seu advogado, o qual discordou do teor da avença, a qual, todavia, restou homologada.

"Vê-se, portanto, que caracterizada restou a prática de quaisquer dos crimes elencados à peça de deflagração do presente Inquérito Policial. Indemonstrada está a coação, seja pelos indiciados, seja pela própria vítima. Outrossim, os termos de audiência da Justiça Especializada demonstram a vontade livre e desimpedida da 'vítima' para a consecução do acordo" (fl. 28).

Assim, percebe-se que os réus/apelantes, desde o início, tinham

ciência sobre a inexistência de crime de autoria dos autores/apelados. Mesmo assim, levaram a notícia-crime ao conhecimento da autoridade policial e, o que é mais grave, interpuseram representação na Ordem dos Advogados do Brasil contra os autores Jaime Roberto Orlando e Antógenes Perin. Feriu-se, dessa forma, a honra e boa fama dos causídicos, ainda mais porque a ética advocatícia é atitude de relevante discussão nos dias atuais.

É claro que não se descarta, aqui, a grandiosidade do direito de petição aos órgãos públicos. Entretanto, o pedido de abertura de inquérito policial, assim como a representação na OAB, in casu, foram totalmente despropositados, e os réus, a todo tempo, tinham ciência da impropriedade de sua conduta. O que se denota é que um dos requeridos, Daniel Schwerz, realmente não tinha intenção de acordar no Juízo trabalhista, até porque os honorários que lhe caberiam, caso procedente a demanda, impulsionavam a não firmá-lo.

O dano moral, hoje amplamente reconhecido, no plano constitucional, tem como base a ofensa à honra, e deve ser integralmente ressarcido caso comprovada a ilicitude de conduta e os prejuízos patrimoniais e morais acometidos à vítima. Sendo essa a hipótese dos autos, mantém-se a sentença monocrática.

Carlos Alberto Bittar, in *Reparação Civil por Danos Morais*, Ed. RT, 1993, fls. 129 e 130, preleciona que o que se deve ter em mente é que "na prática, cumpre demonstrar-se que, pelo estado da pessoa, ou por desequilíbrio e, sua situação jurídica, moral, econômica, emocional ou outras,

suportou ela conseqüências negativas advindas do ato lesivo. A experiência tem mostrado, na realidade fática, que certos fenômenos atingem a personalidade humana, lesando os aspectos referidos, de sorte que a questão se reduz, no fundo, a simples prova do fato lesivo. Realmente, não se cogita, em verdade, pela melhor técnica, em prova de dor, ou de aflição, ou de constrangimento, porque são fenômenos ínsitos na alma humana como reações naturais a agressões do meio social. Dispensam, pois, comprovação, bastando, no caso concreto, a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para responsabilização do agente" (grifei).

Nas palavras de João Casillo, in *Dano à Pessoa e sua Indenização*, Ed. RT, 1994, pág. 136: "o que interessa, para apuração da indenização, é o dano em si, e não suas conseqüências materiais. O interesse existe mesmo que tais lesões não tragam qualquer reflexo pecuniário. Elas são indenizáveis pelo simples fato de se constituírem numa ofensa a um direito

que não pode ficar desprotegido na ordem privada". E continua, à fl. 241: "nem sempre a ofensa à honra acarreta uma repercussão patrimonial, causando prejuízo material ao ofendido. Nem por isso deixou de ocorrer lesão ao direito, o dano, no seu mais amplo e moderno entendimento. Havendo dano, deve haver a correspondente indenização".

Isso posto, razoável a quantia arbitrada pelo Juízo Monocrático, no valor de 20 salários mínimos para cada autor, por ser quantia condizente com os prejuízos.

### III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Ruy Pedro Schneider.

Florianópolis, 17 de abril de 2001.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 99.018512-5, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Inventário. União estável mantida antes mesmo da Constituição Federal de 1988. Falecimento da companheira, sem testamento ou herdeiros necessários (descendentes ou ascendentes). Adjucação de todo o patrimônio ao companheiro. Inteligência do art. 2º, III, da Lei n. 8.971/94. Carta Política que reconhece a união estável como entidade familiar. Recurso provido.*

*A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, reconhece expressamente que a união estável é uma das espécies de entidade*

*familiar. Além disso, a Lei n. 8.971/94 prevê especificamente os efeitos da união estável quanto aos direitos sucessórios. Segundo seu art. 2º, “as pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do companheiro nas seguintes condições: ‘(...) III — na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança”.*

*Assim, inexistindo testamento e ascendentes ou descendentes, na condição de herdeiros necessários, o patrimônio é deixado, na sua integralidade, ao cônjuge ou companheiro supérstite, ainda que existam colaterais sucessíveis, tal como irmãos, por exemplo.*

*O Direito, nesses casos, há de buscar o bom senso e valer-se da legislação aplicável à espécie. Se inexistem herdeiros necessários e ainda há prova de que o patrimônio foi construído com o auxílio do companheiro supérstite, há de se lhe atribuir a sua integralidade, até porque se outra fosse a vontade da falecida, teria disposto diversamente em testamento.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.018512-5, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara), em que é apelante espólio de Alzira Winter, representado pelo inventariante Antônio Raimundo de Souza, sendo apelados Alma Winter Pereira e outros:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para reconhecer ao apelante Antônio Raimundo de Souza o direito à integralidade dos bens sucessíveis da falecida Alzira Winter.

Custas legais.

## **I — Relatório**

Antônio Raimundo de Souza requereu a abertura do inventário dos bens deixados por sua concubina Alzira Winter, postulando, na ocasião,

que fosse nomeado inventariante. Alegou que viveu por 9 anos com a falecida, conforme comprovado por justificação judicial, sendo que ela não deixou descendentes ou ascendentes.

Efetivado o imposto causa mortis e doação, o plano de partilha foi apresentado e homologado à fl. 73.

Da referida decisão foi interposto recurso de apelação pelos irmãos da falecida, tendo sido os autos anulados por este eg. Tribunal a partir do despacho de fl. 2. Com isso, determinou-se a intimação dos apelantes para falarem sobre suas primeiras declarações.

Expedido edital de citação de alguns irmãos da falecida, à fl. 148, alguns não se manifestaram, motivo pelo qual foi-lhes nomeado curador à li-de.

Sentenciando, a Meritíssima Juíza de Direito julgou procedente em parte a pretensão do autor, determinando que os bens constantes da relação de fl. 73 fossem partilhados na proporção de 50% para o requerente e 50% para os demais herdeiros relacionados à fl. 80. Em decorrência da sucumbência recíproca, as custas e honorários foram proporcionalmente distribuídos e compensados entre as partes.

Irresignado, apela o autor, arguindo que o art. 226 da Constituição, assim como o art. 2º da Lei n. 8.971/94 reconhecem seu direito à sucessão como se marido fosse, consoante parecer favorável do representante ministerial de primeiro grau.

Sem as contra-razões, o representante ministerial opina pelo provimento do recurso.

Aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça não se manifesta a respeito do mérito da ação sob o argumento de não se vislumbrar interesse público.

## II — Voto

O recurso é provido.

A presente ação versa sobre direito sucessório decorrente de união estável mantida desde 1982 entre Antônio Raimundo de Souza e Alzira Winter, esta falecida em setembro de 1991 sem testamento e sem herdeiros necessários (descendentes ou ascendentes).

O Sr. Antônio de Souza, ora apelante, requereu a abertura do inventário da ex-companheira Alzira, requerendo, na ocasião, também fosse nomeado inventariante. Os bens res-

tringem-se a um terreno de 246,50 m<sup>2</sup> e uma respectiva casa edificada, uma linha telefônica e um automóvel Fusca ano 1978. A convivência more uxorio do casal não é contestada nos presentes autos, seja porque os documentos acostados à inicial não deixam dúvidas a esse respeito, seja porque o Sr. Antônio procurou precaver-se nesse sentido via justificação judicial, consoante depoimentos acostados às fls. 62/63.

À fl. 73, então, o Meritíssimo Juiz de Direito homologou em favor do Sr. Antônio todos os bens mencionados na inicial, isso em novembro de 1992. À fl. 80, porém, a Sra. Alma Winter Pereira e irmãos contestaram o inventário, tendo protocolado a petição após a decisão do Magistrado a quo. Diante disso, a Sra. Alma interpôs o competente recurso de apelação, o qual foi distribuído ao Exmo. Sr. Des. João José Schaefer, sob o n. 43.019, e julgado em 20/10/94. Nesse acórdão, a Câmara decidiu prover parcialmente o apelo para anular-se o processo de inventário a partir de fl. 2, mantendo o Sr. Antônio como inventariante mas determinando a intimação de todos os irmãos da falecida para falarem sobre as primeiras declarações.

Cumprida essa determinação, sobreveio nova sentença da lavra da Exma. Sra. Dra. Alaíde Maria Nolli, a qual determinou fossem os bens descritos na inicial partilhados na proporção de 50% para o Sr. Antônio (na condição de meeiro/sociedade de fato) e 50% para os demais herdeiros (irmãos).

Nesse tocante, insurge-se o Sr. Antônio, pretendendo ver reconhecido seu direito à integralidade dos bens,

porquanto argumenta ser o herdeiro de direito da falecida Sra. Alzira, tendo-se em vista que inexistem herdeiros necessários.

A Lei n. 8.971/94 prevê especificamente os efeitos da união estável quanto aos direitos sucessórios. Segundo o art. 2º, “as pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do companheiro nas seguintes condições:

“I — o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos deste ou comuns;

“II — o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

“III — na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança” (grifos meus).

Segundo o art. 3º da mesma Lei, outrossim, “quanto os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens”.

A supramencionada Lei n. 8.971/94 foi publicada em data de 30/12/94, ou seja, dois meses após prolatado o acórdão deste eg. Tribunal de Justiça, da lavra do Exmo. Sr. Des. João José Schaefer, que anulou a sentença homologatória da partilha para o Sr. Antônio.

Por sua vez, a sentença Monocrática, que dividiu 50% dos bens da

falecida para o Sr. Antônio e os outros 50% para os irmãos, baseou-se na existência da sociedade de fato entre a Sra. Alzira e o Sr. Antônio, mas não no direito à sucessão por parte deste. Poder-se-ia argumentar que, na ocasião da sentença, não havia, ainda, lei que regulasse o direito dos companheiros à sucessão. Entretanto, a sentença foi prolatada em 1998, e é de se ver que a própria Constituição Federal, no seu artigo 226, já reconhecia a equiparação da união estável ao casamento. Dessa forma, como deixar de reconhecer o direito à sucessão do companheiro se a própria Constituição já equiparava tal comunhão de vidas ao casamento? Ademais, doutrina e jurisprudência já faziam menção, mesmo anteriormente à promulgação da Lei n. 8.971/94, aos efeitos patrimoniais da união estável. Então, se já se reconhecia o direito à meação dos bens quanto do desfazimento da união, não há razão para não se reconhecer o direito à sucessão do companheiro, em lugar do cônjuge supérstite.

Ademais, se tais argumentos não bastam, valho-me, para salvaguardar os direitos do apelante Sr. Antônio, do princípio da aplicabilidade imediata das leis que contêm princípios de direito público, tal como ocorre no caso da Lei n. 8.971/94.

Nesse sentido, ao referir-se ao art. 2º da Lei sub examen, explica com clareza Rianer Czakowski, em sua obra *União Livre*, Ed. Juruá, 1996, pág. 145:

“O inciso III do art. 2º, por sua vez, equiparou o companheiro sobrevivente, na ordem de vocação hereditária estabelecida pelo art. 1.603 do



Código Civil. Portanto, quando faltam descendentes e ascendentes e do falecido, nesta ordem, o companheiro herda a totalidade da herança, assim como faria o cônjuge viúvo, nesta situação, se o de cujus fosse casado. Num e noutro caso, ficam afastados da sucessão os colaterais, o Município, o Distrito Federal e a União. Assim como é irrelevante, para este fim, o regime de bens adotado no casamento, é irrelevante saber se há, ou não, sociedade de fato ou presunção de condomínio entre os companheiros. O que é absolutamente necessário é que se prove ter sido a união estável”.

“A inclusão do(a) companheiro(a) na ordem de vocação hereditária, nos termos da Lei n. 8.971/94, jamais propicia uma concorrência entre cônjuge e parceiro sobrevivente. Isto porque, para o parceiro (ele ou ela) da união estável herdar, pela ordem legal, além da falta de descendentes e ascendentes, o de cujus deverá ser solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo. Se o parceiro falecido (ele ou ela) for apenas separado de fato de algum antigo cônjuge, o parceiro sobrevivente, com quem convivia ao tempo da morte, não herda (pelo menos não a título legal). Neste caso, prevalece o art. 1.603, III, do Código Civil, sobre o art. 2º, III, da Lei n. 8.971/94”.

Ora, o direito sucessório trata da questão, nestes termos, de forma bem simples: inexistindo testamento (como é o caso presente) e inexistindo ascendentes ou descendentes, na condição de herdeiros necessários, como também ocorre, in casu, o patri-

mônio é deixado, na sua integralidade, ao cônjuge ou companheiro supérstite, ainda que existam colaterais sucessíveis, tal como irmãos, por exemplo.

O Direito, nestes casos, há de buscar o bom senso e valer-se da legislação aplicável à espécie. Se inexistem herdeiros necessários e ainda há prova de que o patrimônio foi construído com o auxílio do companheiro supérstite, há de se atribuir a sua integralidade a este último, até porque se outra fosse a vontade da falecida, de outra forma teria disposto em testamento.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para reconhecer-se ao apelante o direito à integralidade dos bens sucessíveis da falecida.

### III — Decisão

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para reconhecer-se ao apelante Antônio Raimundo de Souza o direito à integralidade dos bens sucessíveis da falecida Alzira Winter.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Ruy Pedro Schneider. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga do Araújo.

Florianópolis, 17 de abril de 2001.

*Carlos Prudêncio,  
Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 00.011874-5, DE JOINVILLE****Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Indenização. Perdas e danos. Aquisição de lote em área pantanosa e sujeita a freqüentes inundações. Aprovação de loteamento sem condições de habitabilidade. Vício oculto que, se fosse da ciência dos compradores, seria causa de não conclusão do negócio. Recurso desprovido.*

*O vendedor é responsável pela adequação do loteamento às normas técnicas de saneamento e infra-estrutura. Assim, a aquisição de imóvel em terreno alagadiço e pantanoso, com sujeição a perigo constante para a estrutura do imóvel, é caso evidente de dever de indenizar os prejuízos.*

*O loteamento deve proporcionar não apenas a comodidade dos que irão habitar na nova área, mas principalmente deve garantir a segurança e as condições mínimas de higiene e saneamento. O art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano), ademais, é enfático ao dispor que: “não será permitido o parcelamento do solo: I — em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas”.*

*Os defeitos ocultos, não visíveis em inspeção normal, e passíveis de existência na coisa adquirida, são os chamados vícios redibitórios, que tornam o bem inútil ao fim a que se destina. É uma garantia legal, considerada a partir da necessidade sempre prementada de segurança das relações jurídicas.*

*“Se a prova documental e testemunhal comprovam o fato de que o imóvel é sujeito a inundações, e que de tal vício não tinha conhecimento o autor quando da realização do negócio, possível se torna o abatimento do preço e demais indenizações pelos estragos causados” (Apelação Cível n. 97.015139-0, de Joinville, relator Des. Carlos Prudêncio).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.011874-5, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é apelante Imobiliária Zattar Ltda., sendo apelados Raul Antônio Alves e outro:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, afastar a preliminar de intempestividade e, no mérito, negar provimento ao recurso de apelação.

Custas legais.

## I — Relatório

Raul Antônio Alves e Maria Natália Vieira Alves ajuizaram ação ordinária c/c perdas e danos contra Imobiliária Zattar Ltda., aduzindo que no dia 1º de junho de 1990 celebraram contrato de compromisso de compra e venda de imóvel com a ré para aquisição de terreno. Disseram que esta, aproveitando-se da condição de miserabilidade dos autores, por serem estes a parte mais frágil na relação jurídica, exigiu pagamento das prestações com reajuste pelo salário mínimo, o que é ilegal. Argüiram que no imóvel adquirido os autores construíram casa de alvenaria, na qual residem com a sua família, mas, no entanto, dito terreno foi invadido por águas pluviais desde que foi adquirido, ficando os requerentes prejudicados e no aguardo de providências da ré, nunca tomadas.

Salientaram que a ré, numa atitude de reconhecimento de sua culpa, cancelou algumas prestações de contratos mantidos com os vizinhos dos autores, para que eles pudessem realizar obras de aterro/levantamento de suas casas e se ressarcirem dos prejuízos sofridos, negando o mesmo benefício aos requerentes.

Requereram a nulidade do contrato ou, caso incabível, as perdas e danos correspondentes à desvalorização de sua casa com o terreno, acrescido da danificação ocasionada pelas inundações.

Citada, a ré contestou, rechaçando todas as alegativas dos autores. Igualmente, ajuizou pedido recon-

vencional, sustentando a falta de pagamento nos prazos avençados, pleiteando a rescisão contratual c/c com reintegração de posse.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito julgou procedente o pedido dos autores e improcedente a reconvenção, condenando a ré ao pagamento das perdas e danos sofridos, deduzindo-se as prestações do contrato ainda não pagas, sendo tudo apurado em liquidação de sentença. Condenou a ré, ainda, ao pagamento das custas e honorários, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Irresignada, apela a ré, dizendo que as enchentes que assolaram a cidade de Joinville durante os anos de 1994 e 1995 não atingiram somente o lote adquirido pelos apelados, mas toda a cidade, e que o imóvel vendido não é terreno alagadiço. Salientam que os autores somente ingressaram com a ação para esconder o seu atraso com os pagamentos mensais das parcelas e, portanto, cabível a reconvenção e a conseqüente rescisão do contrato, reintegrando-se a apelante na posse do imóvel, posto que até hoje residem em imóvel alheio sem qualquer pagamento.

Contra-arrazoado o recurso, a apelada argüi, primeiramente, a intempestividade do recurso e, no mérito, impugna o recurso interposto.

## II — Voto

1 — Preliminar de intempestividade do recurso.

Afasta-se a preliminar.

A despeito de constar certidão da escritã, à fl. 191, acerca do transcurso do prazo legal sem interposição

de nenhum recurso, vê-se que realmente houve um erro por parte da serventia judiciária.

A suposta relação n. 006/98, publicada no Diário de Justiça n. 9.924, de 5/3/98 (fl. 199) não contém a intimação da parte dispositiva da sentença sub examen e, portanto, incorreu qualquer início de prazo recursal.

A propósito, o Magistrado expressamente recebeu o recurso à fl. 208, corroborando a presente tese.

## 2 — Mérito

### a) Do dever de indenizar

Na presente demanda, os autores/apelados Raul e Maria Natália objetivam a nulidade do contrato de compromisso de compra e venda firmado com a ré/apelante Imobiliária Zattar, ou, alternativamente, a condenação desta ao pagamento de indenização por perdas e danos em decorrência de o imóvel adquirido se situar em zona alagadiça e sem aprovação do loteamento pelo município de Joinville.

O Meritíssimo Juiz de Direito reconheceu o pedido de indenização em favor dos autores e, ao mesmo tempo, julgou improcedente o pedido reconvenicional apresentado pela ré/apelante Imobiliária Zattar que requereu a rescisão do contrato por culpa daqueles em virtude do seu inadimplemento.

Realmente, com razão os autores.

Inicialmente, entendo que a ação proposta pelos autores Raul e Maria Natália, embora denominada “declaratória de nulidade de contrato c/c perdas e danos”, é caso típico de

ação quanti minoris, ou estimatória, inserta no art. 1.105 do CC, pois se destina ao abatimento do preço e demais indenizações da coisa em virtude do defeito oculto por ela maculado ter diminuído sensivelmente o seu valor.

Tais defeitos ocultos, não visíveis em inspeção normal, e passíveis de existência na coisa adquirida, são os chamados vícios redibitórios que tornam o bem inútil ao fim a que se destina. É uma garantia legal, considerada a partir da necessidade sempre premente de segurança das relações jurídicas, fazendo com que o adquirente tenha a prerrogativa de rescindir o negócio ou de pedir o abatimento do preço.

São requisitos caracterizadores do vício redibitório: que se trate de um contrato comutativo; que o defeito prejudique o uso da coisa ou lhe diminua sensivelmente o valor; que o defeito seja oculto, ou seja, não passível de averiguação a olho nu; e que o defeito exista no momento do contrato anterior à tradição.

Diga-se, aliás, que não é o caso de nulidade do contrato, como entendem os autores apelados Raul e sua esposa, posto que não há nenhum vício que o acoime de nulidade, mas de possível rescisão (caso em que seria possível a propositura de ação redibitória). Entretanto, como os autores restaram satisfeitos com a indenização concedida na sentença, prossigo na análise do recurso interposto pela ré Imobiliária Zattar.

Assim, adquirir um terreno alagadiço, freqüentemente inundado pelas chuvas, é um dos casos de vício redibitório, tal como ocorre in casu. O autor Raul é pessoa aposentada, ao

passo que sua esposa é do lar, ou seja, duas pessoas simples, honestas, que acreditaram na boa-fé da ré e que estariam comprando imóvel em terreno idôneo e regularizado. Aliás, como se verá adiante pela prova colhida em audiência, os autores Raul e Maria Natália não eram moradores das redondezas e não tinham como saber dos problemas que o terreno oferecia, além do que o próprio pedreiro que construiu a casa destes sobre o local acrescentou expressamente que o fato de o imóvel ser pantanoso não pode ser visto a olho nu por qualquer pessoa (fl. 161).

Não se há de argumentar que foram as fortes chuvas de 1994 e 1995 a causa do alagamento do imóvel adquirido pelos autores. As testemunhas ouvidas, com unanimidade, certificaram que a área em que se encontra o loteamento sempre foi sujeita a enchentes.

À fl. 159, a testemunha Izaldo Zacharias declarou:

“que o depoente nasceu e se criou no local de que tratam os presentes autos, podendo informar que a área sempre foi sujeita a enchentes; que o terreno muito pantanoso, impedia até que se caminhasse pelo mesmo, sob pena de afundar; que quem conhece o loteamento não compra terreno e nem constrói sobre o mesmo, porque por mais aterro que se coloque, o mesmo sempre cede, e causa problemas na construção; que o autor veio de outro município, assim como os demais moradores, não conhecendo as condições do terreno; que os vizinhos do autor também sofrem os efeitos da enchente; que as enchentes já existiam antes da cons-

trução da ponte, tendo apenas se agravado em alguns pontos, após sua construção”.

À fl. 160, a testemunha Policarpo Neckel complementa:

“que o depoente conhece o terreno onde mora o autor, podendo informar que o mesmo é atingido pela enchente, assim como o do depoente também, que fica cerca de 3 quadras distantes do mesmo; que o terreno é pantanoso ou de mangue, cedendo com o peso da construção; que no local, inclusive a do autor, as casas estão inclinadas e com rachaduras porque o terreno cede e continua cedendo; que com o simples andar sobre o terreno o mesmo já cede; que com os aterros feitos, assim mesmo os problemas não foram resolvidos”.

E à fl. 161, derradeiramente, o testemunho de Antônio Roque dos Santos conclui:

“que o depoente mora no mesmo bairro que o autor e foi quem construiu a casa do mesmo; que o terreno com qualquer chuva alaga e cede com o peso da construção; que aparentemente é terreno firme, mas fazendo-se uma pequena escavação já surge a água, sendo extremamente pantanoso; que foram colocadas várias carradas de barro e o terreno cede a cada dia que se passa com o próprio peso da casa e a trepidação; que o autor foi o 1º morador daquela quadra e era pessoa vinda de fora, assim como o depoente e não era conhecedor dos problemas oferecidos pelo terreno”.

A sentença deve ser confirmada, pois restou comprovado nos autos que os autores não foram informados

que a casa estava sujeita a inundações.

Outrossim, como salienta o próprio Magistrado, vê-se que a venda do lote para os autores Raul e sua esposa ocorreu no dia 1º de junho de 1990, ao passo que a regularização do loteamento, pela Prefeitura de Joinville, ocorreu em 21/12/88. Entretanto, regularizar um loteamento, formalmente, deve significar que este está em condições de habitabilidade, o que incorreu no caso presente. Todos têm ciência que são numerosíssimos os casos de loteamentos ditos 'clandestinos', lançados sem observância das exigências legais, além do que constitui crime contra a Administração Pública dar início a loteamento ou desmembramento em desacordo com a lei, punível com reclusão de um a quatro anos.

O loteamento urbano, aliás, trata de um processo de urbanização que implica aspectos urbanísticos, administrativos, civis e penais, e deve ser antecipadamente aprovado pelos órgãos competentes, manifestando o loteador-empresendedor o compromisso pela execução das obras de infra-estrutura, dentro do prazo de dois anos. Esse é o mínimo necessário para que as cidades se expandam pela forma usual, que visa não apenas à comodidade dos que irão habitar na nova área, mas principalmente garantir a segurança e as condições mínimas de higiene e saneamento. O art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano) rege a matéria nos seguintes termos: "não será permitido o parcelamento do solo: I — em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de toma-

das as providências para assegurar o escoamento das águas".

Outrossim, *mutatis mutandis*, esta colenda Primeira Câmara Civil, em acórdão da lavra do eminente Des. Francisco Oliveira Filho, in *Apelação Cível n. 97.002089-9*, de Canoinhas, publicada no DJE de 10/6/97:

"Há responsabilidade solidária do Município, este por omissão, e do empreendedor, quando, em desrespeito à legislação federal e local, os lotes se apresentam à venda, independentemente de pavimentação e meio-fio, acreditando os adquirentes estarem aquelas benfeitorias incluídas".

Destarte, evidente o dever de indenizar da ré.

b) Da reconvenção apresentada pela ré/apelante Imobiliária Zattar

O pedido reconvenicional da ré apelante Imobiliária Zattar, julgado improcedente pelo Meritíssimo Juiz de Direito, está fulcrado na falta de pagamento por parte dos autores Raul e sua esposa. Alega a reconvinente, em suma, que aqueles estão residindo de forma gratuita no local e que a presente ação é um subterfúgio para se escusarem ao pagamento.

Totalmente descabida a alegação.

A uma pois não foram trazidas provas da inadimplência dos autores, e a duas porquanto o art. 1.092 do Código Civil, ao tratar da *exceptio non adimplecti contractus*, expõe de forma clara que uma parte não pode exigir o adimplemento da outra antes de cumprir sua quota na avença. Qualquer cidadão honrado, ao construir honestamente uma casa em terreno pantanoso e sem qualquer condição de segurança

e habitabilidade, tem não só a possibilidade, mas o dever de não continuar efetuando os pagamentos por um loteamento irregular. Cabe à ré/apelante, primeiramente, regularizar seus prejuízos e, depois, intentar com os moradores acerto sobre possível inadimplimento de qualquer deles.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

### III — Decisão

Ante o exposto, afasta-se a preliminar de intempestividade do re-

curso, e, no mérito, nega-se-lhe provimento.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Ruy Pedro Schneider.

Florianópolis, 17 de abril de 2001.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 00.012332-3, DE SÃO MIGUEL DO OESTE

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Ação de retificação de registro de nascimento. Adoção. Pais residentes em São Paulo. Local de nascimento, constante da nova certidão, como sendo São Miguel do Oeste. Prevalência dos interesses do menor. Irmã, também adotada, que possui em seu registro o local de residência dos pais. Provimento n. 32/99, da Corregedoria-Geral da Justiça. Inteligência do art. 47, § 3º, da Lei n. 8.069/90. Recurso provido.*

*O Provimento n. 32/99, da eg. Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, modificador do art. 1º do Provimento n. 06/90, reza que o ato constitutivo da adoção decorrente de sentença judicial poderá ser registrado no Ofício do Registro Civil da comarca onde tramitou o processo ou da comarca na qual residem os adotantes, mediante mandado judicial, cancelando-se o registro original.*

*Assim, é viável pedido de retificação de registro, oriundo de adoção, que postula a modificação do local de nascimento da criança para a cidade de São Paulo, não obstante a geração, de fato, tenha ocorrido em São Miguel do Oeste. O Poder Judiciário, deparando-se com o caso concreto, em que o casal adotante já adotou outra criança no Estado de Santa Catarina, e cujo local de nascimento, na certidão, figura o Estado de origem dos pais — São Paulo,*

*deve avaliar e sopesar os interesses em voga quando se tratar de crianças.*

*O art. 47, § 3º, da Lei n. 8.069/90, ao tratar da adoção, dispõe que nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões de registro oriundas do novo registro de nascimento. Dessa forma, é medida mais consentânea, a fim de evitar questionamentos inevitáveis por parte da criança, que figure como seu local de nascimento a cidade de residência dos pais adotantes, sem se propiciar, com isso, ocultação ou impedimento a que, mais tarde, se for do seu interesse, tenha acesso à verdade sobre a alteração do registro, mediante autorização judicial.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.012332-3, da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara), em que são apelantes J. L. C. da R. C. e H. H. F. G. da R. C.*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para o fim de retificar o endereço de nascimento do menor L. G. da R. C. para a cidade de São Paulo —SP.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

J. L. C. da R. C. e H. H. F. G. da R. C. ajuizaram ação de retificação de registro civil, aduzindo que adotaram, na comarca de São Miguel do Oeste, o menor L. G. da R. C., tendo sido expedida certidão de nascimento em 26/1/96, constando essa cidade como local do nascimento, fato este que pode criar embaraços aos pais e ao próprio filho, uma vez que jamais residiram na referida cidade. Disseram que adotaram outra criança em Curitiba, onde lhe foi permitido que o re-

gistro ocorresse em São Paulo, inclusive com a consignação expressa dessa cidade como local do nascimento.

O representante ministerial opinou pelo deferimento do pedido.

Sentenciando, o Meritíssimo Juiz de Direito julgou improcedente o pedido formulado, isentando os autores do pagamento das custas.

Irresignados, apelam os autores, repisando os argumentos da inicial.

Aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

## II — Voto

Segundo consta dos autos, os autores J. L. C. e sua esposa H. C. adotaram o menor impúbere L. G. da R. C. na comarca de São Miguel do Oeste.

Diante disso, constituído o vínculo, de forma regular, mediante sentença judicial, expediu-se mandado, o qual, arquivado nos moldes do art. 47 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), cancelou o registro original do adotando, consignando o nome dos adotantes como



pais e sem qualquer observação sobre a origem do ato.

Entretanto, os adotantes residem em São Paulo, conforme se infere da inicial, motivo pelo qual requerem a retificação do registro de nascimento do menor, a fim de lá constar, como local de nascimento, a cidade de São Paulo, e não a de São Miguel do Oeste — a qual ficou constando na nova certidão. Disseram, ainda, que adotaram outra criança na cidade de Curitiba, sendo que neste caso a menor foi registrada em São Paulo, sem maiores problemas.

Inicialmente, vê-se que o art. 50 da Lei de Registros Públicos n. 6.015/73, com a modificação dada pela Lei n. 9.053/95, reza: "Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de 15 dias...".

Por sua vez, o Provimento n. 32/99, da eg. Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, modificou o art. 1º do Provimento n. 06/90 (o qual havia instituído a possibilidade de registrar os adotandos no local de residência dos adotantes) nos seguintes termos: "Art. 1º. O ato constitutivo da adoção decorrente de sentença judicial poderá ser registrado no Ofício do Registro Civil da comarca onde tramitou o processo ou da comarca onde residem os adotantes, mediante mandado judicial, cancelando-se o registro original".

Ora, é realmente estranho que o menor L. depare-se com uma irmã, embora igualmente adotada em nosso Estado, em cujo registro de nascimento figure São Paulo como local de nas-

cimento, ao passo que o seu é de São Miguel do Oeste. É claro que questionamentos advirão, ainda quando criança, seja dele próprio ou dos colegas de escola. O certo é que o Judiciário pode evitar este tipo de situação e, assim, resguardar melhor os interesses do menor.

Valho-me, assim, das palavras do Exmo. Sr. Dr. Luiz Eduardo Couto, Promotor de Justiça, e faço minhas as suas considerações exaradas no parecer de fls. 34/36:

"Desta forma, em que pese transparça, à primeira vista, como evidado de falsidade o registro onde consigne o local de nascimento distinto daquele onde operou-se efetivamente o parto do adotando, entendo que tal situação resta perfeitamente superada a partir da modificação motivada por ordem judicial, objetivando a proteção dos interesses prioritários do infante, conforme preza a CF/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

"Indaga-se: Se por ocasião do registro de adoção opera-se de imediato a modificação do nome dos pais e avós do próprio adotando, buscando-se, teleologicamente, assegurar ao próprio adotado, no seio social, o sigilo do registro e a condição, absoluta e ampla, de filhos legítimos dos adotantes, com todos os seus direitos assegurados, qual a razão de exigir-se a exposição de local de nascimento diverso (outro Estado da Federação), que por certo deixará explícito (ou arrancará suspeitas) acerca de processo de colocação em família substituída ocorrido?

"Da interpretação do art. 47 do ECA, aos olhos do signatário parece ter o legislador autorizado a modifica-

ção pretendida, salientando, nos §§ 2º e 3º do referido artigo de lei que: "...o mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado" e ainda, "nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões de registro".

"Daí por que discordamos do nobre Magistrado a quo, ao entender que a modificação do local de nascimento implica em violação ao disposto no art. 50 da Lei n. 9.053/95.

"Ora, se a própria lei determina que nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões de registro, parece-me explícito que a consignação do verdadeiro local de nascimento, por ocasião da segunda certidão, revela afronta ao próprio texto de lei, em sua intenção de assegurar o sigilo do ato, caso não residam os adotantes no mesmo município dos pais naturais, como é a hipótese ventilada.

"Não se está, com tal medida, aos olhos do signatário, encobridendo-se ao adotado o direito à verdade. Isto não é possível, pois sempre poderá sabê-lo, mediante autorização judicial, conforme § 4º do art. 47 do ECA.

"Estudos técnicos na área da psicanálise revelam, com efeito, que o sigilo da adoção não se apresente aconselhável na relação adotante/adotado, dadas as negativas seqüelas psicológicas produzidas, por tal comportamento, na formação do segundo, na hipótese de vir a descobrir, a posteriori, a verdadeira versão dos fatos.

"O sigilo, em sendo do interesse da família e da própria pessoa do adotado, pode operar-se a critério da família, de forma exclusiva em relação aos terceiros da relação, isto é, a sociedade, sendo tal revelação uma decisão dos pais e do adotado, se for do seu interesse.

"A modificação do registro civil fazendo constar o endereço dos novos pais do infante, além de adequar-se às diretrizes previstas no art. 50 e ss. da Lei n. 9.053/95, preserva o sigilo da adoção exatamente perante a sociedade, sendo este o interesse dos genitores manifestado na peça preambular".

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para o fim de retificar o endereço de nascimento do menor L. para a cidade de São Paulo.

### III — Decisão

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para o fim de retificar o endereço de nascimento do menor L. G. da R. C. para a cidade de São Paulo—SP.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Ruy Pedro Schneider. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra Dra. Lenir Piffer.

Florianópolis, 17 de abril de 2001.

*Carlos Prudêncio,  
Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 00.016259-0, DE BIGUAÇU****Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Ação de anulação de registro civil. Adoção de neto por avó, em 1980, por meio de escritura pública, realizada sob a égide do revogado Código de Menores (Lei n. 6.697/79). Antigo estatuto minorista que apenas disciplinava a adoção de menores em situação irregular e previa a adoção simples e plena, ambas dependentes de autorização judicial e estágio de convivência, incorrentes in casu. Formalização da adoção regida pelo Código Civil.*

*A adoção simples, prevista no antigo Código de Menores (Lei n. 6.697/79), é o ato solene pelo qual alguém estabelece, com menor em situação irregular (ou seja, privado de condições de subsistência, vítima de maus tratos, em ambiente contrário aos bons costumes, privado de representação ou de assistência legal), um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimos, de efeitos limitados e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue, dependente de autorização judicial e estágio de convivência.*

*Por seu turno, a adoção plena, prevista igualmente na Lei n. 6.697/79 para os menores em situação irregular, atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes biológicos, salvo os impedimentos matrimoniais, sendo também dependente de estágio de convivência e mediante procedimento judicial, irrevogável, no qual se cancela o registro original do menor por mandado.*

*Assim, perfetibilizada uma adoção de neto por avó materna, no ano de 1980, sem existência de qualquer situação irregular do menor, é ela regida pela regras da adoção do Código Civil, em que qualquer pessoa pode ser adotada, mesmo sendo maior, até casada, com filhos, tendo pais vivos ou não. Então, na adoção simples do Código Civil, não é proibida a adoção pelos ascendentes e pelos irmãos, tal como veda, atualmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente; a adoção é feita por escritura pública, em que não se admite condição nem termo; não cancela o registro anterior (art. 375, CC), e nem é secreta, ao contrário da adoção do ECA, que exige procedimento judicial e tramita em segredo de justiça. Segundo o art. 378 do CC, ademais, os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio-poder, que será transferido do pai natural para o adotivo.*

*Neto/adotando que, após a maioria, e sem nunca ter usado o nome de família da avó, descobre possuir dois registros de nascimento. Anulação da escritura de adoção. Pátrio-poder que nunca foi transferido, de fato, à adotante. Razões de interesse público que determinam o desfazimento da adoção. Adotando que sempre usou o nome da família natural e é conhecido socialmente por ele. Recurso provido.*

*A adoção do Código Civil é revogável, podendo ser desfeita por ato unilateral do adotando no ano imediato ao que cessar a menoridade (art. 373 do CC), bem como pode se dissolver quando as partes convierem nesse sentido ou nos casos em que se permite a deserdção. Entretanto, o magistrado deve zelar pelo bom senso e pela verdadeira justiça quando verificar, pela análise dos autos, que a avó adotante nunca teve o pátrio-poder ou a guarda do adotando e, não obstante este nunca tenha usado o nome de família daquela, se vê impossibilitado de praticar qualquer ato da vida civil em razão de possuir dois registros de nascimento.*

*Ressoa mais que razoável ao Poder Judiciário, nesse caso, olvidar formalidades e/ou prazos e permitir, dessa forma, a anulação do registro oriundo da adoção, principalmente se há provas nos autos de que o adotando sempre foi conhecido no meio social pelo nome da família biológica e há indícios suficientes de que a adoção firmada pela avó, quando o neto possuía apenas 6 anos de idade, nunca foi verídica e completa.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.016259-0, da comarca de Biguaçu (1ª Vara), em que é apelante A. H. P., sendo apelados R. P. B. e outro:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para decretar a nulidade do registro de nascimento do autor efetivado no Cartório de Registro Civil da cidade de Tubarão—SC, resultante de adoção, no qual consta o nome de A. H. J., filho de M. J.

Custas legais.

## I — Relatório

A. H. P. ajuizou ação de anulação de registro civil contra V. C. e seu esposo M. C., C. N. P. (estes na qualidade de herdeiros), e M. J., e contra o Cartório Porto.

Disse ter nascido no dia 26/6/1974, na cidade de Tubarão, sendo registrado no Cartório Porto com o nome de A. H. P., filho de C. N. P. e J. H. P. Aduziu que, quando do requerimento de segunda via de seu registro de nascimento, em 17/10/95, constatou a existência de outro registro, com o nome de A. H. J., filho de M.

J., sua avó materna, já falecida. Requereu, então, a anulação deste último registro.

Os réus contestaram, argüindo que o autor foi adotado por sua avó quando tinha 6 anos de idade, conforme escritura pública de adoção, e que estava legalmente representado por seus pais no ato da adoção.

Os demais réus não contestaram.

Sentenciando, o Meritíssimo Juiz de Direito julgou improcedente o pedido, confirmando a escritura pública de adoção. Condenou o autor ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 300,00, mas dispensou o pagamento da verba em decorrência da assistência judiciária gratuita.

Irresignado, apela o autor, repiando os argumentos anteriores e acrescentando que, quanto à adoção realizada em 1980 por sua avó M. J., o ato está repleto de irregularidades, já que não atendeu aos dispositivos da Lei de Registros Públicos que determina seja a averbação feita perante carta de sentença, mandado judicial ou petição acompanhada da documentação necessária.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

Aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo provimento do recurso.

## II — Voto

O recurso é provido, sendo a matéria interessante e sui generis nos Tribunais.

Trata a presente demanda de pedido de anulação de registro de nascimento feito por A. H. P., nascido em 26/6/74, no que se refere à adoção firmada por sua avó M. J. perante o Oficial do Registro Civil de Pessoas Naturais da cidade de Tubarão. Segundo menciona o autor apelante A., este segundo registro deu-se em vista da intenção da avó de obter sua guarda em decorrência da separação dos pais.

À fl. 24, as Sras. R. B. e A. P. argumentaram que a adoção do autor A. pela sua avó se deu quando este possuía 6 anos de idade, mais precisamente em 9/7/80, consoante certidão de inteiro teor de fl. 27. Disseram que o ato foi feito por escritura pública e contou com a representação dos pais.

Na impugnação à contestação, o autor A. sustenta que sua própria mãe, Sra. C. N. P., ficou surpresa com a alegação, porquanto disse nunca ter estado em cartório consentindo a adoção do filho A. e, dessa forma, houve ofensa ao art. 372 do Código Civil que dispõe: "Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro".

Denota-se que quando da adoção mencionada, ou seja, em 1980, vigia, à época, o Código de Menores (Lei n. 6.697 de 10 de outubro de 1979), cujo art. 27 dispunha que a adoção simples do menor, em situação irregular, rege-se pela lei civil.

Necessário, primeiramente, tecer as diferenças de terminologia usadas na época da adoção em causa, posto que em 1980 a situação era diferente da presente Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescen-

te). Então, havia diferença entre adoção (do Código Civil), adoção simples (da Lei n. 6.697/79) e adoção plena (da Lei n. 6.697/79). Em seguida, passar-se-á a verificar se as formalidades principais foram atendidas na adoção feita pela avó do autor, Sra. M. J.

Segundo Antônio Chaves, na obra *Adoção, adoção simples e adoção plena*, Ed. RT, 1983, pág. 457, a adoção simples é o ato solene pelo qual alguém estabelece, com menor em situação irregular (ou seja, privado de condições de subsistência, vítima de maus tratos, em ambiente contrário aos bons costumes, privado de representação ou de assistência legal), um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimas, de efeitos limitados e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue (grifos meus). Conforme já mencionado, o art. 27 da Lei n. 6.697/79 remete à adoção simples a lei civil, dizendo que os dispositivos do CC é que referem esta modalidade de adoção. Ela exige autorização judicial, conforme art. 28 e art. 107 a 109 da mesma Lei, e depende de estágio de convivência.

Por seu turno, a adoção plena, prevista na Lei n. 6.697/79, atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes biológicos, salvo os impedimentos matrimoniais (art. 29). Ela diz respeito exclusivamente de menor de até 7 anos de idade que se encontra na situação irregular definida na mesma Lei (art. 30). Também depende de estágio de convivência e só pode ocorrer mediante procedimento judicial, irrevogável, no qual se cancela o registro original do menor por mandado (art. 109, § 2º).

Já na adoção do Código Civil, qualquer pessoa pode ser adotada, mesmo sendo maior, até casada, com filhos, tendo pais vivos ou não. Então, na adoção simples do Código Civil, não é proibida a adoção pelos ascendentes e pelos irmãos, tal como veda, atualmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente; a adoção é feita por escritura pública, em que não se admite condição nem termo (art. 375, CC), e nem é secreta, ao contrário da adoção do ECA, que exige procedimento judicial e tramita em segredo de justiça. Segundo o art. 378 do CC, ademais, os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio-poder, que será transferido do pai natural para o adotivo. Interpretando-se este último preceito, vê-se que os direitos e deveres que permanecem, relativamente aos pais biológicos, são os decorrentes do parentesco natural, quais sejam: alimentos, direito sucessório e impedimentos matrimoniais (segundo Antônio Chaves, *ibidem*, pág. 172).

Ressalva-se, ainda, que a adoção do Código Civil não tem efeitos constitutivos, ou seja, não implica no cancelamento do assento de nascimento original do menor. Serão apenas averbadas, no livro de nascimento, as escrituras de adoção e os atos que a dissolverem (art. 102, § 3º, da Lei n. 6.015/73).

Outrossim, vê-se que a adoção do Código Civil é revogável, podendo ser desfeita por ato unilateral do adotando no ano imediato ao que cessar a menoridade (art. 373 do CC), bem como pode se dissolver quando as partes convierem nesse sentido ou nos casos em que se permite a deserda-

ção. Ressalva-se que, atualmente, a adoção de criança ou adolescente até 18 anos, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, só pode ser feita por procedimento judicial e é irrevogável, anulando-se o registro anterior dos pais biológicos. Ademais, nesses casos de adoção sequer pode ser feita a adoção por ascendentes, tal como ocorre, in casu, já que a adotante do autor é a sua avó, Sra. M. J., já falecida.

Aliás, atualmente, só para efeitos de argumentação, a adoção simples do Código Civil restringe-se aos maiores de 18 anos, posto que para os menores é obrigatória a disciplina da Lei n. 8.069/90 (ECA). Porém, como à época da adoção do autor A. vigia o Código Civil para todas as adoções de menores e a maiores (à exceção dos menores em situação irregular, em que seria aplicável o Código de Menores — Lei n. 6.697/79), há de se analisar o problema em vista da legislação então em vigor.

Feitas estas breves considerações, há de se acrescentar que, in casu, o registro de nascimento original do autor A. H. P., no qual consta o nome dos pais biológicos, não foi cancelado, sendo que todos os seus documentos figuram com este nome. Isso ocorreu, é claro, porquanto a adoção não cancelava o registro de nascimento original da criança.

No tocante às válidas considerações jurídicas feitas pelo Escritório Modelo de Advocacia da Faculdade de Direito da Univali, em favor do menor A., entendo que a questão não se resume de uma maneira tão simples. Argumenta-se que a adoção de A. dependia de autorização judicial. Entre-

tanto, não se vislumbra, in casu, ter-se efetivado uma adoção simples ou plena da Lei n. 6.697/79 que exigiam que o adotando estivesse em situação irregular e dependiam de autorização judicial. Ao contrário, é nítida, à primeira vista, a higidez da adoção realizada sob as normas do Código Civil. A escritura pública de fl. 28 refere-se expressamente ao consentimento dos pais biológicos de A. e, portanto, sem qualquer vício formal. Outrossim, é assente que a morte do adotante, mesmo nos casos de adoção pelo Código Civil, não restaura o pátrio-poder dos pais naturais.

Por outro lado, é claro que não se pode olvidar o prejuízo causado a A., que sempre teve os documentos e identidade referentes ao nome de família biológico, A. H. P. e, agora, ultrapassado o prazo de um ano após a maioria para se desligar da adoção, se vê impedido de se desfazer dos dois registros.

Não é demais insistir que a adoção gera uma série de efeitos pessoais para a criança ou adolescente, cessando, com ela, qualquer vínculo com a antiga família, passando esse vínculo de parentesco a ser constituído com relação à nova família. É como se o adotado houvesse renascido no seio de uma outra família, esquecido todo o seu passado. In casu, é certo que o menor não teve transferida sua guarda para a avó M. J., até porque, se o tivesse, não usaria os documentos com o nome de família biológica e nem se surpreenderia com o fato de haver dois registros.

Assaz demonstrar que, não obstante cessada a adoção com a morte do adotante, e a despeito da au-

sência de previsão nesse sentido no nosso Código Civil, se sabe que o Código Civil alemão prevê, caso faleça o adotante, que o filho adotivo perde o direito de usar o nome de família daquele. Mutatis mutandis, explica, novamente, Antônio Chaves, *ibidem*, pág. 432: “a tomar-se em sentido absoluto semelhante solução, poderão acarretar-se inconvenientes individuais ou sociais. Isso não ocorrerá quando o ex-adotado tenha pouca idade ao revogar-se o vínculo, mas sim quando tenha usado o nome do ex-adotante durante 25, 30 ou 40 anos, e desde sua primeira infância. O referido adquire maior relevo no caso de revogação convencional, ou por culpa do ex-adotante; ou quando não se tenha usado o sobrenome da família de sangue. Uma razão de ordem pública — concluem — impõe atenuar os princípios e deixar ao arbítrio do juiz considerar se no caso concreto, as circunstâncias referidas, ou qualquer outra que pudesse verificar-se, tornaria inconveniente a mudança do nome”.

Ora, no caso presente, o adotando nunca usou o nome de família da avó e, portanto, impõe-se atenuar os rigores formais da lei, usando-se da analogia supra para dar uma solução justa ao caso presente. É evidente que, consoante parecer ministerial de segundo grau, “não se deve perquirir quais as verdadeiras razões que levaram a avó materna do apelante a adotá-lo ‘à brasileira’, ainda que tal situação pudesse ser esclarecida através de ampla e dilargada produção de provas em audiência. Todavia, o desconhecimento deste segundo registro por parte do apelante, consolidou no tempo uma situação fática que deve ser mantida e resguardada, pois o as-

sento efetuado no ano de 1974 representa a própria identidade do autor, a designação que o identifica no seio de sua família, perante seu círculo de amizades e junto a própria sociedade. Em casos tais, há de ter-se em mente que o interesse do apelante deve sobrepesar a qualquer outro, o de regularizar sua situação civil, sendo uma incoerência, senão um absurdo, tivesse sua situação civil modificada, contra sua vontade, passando de neto a filho e de filho a irmão e cunhado, em face de uma escritura pública de adoção eivada de irregularidades” (fl. 79).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para decretar a nulidade do registro de nascimento do autor efetivado no Cartório de Registro Civil da cidade de Tubarão—SC, no qual consta o nome de A. H. J., filho de M. J.

### III – Decisão

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para decretar a nulidade do registro de nascimento do autor efetivado no Cartório de Registro Civil de Rosita Porto Batista, situado na cidade de Tubarão—SC, no qual consta o nome de A. H. J., filho de M. J.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Ruy Pedro Schneider. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga do Araújo.

Florianópolis, 17 de abril de 2001.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente e Relator.*



**APELAÇÃO CÍVEL N. 96.001664-3, DA CAPITAL****Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Medida cautelar de exibição de documentos. Extratos bancários decodificados, apólices de seguro e títulos de capitalização. Cunho satisfativo. Desnecessidade de indicação da lide (art. 801, inc. III, do CPC). Prefacial de inépcia da inicial afastada. Prescindibilidade, outrossim, da demonstração do periculum in mora. Legitimidade passiva ad causam do banco presente também relativamente aos contratos securitários e títulos de capitalização, se integra um mesmo conglomerado e se em seu estabelecimento são agenciados os negócios e efetuados os pagamentos correspondentes. Direito do correntista à exibição reconhecido. Obrigação de que não se livra o banco ante a singela e incomprovada alegação de que forneceu cópias dos documentos e extratos diários, semanais ou até mensais, com a colocação de caixas eletrônicos à disposição do correntista para tal fim. Sentença de procedência do pedido mantida. Honorários advocatícios, contudo, exacerbados. Redução necessária. Adequação aos parâmetros do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Recurso parcialmente provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.001664-3, da comarca da Capital (6ª Vara), em que é apelante Banco Bradesco S.A., sendo apelada Celoi Palmira Martins Mendes:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso.

Custas legais.

Celoi Palmira Martins Mendes ajuizou ação cautelar de exibição de documentos em face de Banco Bradesco S.A., objetivando compeli-lo, já que sua correntista, ao apresentar os extratos discriminados dos lançamentos efetuados em sua conta corrente no período de maio/94 a julho/95, com a decodificação de cada operação rea-

lizada, bem como as apólices de seguro de vida, títulos de capitalização e quaisquer outros "produtos" (sic fl.6) debitados naquela conta, porque necessita, segundo alegou, proceder a uma apuração detalhada de todas aquelas operações que lhe são desconhecidas, que foram lançadas a débito sem sua anuência e que lhe fizeram perder completamente o controle da referida conta, obrigando-a, inclusive, a contrair empréstimos para cobrir, pelo menos parcialmente, saldos negativos, e sujeitando-a, mesmo assim, à cobrança judicial e, conseqüentemente, a prejuízos em seu crédito.

Citado, o banco/requerido contestou, pugnando, em preliminar, pela extinção do processo por inépcia da inicial, caracterizada esta, conforme aduziu, por não ter a autora indicado a

ação principal a ser proposta; por sua ilegitimidade passiva ad causam no que pertine aos seguros e títulos de capitalização, já que — argumentou — é apenas intermediário nesses negócios; e, finalmente, por ausência do fumus boni juris e do periculum in mora, uma vez que — esclareceu — a requerente sempre teve acesso, diariamente, a extratos semanais e mensais.

Meritoriamente buscou a improcedência do pedido ao argumento repetido de que a autora tem acesso aos extratos bancários por meio dos caixas informatizados, e que, a par disso, recebeu ela uma via de cada avença referente às apólices de seguro e títulos de capitalização, quando de sua formalização, não havendo, assim, nada a ser exibido.

Tanto a inicial quanto a contestação fizeram-se acompanhar de documentos (fls. 8/11 e 27/44).

Em sentença antecipada que proferiu após replicada a defesa, o MM. Juiz de Direito acolheu integralmente a súplica inaugural, impondo, ainda, ao demandado condenação nas verbas sucumbenciais, arbitrando os honorários advocatícios em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Inconformado com tal desfecho adverso, o vencido interpôs, a tempo, recurso de apelação, acompanhado de prova de seu oportuno preparo, arguindo, preliminarmente, nulidade do decisum, sob o fundamento de ter contrariado os dispositivos legais pertinentes ao não acolher a prefacial de inépcia da inicial, na qual, como também nas de ilegitimidade passiva ad causam e ausência do fumus boni juris e periculum in mora, insistiu. No mais, rearticulou os argumentos presentes na

peça contestatória, insurgindo-se, ainda, contra o valor fixado a título de verba honorária, que considerou deveras exagerado.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta Corte.

É o relatório.

A irrisignação não procede, eis que decidiu com inteiro acerto o laborioso sentenciante, não estando, por isso, o decisum que proferiu a padecer de qualquer reforma, nem mesmo achando-se contaminado pelo apontado vício de nulidade, sustentado pelo apelante ao vazado argumento de que espancara a preliminar de inépcia da inicial contra legem.

Com efeito, pois ao contrário do entendimento externado pelo recorrente, o pedido de exibição de documentos tem, não só na moldagem do art. 355 do CPC, quando requerido como meio de prova, mas também como medida cautelar, cunho inteiramente satisfativo, de modo a não ter incidência o art. 801, inc. III, na última hipótese.

Nesse sentido a lição dos mestres Carlos A. A. de Oliveira e Galeno Lacerda, in verbis:

“Como sucede com as outras espécies, a exibição de documento pode ser cautelar ou não-cautelar. Tudo depende de se tratar, ou não, de satisfação do direito material ou de assecuração de prova.

“Se o sócio quer se inteirar do conteúdo de algum documento, conforme o direito emergente da relação jurídica societária, pode se valer da ação exibitória do art. 844, II, independentemente de outra ação principal futura. Esse pedido não terá finalidade

probatória, constituindo tão-somente exercício de direito sobre o conteúdo do documento e isto porque a relação de direito material estabelece uma obrigação de comunicação do documento, a que corresponde a pretensão de exibição. A demanda exibiria, nessa hipótese, nada compreenderá de cautelar e muito menos antecederá a outra: a exibição do documento desde logo satisfará o direito do sócio. Razão, pois, assiste a Ovídio A. Baptista da Silva quando ressalta que, em tal caso, 'o interesse em ver ou conhecer o documento próprio ou comum, é o bem da vida tutelado pela lei, como emanção do direito que o requerente tem sobre o documento. Não há, aqui, nenhuma preparatoriedade, relativamente a uma demanda principal subsequente' " (in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo II, Forense, 1ª ed., pág. 302).

O acatado Humberto Theodoro Júnior ensina, por sua vez, que "embora o Código só tenha tratado da exibição como incidente da prova e como medida cautelar preparatória, o certo é que pode ela ser admitida em satisfação também de pretensões de direito material autônomas (...).

"Em tal caso a pretensão nada tem de preparatória. Satisfaz apenas um direito material da parte" (in Processo Cautelar, 14ª ed., Leud, pág. 289).

Do mesmo pensar é o erudito Ernane Fidélis dos Santos, sendo até incisivo ao afirmar que "a medida prevista no Processo Cautelar nada tem de cautela, sendo preparatória, mas de natureza puramente satisfativa. A exibição, conforme definida, tem por objetivo não antecipar provas, mas

permitir que o interessado tenha às vistas a coisa ou o documento, a fim de examiná-los, para atestar seu direito ou interesse (art. 844, I a III). O interesse da parte que resulta da exibição é, pois, apenas o de exame da coisa ou documento, sem objetivo de produzir prova para outro processo.

"A exibição dispensa o requisito do periculum in mora, já que o interesse da parte vai se limitar a ter a coisa ou documento para exame, sem referência imediata com processo de conhecimento a se instaurar, razão pela qual há também a dispensa de o autor indicar a lide futura e seu fundamento na inicial, conforme se exige para a medida cautelar em geral (art. 801, III)", (in Manual de Direito Processual Civil, vol. 2, Ed. Saraiva, 1997, pág. 372).

A orientação desta Casa de Justiça persegue esse mesmo entendimento doutrinário:

"Apelação cível. Exibição de documentos. Requisitos presentes. Art. 844 do CPC. Recurso desprovido.

"A ação cautelar de exibição de documentos (art. 844, CPC) tem cunho satisfativo, por isso que desnecessário o aforamento de ação principal" (Apelação Cível n. 38.947, de Tubarão, rel. Des. Cid Pedroso, j. em 23/6/92).

No mesmo diapasão, julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"Processual civil. Medida cautelar. Exibição judicial. Art. 844/CPC.

"Em princípio, as medidas cautelares estão vinculadas a uma ação principal, ou a ser proposta ou já em curso (art. 800/CPC).

“Todavia, a jurisprudência, sensível aos fatos da vida, que são mais ricos que a previsão dos legisladores, tem reconhecido, em certas situações, a natureza satisfativa das cautelares, quando se verifica ser despicienda a propositura da ação principal, como na espécie, em que a cautelar de exibição exaure-se em si mesma, com a simples apresentação dos documentos” (REsp n. 59531/SP, j. em 26/8/97, rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

Por tais motivos, nulidade alguma apresenta o decisum objurgado, que bem analisou tal aspecto processual.

Não procede, igualmente, a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam suscitada ao sabor de que relativamente tão-só aos seguros e títulos de capitalização a responsabilidade pela exibição é da Bradesco Seguros S.A., e isso pela simples razão de que a celebração dos contratos respectivos pela apelada está umbilicalmente interligada ao contrato de abertura de crédito em conta corrente que ela também firmou com o banco/recorrente, que ao comercializar os objetos daqueles negócios jurídicos em um mesmo e único estabelecimento, porque ambos integram um mesmo conglomerado econômico, nele efetuando, inclusive, a cobrança dos prêmios e outros encargos ou acessórios, não pode, posteriormente, deixar de exhibir os documentos que os comprovam, utilizando-se da justificativa infundada de que não os detém.

Também no particular a jurisprudência, mudando o que deve ser mudado, assim já se pronunciou:

“Todos os documentos que derem causa a lançamentos contábeis, em razão de contratos de financiamentos celebrados entre as partes, são comuns, tendo o devedor direito ao seu acesso ou exibição, a fim de verificar a veracidade do débito efetivado. A ação de exibição não visa, precipuamente, obter a coisa ou o documento, mas apenas descobrir o seu conteúdo. O pedido de exibição de documento pode ser aforado em caráter cautelar ou não cautelar, com isso ensejando ao interessado instruir futura ação, ou mesmo avaliar seu Direito Material, evitando lide temerária ou pedido excessivo. Inteligência do art. 844, II, do CPC. Precedentes jurisprudenciais’ (JTARS 80/260)”(Apelação Cível n. 98.003041-2, de Blumenau, rel. Des. Trindade dos Santos).

E ainda:

“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, rel. Des. Alcides Aguiar, publicada no DJE de 22/5/91).

Mantém-se, pois, por essa razão, a rejeição da aludida preliminar de ilegitimidade passiva ad causam.

Quanto à alegação de ausência de *fumus boni juris* e de *periculum in mora*, da mesma forma falece razão ao recorrente, uma vez que o primeiro requisito está embutido na própria

obrigação que tem o agente financeiro administrador de bens alheios de prestar contas ao cliente de toda a movimentação que é feita em sua conta corrente, obrigação esta da qual não se exime com o colocar terminais eletrônicos para consulta diária pelo correntista, enquanto que o segundo é dispensável na espécie, pois, em se tratando de ação exhibitória satisfativa, "a relação jurídica material ou a situação jurídica material habilitam ao pedido de exibição, sem necessidade de invocar-se perigo de dano" (Carlos A.A. de Oliveira e Galeno Lacerda, in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo II, Forense, 1ª ed., 1988, pág. 303).

Também no particular, oportuniíssima é a manifestação do emérito Ernane Fidélis dos Santos:

"A exibição dispensa o requisito do periculum in mora, já que o interesse da parte vai-se limitar a ter a coisa ou documento para exame, sem referência imediata com processo de conhecimento a se instaurar, razão pela qual há também a dispensa de o autor indicar a lide futura e seu fundamento na inicial, conforme se exige para a medida cautelar em geral (art. 801, III)" (ob. e pág. citadas).

De qualquer forma, e apenas pelo prazer de argumentar, vale consignar que, in casu, há, em tese, "perigo na demora da decisão", pois a inserção de débitos na conta corrente da apelada, sem sua devida autorização, pode acarretar-lhe danos diversos, dentre eles a obrigação de pagar dívida que não contraiu, ou, ainda, a sua indevida inscrição nos serviços de proteção ao crédito.

Ultrapassada, destarte, a soleira das prefaciais, no que tange à questão de fundo, impende acentuar que as alegações do recorrente de que já havia anexado aos autos os extratos de conta corrente requeridos pela apelada, bem como de que esta possui exemplares dos contratos referentes às apólices de seguro e aos títulos de capitalização, não o eximem da exibição requerida: a uma, porque aqueles extratos não são os decodificados aludidos no pedido, pois não especificam detalhadamente a origem de cada lançamento pela discriminação das operações financeiras efetuadas na conta da recorrida, tratando-se, pois, de meros extratos codificados, ou seja, identificados por códigos não conhecidos de todos; a duas, porque se limitou o banco/réu a anexar à peça contestatória "modelos" dos produtos que comercializa, diga-se, propostas de seguro de vida e títulos de capitalização em branco, e não os respectivos contratos firmados com a requerente, o que em nada comprova a existência destes últimos.

Ademais, tivesse a recorrida cópia desses documentos, obviamente que não os pleitearia judicialmente. Se o fez, é porque tem dúvidas quanto aos contratos efetivamente firmados com a instituição/apelante.

A respeito, já se manifestou este Sodalício:

"Ação cautelar. Exibição de documentos. Recusa do réu injustificada. Sentença confirmada. Apelo desprovido.

"Quem pretende conhecer o teor de documento que o vincule a alguma relação de natureza obrigacional e

que se encontre em mãos de outrem, tem interesse de agir para postular sua exibição, impondo-se àquele o ônus processual de exibi-lo" (Apelação Cível n. 88.079483-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Solon d'Eça Neves).

Derradeiramente, na questão atinente à verba honorária fixada tem melhor sorte o recorrente em sua insurgência, porém não sob o enfoque equivocado que lhe deu, e cuja razão motivadora é óbvia, ou seja, o baixo valor atribuído à causa, pois na espécie não tem aplicação o critério do art. 20, § 3º, caput, do CPC, haja vista que não se está diante de decisão condenatória propriamente dita, devendo ser aplicada, por isso, a regra do art. 20, § 4º, do Digesto Procedimental Civil. É que, mesmo com a utilização desse parâmetro, reconhece-se que o valor arbitrado a tal título foi, realmente, um pouco elevado, pois, a despeito do inquestionável zelo dos profissionais que patrocinaram a causa para a apelada, há que se sopesar, por outro lado, a circunstância de que o processo foi desencadeado na comarca onde são domiciliados e têm a sua sede profissional, bem como con-

siderar, ainda, que a demanda não lhes exigiu maior gasto de tempo ou esforço extraordinário, porquanto o seu grau de complexidade não extrapolou o razoável, além do que foi julgada antecipadamente.

Destarte, reduz-se a verba honorária para valor mais condizente com os parâmetros supracitados, fixando-a em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), valor mais que suficiente para remunerar condignamente o trabalho dos causídicos neste processo.

Por tais razões é que se conhece do recurso e dá-se-lhe provimento parcial apenas para os fins explicitados.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Des. Xavier Vieira, que também participou do julgamento, juntamente com o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, ambos com votos vencedores.

Florianópolis, 15 de abril de 1999.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.006382-5, DE JOINVILLE**

**Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Nome comercial e marca registrada. Violação. Bebida alcoólica afamada internacionalmente (Rum Bacardi). Utilização de réplica quase perfeita do rótulo que a identifica por outra da mesma espécie (Rum Bacachari), que, inclusive, é acondicionada em vasilhames praticamente iguais. Causa de erro e/ou confusão para o consumidor. Concorrência desleal perfeitamente caracterizada. Ação ordinária cominatória c/c perdas e danos julgada procedente.*

*Sentença confirmada. Recurso desprovido.*

*A comercialização de bebida da mesma espécie — Rum Bacchari — de outra conhecida e afamada internacionalmente — Rum Bacardi — acondicionada em vasilhame praticamente igual, com tampa, cores, logomarca e principalmente rótulos praticamente idênticos, com modificação apenas de pequenos emblemas e efígies, revela o propósito inconfessado de induzir em erro ou de confundir o consumidor, e com isso auferir dividendos, caracterizando prática constitucionalmente vedada (art. 5º, inc. XXIX, da CF) de concorrência desleal, que deve ser prontamente coibida, com indenização dos prejuízos causados.*

*Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Cível n. 98.006382-5, da comarca de Joinville (4ª Vara), em que é apelante Pilecadinho Indústria de Bebidas Ltda., sendo apeladas Bacardi & Company Limited e outra:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas legais.

Bacardi & Company Limited e Bacardi Martini do Brasil Indústria e Comércio Ltda. ajuizaram “ação ordinária cominatória cumulada com perdas e danos e requerimento de liminar específica da nova Lei de Propriedade Industrial — Lei n. 9.279/96” —, em face de Pilecadinho Indústria de Bebidas Ltda., objetivando a cessação de suas atividades relativamente às práticas de concorrência desleal e imitação de marca, sob pena de pagamento de multa diária e indenização pelos ilícitos praticados.

Alegaram, em breves palavras, que a primeira demandante é internacionalmente conhecida e conceituada pela sua atuação no ramo de bebidas

alcoólicas, dentre elas a marca registrada “Bacardi”, licenciada para a outra autora, que constitui, igualmente, a parcela fantasiosa de seus nomes comerciais, e que, ao longo dos anos, essa marca, devido à sua presença ininterrupta no mercado, conquistou notoriedade, fama e idoneidade com o consumidor e à clientela, sendo sucesso absoluto de vendas em todo o mundo.

Aduziram, ainda, que os produtos da “Bacardi” sobressaem-se no mercado pela sua reconhecida qualidade, fruto do seu controle na produção de todas as etapas do processo de fabricação, e, também, do investimento maciço em publicidade na mídia, promoções e patrocínios, de tal sorte que os seus consumidores já se familiarizaram com as características dos rótulos de suas bebidas, podendo, assim, diferenciá-las facilmente de produtos similares nos balcões de venda do Brasil afora.

Sustentaram, igualmente, que tomaram conhecimento de que a empresa/ré, no flagrante intuito de desviar deslealmente a sua clientela, está comercializando bebidas alcoólicas com rótulos nitidamente assemelhados ao

seu “Rum Bacardi Carta Blanca”, havendo entre eles uma série de características que concorrem para a possibilidade de confusão dos consumidores, haja vista que ambas são comercializadas em supermercados, bares, restaurantes e têm o mesmo público alvo.

Enfatizaram, também, que tamanha é a ousadia do contrafator que conseguiu criar réplica minuciosa do rótulo, mantendo, inclusive, as mesmas cores, proporção, disposição e tamanho de seus componentes, sendo que os dizeres, ademais, foram copiados na sua integralidade e nos mesmos locais em que aparecem nos originais.

Requereram, por fim, a concessão de liminar no sentido de ser determinada a sustação da violação, com apreensão de todo o material com rótulo e/ou marca Bacachari, e cominação de multa para o caso de transgressão da proibição, e, por último, a procedência em definitivo da inicial, que instruíra, com documentos para a prova de todo o alegado.

Deferida e executada a liminar pleiteada, foi citada a demandada, que alegou, em concisão da resposta que ofereceu, que jamais teve por objetivo comercializar bebidas alcoólicas valendo-se de concorrência desleal, tanto que, conforme se pode constatar, o rótulo que utiliza na bebida de seu comércio não é imitação daquele da marca “Bacardi”, porquanto este contém, como elementos de sua composição, desenhos de moedas e de um morcego, enquanto que aquele tem, como ilustrações, piratas e baris, sendo também completamente diferenciadas suas composições e combinações. Argumentou que o fato de

as letras utilizadas serem as mesmas — amerigo bt, não exclusivas, mas de uso comum em artes gráficas —, nenhuma influência têm para a caracterização de cópia ou réplica do produto das autoras, haja vista que, segundo a Lei de Propriedade Industrial, não podem ser registradas como marcas. Afi-ançou, de outra parte, que a marca “Bacachiry” foi registrada no ano de 1951, muito antes daquela das autoras, tendo sido encaminhado ao INPI o pedido de seu respectivo registro, a qual, aliás, está registrada no Ministério da Agricultura e do Abastecimento sob o n. SC-0819400024-6. Derradeiramente, enfatizou que não foi encontrada no seu endereço qualquer mercadoria com marca ou rótulo “Bacachari” quando do cumprimento do mandado de apreensão, o que evidencia que o produto sequer chegou a ser comercializado, não havendo falar, assim, em concorrência desleal.

Postulou, por tais razões, a improcedência do pedido vestibular, tendo igualmente instruído a contestação com documentos destinados a provar suas alegações.

Após substancial réplica aos termos da defesa apresentada, foi designada e realizou-se, porém inexitosamente, audiência de conciliação.

Sem outras provas, o MM. Juiz de Direito, em sentença que exarou posteriormente, julgou procedente o pleito exordial, proibindo a publicação, circulação e comercialização do produto com a imitação da bebida “Bacardi”, e determinando a apreensão de quaisquer materiais que contenham o rótulo e/ou a marca “Bacachari”, onde quer que se encontrem, cominando a multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil



reais) em caso de descumprimento. Condenou, ainda, a demandada por atos de concorrência desleal, ao pagamento de indenização no quantum de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Responsabilizou-a, por fim, pelas custas processuais e honorários advocatícios, estes à razão de 20% (vinte por cento) sobre a condenação.

Inconformada com tal resultado que lhe foi francamente adverso e buscando revertê-lo, interpôs ela, vencida, tempestivo apelo, com prova do seu também atempado preparo, reafirmando sua argumentação anterior e argumentando, ademais, que a prática de concorrência desleal somente se consuma quando o concorrente copia símbolo, emblema, figura, palavra, ou qualquer outro sinal, que diferencie um produto de outro exposto à venda, o que inoocorre na espécie, pois não há qualquer semelhança entre as marcas “Bacardi” e “Bacachari”, nem entre os símbolos utilizados por uma (morcego e moedas) e outra (pirata e barris). Sustentou que as denominações desenhadas e escritas nos rótulos nada mais são do que traços diferenciadores das duas marcas, posto que as da “Bacachari” apresentam tonalidades coloridas muito diferentes da “Bacardi”, a par do que não há, em princípio, possibilidade de registro de direito de cor. Reclamou, ao fim, contra o valor da indenização a que foi condenada (vinte mil reais), por considerá-lo exacerbado diante da apreensão de apenas uma garrafa com o rótulo “Bacachari”.

Após a oferta de contra-razões, às quais as recorridas anexaram documentos, especialmente comprobatórios de sua oposição ao pedido de registro de marca apresentado pela

recorrente ao INPI, alçaram os autos a este Tribunal, não sem antes, porém, a eles terem elas retornado para, em aditamento, impugnam e requerem o desentranhamento de documento trazido pela recorrente, consistente em registro do desenho do rótulo “Bacachari” na Escola de Belas Artes, ao argumento de que além de não excluir tal registro o ilícito perpetrado, já que a condenação foi por infração ao direito de marca registrada e por concorrência desleal, não por violação a direito autoral, foi, ainda, apresentado serodidamente, porque após o início da lide. Na mesma oportunidade requereram, ainda a título de preliminar, fosse ela considerada litigante de má-fé e apenas com a sanção correspondente, porquanto para justificar aquela juntada serôdia, alegou, falsamente, tentando induzir o Juízo em erro, que ainda não tinha havido intimação para apresentação de contra-razões.

É o relatório.

A irresignação não procede, eis que a prova documental de excelente qualidade que recheia o caderno processual não estava a permitir fosse ministrada solução diversa daquela encontrada pelo douto Sentenciante, posto que é escancaradamente visível, por meio dela, como se demonstrará mais adiante, a contrafação denunciada pelas apeladas.

Mas melhor sorte também não bafeja as recorridas quanto aos pedidos, formulados à guisa de preliminar em aditamento às contra-razões, para que seja desentranhado o documento apresentado pela apelante na fase recursal, e para que se lhe aplique as penas para a litigância de má-fé, porque, por se acharem desprovidos do

indispensável substrato jurídico que os ampare, são desguarnecidos.

Com efeito, pois com relação à prova documental, nunca é demais lembrar que a linha mestra que mostra o momento de sua produção tem apontado seguramente no sentido de que “somente os documentos tidos como pressupostos da causa é que devem acompanhar a inicial e a defesa. Os demais podem ser oferecidos em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo” (RSTJ 14/359). Isto é: só os documentos indispensáveis (RSTJ 37/390), como tais se considerando os ‘substanciais ou fundamentais’ (RSTJ 100/197)” (apud Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Theotônio Negrão, 29ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 327, nota art. 397:1a).

No caso, o documento contra o qual se insurgem as recorridas, trazido pela recorrente após a interposição do apelo – “Registro de Direitos Autorais” na Escola de Belas Artes — além de não poder ser considerado essencial, por estar claro que não guarda qualquer relação com a matéria em debate, como, aliás, as próprias recorridas o afirmam, só foi expedido poucos dias antes (4/3/98) da interposição do recurso (17/3), o que é demonstração mais que evidente da impossibilidade de sua juntada anterior. De resto, cumprida foi a providência do art. 398 do CPC.

Não há, de outra parte, como se reconhecer, no caso, a litigância de má-fé, com aplicação da sanção cor-

respondente, porque a alegada conduta desleal da apelante no episódio, que consistiria na utilização de expediente destinado a induzir em erro o Juízo, a propiciar a juntada do documento referido, na verdade não restou configurada, mas sim completamente desfigurada, posto que a intimação para oferta de contra-razões, conforme se infere pelo confronto das datas correspondentes de fls. 184/185, aconteceu no dia anterior à protocolização daquele pedido de juntada, pela publicação no Diário da Justiça, quando ainda, portanto, sequer havia iniciado o prazo para contra-arrazoar, conforme faz certo a certidão lançada àquela folha e nos termos do Prov. n. 03/92 da Corregedoria-Geral de Justiça, editado justamente porque o jornal oficial não circula nas comarcas do interior no mesmo dia de sua publicação.

Portanto, tão claramente infundadas se mostram as aludidas prefaciais, que, sem outras considerações, se as rejeita, assim, sumariamente.

No campo do mérito, remonta cristalino do conjunto probatório que a primeira demandante apelada é proprietária da marca “Bacardi”, com registro internacional, licenciada para a segunda e também devidamente registrada no órgão próprio em terras brasileiras, mais precisamente no Instituto Nacional de Propriedade Industrial — INPI (fls. 85/89), em data não precisada nos autos, porém sendo certo que desde antes de 1991, o que lhes dá o direito de exigir que terceiros se abstenham de plagiá-la e utilizá-la sem a devida permissão. Tal direito vem amparado não só no Código de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96), mas essencialmente na

própria Carta Magna da República, que em seu art. 5º, inc. XXIX, estabelece expressamente que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Ora, não se há de olvidar, assim, que o fim imediato da garantia do direito à marca é tanto resguardar o trabalho e a clientela do empresário, como proteger os interesses do consumidor.

Conquanto, de outra parte, a anterioridade do registro é aspecto de grande relevância quando está em jogo exclusivamente o direito ao seu uso, até porque o Código de Propriedade Industrial no seu art. 129 estabelece que a propriedade é adquirida pelo registro que assegura ao titular o uso exclusivo da marca em todo o território nacional. Na hipótese sob crivo essa relevância cede e é praticamente nenhuma, em razão de se estar em face não propriamente de violação de marca ou de nome comercial, mas essencialmente de concorrência desleal pela utilização de rotulagem até capaz de caracterizar violação, pela concorrente “Bacachari”, em suas garrafas de comercialização de produto da mesma espécie da “Bacardi”, bem mais conhecida no mercado, com dísticos, grafias e outras chamadas em tudo parecidos e até praticamente iguais às utilizadas por esta, com alto poder de gerar confusão e/ou erro na sua clientela que se sabe não ser pequena e que acaba por adquirir, equi-

vocadamente, mercadoria daquela, que não se sabe se de melhor, pior ou igual qualidade, ainda que a preço mais baixo, com isso causando-lhe evidentes e injustificáveis prejuízos. Cede essa relevância no caso, ainda, porque a par do que se consignou, a documentação existente nos autos não fornece elementos seguros a respeito da anterioridade do registro, muito embora pelo confronto do pedido de fls. 125 com as consultas ao Serpro de que dão notícia as cópias xerox não autenticadas de fls. 135/141, pareça que unicamente o da marca “Bacachiry”, não da “Bacachari”, que é nome diferente, como facilmente se observa, e que por isso com ela não se confunde, até porque protocolou pedido de registro dessa sua marca apenas em 30/10/96, é mais antiga do que a Bacardi, que teria depositado seu pedido de registro em 1960. De qualquer forma, o rótulo dito gerador de confusão e/ou erro no consumidor, pelo que estão a revelar os autos, especialmente os documentos de fls. 86 e 125, é criação posterior e, por consequência, imitação daquele da “Bacardi”.

Irrelevante, nesse contexto e a seu turno, os registros procedidos pela apelante da marca no Ministério da Agricultura e Abastecimento, como dos direitos autorais sobre o desenho do rótulo de sua “criação” na Escola de Belas Artes da Universidade do Rio de Janeiro, até porque, como é consignado no próprio certificado relativo a este, não tem ele validade como registro de marca.

A propósito do tema, ainda que não relacionado diretamente com o aspecto do debate, é sempre oportu-

na a lição do incomparável comercia-  
lista Fran Martins, in verbis:

“A lei protege a propriedade industrial e o uso exclusivo das marcas, a fim de evitar a concorrência desleal. Para isso é necessário que o comerciante, o industrial ou o profissional faça o registro de suas marcas, obedecendo os ditames estabelecidos na Lei de Propriedade Industrial. O registro efetuado junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial é atributivo de direitos, adquirindo-se a propriedade mediante o registro regularmente concedido (art. 129).

“A marca registrada goza de exclusividade absoluta com relação aos produtos e serviços indicados ou às atividades similares e independe de uso, a não ser para a manutenção do registro, exercendo-se os direitos dela oriundos em todo o território nacional. Ao titular ou depositante do pedido de registro assegura-se o direito de zelar pela integridade material ou reputação da marca, mediante a adoção de todas as medidas que entender cabíveis, como a busca e apreensão Industrial ou o ajuizamento de ação de reparação de danos, na forma do art. 209 da Lei” (Curso de Direito Comercial, Rio de Janeiro, Forense, 1999, págs. 351/352).

E é sempre oportuna e importante a lição, porque por meio dela mais fácil é compreender que, por assegurar essa exclusividade de que fala, o ordenamento jurídico veda a concorrência desleal, consistente na prática inescrupulosa de comerciantes e industriais na utilização de elementos constitutivos de êxito de seus competidores, levando a erro os con-

sumidores pela semelhança de seus produtos com os originais.

Aliás, é também da lição do mesmo e emérito mestre que “constitui crime contra as marcas de indústria e comércio a violação de direitos de uso exclusivo das mesmas, pela reprodução indevida, no todo ou em parte, de marca que tenha sido registrada por outrem, ou pela sua imitação de tal modo que possa induzir a erro ou confusão” (Curso de Direito Comercial, 22ª ed., São Paulo, Forense, 1997, pág. 279).

E mais, ao dar uma definição clara e sem rebuços ao crime de que se cogita na espécie, que “quando comerciantes e industriais procuram utilizar-se, de maneira ilegal, dos elementos que constituem a base de êxito de seus competidores para auferir vantagens com o uso das mesmas, a esse fato dá-se o nome de concorrência desleal”.

A esse respeito, o não menos conceituado Irineu Strenger lembra que:

“Segundo Clóvis Costa Rodrigues, ‘a reprodução de uma marca notória não se limita apenas a destruir a reputação do produto; tem consequências muito mais danosas quando chega, por vezes, a comprometer o prestígio e o crédito de toda uma indústria. Em outras palavras, objetivamos o caso: certa empresa adota para seus produtos determinada marca que se torna notória e expectável, desfrutando a preferência de larga clientela. Terceiros, seduzidos por esta circunstância e pretendendo ocultar-se à sombra desse prestígio para dele usufruir vantagens, introduzem, no mercado, artigos diferentes, mas idêntica-

mente marcados. Não tardará que a freguesia, conhecendo a marca, passe a adquirir, também, os artigos do novo comerciante, na ingênua ilusão de procederem do antigo fabricante (...). Tais manobras são comuníssimas no tráfico do comércio moderno” (Marcas e Patentes, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, pág. 34).

No caso, dúvidas não podem existir de que a apelante procurou assemelhar a aparência externa do rum “Bacachari”, de sua fabricação e comércio, ao “Bacardi” das apeladas e sua concorrente, conhecido internacionalmente e, repise-se, com grande clientela no mercado, visando ou, pelo menos, logrando induzir estes em erro na hora da compra.

Para que se chegue a essa conclusão, espandendo toda e qualquer dúvida que eventualmente ainda pudesse existir, é suficiente uma perfunctória olhadela e comparação entre os rótulos dos dois produtos postos em garrafas semelhantes ou mesmo iguais de suas respectivas comercializações, podendo-se mesmo destacar que meras peculiaridades que os distinguem, como a figura do pirata e dos barris, que substituíram, respectivamente, o morcego e as moedas, não são hábeis a elidir a tipificação do *falsum civil*, porquanto, no conjunto, flagrante é a imitação, conforme se vê das figuras que abaixo se grava pelo processo scanner do material probatório existente nos autos:

É, inegavelmente, inescandível, como se conclui, o poder que tem o rótulo de “criação” da apelante, por se constituir em réplica quase que perfeita daquele utilizado pelas apela-



das, inclusive pela perfeita identidade dos vasilhames que utiliza, de provocar confusão e/ou erro no consumidor que pretende adquirir um produto e acaba, enganosamente, levando outro, pouco importante, para a caracterização da prática de concorrência desleal proibida constitucionalmente, tenha ela se utilizado, deliberada e maliciosamente ou não, com tal objetivo e com o de desviar clientela e obter dividendos, desse processo de contrafação.

Ora, segundo o conceituado doutrinador Tavares Paes “basta que o elemento ou os elementos principais ou característicos sejam reproduzidos, por qualquer meio, de modo a tornar-se possível o erro ou a confusão do consumidor” (J. X. Carvalho de Mendonça, apud Waldemar Ferreira, pág. 597). É célebre e sempre citada a construção de Waldemar Ferreira: “Imitar a marca de outrem não é, portanto, simples e fielmente reproduzi-la, nos pormenores e no conjunto. É arremedá-la. É desfigurá-la, criando outra que, posto seja dela diferente, mantenha com ela tal semelhança ou contenha tantos de seus elementos característicos que facilmente se confunda com outra” (Propriedade Industrial, São Paulo, Saraiva, 1987, pág. 26).

Como bem enfatizou o douto Sentenciante, “não há como negar que no caso inexistiu sequer disfarce do contrafator. Valho-me dos precisos argumentos esposados pelo procurador das autoras que na impugnação à contestação destacou: ‘a) a tampa é branca com duas listras douradas emoldurando a marca que, por sua vez, está grafada na diagonal; b) há um rótulo pequeno branco, com moldura dourada com a inscrição ‘Carta Blanca’, no centro; c) no rótulo principal, os elementos nominativos são idênticos e estão grafados exatamente na mesma posição; d) no rótulo da empresa ré há dois barris dourados nos cantos superiores que se confundem com as duas moedas douradas, também no campo superior, do rótulo da autora; e) no centro à esquerda do rótulo há um emblema vermelho com moldura dourada. Somente a figura em seu centro é diferente no rótulo da ré (...) O desenho escolhido no rótulo da ré é nada mais nada menos que um pirata; f) no campo inferior há barris dourados cercando um brasão no rótulo da ré e, no da autora, há moedas douradas e um brasão exatamente na mesma posição; g) o rótulo do verso é dourado como o centro branco; h) os elementos nominativos e figurativos da seção dourada do rótulo do verso estão dispostos na mesma posição, valendo destacar que o emblema vermelho se encontra entre as palavras carta e blanca; i) na seção branca, há receitas de drinks grafadas em preto, com o título em vermelho; j) três das quatro receitas são idênticas’.

“Tudo resta perfeitamente demonstrado nas fotos de fl. 146, restando claro também que o objetivo da ré é a confusão de marcas ou, em última

análise, o locupletamento ilícito por conta da fama mercadológica alcançada pela bebida das autoras. Como estão os rótulos, o consumidor desavisado é facilmente enganado” (fls. 165/166).

Em situações que guardam identidade com a destes autos, o colendo Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou:

“Civil. Marca registrada. ‘Sabão da Costa’. Uso indevido por terceiro. Dano. Indenização. Cabimento. Termo inicial. Marca. Dano. Prova.

“Reconhecido o fato de que a ré industrializava e comercializava o produto ‘Sabão da Costa’, marca registrada da autora, que também fabricava e vendia o mesmo produto, deve-se admitir conseqüentemente a existência de dano, pois a concorrência desleal significou uma diminuição do mercado. Recurso conhecido e provido” (REsp n. 101.059-0—RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 8/4/97).

No mesmo sentido:

“Marca. Emprego de nome fantasia semelhante. Incabimento.

“I — O emprego de nomes e expressões marcárias semelhantes — quer pela grafia, pronúncia, ou qualquer outro elemento, capazes de causar dúvida ao espírito dos possíveis adquirentes de bens exibidos para comércio — deve ser de imediato afastado.

“II — A proteção legal à marca (Lei n. 5.772/77, art. 59), tem por escopo reprimir a concorrência desleal, evitar a possibilidade de confusão ou dúvida, o locupletamento com esforço e labor alheios. A empresa que insere em sua denominação, ou como nome

de fantasia, expressão peculiar, passa, a partir do registro respectivo, a ter legitimidade para adotar referida expressão como sinal externo distintivo e característico e impedir que outra empresa atue no mesmo ramo comercial como tal a utilize. Precedentes do STJ.

“III — Recurso não conhecido” (REsp n. 54.494-7—SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 15/5/95, págs. 13.398/13.399).

Não destoam o posicionamento dos demais Tribunais Pátrios:

“Concorrência desleal. Caracterização. Nome comercial. Semelhança. Susceptibilidade de erro ou confusão dos consumidores.

“Concorrência desleal. Semelhança de nomes comerciais de vinhos ‘San Felicio’ e ‘Saint Felicien’, suscetível de causar erro ou confusão dos consumidores. Ação improcedente. Apelo provido. Voto vencido” (TJRS, 5ª Câmara Cív., rel. Des. Sérgio Pilla da Silva, j. em 31/3/94, DJRS de 1º/6/94, pág. 16).

“A imitação ou reprodução de marca alheia é vedada quando os produtos são idênticos ou quando envolve artigo pertencente a ramo de atividade afim, desde que possibilite confusão ou erro” (TFR, AC n. 78.048/RJ, de 23/5/83, RTFR 113-130/138).

Quanto ao fato de ter sido apreendida simplesmente uma garrafa de rum “Bacachari”, nenhuma influência

tem para afastar a prática de concorrência desleal, porquanto é prova infalível de que as demais do produto imitado, por não ser crível que tenha sido fabricada apenas uma com aquele rótulo, efetivamente foram comercializadas. E, diante disso, devida é a indenização por perdas e danos, não se podendo considerar exacerbado, antes talvez módico, o valor fixado a esse título pela douta sentença sob peleia.

Para arrematar, convém lembrar as palavras de Carlos Alberto Bittar (Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais, São Paulo, Editora RT, 1993, pág. 104), ao acentuar que para a concretização da concorrência desleal “não se exige a concretização do dano, basta a possibilidade ou o perigo de sua superveniência”.

Por tais amplas razões é que se conhece do recurso, porém nega-se-lhe provimento, mantendo-se incólume a bem-lançada sentença recorrida.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 10 de junho de 1999.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 98.012440-9, DE BLUMENAU****Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Seguro-incêndio. Destruição total das mercadorias seguradas. Negativa da seguradora ao pagamento integral da cobertura prevista na apólice, inferior aos prejuízos apurados pela segurada. Aceitação por esta, quatro meses e meio após, premiada por compromissos, do valor ofertado, correspondente a menos de 50% da avaliação procedida por perito da própria seguradora. Imprestabilidade, pela coação moral manifesta e por ausência de concessões mútuas, do recibo de quitação rasa e geral, com força de “transação”, passado pela sinistrada em tais circunstâncias. Direito desta ao recebimento da diferença entre o que recebeu e os prejuízos efetivamente sofridos, respeitado o limite da apólice. Perdas e danos, lucros cessantes e dano moral indemonstrados. Pedido formulado em ação ordinária de cobrança parcialmente procedente. Sentença confirmada. Recursos desprovidos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.012440-9, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que são apelantes e apelados Bradesco Seguros S.A. e Infelger Indústria de Felpudos Ltda.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso da seguradora e, por maioria de votos, o da autora.

Custas legais.

Na comarca de Blumenau, perante a 2ª Vara Cível, Infelger Indústria de Felpudos Ltda. ajuizou ação de cobrança c/c perdas e danos, lucros cessantes e danos morais em face de Bradesco Seguros S.A., alegando, em apertada síntese, que celebrou com esta, em 8/9/95, com vigência até 8/9/96, contrato de seguro — categoria industrial — representado pela apólice n. 597001750, com cobertura,

dentre outras, até R\$ 360.000,00, contra incêndio, e que em 5 de dezembro daquele ano, por volta das 22h20min, ocorreu esse sinistro na sua empresa, provocado por um curto-circuito de origem acidental nas instalações elétricas, conforme apurado em perícia técnica/científica realizada posteriormente pelo Instituto de Criminalística, em decorrência do qual veio a perder quase todo o maquinário e estoque de mercadorias que lá se encontrava para a manufatura de produtos de cama, mesa e banho, o que lhe acarretou um prejuízo da ordem de R\$ 533.622,73.

Aduziu que, após medidas administrativas tomadas pela requerida na formação do processo de sinistro, procurou-a para a obtenção de indenização estimada em R\$ 414.000,00, dela, porém, recebendo, em abril do ano seguinte, uma proposta pela qual condicionava a liquidação do sinistro



ao recebimento de quantia muito aquém da realmente devida, equivalente a R\$ 140.000,00, e, ademais, mediante a emissão de um recibo com força de transação, passando plena quitação, cuja proposta viu-se forçada a aceitar em face das sérias dificuldades financeiras por que passava, o que, obviamente, acarretou-lhe graves e enormes prejuízos.

Tecendo, por fim, considerações de ordem legal no afã de demonstrar a invalidade da transação celebrada, pelos vícios que estariam a contaminá-la, concluiu por requerer a procedência do pedido, que instruiu com documentação para prova do alegado, com a condenação da seguradora a pagar-lhe a quantia de R\$ 410.000,00, além de perdas e danos e lucros cessantes, no valor de R\$ 78.661,35 (setenta e oito mil, seiscentos e sessenta e um reais e trinta e cinco centavos), e danos morais não inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acarretados os primeiros pelo fato de haver ela retardado injustificadamente o cumprimento de sua obrigação, e consistente os segundos em dificuldades que enfrentou em face daquela conduta procrastinatória.

Citada, apresentou a ré tempestiva resposta, aduzindo, na pugna pela improcedência do pedido, que o representante da autora, pessoa idônea, com a devida instrução escolar e com assessores de alto gabarito, em momento algum foi coagido ou induzido em erro no ato da assinatura do recibo, pelo qual, na presença de duas testemunhas, deu-lhe geral e plena quitação da quantia recebida, de modo que nada mais pode ter, portanto, a reclamar, porque se tratou de uma transação perfeita e acabada, que

produziu os mesmos efeitos da coisa julgada entre os acordantes.

Sustentou, ainda, ser inadmissível a pretensão da demandante em haver perdas e danos e lucros cessantes, porque em 5/1/96, um mês, portanto, após o sinistro, já havia ela, como, inclusive, reconheceu, se instalado provisoriamente em um galpão situado no bairro de Itoupava Central, tendo normalizado, assim, suas atividades. Alertou, entretanto, sobre a necessidade, para a hipótese de ser acolhido tal pedido, de ser realizada perícia que apure o seu faturamento médio mensal, porquanto imprestável o documento de fls. 37 que juntou ela com tal propósito, por ter sido elaborado de forma unilateral pelo seu contador. Ponderou, ademais, que, se tal indenização for devida, o correto, já que dispunha de 30 (trinta) dias após o sinistro para o pagamento do valor segurado, é que se calcule pelo período de 3 (três) meses e 20 (vinte) dias, e não 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias, como também ela pretende.

Argumentou, também, que, por não haver previsão contratual, improcede o pedido de indenização por dano moral.

Pleiteou, por fim, que, em caso de procedência do pedido, seja deduzida do valor a ser indenizado a importância de R\$ 29.656,84 (vinte e nove mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e oitenta e quatro centavos), devidamente atualizada, relativa ao pagamento que efetuou diretamente à empresa Artex S.A. por conta do mesmo sinistro.

Após replicada a defesa foi designada audiência de instrução e julgamento, na qual, inexitosa a tentativa

conciliatória, foram tomados os depoimentos pessoais dos representantes legais das litigantes e inquirida uma testemunha arrolada pela autora, sendo o ato suspenso, a requerimento da ré, para inquirição por carta de uma testemunha referida.

Cumprida a diligência, com o que foi dada por encerrada a instrução, apresentaram os advogados memoriais substitutivos das alegações orais, reeditando seus argumentos e pleitos anteriores, tendo o da seguradora/demandada impugnado os documentos juntados pela autora após a audiência, dizendo-os igualmente inábeis a demonstrar o seu real faturamento, porque desacompanhados das respectivas notas fiscais e porque não assinados por um contador.

Sentenciando em seguida, o MM. Juiz de Direito julgou procedente em parte o pedido exordial, condenando a seguradora ao pagamento da quantia de R\$ 190.343,16 (cento e noventa mil, trezentos e quarenta e três reais e dezesseis centavos), correspondente à diferença entre o limite da cobertura securitária e os valores pagos à demandante e, à sua conta, à Artex, a ser corrigida monetariamente a partir de 8/9/95, e com acréscimo de juros moratórios legais a contar de janeiro de 96.

Em face da sucumbência recíproca, responsabilizou as partes proporcionalmente pelas custas e honorários advocatícios, estes à razão de 10% sobre o valor em que cada qual decaiu.

Irresignadas com a prestação entregue, autora e ré apelaram. Esta pugnando pela reforma da decisão objugada, ao argumento de que o recibo

que lhe foi passado pelo representante legal daquela, dando-lhe plena e geral quitação da dívida, exime-a de toda e qualquer obrigação. Aquela, a seu turno, pretende, ainda, a condenação da requerida ao pagamento de lucros cessantes, na importância de R\$ 78.661,35 (setenta e oito mil, seiscentos e sessenta e um reais e trinta e cinco centavos), também devidamente corrigida, mais danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Contra-arrazoados os recursos, atempadamente preparados, alçaram os autos a este Sodalício.

É o relatório.

As irresignações não procedem, posto que a dita sentença vergastada, da lavra do culto Dr. Newton Janke, que submeteu a atento e criterioso exame as questões de relevo deduzidas nos autos, descrevendo e medindo à perfeição o alcance do procedimento das contendoras, principalmente da seguradora, deu à controvérsia entre elas reinante, indiscutivelmente, a mais justa e jurídica solução que fazia por merecer.

E não se poderia, na verdade, concluir diferentemente do que fez S.Exa. ao deparar-se com situação igual à estampada nos autos, em que é noticiada a existência de um contrato de seguro entre apelantes/apeladas, com limite de cobertura de R\$ 360.000,00 para o caso de incêndio que acarretasse a perda das mercadorias existentes no prédio da seguradora, de fabricação desta, e da ocorrência do sinistro para o qual era prevista essa cobertura máxima, mas que causou, entretanto, danos bem maiores, segundo avaliações que ela própria

mandou proceder (R\$ 533.622,73), ou, pelo menos, quase tão grandes, por avaliação de peritos da própria seguradora (cerca de R\$ 300.000,00).

Com efeito, pois se, por um lado, é inegável que à segurada assistia o direito, em tal caso, à indenização pela cobertura total prevista na apólice, já que, no caso de seguro contra incêndio, consoante os melhores do direito, com os quais consoa a orientação desta Casa, bem lembrada por aquele excelente operador do direito, "quanto aos móveis e utensílios, a fixação de seu valor na apólice não obriga à indenização do seguro total contratado em relação a tais riscos, senão que até o limite da apólice dos prejuízos efetivamente verificados, isto é, em relação ao que se achava no interior do edifício sinistrado e resultou danificado" (Apelação Cível n. 34.622, de Araranguá, rel. Des. João José Schaefer, DJ de 31/5/93), por outro resulta mais do que evidente que ninguém, em sã consciência, nem muito menos ela, segurada, cujo representante legal é tido pela seguradora como pessoa idônea, que conta com a devida instrução escolar e com assessores de alto gabarito, iria aceitar fazer um acordo para deixar de receber aquela vultosa soma (R\$ 360.000,00), a que tem direito consabidamente indelével, em troca de minguados sessenta e dois pontos percentuais a menos (R\$ 140.000,00), a não ser que levada pela premente necessidade derivada da situação que atravessava, com vastos encargos sociais, trabalhistas e de toda outra ordem, que se agravou com a protelação por vários meses de uma solução por parte da mesma seguradora, e que tenderia a agravar-se ainda mais

se, acaso decidisse 'comprar a briga', resolvesse aquela postergar indefinidamente o pagamento do valor efetivamente devido, só o fazendo em juízo, como consta ter ameaçado fazer. Obviamente, então, que aí, ao contrário do que quer levar a crer a seguradora, fez-se sentir a sua coação moral sobre sua segurada, minando e aniquilando por completo toda e qualquer capacidade de resistência para prosseguir ou insistir em receber o que de direito lhe cabia.

A propósito da espécie coativa, moral ou também conhecida como vis compulsiva, caso típico que noticiam estes autos, lembra a consagrada Maria Helena Diniz, em seu "Código Civil Anotado" (4ª ed., Saraiva, 1998, pág. 118), que apesar de "atuar sobre a vontade da vítima, sem aniquilar-lhe o consentimento, pois conserva ela relativa liberdade (RT 80/87; JB 150/343), podendo optar entre a realização do negócio que lhe é exigido e o dano com que é ameaçada", ainda assim "trata-se de modalidade de vício de consentimento, permitindo que o coacto emita uma declaração volitiva, embora maculada, acarretando a anulabilidade do negócio (CC, art. 147, II) por ele realizado".

Daí que, forçoso é concluir, não houve, com toda certeza, uma transação propriamente dita, mas sim mera imposição da vontade da seguradora que, encontrando-se em posição de superioridade em relação à segurada, em face dos apertos de toda ordem por que esta passava, protelou por 4 (quatro) meses sua obrigação, logrando, assim, fazer com que ela, já quase morta pelo cansaço, que lhe foi imposto, concordasse em receber o valor ofertado bem inferior ao realmente

devido, ou seja, 62% a menos do que a cobertura prevista na apólice, como antes consignado, e 26% apenas do prejuízo que alega ela ter efetivamente sofrido.

O ilustre prolator do decreto recorrido, sem fugir ao conteúdo dos autos, mas a ele mantendo-se fiel, narrou, com toda crueza que caracteriza essa coação fria e calculista a que foi submetida a segurada, a via crucis que atravessou ela, com a consequência prática e óbvia que dela derivou, pelo que, em sua homenagem, transcreve-se, como razão de decidir, essa parte da excelente motivação decisória:

“Tangido por necessidades domésticas, acossado, em vários flancos, por empregados e por credores (vide os instrumentos de protestos de fls. 33/5), desfalcado de estoques e maquinário, a autora, àquela altura, assinaria e receberia qualquer coisa. Se não concordasse em assinar a transação, recebendo o valor que lhe era ofertado, só lhe restaria recorrer ao Judiciário, onde as seguradoras costumam utilizar-se de todos os expedientes e recursos para protrair, tanto quanto possível, as sentenças que lhes são desfavoráveis.

“O advogado Roberto Zimmermann, que acompanhava o representante da autora na ocasião, lembra que “Ênio estava bastante preocupado com o fato dos funcionários ficarem quatro a cinco meses sem receber salários; que a seguradora ofereceu determinada quantia para Ênio e que não havia abertura para discussão do valor, porquanto ou a empresa recebia naquela data o que

era ofertado ou nada seria pago’ (fl. 308).

“Em tal contexto, é imperioso reconhecer que a transação retratada no documento de fl. 89 não foi fruto de concessões recíprocas, mas, sim, da imposição da vontade única do mais forte, o que traduz vício de consentimento insuscetível de atribuir ao ato jurídico efeitos e consequências válidas.

“Os representantes da seguradora, depondo em Juízo, procuraram justificar o retardamento do pagamento e o acertamento do valor sob a justificativa de que os preços dos produtos da autora apresentavam valores superestimados em relação a produtos de empresas similares, como a Teka e a Artex.

“Nesse particular, entretanto, limitou-se a juntar os documentos de fls. 117/120, sem demonstrar todavia que a discrepância de preços era de tal modo significativa que autorizasse a redução da cobertura para bem menos da metade do valor estimado pelo seu perito. Para que isso fosse razoável, os produtos da autora teriam que custar mais do que o dobro dos produtos daquelas empresas. De resto, é natural que empresas de grande porte, produzindo em larga escala e com tecnologia avançada, possam comercializar seus produtos com menores preços que pequenas empresas como a autora.

“Aliás, é, ao mesmo tempo, curioso e sintomático que a seguradora não tenha anexado o relatório do sinistro feito pelo perito por ela contratado, como sói acontecer em ações desse gênero.

“Em tais circunstâncias, impõe-se que a ré seja compelida a satisfazer a diferença entre o valor pago (R\$ 140 mil) e o limite de cobertura da apólice (R\$ 360 mil), malgrado o prejuízo, pelo levantamento da autora, tenha sido em montante maior.

“Para a fixação do limite da cobertura, não podem ser consideradas as chamadas coberturas acessórias por danos decorrentes de vendaval/fumaça ou por problemas elétricos, cujo pagamento somente seria devido no caso de eventos específicos à sua incidência.

“Por outro lado, da mencionada diferença há de ser abatida a quantia de R\$ 29.656,84 (vinte e nove mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e oitenta e quatro centavos) que, segundo o documento de fl. 121, foi paga a empresa Artex, em ressarcimento de mercadorias que lhe pertenciam e que se encontravam nas dependências da autora” (sic — fls. 328/330).

Tem, pois, na espécie, e ante tal quadro, inteira aplicação a orientação jurisprudencial segundo a qual “não prevalece transação com seguradora se a parte negocia em posição inferior e de aprêmio pelas circunstâncias, não tendo condições de renunciar parte de seu patrimônio que devia ser indenizado pela seguradora, que pagou a menor” (2ª CCTJRS, Apelação n. 590010443, v. un. em 4/4/90, rel. Des. João Pires Freire, RJTJRS 148/340).

Assim, “em respeito à verdade essencial e à essência do negócio jurídico mais do que à aparência emergente de formal quitação” (Apelação Cível n. 42.444, de Joinville, rel. Des.

João José Schaefer), é que razão assiste à autora nesse particular.

No que pertine, entretanto, à sua pretensão de recebimento de lucros cessantes que teriam decorrido do atraso no pagamento do seguro, não lhe está, realmente, como também decidido, a bafejar a mesma sorte.

Mas não apenas pela fundamentação de que se valeu o ínclito Togado singular, que inacolheu tal pedido ao entendimento de que, sendo a responsabilidade da seguradora, em relação à segurada, de natureza estritamente contratual, só seriam devidos se houvesse expressa previsão contratual ou, excepcionalmente, houvesse prova de ter agido ela com dolo ou culpa grave, situações ambas incorrentes ou não registradas na espécie (fls. 330).

E sim e essencialmente porque, no caso, por não ter a pretensão indenizatória por fundamento o contrato de seguro, senão que a ilicitude da conduta da ré em não cumprir com o pactuado, oferecendo-se para pagar a quantia reclamada quase 5 (cinco) meses após o sinistro, e, mesmo assim, em importância muito aquém do realmente devido, mister se fazia, para que se lhe pudesse impor essa verba de natureza extracontratual, a demonstração de que o atraso nesse pagamento impediu a segurada de exercer suas atividades habituais, trazendo-lhe agravamento de seus prejuízos. E desse ônus, parte do fato constitutivo do seu direito, não se desincumbiu ela, pois, conforme afirmou na inicial, um mês após o ocorrido continuou suas atividades num galpão no bairro de Itoupava Central que

lhe foi provisoriamente cedido pelo sr. Jairo Lopes, não havendo nenhuma prova cabal de que por tal razão teve diminuído seu faturamento mensal, não se prestando os documentos de fls. 37 e 150/161 para referida comprovação, porquanto outros referentes à época posterior ao acidente não foram juntados para que se pudesse comparar e verificar esse alegado prejuízo.

A respeito, o emérito Rui Stoco, em sua obra "Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial" (Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1995, pág. 441), citando Aguiar Dias, ensina:

"O que o prejudicado deve provar, na ação, é o dano, sem consideração ao seu quantum, que é matéria da liquidação. Não basta, todavia, que o autor mostre que o fato de que se queixa, na ação, seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou'.

"E prossegue: 'as perdas e danos constituem matéria de prova, inclusive envolvendo assessoria técnica consubstanciada em sede pericial, não bastando meras alegações. Claro que as circunstâncias podem até indicar, como indícios, que tenha ocorrido possíveis prejuízos. Mas isso não basta. Para que subsista a obrigação indenizatória há que existir o dano comprovado, que constitui a condição essencial para aquela'.

"E mais uma vez lembrando Aguiar Dias (pág. 442), 'o prejuízo deve ser certo. É a regra essencial da reparação. Com isso, se estabelece que o dano hipotético não justifica a re-

paração'" (Apelação Cível n. 97.001449-0, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Eder Graf).

Assim, cabendo à apelante o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, e não tendo ela demonstrado os danos sofridos em razão do atraso no pagamento do seguro, não tem direito ao recebimento de lucros cessantes, porque, consoante orientação remanescente dos tribunais pátrios, "o lucro frustrado não pode ser concedido com base na mera possibilidade (possível é tudo na contingência das coisas), mas deve resultar de probabilidade objetiva, conjugado às circunstâncias peculiares do caso concreto" (RT 434/163 e 494/133).

Ainda:

"A concessão de lucros cessantes está na dependência da efetiva prova dos mesmos. E, não produzida a prova, não se pode concedê-los" (JC 25/203).

Acertado, igualmente, o julgamento de improcedência, a seu turno, da pretensão de indenização por danos morais, haja vista que à negativa da seguradora ao pagamento do valor segurado na apólice não pode ser atribuída à causa e culpabilidade de não ter a seguradora cumprido com seus compromissos financeiros. Aliás, não há a menor prova de que por tais razões teve a honra ou a reputação abalada perante a coletividade, até porque, ao contrário, já era devedora com títulos protestados anteriormente, e, mesmo assim, nem sequer havendo notícia de que teve seu nome lançado em instituição de proteção ao crédito.

Ora, por força do que estabelece o art. 159 do Código Civil, para que se reconheça o dever de indenizar exige-se a combinação de três requisitos: ação (omissiva ou comissiva), ocorrência de um dano e nexo de causalidade entre o dano e a ação.

É, por sinal, como doutrina o acatado mestre Silvio Rodrigues, com a autoridade que lhe é inerente:

“Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido formulado por aquela deverá ser julgado improcedente” (Direito Civil — Responsabilidade Civil, São Paulo, Saraiva, 1986, vol. 4, pág. 18).

Acontece que essa coexistência dos três elementos não está presente na hipótese, haja vista que não se pode afirmar, sem prova que o contrário, que a conduta da seguradora, em não pagar o valor do seguro, tenha ocasionado danos morais à autora pela impossibilidade de cumprir esta suas avenças e/ou por sua eventual perda de crédito, em face de títulos que teve

protestados, razão pela qual, via de consequência, não há nexo de causalidade entre aquela ação omissiva e o dano alegado.

Não há, pois, por tais motivos, como se decidir a questão diferentemente do que o fez o douto Togado a quo.

E por tais razões, conhece-se dos recursos, porém nega-se-lhes provimento, mantendo-se incólume a bem-lançada sentença sob peleia e, via de consequência, porque também correta em face da sucumbência recíproca, a condenação de ambos os recorrentes nas custas processuais e verba honorária.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, sendo vencido o Exmo. Sr. Des. Xavier Vieira, que presidiu a sessão, e que provia parcialmente o recurso da autora, para condenar a seguradora ao pagamento de indenização por danos morais a serem apurados em liquidação de sentença.

Florianópolis, 15 de abril de 1999.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.014427-0, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Embargos à execução. Sistema Financeiro da Habitação. Financiamento da casa própria. Reajuste das prestações. Variação da caderneta de poupança. Impossibilidade. Equivalência salarial. Direito do mutuário. Sentença de improcedência. Recurso provido.*

*No Sistema Financeiro da Habitação, estatuído para tornar menos tormentosa a aquisição da casa própria, o mutuário é reconhecido como hipossuficiente, concedendo-se-lhe facilidades para realizar o negócio sem sobressaltos, o que só é factível se a obrigação atrelar-se ao binômio prestação/renda.*

*É incompatível a adoção de critérios diversos da equivalência salarial nos contratos de mútuo regidos pelo SFH, porque conflitantes com os princípios que o norteiam.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.014427-0, da comarca de Criciúma, em que são apelantes Jurandi Nesi Filho e Rosimere Rocha Nesi, sendo apelado Besc S.A. Crédito Imobiliário:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas legais.

1. Jurandi Nesi Filho e Rosimere Rocha Nesi opuseram embargos à execução que lhes move Besc S.A. Crédito Imobiliário, alegando que firmaram com o embargado contrato particular de compra e venda e mútuo, com pacto adjeto de hipoteca, nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, pelo qual se assegurava aos embargantes que o percentual de reajuste das prestações não excederia 31,01%.

Afirmaram que, apesar disso, a instituição de crédito vem exigindo valores incompatíveis com o limite de comprometimento de renda indicado, desrespeitando a equivalência salarial e incorrendo em excesso de execução.

Impugnando os embargos, o exequente sustentou seu descabimento, porque os executados não de-

monstraram a quitação do débito, tampouco o depósito do valor reclamado, pugnano pela extinção do processo, sem julgamento do mérito.

Quanto à questão de fundo, afixou que o contrato não previra a correção das prestações pelo plano de equivalência salarial (PES), mas pela caderneta de poupança, de acordo com a "Tabela Price".

Frisou que, segundo a cláusula sétima do pacto, a adoção do PES em substituição à caderneta de poupança é faculdade do credor; não um direito dos devedores.

Após, realizou-se audiência, resultando infrutífera a tentativa de conciliação em face da ausência dos embargantes e de seu procurador.

Destruindo antecipadamente a lide, o Dr. Juiz de Direito julgou improcedentes os embargos, convencido de que o contrato estabeleceu o reajuste das parcelas em consonância com a caderneta de poupança e que o PES só seria acolhido se o credor assim o desejasse.

Inconformados, os embargantes apelaram repisando que a avença embasou-se na equivalência salarial, não podendo sobejar 31,01% de seus rendimentos, conforme previsão contratual. Disseram, também, que a cláusula que faculta ao devedor a ins-



tituição do PES é nula, conflitando com o Código de Defesa do Consumidor.

Em contra-razões, o embargado reafirmou que os embargos são incabíveis e que não fora estabelecida a correção pelo PES — mera faculdade do credor —, mas pela caderneta de poupança. Finalmente, averbou que o Código de Defesa do Consumidor não abrange contratos firmados com estabelecimentos bancários.

## 2. Provê-se o recurso.

Verificando o contrato, constata-se que sua cláusula sexta vincula a variação das prestações à variação da caderneta de poupança:

“As prestações e acessórios serão reajustados, mensalmente, pelo índice derivado da taxa de remuneração básica aplicável aos depósitos em caderneta de poupança livre/pessoa física, com data de aniversário no dia de assinatura deste contrato” (fls. 9, verso).

As cláusulas sétima e nona, conjugadas, facultam ao credor utilizar como critério de reajuste os índices de aumento salarial da categoria profissional do devedor, in verbis:

“Cláusula sétima — As partes contratantes reconhecem que é facultado à credora aplicar em substituição ao índice previsto na cláusula anterior, os índices de aumento salarial da categoria profissional a que pertencer o devedor, quando conhecido (sic)”.

“Cláusula nona — Fica assegurada ao devedor que, na aplicação do reajuste previsto na cláusula sétima a participação da prestação mensal na renda atual não excederá a relação prestação/renda mencionada no sub-

tem 14.1—QR, desde que o mesmo devedor efetue a devida comprovação perante a credora podendo ser solicitado essa revisão a qualquer tempo (sic)”.

Como se vê, a substituição pelo plano de equivalência salarial, nos estritos termos do contrato, será procedida ao nuto do credor, isto é, somente se lhe aprouver, destoldando o caráter marcadamente subsidiário e, porque não dizer, potestativo de tal cláusula.

É despiciendo à solução do conflito ingressar no tema da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados com instituições financeiras — o que, aliás, vem sendo considerado possível — porque, de todo modo, o fator de reajuste acordado é insubsistente.

Com efeito, critérios diversos da equivalência salarial são incompatíveis com o espírito da legislação instituidora do Sistema Financeiro da Habitação, gerado para tornar menos tormentosa a aquisição da casa própria. No SFH, o mutuário é reconhecido como hipossuficiente, merecedor de maiores garantias e facilidades, para que realize o negócio sem sobressaltos, o que só é factível se a obrigação atrelar-se ao binômio prestação/renda.

Nessa linha, a equivalência salarial exsurge como direito do mutuário e único critério aceitável, sendo inválidas as disposições que com ela colidirem. É da jurisprudência:

“Civil — Sistema Financeiro da Habitação (SFH) — Prestação da casa própria — Reajuste — Plano de Equivalência Salarial (PES).

“Ação rescisória. SFH. Plano de equivalência salarial.

“A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que, dos métodos de reajuste de prestações da casa própria, somente a equivalência salarial é compatível com nosso direito.

“Embargos rejeitados” (EAR n. 349-2, rel. Min. José de Jesus Filho, DJ de 12/2/96, in ESTJ 14/79).

Ainda:

“Civil — Prestação da casa própria — Reajuste — Sistema Financeiro da Habitação (SFH) — Plano de equivalência salarial.

“Tendo a 1ª e a 2ª Turmas, ao examinar os recursos, reconhecido aos autores o direito de a atualização do valor das prestações da casa própria obedecer ao Plano de Equivalência Salarial, esclarecendo que o parâmetro para os reajustes só poderia ser a variação do salário do servidor...” (Ementário da Jurisprudência do STJ, vol. 9, pág. 96).

Também do egrégio Superior Tribunal de Justiça extrai-se aresto paradigmático, arrolando os princípios norteadores do Sistema Financeiro da Habitação que convergem para o reconhecimento da fragilidade do mutuário:

“Civil — Contrato — Sistema Financeiro da Habitação (SFH) — Plano de Equivalência Salarial (PES).

“Direito civil. Contratos do Sistema Financeiro da Habitação. Plano de Equivalência Salarial. Vinculação aos vencimentos da categoria profissional do mutuário.

“1. Nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação há de se reconhecer a sua vinculação, de

modo especial, além dos gerais, aos seguintes princípios específicos:

“a) o da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas, deve imperar na formação do negócio jurídico;

“b) o de que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento às necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade;

“c) o de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário, não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas, também, pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte;

“d) o de que os princípios da boa-fé e da equidade devem prevalecer na formação do contrato.

“2. Há de ser considerada sem eficácia e efetividade cláusula contratual que implica em reajustar o saldo devedor e as prestações mensais assumidas pelo mutuário, pelos índices aplicados às cadernetas de poupança, adotando-se, conseqüentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do Plano de Equivalência Salarial, vinculando-se aos vencimentos da categoria profissional do mutuário.

“3. Recurso improvido” (REsp n. 101.061-0, rel. Min. José Delgado, in ESTJ 17/51).

Em caso análogo, relatado com a sensibilidade social e tirocínio jurídico costumeiros pelo insigne Des. João

José Schaefer, esta colenda Câmara consignou:

“— Sistema Financeiro da Habitação.

“— O reajuste das prestações da casa própria, na forma da Lei n. 6.423/77 e de reiterada jurisprudência do STJ, deve ser feito obedecido o Plano de Equivalência Salarial.

“— É sem eficácia, mesmo em contrato transferido de um mutuário para outro, com a participação do agente financeiro, a estipulação de índices de reajuste diversos dos vinculados à variação salarial do devedor.

“— Apelo provido” (Ap. Cív. n. 98.012678-9, da Capital, j. 18/3/99).

Retira-se do corpo do julgado:

“...em se tratando de financiamento da casa própria, não há adotar outro índice senão os de correção salarial do próprio mutuário, sob pena de provocar-se o empobrecimento do devedor, obrigado a reajustes mais elevados do que os permitidos por seus próprios salários.

“A adoção do Plano de Equivalência Salarial como parâmetro único para os reajustes é, na verdade, de lógica inatacável.

“A compra e o financiamento se fazem em função das possibilidades salariais do devedor, devidamente avaliadas pelo agente financeiro, que pode recusar pretensão que importe em comprometimento salarial excessivo do interessado.

“Este vai pagar as prestações de acordo com suas disponibilidades mensais, previamente comprometidas, sem prejuízo da alimentação, instrução dos filhos, vestuário e demais necessidades básicas.

“Se se altera para mais o percentual destinado às prestações, prejudicadas estarão as demais despesas familiares.

“A circunstância de haver o mutuário firmado a cláusula de reajuste pela UPC é irrelevante, se, como bem destacado no último julgado supra, ele o faz sob compreensível ânsia e ante a necessidade de adquirir a casa própria, submetendo-se, assim, sem discussão, às cláusulas que lhe são impostas”.

Conquanto não se possa averiguar mais a fundo se os valores relacionados na inicial correspondem mesmo aos rendimentos dos apelantes, é fato incontroverso que a instituição financeira, confessadamente, vem praticando reajustes em desalinho com o plano de equivalência salarial.

Por conta disso, configurado o excesso de execução, há de ser reformada a sentença, julgando-se procedentes os embargos e condenando-se o embargado ao pagamento das custas processuais e honorários, estes fixados em 10% sobre o valor da execução.

3. Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Solon d'Eça Neves.

Florianópolis, 9 de março de 2000.

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

**APELAÇÃO CÍVEL N. 97.015387-2, DE CRICIÚMA****Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Ação monitória. Cheques. Sucessão irregular de empresas. Índícios consistentes. Prova testemunhal. Prejuízo aos credores. Sentença de procedência. Recurso desprovido.*

*À luz do princípio da razoabilidade é descabido exigir da vítima a feitura de prova cabal quanto à fraude, sabendo-se ser intrínseco a esta o ardil, a dissimulação, o agir sub-reptício.*

*Considera-se provada a sucessão irregular de empresas, com o intuito de prejudicar credores, se houver indícios inconsúteis da fraude, máxime se avigorados pela prova testemunhal, obrigando a sucessora a honrar as obrigações firmadas pelas sucedidas.*

*São indícios consistentes a existência de inúmeras modificações nos contratos sociais em período relativamente exíguo, ligações entre a extinção e criação das pessoas jurídicas, suspeitas modificações de endereço, identidade de ramo comercial, presença de sócios comuns e de vínculos familiares numa e noutra sociedades.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.015387-2, da comarca de Criciúma, em que é apelante Machine Comércio de Calçados Ltda., sendo apelada Calçados Klin Indústria e Comércio Ltda.:*

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

Custas legais.

1. Calçados Klin Indústria e Comércio Ltda. ajuizou ação monitória contra Machine — Comércio de Calçados Ltda. objetivando o pagamento de três cheques devolvidos por insuficiência de fundos, emitidos por empresas das quais, de acordo com a acionante, a ré seria sucessora.

Destacou que, pela proximidade de datas de constituição, local de funcionamento e sócios, a demanda sucedeu Faro — Comércio e Representações Ltda. que, por seu turno, é sucessora de Aldo Bortolotto e Cia. Ltda., sendo estas duas as emittentes dos títulos de crédito.

Por fim, salientando que a ré é responsável pelo adimplemento da obrigação, pugnou pela expedição do mandado de pagamento, no total de R\$ 25.522,07, igual à soma dos valores dos cheques, devidamente atualizados.

Apresentando embargos, a acionada sustentou sua ilegitimidade passiva, por ser pessoa jurídica distinta das que emitiram os cheques que instruíram a inicial, não podendo, portanto, arcar com dívidas de terceiros.

Após manifestação da autora acerca da contestação, houve tentativa de conciliação, em audiência, que restou inexitosa. À audiência instrutória, em que foi ouvida uma testemunha, seguiu-se a prolação da sentença, conforçando-se o pedido da autora.

Inconformada, a ré apelou, sublinhando que não houve sucessão de empresas e que a requerente deveria ter acionado os sócios da pessoa jurídica inadimplente.

Contra-arrazoando, a demandada afirmou que a referida sucessão foi demonstrada, haja vista que as empresas tinham sede no mesmo local, exploravam o mesmo ramo de atividade e apresentavam sócios em comum.

2. Nega-se provimento ao recurso.

A fraude em prejuízo de credores comumente é perpetrada por meio de expedientes de árdua identificação. Por lhe ser intrínseco o ardil, a dissimulação, parece óbvio que será sempre praticada sub-repticiamente, sendo compreensível a dificuldade em prová-la.

À luz dessa realidade, é consectário do princípio da razoabilidade que não se exija das vítimas do ato fraudulento a feitura de prova cabal a respeito deste. Assim, demonstrada estará a fraude quando inconsúteis forem seus indícios, quanto mais se avigorados pela prova testemunhal. É o quanto basta.

Na sucessão irregular de empresas, feita em detrimento de credores, cumpre atentar o ramo da atividade, o local em que era exercida, a existência de sócios em comum, as datas de constituição e extinção de

uma e de outra, enfim, elementos que possam delatar a maquinação.

É sobremodo elucidativo aresto do Superior Tribunal de Justiça, conquanto versasse sobre a sucessão de empresas em caso específico de débito tributário:

"Direito tributário. Débitos de ICM. Sucessão dissimulada de empresas, suscetível de ser demonstrada por meio de indícios e presunções. Responsabilidade da sucessora. Art. 133 do Código Tributário Nacional.

"Caso em que o v. acórdão impugnado evidenciou circunstâncias suficientes para autorizarem a presunção de que houve, efetivamente, a alegada transferência do estabelecimento comercial..." (2ª Turma, REsp n. 3828/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 29/8/90, in DJ de 22/10/90).

Em outro julgado, daquela mesma Corte, reconheceu-se a sucessão de pessoas jurídicas pela identidade de endereço, de atividade econômica e de sócio participante (v. 3ª Turma, Al n. 249827/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 23/9/99, in DJ de 8/10/99).

Esta colenda Câmara, em acórdão relatado pelo eminente Des. Alcides Aguiar, também enfrentou a matéria. Transcreve-se:

"Indenização — Legitimidade passiva — Administrador e sucessão de empresas — Prova nos autos de que o réu era administrador da empresa à época do acidente.

"Ressai comprovada a sucessão de empresas (individual por cotas de responsabilidade limitada) se a última utiliza idêntico ramo de atividade e comum emergem o local e bens utilizados para o funcionamento de am-

bas..." (AI n. 9.013, de São Miguel do Oeste, j. 29/8/96).

Ressuma dos autos que em 12/5/80 Aldo Bortolotto e Iêda Maria de S. Bortolotto constituíram a Aldo Bortolotto e Cia. Ltda., situada na Rua Cel. Benedet, n. 109, atuando no mercado de calçados, roupas e artigos de couro.

Em 25/1/95 foi criada a Faro — Comércio e Representações Ltda., com atividades no ramo de calçados, confecções e representações em geral, com endereço na Rua Cel. Benedet, n. 115, tendo como sócios Aldo Bortolotto e Iêda Maria de S. Bortolotto.

Em 15/12/95 fundou-se a empresa-ré, Machine Comércio de Calçados Ltda., explorando o comércio de calçados e artigos de couro, estabelecida na Rua Cel. Benedet, n. 109. Seus sócios eram Aldo Possamai e Jordana de Souza Bortolotto (filha de Aldo Bortolotto). Em 18/12/95, por meio de alteração contratual, a empresa Aldo Bortolotto e Cia. Ltda. mudou-se do n. 109 da Rua Cel. Benedet para o n. 115.

Quase de imediato, em 12/1/96, Jordana Bortolotto vendeu suas quotas para Samuel Cesar Fretas Bett, retirando-se da sociedade. Em 23/12/96, este e Aldo Possamai alienaram suas quotas a Ulisses Alano e Silvana Masiero Alano, alterando-se a denominação social para Comércio de Calçados J. Bama Ltda., hoje de propriedade de José Batista Masiero.

Não é demais citar as declarações da testemunha Antônio Carlos Nunes de Souza:

"No prédio da Fox Calçados o Aldo Bortolotto tinha uma loja de calçados; depois no mesmo lugar ele criou a empresa de nome Faro, com o mesmo ramo de atividade; em seguida foi criada a empresa Machine, no mesmo endereço e com o mesmo ramo comercial; esta última era de Aldo Possamai e Aldo Bortolotto; o Aldo Possamai recebeu a loja em conta por crédito que tinha com Aldo Bortolotto; o Aldo Possamai vendeu a empresa para José Maziero, e hoje funciona o comércio de nome J. Bama, sendo nome de fantasia Firensi Calçados; todas estas empresas sempre funcionaram de forma contínua, no mesmo endereço comercial e tendo por atividade o comércio de calçados (...); Jordana Bortolotto é filha de Aldo Bortolotto e às vezes ela aparecia na loja da Faro e da Aldo Bortolotto e Cia.; nunca viu trabalhando na Machine pois ela tinha uma loja dela mesma localizada na Rua Anita Garibaldi, também com comércio de calçados e confecções..." (grifos nossos) (fls. 63).

As incontáveis modificações nos contratos sociais em período relativamente exíguo, a ligação verificada entre a extinção e a criação das pessoas jurídicas, as suspeitas modificações de endereço, a identidade de ramo de comércio, a presença de sócios comuns e de vínculos familiares numa e noutra sociedades, além da prova testemunhal, tudo aponta para a sucessão fática de empresas, com danos incontestes aos credores.

A formação do título executivo contra a ré, Machine — Comércio de Calçados Ltda., não impede, é certo, caso venha sentir-se lesada pelas pessoas jurídicas sucedidas, o exercí-

cio do direito de regresso em ação própria.

3. Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Trindade dos Santos e Solon d'Eça Neves.

Florianópolis, 24 de fevereiro de 2000.

*Pedro Manoel Abreu,  
Presidente e relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.011860-6, DE LAGES**

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Contrato de seguro habitacional. Casas populares financiadas pelo Sistema Financeiro da Habitação. Vícios construtivos. Cobertura. Princípio do risco integral. Responsabilidade da seguradora. Multa decendial. Limite. TR como indexador. Juros moratórios legais.*

*“Comprovado o perigo de desmoronamento parcial, decorrente do processo de acomodação lenta do solo, em face da sobrecarga, e de outros fatores externos típicos aliados aos defeitos construtivos das casas populares, deve a seguradora cobrir o risco expressamente assumido no contrato de adesão, sob pena de multa diária.*

*“A indenização não pode ser negada àqueles que, pretendendo livrar-se dos riscos de desmoronamento, resolveram, diante da inércia da seguradora após o decurso de longo lapso temporal, reparar por si os danos havidos e até mesmo efetuar reformas ou ampliações nas residências” (Ap. Cív. n. 96.008806-7, rel. Des. Eder Graf).*

*“A multa contratual por atraso no cumprimento de obrigações não está sujeita ao limite de 10% de que trata o Dec. n. 22.626, aplicável somente aos contratos de mútuo, mas também não é ilimitada. Está sujeita, sim, ao limite do art. 920 do Código Civil, isto é, não pode exceder o valor da obrigação contratual. Doutrina e jurisprudência a respeito” (Ap. Cív. n. 50.086, rel. Des. João José Ramos Schaefer).*

*Vistos, relatados e discutidos  
estes autos de Apelação Cível n.*

*99.011860-6, da comarca de Lages, em  
que é apelante IRB — Instituto de*

*Resseguros do Brasil e Companhia de Seguros Marítimos e Terrestres Phenix de Porto Alegre, sendo apelados João Pessoa Freitas, Maria Benta de Oliveira, Thereza Guilante e outros:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial a ambos os recursos.

Custas da lei.

1. João Pessoa Freitas, Maria Benta de Oliveira, Thereza Guilante, Adilson Rogério Arruda, Cláudio Patrício Bastos Sell, Eurides Damaschi Turatti, João Carlos Silveira Marini, Alceu Branco de Liz, João Maria Neres, Maria Velci dos Santos, Ivanete Pedroso Armiliato, Shizuyo Yamaguchi e Luiz Pedro Aguiar aforaram ação ordinária de responsabilidade obrigacional contra Companhia de Seguros Marítimos e Terrestres Phenix de Porto Alegre, alegando que, por meio de contratos de compromisso de compra e venda, os ora autores, a Cohab/SC e a Seguradora Phenix S.A. pactuaram a aquisição das casas em que os primeiros residem, com o devido seguro de morte e invalidez permanente e de riscos de danos físicos, formando o seguro compreensivo especial.

Aduziram que nas prestações de mútuo pagam, embutidos, os prêmios do seguro, prêmio este repassado diretamente à ré. Tal repasse é garantido pelo Estado de Santa Catarina, pela Cohab/SC.

Alegaram que tiveram suas casas sinistradas, tendo a Seguradora sido comunicada dos fatos pela Cohab/SC e que, ainda assim, não tomou qualquer providência quanto à indenização ou reparação devidas.

Após alongada exposição da matéria de mérito, requereram: a) perícia nos imóveis para constatação judicial dos sinistros e a determinação do valor econômico das obras de reforma; b) a condenação da requerida ao pagamento, em moeda, da quantia orçada como necessária para a reposição dos imóveis sinistrados ao seu statu quo ante; c) a utilização do CUB como índice de atualização de valores orçados na perícia ou o índice utilizado pela Caixa, o que for mais favorável; d) aplicação de multa de 2% sobre o total das indenizações para cada dez dias ou fração de atraso no cumprimento da obrigação de restaurar, computada a partir de 30 dias após as datas de recebimento, pela Seguradora, dos Avisos de Sinistro Compreensivo; e) a condenação ao pagamento dos valores correspondentes às prestações do mútuo no período que a perícia definir como necessário para as reformas, caso tenham que desocupar suas casas; f) a condenação ao pagamento da quantia de 50 UPCs, ou o índice oficial que a tenha substituído, como indenização de conteúdo, caso a perícia verifique danos nos imóveis e utensílios domésticos, como consequência dos sinistros; g) aplicação de juros de mora de 1% mensais sobre o valor da condenação; h) na hipótese de prescindibilidade de prova pericial, seja a requerida condenada ao pagamento de vinte mil reais, por imóvel, que configura o valor necessário para reposição de cada unidade habitacional; i) demais encargos de sucumbência.

Citada, a acionada ofertou contestação, requerendo, em preliminar, a integração do IRB e da Cohab/SC como litisconsortes passivos necessá-



rios e a decretação da prescrição, nos termos do art. 178, § 6º, do CC. No mérito rebateu os termos da exordial, discorrendo sobre o funcionamento do seguro habitacional e legislação de regência. Afiançou ter somente cobertura o sinistro causado por vício construtivo de obra financiada pelo SFH. Acrescentou que no caso dos autos nenhum dos sinistros tem cobertura na apólice, tratando-se de casos de falta de manutenção, bem como, nos que há danos, inexistente ameaça de desmoração. Requereu, ao final, a improcedência do pleito, a produção de provas, e juntou documentos.

Manifestando-se sobre a contestação, o autor concordou com a participação do IRB.

Em saneador, foi negada a prescrição, uma vez que nesse tipo de ação o prazo não flui enquanto houver uma condição suspensiva, no caso, o processo administrativo. Negada a denunciação da lide da Cohab/SC e admitido o litisconsórcio passivo necessário em relação ao IRB, foi determinada sua citação.

Esse, de seu turno, apresentou resposta articulando, em sede de preliminar, a impossibilidade de sua condenação no processo, cabendo-lhe, unicamente, a enunciação de vontade autorizadora do pagamento. No mérito, encampou a matéria de defesa da ré, rebatendo os fundamentos da exordial, requerendo, ao final, a improcedência do pleito e a condenação dos autores nas verbas sucumbenciais.

Deferida a prova pericial, o laudo foi apresentado pelo perito judicial e pelo assistente técnico indicados pelas requeridas.

Realizada a prova, tiveram os autores ensejo de se manifestarem acerca do laudo pericial.

A seguradora, ao falar sobre a prova, aduziu, em preliminar, a ilegitimidade ativa do autor João Pessoa de Freitas, por não ter juntado aos autos o contrato de aquisição de seu respectivo imóvel, e de Maria Velci dos Santos, por ter anexado somente o termo de ocupação com opção de compra em favor de Manoel Ataíde Vargas, o que não lhe daria direito à aquisição de imóvel ou transmissão da propriedade.

Na audiência de instrução e julgamento, restando inexitosa a proposta conciliatória, foram inquiridos o perito judicial e quatro testemunhas arroladas pelos autores.

Sentenciando, o Dr. Galvão Nery Caon, julgou procedente o pedido, condenando a Seguradora a reparar os imóveis sinistrados, na forma do Anexo 12 da apólice de seguro habitacional, manifestando tal interesse no prazo de dez dias, contados do trânsito em julgado da sentença. Alternativamente, condenou ao pagamento, em moeda corrente, da quantia orçada como necessária para a reposição dos imóveis a seu statu quo ante. Aplicou, sobre o total das indenizações, multa de 2% para cada dez dias ou fração de atraso no cumprimento da obrigação de restaurar os imóveis sinistrados, computada a partir de 30 dias após as datas de recebimento, pela Seguradora, dos Avisos de Sinistro Compreensivo. Condenou a ré ao pagamento das despesas processuais, honorários de perito e de advogado, estes fixados em 20% sobre o valor da condenação, devidamente corrigidos.

Condenou, ainda, o IRB a emitir declaração de vontade autorizado de pagamento, a ser feito pela requerida, diretamente aos autores.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, o IRB apelou, pugnando pela reforma do decisum, enfatizando que o sinistro — assim definido pelos segurados —, não se enquadra nas condições de cobertura da apólice, mesmo porque nem a ameaça de desmoronamento restou demonstrada. No mais, postulou a inaplicação da multa decendial ou, ao menos, que não ultrapasse o valor da obrigação principal. Por último, requereu que os juros moratórios sejam fixados em 6% ao ano.

Da mesma sorte, irressignada, a Seguradora Phenix de Porto Alegre interpôs apelação pugnando pela improcedência do pedido, com a consequente reforma da decisão objurgada. Alegou, a priori, a ilegitimidade ativa dos mutuários João Pessoa de Freitas e de Maria Velci dos Santos. Enfatizou a apelante que o laudo técnico aponta como causa dos danos o que denomina de falhas construtivas e embora sem ameaça de desmoronamento, entendeu, a sentença, existir cobertura na apólice para tais danos. Todavia, a apólice habitacional, como já enunciado, não cobre falhas construtivas, sem ameaça de desmoronamento iminente e, ainda, não decorrente de causa externa, tal como vendaval, terremoto, colisão de veículo, etc.; não cobrindo, igualmente, a falta de manutenção. Ademais, a decisão recorrida não teria considerado os efeitos dos acréscimos e demolições nas casas para a existência dos danos. No mais, sustentou o descabimento da multa. E, ainda que cabível,

não pode ultrapassar os limites da lei de defesa do consumidor ou o que estabelece o art. 920 do Código Civil. Sobre os juros moratórios, entendeu ser devidos no percentual de 6% ao ano, na conformidade dos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil.

Os autores ofereceram contra-razões sustentando a manutenção do decisório profligado.

2. São providos parcialmente ambos os recursos, como se demonstrará em exame conjunto, uma vez que as matérias lhes são comuns.

2.1. Inicialmente, cabe a análise da preliminar de ilegitimidade ativa dos autores João Pessoa de Freitas e de Maria Velci dos Santos.

Demonstra o contrato de cessão de transferência de promessa de compra e venda (fls. 1.189/1.190) que o Sr. Emiliano V. da Silva e sua esposa, Jordelina V. Machado, transferiram a João Pessoa Freitas o prédio e respectivo terreno designado pelo lote n. 17, quadra n. 1, do Conjunto Habitacional Lages, apresentando na cláusula de n. 3 o valor correspondente ao seguro contratado.

Da mesma forma, a Sra. Maria Velci dos Santos apresentou às fls. 1.191/1.195 o contrato de promessa de compra e venda do lote n. 19 da quadra n. 52 que, em sua quinta cláusula, no parágrafo único, identifica o valor referente à contratação do seguro.

Ambas as partes ditas ilegítimas possuem contratos de promessa de compra e venda com a Cohab/SC e consequentemente de seguro com a apelada, sendo, portanto, partes legítimas para figurarem no pólo ativo da ação.

2.2. Quanto à questão meritória, não merece reparo a decisão monocrática.

Diga-se que a prova pericial produzida nos autos evidenciou de maneira minudente que os danos são comuns em todas as casas vistoriadas; enfatizando que há desmoronamento parcial de elementos estruturais e ameaça de iminente desmoronamento, havendo risco de soterramento de pessoas. Acentua que os sinistros decorrem de danos construtivos.

Ademais, aponta-se que apenas onde os apelados fizeram reparos não há risco de desabamento. Quanto aos danos, anota-se que não houve falta de manutenção, uma vez que as casas são inseguras, insalubres e inabitáveis; os abalos são progressivos e não estão estabilizados, mesmo porque são insanáveis por manutenção comum. Registrou-se que as ampliações e melhoramentos não agravaram os danos, mesmo porque os reparos providenciados visaram à segurança das famílias.

Resta saber se tais danos têm cobertura contratual. Não há dúvida que sim.

Ressumbra, a partir da prova pericial, que os danos constatados não são originários do mau uso ou de falta de manutenção dos imóveis, mas sim de vícios construtivos, de composição de falhas construtivas e fatores externos típicos.

Ademais, o contrato de seguro, ao contrário do que pretendem os apelantes, dá cobertura para os riscos apontados na prova pericial, sejam eles decorrentes de danos construtivos, ainda que não haja ameaça de desmoronamento, bastando que se

examine o disposto no item 3.1, do Anexo 12 da Apólice de Seguro Habitacional.

Com efeito, como se apanha do Anexo 12 das Normas e Rotinas da Apólice Habitacional, suas prescrições prevalecem sobre todas as demais, uma vez que, a teor da Cláusula 25 das Condições Especiais, suas disposições são de cumprimento competitivo pela seguradora.

Entender-se diversamente, conforme destacaram os apelados, não levaria em conta a natureza social dos conjuntos habitacionais populares e a própria previsão para a cobertura de danos físicos decorrentes de vícios construtivos.

Nesse sentido, aliás, já decidiu esta Corte de Justiça, em aresto da lavra do eminente Des. Alcides Aguiar, na Ap. Cív. n. 48.257, de São José:

Colhe-se do acórdão em tela:

"...em cuidando-se de contrato de adesão, como sói ser o securitário, há que se interpretar o contrato em consonância com o fim social a que se destina, máxime por se tratar de imóvel destinado à moradia, adquirido com recursos do Sistema Financeiro da Habitação, em cuja prestação se insere o pagamento obrigatório do prêmio.

"Nesse contexto, é válido recordar o entendimento doutrinário do festejado Pontes de Miranda de que: 'O contrato de seguros de bens conclui-se para cobrir qualquer prejuízo, inclusive perda total do bem segurado. É a regra. Para que tal princípio de risco integral não incida é preciso que o contrato o afaste' (Tratado de Direito Privado, t. 45/334), e jurisprudencial verbis:

‘Seguro. Princípio do risco integral. Não afastamento pela existência de cláusula que particulariza os riscos cobertos seguida de outra que enumera os não cobertos.

‘Circunstância que leva ao entendimento de não ser exaustiva a primeira enumeração. Aplicação dos arts. 1.432, 1.460 e 1.461 do Código Civil’ (in RT 669/104).

“Impõe-se assim observar que ‘na hipótese impende interpretar a apólice no sentido mais favorável à parte, pois se cuida de contrato de adesão, e que, portanto, deve merecer uma exegese favorável, nos pontos em que possa ocorrer alguma dúvida, à parte que contratou o seguro, que aliás tem a finalidade de resguardar aqueles que, para ter moradia própria, tiveram que socorrer-se dos financiamentos sob o Sistema Financeiro da Habitação’ (1ª CC do TJRS, in Revista de Jurisprudência do Rio Grande do Sul, vol. 120/320, in JC 62/165)”.

Dessarte, ainda que fosse ambígua a cláusula indenizatória, a interpretação do contrato certamente haveria de ser em prol do segurado, conforme reiteração pacífica da doutrina e da jurisprudência.

Consoante já decidiu esta Corte de Justiça, na Ap. Cív. n. 96.008806, em que foi relator o eminente Des. Eder Graf:

“Risco de desmoronamento do teto e do assoalho — Cobertura reconhecida — Indenização devida — Avaliação dos danos — Perícia.

“Comprovado o perigo de desmoronamento parcial, decorrente do processo de acomodação lenta do solo, em face da sobrecarga, e de outros

fatores externos típicos, aliados aos defeitos construtivos das casas populares, deve a seguradora cobrir o risco expressamente assumido no contrato de adesão, sob pena de multa diária.

“A indenização não pode ser negada àqueles que, pretendendo livrar-se dos riscos de desmoronamento, resolveram, diante da inércia da seguradora após o decurso de longo lapso temporal, reparar por si os danos havidos e até mesmo efetuar reformas ou ampliações nas residências”.

Indescartável, portanto, a obrigação de indenizar.

2.3. Irresigna-se o apelante, também, contra a recuperação dos imóveis como se novos fossem, alegando que têm mais de 20 anos de existência e que a indenização deve ser do prejuízo e não do valor que os imóveis possuíam quando da contratação.

Tal alegação não merece prosperar. É que o seguro foi contratado pelo valor de compra e, verificado o sinistro, a seguradora obrigou-se a indenizar pelo valor referente à integralidade do imóvel.

Assim é o entendimento pacífico neste Tribunal:

“Seguro. Furto de veículo. Indenização calculada sobre o valor de mercado, inferior ao consignado na apólice. Inadmissibilidade. Pedido para recebimento da diferença. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido.

“Prefixado previamente, quando da contratação do seguro, o valor do veículo a ser indenizado em caso de furto ou perda total, a seguradora, em recebendo o valor do prêmio cal-

culado sobre referido valor, prende-se, como que a uma vara de visgo, à obrigação de pagar referido montante em ocorrendo sinistro com aquelas proporções, sendo inadmissível, se não se valeu do recurso que lhe confere o art. 1.438 do Código Civil, pretender desincumbir-se do encargo mediante pagamento inferior ao fixado na apólice, tomando por base o valor de mercado e considerando a depreciação do objeto do seguro, porque isto importaria em afronta ao princípio da boa-fé que figura e deve preponderar nas relações securitárias” (Ap. Cív. n. 97.009919-3, de Araranguá, rel. Des. Gaspar Rubik, j. 12/8/99).

E ainda:

“Seguro contra incêndio. Perda total do imóvel segurado e de seu conteúdo. Cobertura a ser prestada segundo os valores prefixados na respectiva apólice. Incidência do art. 1.458 do Código Civil. Sentença confirmada. Insurgência recursal refutada.

“Na hipótese de seguro contra incêndio, verificado o sinistro e ocorrendo a perda integral dos bens segurados, a cobertura deverá considerar, não o valor resultante de avaliação extrajudicial elaborada pela seguradora, mas sim aquele prefixado na respectiva apólice, mormente quando a seguradora não impugnou, oportunamente, o valor atribuído aos mesmos bens, acedendo em receber os prêmios sobre os valores agora negados” (Ap. Cív. n. 88.089679-2 (51.560), de Araranguá, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 17/6/97).

2.4. No tangente à irrisignação acerca da multa contratual, os recorridos concordaram por petição à limita-

ção da multa coercitiva fixada na sentença até o valor da indenização principal.

Tal posicionamento, em verdade, ajusta-se ao entendimento desta Câmara, a teor do art. 920 do Código Civil, consoante já se decidiu na Ap. Cív. n. 50.086, de Lages, em que foi relator o eminente Des. João José Schaefer, em caso absolutamente análogo:

“A multa contratual por atraso no cumprimento de obrigações, não está sujeita ao limite de 10% de quem trata o Dec. n. 22.626, aplicável somente aos contratos de mútuo, mas também não é ilimitada. Está sujeita, sim, ao limite do art. 920 do Código Civil, isto é, não pode exceder o valor da obrigação contratual. Doutrina e jurisprudência a respeito”.

Na mesma linha de entendimento, decidiu a colenda Segunda Câmara, na Ap. Cív. n. 96.004741-7, da Capital, sob a relatoria do Des. Sérgio Paladino, reportando-se a duas outras decisões desta Corte de Justiça:

“Assiste razão, em parte, aos autores, no tocante à limitação da multa determinada na sentença. De fato, ela não se sujeita aos 10% fixados na Lei de Usura, aplicáveis somente aos contratos de mútuo. Contudo, também não é ilimitada, como querem os apelantes, devendo cingir-se ao máximo de 100% da obrigação principal, por força do preceituado no art. 920 do Código Civil. Este dispositivo traduz uma das interferências legais na liberdade de convenção entre as partes, tendo por escopo a proteção de interesses de ordem pública e tem aplicação plena no presente caso. Nesse sentido, entre outros, citando diversas

fontes doutrinárias e jurisprudenciais: Ap. Cív. n. 50.086, de Lages, rel. Des. João José Schaefer; e Ap. Cív. n. 48.257, de São José, rel. Des. Alcides Aguiar.

“Do primeiro, extrai-se a seguinte passagem:

“A multa, contudo, não é ilimitada, tendo razão, neste ponto, a apelante.

“Prevalece, no caso, o disposto no art. 920 do Código Civil segundo o qual ‘O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal’.

“Carvalho Santos já escrevera:

‘No sistema do nosso Código, as partes têm a liberdade de estipular a cláusula penal, fixando-a no valor que entenderem acordar como representativo das perdas e danos. Mas, sendo certo que a liberdade, no conceito do direito moderno, não é irrestrita, tendo, ao invés, limites que lhe são traçados pelos interesses da ordem pública, a liberdade da convenção, na espécie, ficou delimitada na lei, ao não permitir que as partes convençionem a cláusula penal em valor excedente ao da obrigação principal’ (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XI, pág. 361, 1935).

“Mais modernamente Orlando Gomes, depois de dizer que a cláusula penal pode ser prevista para a ‘inexecução do contrato’, ou para a ‘infração de uma de suas cláusulas’, ou para a ‘simples mora’, diz que nas duas últimas hipóteses é ela cumulativa com a obrigação principal.

“Ou seja, ‘além do cumprimento da obrigação principal, assiste ao credor o direito a exigir do devedor

que também lhe pague a indenização prefixada na cláusula’ (Obrigações, Ed. Forense, 1976, pág. 193).

“Mas adverte que há um limite máximo: ‘o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, seja qual for a extensão do dano. A parte excedente é excluída, valendo a cláusula até a medida prevista em lei, justificando-se tal restrição pela necessidade de coibir abusos e injustiças’ (ob. cit., pág. 194).

“Essa a orientação jurisprudencial, antiga e nova.

“De antigos arestos se vê que verificado o inadimplemento de certas cláusulas a multa ‘não pode exceder o valor da obrigação principal’ (RT 185/711). Por igual RT 142/673.

“De mais novos, pode-se referir o do TA de São Paulo divulgado por Wilson Bussada em seu Código Civil Interpretado pelos Tribunais, vol. 4, Tomo I, sob n. 213 e ainda o do STF nos Embargos no Recurso Extraordinário n. 78.314 — Tribunal Pleno, relator o Sr. Ministro Antônio Nader (RTJ 77/489), com esta ementa:

‘1. A pena imposta em ação cominatória não pode ser superior ao quanto da obrigação principal (CC, art. 920; CPC de 1939, arts. 303 e 1.005)’.

“Refere o último que ao julgar o caso na egrégia Primeira Turma o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro invocara anterior decisão da Corte no RE n. 25.649, relator o Sr. Ministro Luiz Gallotti no sentido de que ‘o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal’, enunciando-se na ementa do julgado embargado:

‘Ação cominatória. Não pode a pena cominatória exceder o valor da obrigação principal.

‘Recurso extraordinário conhecido e provido’.

“Neste ponto, pois, é provido parcialmente o recurso da seguradora para limitar a multa ao valor da condenação principal”.

A colenda Terceira Câmara Civil, de igual sorte, na Ap. Cív. n. 96.008806-7, em que foi relator o eminente Des. Eder Graf, averbou:

“Contrato de seguro — Cláusula penal — Excedimento ao valor da obrigação principal — Inadmissibilidade — Art. 920 do CC — Lei de Usura — Inaplicação.

“A cláusula penal, convencionada para a hipótese de inadimplemento contratual, apesar de não estar sujeita à limitação de 10% prevista na Lei de Usura, deve respeitar àquela imposta pelo art. 920 do Código Civil, não podendo exceder o valor da própria obrigação principal”.

2.5. Quanto aos juros moratórios legais, assiste razão às apelantes,

porquanto não tendo sido convencio-  
nados, não podem ultrapassar a taxa  
de 6% ao ano, na conformidade do art.  
1.062 do Código Civil.

Nesse sentido, aliás, colhe-se,  
igualmente, da Ap. Cív. n. 50.086, de  
Lages, sob a relatoria do Des. João  
José Schaefer:

“— Juros moratórios. Não con-  
vencionados, são devidos à taxa de  
6% ao ano (Código Civil, art. 1.062)”.

3. Em face de todo o exposto,  
dá-se provimento parcial aos recur-  
sos.

Participaram do julgamento,  
com votos vencedores, os Exmos.  
Srs. Des. Trindade dos Santos e So-  
lon d’Eça Neves.

Florianópolis, 17 de agosto de 2000.

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

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.005817-9, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Indenização. Deserção recursal. Não ocorrência. Paciente internado em casa de saúde. Doença mental. Fuga. Ausência de culpa do nosocômio. Óbito. Nexo causal não caracterizado. Dever de indenizar inexistente. Improcedência do pleito. Sentença confirmada. Apelo desprovido.*

*Embora inexistente deferimento formal, tramitando a causa sob o pálio da total isenção de custas e emolumentos, há de se presumir tenham sido os apelantes agraciados implicitamente com os be-*

*nefícios da assistência judiciária. Nesse contexto, não há que se decretar a deserção do apelo, em face do não recolhimento do respectivo preparo. Mesmo porque, ressaltando evidenciado dos autos serem os postulantes recursais pessoas de parcas condições econômicas, o benefício impõe-se concedido na órbita recursal.*

*Não há responsabilizar a casa de saúde da qual se evadiu interno portador de doença mental pela morte deste, quando não evidenciada a conexão entre este óbito e a fuga, não transparecendo dos autos, assim, a indispensável relação de causalidade.*

*Inadmissível, para tanto, é que, tratando-se de paciente com tendência manifesta a fugas, mantivesse a instituição de saúde vigilância permanente e exclusiva sobre ele, mostrando-se o evento fuga, em tal hipótese, inevitável, inevitabilidade essa que exclui a culpa da casa de saúde para o resultado posterior — a morte do interno.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.005817-9, da comarca da Criciúma (3ª Vara Cível, Infância e Juventude), em que são apelantes Manoel Silveira Teixeira e Rosa Maria Emídio Teixeira, sendo apelada Casa de Saúde Rio Maina Ltda.:*

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

Custas de lei.

Manoel Silveira Teixeira e Rosa Maria Emídio Teixeira intentaram ação de indenização por ato ilícito contra a Casa de Saúde Rio Maina Ltda., aduzindo, em linhas gerais, que o filho deles, Luciano Emídio Teixeira, em razão de ostentar distúrbios mentais, foi internado em referido nosocômio, dele conseguindo, entretanto, fugir, sem que a referida casa de saúde tomasse providências no sentido de lo-

calizá-lo, sendo que foi, posteriormente, encontrado morto por afogamento.

Alegaram os autores que, a partir de 1991, Luciano, que até então contribuía para o sustento da família, passou a apresentar distúrbios psicológicos que motivaram sua internação, por diversas vezes, na Casa de Saúde Rio Maina Ltda., acarretando esses distúrbios, outrossim, a sua aposentadoria por invalidez.

Expuseram, mais, que o de cujus tinha tendência a fugas e que alguns dias antes da sua morte havia fugido da mesma casa de saúde, ocasião em que foi recapturado, tendo a fuga derradeira ocorrido em 8/12/93, sem que houvesse qualquer providência daquela no sentido de impedir a fuga ou mesmo localizar o paciente, vez que referido estabelecimento tinha um único veículo à disposição.

Aduziram que souberam do ocorrido somente no dia 9/12/93, com



a fuga não tendo sido comunicada à polícia pela casa de saúde, comunicação essa formulada pelos acionantes, com o corpo de seu filho sendo encontrado no dia 12/12/93, fixada a data do óbito em 9/12/93, data da comunicação da fuga à polícia.

Colacionaram julgados e mencionaram dispositivos legais, postulando, no encerramento, pela condenação da demandada ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, pois o de cujus contribuía com sua aposentadoria para o orçamento familiar, podendo o valor reparatório ser pago de uma só vez ou por pensão mensal, mediante caução, indenizadas, ainda, as despesas de funeral e jazigo, além daquelas de estilo.

Na contestação que ofertou, o estabelecimento de saúde demandado argumentou, em síntese, que o falecido Luciano apresentava problemas mentais desde tenra idade, tendo sido internado pela vez primeira aos quinze anos, estando, inclusive, aposentado por invalidez pelo INSS, conforme retrata o documento de fl. 12.

Após o óbito do filho, os autores continuam a perceber o benefício em referência, não tendo ele sido, jamais, arrimo de família, ao contrário, dependia economicamente dos pais, embora recebesse aposentadoria por invalidez, pois era incapaz para os atos da vida civil.

Enfatizou que Luciano tinha tendência à fuga, o que não poderia ser impedido pela contestante, posto que, de acordo com a Portaria n. 224/92 do Ministério da Saúde, o paciente não pode ser confinado nem colocado em quarto com grades na ja-

nela e portas fechadas, o que lhe facilitava, assim, a evasão. Historiou que na primeira internação o filho dos postulantes apresentava um surto psicótico e na segunda, alterações psicóticas do tipo agressividade e agitação psicomotora freqüente. A terceira e última internação deu-se em razão de um quadro psicótico em que predominava a atividade delirante-alucinatória e excitação psicomotora; mesmo medicado, o paciente permaneceu alterado, ficando mantido a maior parte do tempo na unidade de pacientes agudos.

No dia 7/12/93, fugiu ele por duas vezes mas foi trazido de volta à clínica, tendo a requerida telefonado para o local de trabalho do autor, deixando recados a respeito do incidente, bem como à polícia. No dia seguinte, o paciente, aproveitando-se da movimentação das visitas, fugiu novamente e não foi localizado. A ré aguardava o retorno do telefonema sobre a fuga do dia anterior e a presença dos autores, motivo pelo qual não lhes deu outro telefonema.

A contestante, em resumo, tomou todas as providências cabíveis e recomendáveis ao caso, não tendo agido com omissão, negligência ou imprudência nem com falta de vigilância, não tendo qualquer culpa no infeliz evento, não devendo nem podendo, conseqüentemente, ser responsabilizada na forma pretendida na inicial.

Citou vistorias efetuadas no nosocômio, bem como carreu aos autos inúmeros documentos, requerendo a improcedência do pedido.

Em ofício juntado aos autos, informou o INSS que a acionante rece-

be pensão previdenciária desde 9/12/93, data do óbito do filho Luciano, nada recebendo este da previdência social enquanto vivo.

Instruído o feito, com a tomada dos depoimentos pessoais das partes, bem como das testemunhas indicadas, os litigantes produziram alegações derradeiras, cada qual reeditando os termos da peça deflagratória da contenda ressarcitória e da contestação entranhadas nos autos.

Na sentença que prolatou, o MM. Juiz de Direito a quo desacolheu o pedido formulado na petição vestibular, enfatizando, em síntese, que, segundo deflui dos autos, o falecido filho dos demandantes ficava em casa preso, chaveado no quarto, para não morrer na rua, não se podendo exigir que a Casa de Saúde, cuja atuação sofre as restrições da Portaria n. 224 do Ministério da Saúde, o mantivesse segregado, quando internado, já que tal prática foi abolida, com a proibição da existência, em tais estabelecimentos, das chamadas celas fortes.

Impôs aos acionantes os encargos da sucumbência, aplicando, entretanto, o art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Inconformados com o decisum, os autores apelaram argüindo que a casa de saúde é responsável pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, pois negligenciou nos cuidados antifuga, na comunicação do fato à família e na posterior localização do paciente.

Acentuaram que o nosocômio tem o dever de incolumidade do paciente, resguardando-o, responsabilizando essa que é contratual, pela omissão de diligências necessárias à prestação dos serviços.

Requereram o reexame e a reforma da sentença para julgar-se procedente o pedido portal.

Na resposta recursal que trouxe aos autos, a apelada argüiu, em preliminar, a deserção do apelo deduzido, em face da falta de preparo, preparo esse que se fazia obrigatório, vez que, em que pese o requerimento a respeito, há ausência do deferimento dos benefícios da assistência judiciária aos postulantes.

No mérito, sustentou não ter restado evidenciada a sua culpa no evento norteador da ação indenizatória proposta, culpa essa que não se presume; mesmo porque não há qualquer relação entre a fuga do de cujus e o fato de ele ter ido banhar-se num rio, morrendo, então, vítima de afogamento.

Demais disso, descabida mostra-se a pretensão ao ressarcimento de danos morais, os quais, inclusive, nem sequer foram sugeridos pelos apelantes, não incidindo, de outro lado, indenização por danos materiais, posto que o menor não exercia atividade laborativa, com sua doença mental iniciando-se aos quatorze anos, sendo que antes de tal idade não poderia ele trabalhar.

Por fim, as despesas de funeral e jazigo, salientou a apelada, não são devidas, em face da ausência de provas a respeito delas e porquanto essas despesas correm por conta da previdência social brasileira, pugnando, então, pela confirmação da sentença atacada, com o conseqüente desprovimento da insurgência recursal manifestada.

É o relatório.

Desprovida impõe-se a irresignação recursalmente deduzida pelos autores da lide indenizatória, na busca de obtenção da reversão do duto julgado monocrático.

Cumpre-nos analisar, de início, a invocada deserção recursal, argüida pela apelada na resposta que ofertou, em razão do não preparo do apelo intentado.

É preliminar que, no entanto, se arreda!

Nos termos das aduções lançadas pela recorrida, obrigatório, in casu, fazia-se o preparo do apelo introduzido nos autos, posto que, conquanto tenham os insurgentes requerido a concessão dos benefícios da assistência judiciária, não houve, na instância singular, deferimento expresso a respeito.

Contudo, é de se ver que, muito embora a inexistência de deferimento expresso e formal da gratuidade da justiça aos recorrentes, o pleito por eles deduzido tramitou, desde o seu liminar, sob os auspícios da assistência judiciária.

Tanto que, na sentença vergastada, o preclaro julgador de primeiro grau deixou expressamente acentuado que “os autores são beneficiários da assistência judiciária”, impondo-lhes o pagamento das verbas da sucumbência, mas determinando a aplicação do art. 12 da Lei n. 1.060/50, que prevê a prescrição desses encargos acaso o assistido não tenha condições financeiras de solucioná-los no prazo de cinco anos a contar da prolação da sentença.

Demais disso, reunidas as condições legais, não existe qualquer empeco a que a ausência de deferi-

mento expresso do pedido na instância monocrática seja suprida em grau recursal.

Já se disse nesta instância, a propósito:

“Não importa em que momento processual foi deferida a benesse em tela. Seja na inicial ou na contestação, seja após o trânsito em julgado, é ela absoluta, irrestrita, sem qualquer limitação temporal. Vale dizer, retroage até o início da ação” (Ap. Cív. n. 42.763, de Biguaçu, rel. Des. Cid Pedroso).

Ou:

“Assistência judiciária requerida em fase recursal. Possibilidade. Deferimento.

“Comprovado que a parte não dispõe de condições para arcar com as despesas processuais, o benefício da assistência judiciária pode ser concedido a qualquer momento, inclusive em grau de recurso.

“Condenação do vencido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Beneficiário da assistência judiciária gratuita. Aplicação do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

“Fica sobrestada pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50, a condenação ao pagamento de custas judiciais e honorários de advogado pelo beneficiário da assistência judiciária gratuita, extinguindo-se a partir de então, caso no decorrer deste lapso temporal não haja mudança em sua situação econômica” (Ap. Cív. n. 96.011186-7, de Lages, rel. Des. Silveira Lenzi).

Mesmo porque:

“É justa e humana a concessão de gratuidade para custas pretéritas,

prosseguindo-se no feito, quando provado que o requerente não dispõe de nenhum recurso para pagamento" (RF 177/265-266).

In specie, a par da afirmação expressa dos postulantes recursais (item e do requerimento de fl. 7), quanto a serem eles pobres no sentido legal, faltando-lhes os recursos para prover as custas do processo sem prejuízo da própria alimentação, em face da própria condição dos apelantes, ele vigia e ela do lar, autorizada está a concessão da benesse legal questionada.

Destarte a alegação preliminar de deserção do recurso não pode prosperar, isso porque muito embora não conste dos autos o deferimento formal da assistência judiciária por parte do Magistrado, denota-se claramente que foram agraciados com o pedido de justiça gratuita de forma implícita durante o processo e explícita na sentença.

É arguição que, pois, se afasta!

No tangente ao mérito dos autos a pugna apelatória aqui sob exame, assinale-se, não está a propender em favor dos insurgentes, conduzindo, ao contrário, à manutenção do decisorium atacado e que, uma vez mais, faz jus ao brilhantismo de seu emérito prolator, Dr. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Objetivavam os recorrentes, pela ação de reparação por ato ilícito que propuseram, obter, com repercussão nas disposições do Código Civil, indenização por danos materiais e morais, além de ressarcimento com despesas de funeral e jazigo, pela morte de seu filho, Luciano Emídio Teixeira, em razão da sua evasão da

casa de saúde apelada, na qual estava ele internado para tratamento dos distúrbios psíquicos que o acometiam.

Atribuíram e atribuem os apelantes à apelada responsabilidade objetiva no evento, responsabilidade essa acometida, pelo art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor, aos fornecedores de serviços, os quais são responsabilizados pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e risco.

A responsabilidade dos hospitais e casas de saúde, entretanto, não é objetiva, mas sim contratual.

E, como observa o douto Rui Stoco:

"Se a responsabilidade do hospital ou da empresa prestadora de serviços é contratual, tal circunstância mostra-se em antinomia com a teoria da responsabilidade objetiva" (Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial, RT, pág. 227).

A relação que ocorre entre o hospital ou clínica e o paciente, interno ou não, é, inquestionavelmente, de natureza contratual.

Lastreado na ensinância do culto José Aguiar Dias, registra o já citado Rui Stoco:

"Admitido o doente como contribuinte, forma-se entre ele e o hospital um contrato, que impõe ao último a obrigação de assegurar ao primeiro, na medida da estipulação, as visitas, atenções e cuidados reclamados pelo seu estado" (ob. cit., pág. 225).

Enfatiza o mestre, mais adiante:

“Apenas colocamos em lugar de maior importância o contrato entre o hospital e o doente” (José Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, Forense, 1997, págs. 332 e 333).

E continua citando outros doutrinadores:

“Quanto à responsabilidade dos donos das casas de saúde ou hospitais, não há dúvida que inclui um dever de incolumidade, que, naturalmente, não vai ao ponto de garantir o impossível de restituir a vida ou assegurar a cura, mas que se fixa, curialmente, na obrigação de resguardar o paciente de quaisquer conseqüências que um bom serviço poderia evitar”.

“A relação contratual que se estabelece entre o proprietário, a direção ou administração do hospital e o paciente é reconhecida até mesmo em face do tratamento gratuito (ac. da 2ª Câmara Civil de Buenos Aires, em 14/4/41, na *Revista de Jurisprudência Argentina*, vol. 74, pág. 525).

“A abertura de uma casa de saúde, subordinada como é a licença das autoridades administrativas, que verificam as suas condições de funcionamento, estabelece, em face do cliente eventual, a presunção de que nela encontrará assistência idônea e adequada. É nitidamente contratual a responsabilidade de tais estabelecimentos pela omissão de diligências necessárias à prestação dos serviços hospitalares (Cass. italiana, em 12/1/37, em *Giustizia Penale*, II, 1937, col. 374)” (in op. cit., págs. 261 e 262, nota de rodapé n. 29).

In casu, anote-se, os apelantes imputam negligência e culpa in vigilando à casa de saúde recorrida, ao argumento de que o paciente foi negli-

genciado, pois, sabedora a apelada de que era propenso a fugas, deveria ter sobre ele exercido uma constante e adequada vigilância.

Negligência e culpa in vigilando, diga-se, muito embora afastem a responsabilidade objetiva da casa de saúde, não excluem a culpa presumida, com fundamento no art. 1.521, III, do Código Civil.

Nos dizeres do abalizado Rui Stoco:

“Há danos materiais ou morais suportados por pacientes e seus próximos, causados não em razão da atuação dos médicos ou das casas de saúde diretamente junto às vítimas, no tratamento específico do mal que as acomete ou do procedimento médico contratado, mas decorrentes da culpa in vigilando ou in eligendo dos prepostos, enquanto os pacientes, clientes ou internos estão hospedados ou internados no hospital e, portanto, acobertados por cláusula de incolumidade.

“Constituem exemplos mais expressivos as quedas sofridas pelos pacientes por falta de cuidados por parte dos enfermeiros e serviçais; os suicídios ou tentativas de suicídio cometidos pelos internos com distúrbios mentais; a fuga de pacientes do hospital, que vêm a sofrer acidentes já fora das dependências do nosocômio, ou causem mal a terceiros.

“Também e principalmente não há como se admitir a responsabilidade objetiva do hospital” (op. cit., pág. 229).

No mesmo sentido é a lição de Teresa Ancona Lopez de Magalhães, que, em seu artigo “Responsabilidade Médica”, assevera:

“Além do mais, pesa sobre os hospitais a obrigação de incolumidade onde o estabelecimento assume o dever de preservar o enfermo contra todo e qualquer acidente, como queda de macas, de camas ou mesmo agressão por parte de outro doente” (Responsabilidade Civil, coordenação de Yussef Said Cahali, Saraiva, 1988, pág. 325).

E incolumidade, segundo Galvão Siqueira, é a :

“Condição de estar ileso, isento de qualquer perigo e, assim, compreensivo, não só da saúde, mas também da tranqüilidade, da segurança e também da integridade e, pois; adequado para significar os bens que se procuram proteger” (in Dicionário Jurídico Brasileiro, José Náufel, Ícone, 1989, pág. 617).

Em sendo assim, extrata-se dos ensinamentos trazidos à baila, é obrigação indeclinável de toda e qualquer entidade hospitalar garantir a incolumidade física de seus pacientes, quando internados, contra causas externas que possam macular-lhes a integridade corporal.

De outro lado, não é demais consignar-se que a responsabilidade civil, no direito pátrio, repousa em três pressupostos inarredáveis:

a) o dano suportado pelo pretendente à indenização;

b) o ato culposo do agente;

c) o nexo causal entre o dano objeto de ressarcimento e a conduta culposa daquele a quem se atribui a responsabilidade, ou de preposto deste.

Sem a coexistência desses requisitos, não há cogitar de obrigação indenizatória.

No concernente à culpa, averba o lapidar Aguiar Dias:

“Ora, quando a situação normal, adquirida, é a ausência de culpa, o autor não pode escapar à obrigação de provar toda vez que, fundamentamente, consiga o réu invocá-la. Mas se, ao contrário, pelas circunstâncias peculiares à causa, outra é a situação-modelo, isto é, se a situação normal faça crer na culpa do réu, já aqui se invertem os papéis: é ao responsável que incumbe mostrar que, contra essa aparência, que faz surgir a presunção em favor da vítima, não ocorreu culpa de sua parte. Em tais circunstâncias, como é claro, a solução depende preponderantemente dos fatos da causa, revestindo de considerável importância o prudente arbítrio do juiz na sua apreciação” (Da Responsabilidade Civil, Forense, 1997, pág. 91).

Relembre-se, então:

“A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude. A lei somente exclui a culpa diante do caso fortuito ou de força maior, cujas causas estão localizadas na imprevisibilidade do evento e cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. Apenas e exclusivamente os fatos inevitáveis, imprevisíveis, necessários, dão consistência ao caso fortuito e à força maior, como eximentes da obrigação ressarcitória, bastando uma parcela

mínima de culpa por aqueles que os invoquem para excluir quaisquer daquelas causas exonerativas da obrigação de indenizar” (TAMG, 2ª Câ. Civ., Ap. n. 20.980, ADV n. 31, ano II, pág. 490, Ementa n. 5.597).

Atente-se para o seguinte julgado, desta Corte de Justiça:

“A obrigação do hospital, como a do médico, é de meio e não de resultado, impondo-se a reparação do dano, se houve infração à cláusula tácita contratual da incolumidade nas relações com o paciente” (Ap. Cív. n. 24.334, da Capital, rel. Des. Hélio Mosimann).

Exposto isso, cumpre-nos verificar a existência ou não de culpa da casa de saúde demandada em relação ao evento fuga do paciente!

E, para tanto, é necessário aferir se a vigilância exercitada por ela sobre os pacientes internados em seu estabelecimento se enquadrava nos parâmetros legais pertinentes a número de funcionários, vigia constante aos pacientes internos, medicação correta etc.

Consta dos autos, mais precisamente de fls. 34 a 44, relatório de supervisão de unidade hospitalar, datado de 28/6/93, mesmo ano da fuga do falecido Luciano, do qual se extrai o seguinte:

“— A existência de práticas restritivas, foi identificada através da existência de salas denominadas UTI, tanto na ala masculina como na ala feminina.

“Estas salas possuem cadeados nas portas e grade nas janelas e portas.

“Segundo relato dos auxiliares e usuários ali permanecem os pacientes com riscos de fuga.

“X — Recomendações

“— remover as características coercitivas das UTI”.

No quadro para avaliação de recursos humanos de fl. 45, denota-se que, excetuando o número reduzido de auxiliares de enfermagem, os demais cargos encontravam-se preenchidos de maneira correta.

Embora registrada a existência de mais atendentes de enfermagem do que o número recomendado, a situação gera a crença de que essa excedência de material humano possibilitava uma compensação dos atendentes de enfermagem em termos de vigiar os pacientes.

Contém-se nos autos, outrossim, cópia do Diário Oficial de 30/1/92, no qual foi publicada a Portaria n. 224, de 29/1/92, da Secretaria Nacional de Assistência à Saúde, cujo item 4 assim dispõe:

“4. Disposições gerais

“1) Tendo em vista a necessidade de humanização da assistência, bem como a preservação dos direitos da cidadania dos pacientes internados, os hospitais que prestam atendimento em psiquiatria deverão seguir as seguintes orientações:

“— está proibida a existência de espaços restritivos (celas fortes)” (fl. 55).

De outro relatório de supervisão de unidade hospitalar realizado em 18/11/93 foi identificado no item V — área física:

“Quanto aos espaços restritivos, foram retiradas as grades e os

banheiros foram reformados, porém continuam trancados os quartos a chave. Este fato foi discutido com a direção em busca de outras perspectivas terapêuticas que não sejam restritivas" (fl. 58).

Ressalta dos termos da portaria em referência, bem como do já mencionado relatório de supervisão hospitalar, a impossibilidade de segregarem-se os pacientes agressivos ou com tendência de fuga, como era o caso do falecido filho dos insurgentes, ou de, ao menos, trancarem-se as portas dos ambientes em que estivessem eles.

A casa de saúde recorrida, em sendo assim, atendeu as exigências da referida portaria e eliminou os espaços restritivos que existiam em seu estabelecimento, adaptando-se, com isso, às novas exigências impostas pela Secretaria Nacional de Assistência à Saúde.

Em suas declarações a respeito, Rosane Lorena Granzotto Bernardini, à época dos fatos Coordenadora de Saúde Mental do Estado, frisou no depoimento que prestou:

"Que a intenção do Ministério da Saúde seria de melhorar as condições de atendimentos dos hospitais psiquiátricos e para tanto baixou uma portaria estabelecendo critérios ou seja exigindo um certo número de funcionários para cada paciente internado, e também melhorias nas condições físicas nos hospitais, ou seja, melhorias nas áreas de lazer, dormitórios e a proibição de 'cárceres privados', assim seja a proibição de aplicação de grades nas janelas e portas; (...) Que as visitas que a depoente fez ao referido nosocômio foi no sentido de visto-

riar para comprovar se estavam sendo cumpridas as exigências da portaria para que pudessem ser elevados a um nível de classe superior; Que conforme comprovou, a casa de saúde Rio Maina Ltda. satisfaz as exigências da comentada portaria sendo elevada a uma classe superior" (fl. 177).

Igual comentário fez Anderson Salomão da Silva, médico psiquiatra que, nessa condição, interna seus pacientes, via SUS, na casa de saúde apelada:

"A Casa de Saúde Rio Maina se adaptou aos termos da Portaria n. 224/92 do Ministério da Saúde, a partir de 1993, quando passou do nível II para nível IV de Psiquiatria, para continuar tratando de pacientes do SUS. Todos os hospitais psiquiátricos tiveram que se adaptar aos moldes da aludida portaria, que impedia antigos métodos de tratamento, os quais exerciam maior vigilância e impunham maiores restrições ao paciente. Da Portaria n. 224/92 em diante a situação se modificou, pois praticamente não havia mais nenhum óbice ao livre trânsito dos internados. Acabaram-se as grades, cadeados e tudo ficou praticamente desimpedido. (...) É normal a ocorrência de fugas de doentes dos hospitais psiquiátricos. (...) A partir do momento em que o paciente foge, o hospital não pode persegui-lo. Só há retorno por encaminhamento da família. (...) As restrições de captura do paciente evadido atingem até casos em que o mesmo corra risco de vida. O hospital fica com as mãos atadas, em face da normatização existente" (fls. 193 e 194).

Inferese dos depoimentos em questão, acoplados aos termos da



portaria já mencionada e do relatório de supervisão precedentemente aludido, que afastada estava a hipótese de colocar-se o paciente em celas fortes ou mesmo em local que tivesse grades nas janelas e portas, vedada que passou a ser a existência de portas com cadeados ou trancas.

Restava à casa de saúde apelada medicá-lo e permitir ou mesmo incentivar que participasse da rotina descrita às fls. 46 e 47 dos autos (terapia ocupacional, acompanhamento individual, reunião com equipe multiprofissional etc.) e torcer para que não fugisse.

Isso porquanto, como é curial, para impedir a ocorrência de fugas de seus pacientes, mormente daqueles que contavam com um histórico igual ou similar ao do indigitado Luciano, indispensável seria a vigilância constante, individual e permanente sobre eles durante 24 horas diariamente.

E isso se afigura como impossível e inexigível no caso do falecido filho dos apelantes, pois ele vivia fugindo, inclusive de uma cidade para outra.

Como deixaram claro os próprios apelantes, nos depoimentos que prestaram em juízo:

“Quando seu filho ficava ruim fugia de casa. Quando seu filho ficava doente, queria era andar e passava muita dificuldade para ministrá-lo os remédios. Às vezes seu filho fugia e passava a noite fora, pois tinha o costume de ir a pé até Sombrio na casa da irmã. Nessas ocasiões todos saíam a sua procura inclusive a polícia. Seu filho foi internado no hospital São José em Florianópolis, lá ficou por volta de quatro meses. De lá tentou fugir

mas não conseguiu porque tinha segurança” (Rosa Maria Emídio Teixeira, apelante-mãe, fls. 120 a 122).

“Seu filho quando estava ruim, fugia direto, era o maior trabalho para encontrá-lo, pois ia para Sombrio. (...) A melhora de seu filho por último era pouca. Daí por que depois de estar interno dois meses retornou para casa por somente 8 dias, sendo novamente internado, assim que adoeceu novamente. Quando adoecia era difícil manter seu filho em casa e tinha que interná-lo direto, pois continuamente fugia e às vezes tomava o remédio às vezes não queria. Uma vez seu filho fugiu e ficaram sem notícias uma noite e um dia, estava na casa da irmã, em Sombrio. Doente seu filho tinha a sina de andar, vivia fugindo de uma casa para outra. Seu filho ficava às vezes preso no quarto, chaveado, para não morrer na rua” (Manoel Silveira Teixeira, apelante-pai, fls. 123/125).

O que se conclui desses depoimentos pessoais dos pais do paciente que se evadiu da casa de saúde apelada é que Luciano vagava incessantemente e que para que isso não ocorresse ficava chaveado num quarto em casa.

Tal atitude, embora compreensível, é de todo desumana, pois a privação sofrida era compensada posteriormente pelas longas caminhadas que dava o doente, ex vi o fato de andar de Araranguá, residência dos pais, até Sombrio, residência da irmã, tudo isso a pé.

O médico Anderson Salomão da Silva, já citado, que internou Luciano pela primeira vez na casa de saúde apelada, assim depôs:

“Foi o depoente que fez a consulta e recorda que se tratava de um adolescente, que se considerava perseguido, insistia que enxergava pessoas já mortas e que talvez tivesse que morrer para acompanhar uma pessoa da família, já falecida, talvez uma avó, não recorda bem. Ele foi internado. (...) Da última vez que o depoente atendeu a vítima prescreveu aplicação de medicamentos restritivos à agitação, os quais funcionaram bem. Nada pode falar sobre o estado da vítima quando da última fuga” (fls. 193 e 194).

Vê-se, então, que por considerar-se perseguido é que provavelmente andava ele sempre de um lugar a outro, talvez na intenção de não ser encontrado. Embora seja chocante a idéia de manter-se uma pessoa trancada a chave em um quarto, foi essa a única alternativa vislumbrada pelos apelantes, a fim de garantir a incolumidade física do filho portador de problemas mentais.

A adoção de métodos idênticos, entretanto, estava vedada peremptoriamente à casa de saúde demandada, vez que, como já visto, internado em tal nosocômio, Luciano, o falecido filho dos recursalmente irrisignados, não poderia ser mantido segregado de forma alguma, seja em cela forte, seja em quarto com grades nas janelas e portas, seja mediante excessiva medicação que o controlasse.

Deveria ele, apenas e somente, tomar a dosagem de medicação necessária e prescrita pelo médico que o atendia, com a finalidade de fazer-se cessar o surto ou a agitação dos quais estivesse ele, porventura, acometido.

Em hipótese alguma, todavia, ainda que estritamente indispensável ao controle do problema, poderia ser ele retido em ambiente trancado!

Por isso mesmo e como consequência lógica da vedação que era imposta, pela legislação, à Casa de Saúde Rio Maina, no dia 8/12/93, estando livre para andar por dentro do hospital e aproveitando-se da movimentação que havia, pois era dia de visitação, Luciano mais uma vez, e, desta feita, derradeiramente, logrou fugir.

Sobre o episódio, Leda Soares Brandão Garcia, representante da apelada, em seu depoimento, esclarece:

“Na Unidade Intensiva exercem suas funções um grupo de enfermeiros que tem também o encargo de vigilância. A vítima fugiu do pátio quando era preparada a recepção dos visitantes. Esse pátio é cercado com muro alto, por volta de dois metros e o portão de acesso à rua é fechado, mas durante esse período as pessoas entram e saem, ainda que esteja à porta um funcionário. (...) O edifício onde os pacientes ficam é circundado por um muro e uma vez ganha a saída da casa, acessa-se o pátio e normalmente o paciente ganha a rua através do muro, pulando-o. A norma da casa é que os pacientes são acompanhados pelos funcionários, quer em seus aposentos, no refeitório e no pátio. O paciente não tem acesso à portaria. Normalmente não há um funcionário disponível para fazer somente a vigilância, salvo no horário em que os pacientes estão no pátio” (fls. 126 a 128).

Na mesma esteira, Sônia Maria Correia, às fls. 131 e 132, afirma que:

“O hospital normalmente quando é noticiado de que o paciente é dado a fugas redobra a vigilância. Pelo que sabe o paciente Luciano fugiu em horário em que os atendentes estão envolvidos com outras tarefas de atendimento como banho, alimentação ou preparação para visita. O número de fugas de pacientes aumentou com a nova legislação sobre as restrições porque o hospital se vê tolhido de medidas coercitivas como medicação ou segurança física com grades ou mesmo chavear as portas”.

E, convenhamos: com o histórico de fugas apresentado pelo paciente Luciano, filho dos apelantes, mesmo que a casa de saúde redobrasse seus cuidados, ainda assim estava ela impossibilitada de imobilizá-lo completamente ou de vigiá-lo de modo individual.

Nesse sentido, a Primeira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que não se pode preterir vigilância permanente e exclusiva nem forma de isolamento total e imobilização de paciente cuja fuga pode ocorrer de acordo com o seu quadro mental, consoante teor do acórdão prolatado na Apelação Cível n. 098.216, da qual foi relator o eminente Des. Renan Lotufo.

Acresça-se a isso que, fazendo-se inquestionável nos autos a fuga do filho dos postulantes recursais do nosocômio em que se encontrava internado — a casa de saúde recorrida —, ainda assim, para que vicejasse a proposição indenizatória colocada em juízo, impunha-se provada a existência de nexos causal entre o evento morte e a fuga em si.

E não é de olvidar, nesse aspecto, que, antes de ser encontrado morto, Luciano, que havia fugido da casa de saúde, foi visto de bicicleta vermelha na região de São Bento Alto, no município de Nova Veneza.

Após isso é que foi seu corpo encontrado, já em adiantado estado de putrefação, no rio São Bento, com parte do corpo enroscado nas pedras.

Não se pode, entretanto, responsabilizar a casa de saúde apelada pela morte de paciente internado e que vem a evadir-se, se essa morte não é conexas com a fuga, não existente, portanto, relação de causalidade entre a fuga e o óbito.

Essa responsabilização poderia existir, perfeitamente, acaso provado que a morte do paciente que se evadiu ocorreu durante a fuga ou acaso houvesse ele se jogado no rio para empreender ou completar a fuga, o que, no caso vertente, não ocorreu, ou, pelo menos, essa relação não restou provada nos autos presentes.

Mesmo porque, segundo relato testemunhal colhido nos autos, o falecido filho dos apelantes já se encontrava em outro município e foi visto, no dia seguinte ao da fuga, andando de bicicleta.

O fato é de estranhar-se, por destoar do depoimento dos pais apelantes de que o de cujus ia de Araranjua para Sombrio a pé.

O certo é que, conquanto com suas faculdades mentais abaladas, o falecido filho dos autores estava acostumado a andar e, provavelmente, locomovia-se bem sozinho, pois assim o fizera inúmeras vezes, vez que “doente tinha ele a sina de andar”, conforme depoimento paterno antes transcrito.

Não se vislumbra, no contexto probatório formado no processo em foco, nexos causais entre a responsabilidade da casa de saúde em mantê-lo bem em seu interior, porém livre de qualquer obstáculo físico, e a morte de Luciano, afogado em um rio de município próximo.

Em hipótese análoga à destes autos, já se decidiu que:

“Responsabilidade civil — Hospital — Descaracterização — Morte de paciente após empreender fuga — Vítima que fugiu de todas as internações, inclusive de outros hospitais — Vigilância permanente e exclusiva inadmissível — Culpa não caracterizada — Hipótese, ademais, em que era dependente economicamente, e não provedora de recursos — Indenização não devida — Voto vencido” (Repertório de Jurisprudência RT, on line, TJSP).

Ainda, a título de ilustração a respeito da responsabilidade civil das casas de saúde e hospitais, tragam-se à colação os acórdãos assim ementados:

“Reparação de danos morais e materiais — Alegação de negligência médica — Responsabilidade da instituição hospitalar — Relação de causalidade. 1. O óbito de paciente dentro da instituição hospitalar só gera direito à indenização se restar comprovado, de alguma forma, que a instituição concorreu para o resultado morte. 2. A indenização nesses casos só é devida quando a morte do paciente for fruto da culpa ou do dolo do profissional. 3. Negou-se provimento ao recurso. Unânime” (TJDF, Ap. Cív. n. 5180699, rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, j. 9/8/99).

“Indenização — Responsabilidade civil — Hospital — Suicídio — Etílica que deu entrada no estabelecimento com problemas gastrintestinais — Quadro de depressão apresentado em razão de súbita privação da bebida — Medidas adotadas para proteger a integridade física do paciente — Culpa do hospital não comprovada — Ação improcedente — Recurso provido para esse fim” (TJSP, Ap. Cív. n. 0213395-1, rel. Des. Alexandre Germano).

“Responsabilidade civil. Negligência médica no tratamento de paciente em hospital. Ao autor incumbe o ônus de demonstrar a alegada negligência médica no seu atendimento hospitalar. Inexistindo prova da culpabilidade do preposto, no tratamento dispensado ao paciente, julga-se improcedente o pedido de indenização” (TJDF, Ap. Cív. n. 24.829, rel. Des. Valtenio Mendes Cardoso, j. 17/11/1982).

Em suma: não provada a culpa da casa de saúde demandada, seja por omissão ou por falta de diligência de seus funcionários, não poderia prosperar, efetivamente, o pedido exposto na inicial, pelo que é de se confirmar a douda sentença hostilizada, com a conseqüente rejeição do reclamo recursal deduzido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves.

Florianópolis, 15 de junho de 2000.

*Alcides Aguiar,*  
*Presidente com voto;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 97.012668-9, DA CAPITAL****Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Indenização. Testemunha referida. Não ouvida pelo magistrado. Irrelevância. Venda de ponto comercial. Imóvel comercial locado. Posterior adjudicação ao credor hipotecário. Alegação de má-fé do vendedor, por sabedor da existência da execucional contra a proprietária do bem no qual estava instalado o ponto comercial. Ausência de provas. Pretensão indenizatória repelida. Sentença inenunciável. Insurgência recursal desatendida.*

*A inquirição de pessoa referida por alguma das partes ou por alguma testemunha é faculdade outorgada pela lei ao magistrado condutor do processo, submetendo-se, pois, ao seu livre arbítrio. Tratando-se, não de uma imposição legal, senão de mera faculdade, obviamente não é dado à parte vencida postular, em grau de recurso, a anulação do processo para que, na instância singular, seja ouvida uma testemunha referida, quando nem sequer protestou ela por essa providência na fase processual indicada.*

*Adotou o nosso Código de Processo Civil, tal como resulta da disposição encartada em seu art. 333, I, referentemente ao ônus probante, o secular brocardo latino onus probandi est qui dixit, incumbendo ao autor, com exclusividade, produzir de forma convincente a prova dos fatos constitutivos do direito por ele apregoado. Ou seja, está obrigado ele, pena de ver soçobrar a pretensão que deduz em juízo, a provar os fatos aptos ao nascimento da relação jurídica cuja existência afirma ou ao direito que empresta respaldo à providência jurisdicional por si objetivada. Não produzida a contento essa prova, a improcedência do pleito é a solução imposta pela própria lei.*

*Aquele que vem a juízo postular indenização por perdas e danos, em decorrência da adjudicação de imóvel no qual se situa ponto comercial por si adquirido, alegando a má-fé e o dolo do vendedor, há que provar, como condição do acolhimento do pleito deduzido, que o transferente tinha, quando menos, conhecimento, à época da alienação, da tramitação de execução hipotecária contra o proprietário do imóvel, execução essa da qual poderia advir a transferência do mesmo imóvel a um terceiro, via arrematação, ou ao próprio credor hipotecário, via adjudicação.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.012668-9, da comarca da Capital (4ª Vara), em que é apelante Dalcira Ávila Canto Trevisol, sendo apelado Ricardo Machado de Barros Júnior:*

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

Custas ex lege.

Dalcira Ávila Canto Trevisol ajuizou, contra Ricardo Machado de Barros Júnior, ação de indenização por perdas e danos, objetivando a condenação do réu ao pagamento de danos materiais no valor de R\$ 27.000,00, valor este que deverá retroagir à data do encerramento de suas atividades comerciais, ou seja, 31 de agosto de 1995.

Relatou que, em data de 16 de março de 1995, a requerente e seu marido adquiriram o ponto comercial onde funcionava uma lanchonete, instalada na Rua Anita Garibaldi, n. 80, loja 2-A, Centro, nesta Capital, ponto comercial do demandado, pagando pela transação a importância total de R\$ 27.000,00, assim dividida: R\$ 9.000,00 no ato do fechamento do negócio e o restante em duas parcelas iguais e consecutivas de R\$ 9.000,00 cada, com data de vencimento, respectivamente, em 16/4/95 e 16/5/95.

Paralelamente à aquisição do ponto comercial e respectivos bens que o guarneciam, a requerente firmou contrato de locação das instalações físicas retromencionadas com a pessoa jurídica Café Otto Indústria e Comércio de Café Ltda., locação essa pactuada pelo prazo de 42 meses,

com início em 16/3/95 e término em 15/8/98, ajustado o valor locativo mensal de R\$ 1.111,11, que, se pago antecipadamente, resultaria num desconto de 10%, baixando o aluguel, então, para R\$ 1.000,00.

Ocorre entretanto que, após o fechamento dos referidos contratos, a apelante foi surpreendida com a tramitação perante a 4ª Vara Cível da Capital de um processo de execução hipotecária proposto pelo Banco Bamerindus do Brasil S.A. contra Café Otto Indústria e Comércio Ltda., ante a inadimplência provocada pela executada das prestações decorrentes do contrato de financiamento pactuado por tal empresa com a instituição bancária credora.

Esclareceu que esta ação culminou com a adjudicação do bem por parte do credor hipotecário Banco Bamerindus S.A., sendo expedido o mandado de desocupação do imóvel em questão, o que levou a requerente a fechar as portas de seu estabelecimento comercial.

Apontou que até o encerramento de suas atividades comerciais já havia pago ao apelado a quantia de R\$ 18.000,00, sendo que, ante os fatos narrados, não honrou com o pagamento da última prestação para compra do ponto comercial, estando a sofrer ação de execução promovida pelo apelado para haver o valor da última parcela.

Aduziu, então, ter sido ludibriada pelo requerido, que tinha conhecimento de toda situação descrita e, ante a iminência de ser desalojado do ponto comercial, resolveu vendê-lo à acionante.

Salientou que o artigo 159 do Código Civil está a amparar sua pretensão, bem como a doutrina e a jurisprudência militam a seu favor, pleiteando a relegação da fixação do quantum debeat para a fase de liquidação de sentença.

Ao final, requereu a procedência da ação, para condenar o apelado ao pagamento da importância de R\$ 27.000,00, a título de indenização por perdas e danos materiais, devendo retroagir à data do encerramento das atividades comerciais da autora, bem como a sua condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no percentual de 20%.

Contestando o feito, o demandado apontou, preliminarmente, a inépcia da inicial, por ausência de identificação dos fundamentos do pedido formulado pela parte autora e requerimento de aplicação do procedimento sumaríssimo, impróprio à causa; a carência da ação, por ilegitimidade passiva ad causam e falta de interesse de agir, requerendo, mais, a denunciação à lide de Café Otto Indústria e Comércio Ltda.

No mérito, afirmou que a desocupação do imóvel deu-se, não por ato de sua culpa, mas sim da denunciada, proprietária das salas comerciais, salientando, ademais, que firmou o contrato de compra e venda do ponto comercial em 16/3/95, sendo o ato desalijatório datado de 26/4/95, não tendo havido, de sua parte, a intenção de ludibriar a acionante, já que se assim houvesse agido não teria pactuado o pagamento do preço do negócio em parcelas sucessivas e vencíveis de trinta em trinta dias.

Afirmou que não tinha conhecimento da existência da execução hipotecária, tanto que não participou do processo, apontando, ademais, que não vendeu o ponto comercial, constando do contrato que o requerido tinha livre exploração de fundo de comércio.

Ofertou, concomitantemente com a contestação, reconvenção (fls. 72 a 75), alegando que a autora ingressou com protesto contra alienação de bens contra ele, do que lhe advieram prejuízos de toda ordem.

Estabeleceu-se no contrato que a adquirente/reconvinda tinha a obrigação de transferir para si a empresa R.M. Barros Júnior & Cia. Ltda., notadamente para a assinatura dos instrumentos acessórios perante a Junta Comercial do Estado, destinados à consumação da alteração contratual, sendo que essa alteração não foi efetivada, pelo que figura o reconvinte, ainda, como responsável jurídico por tal empresa.

Requereu, ao final, a procedência do pedido para determinar-se à autora/reconvinda que promova a transferência da empresa para o seu nome, sob pena de cominação de multa.

A autora/reconvinda opôs resistência à pretensão esposada pelo demandado e reconvinte (fls. 91 a 97).

Igualmente a autora impugnou a contestação ofertada pelo réu (fls. 98 a 107).

Pelo despacho exarado à fl. 118 foi saneado o processo, indeferindo as preliminares suscitadas pelo demandado, bem como indeferindo o pedido de denunciação à lide, assim como o de reunião do processo indenizatório com o feito executivo.

Inexitosa a audiência de conciliação, restaram fixados os pontos controvertidos, designada, então, data para a realização da audiência de instrução e julgamento.

O demandado, às fls. 120 a 123, manifestou-se sobre a contestação ofertada à peça reconvenicional.

Na audiência de instrução e julgamento, infrutífera a nova tentativa de conciliação, foram colhidos os depoimentos pessoais das partes, bem como de duas testemunhas arroladas pela autora e uma arrolada pelo réu, tendo este desistido de uma das testemunhas que indicou.

Produzidas as alegações finais pelos litigantes, o MM. Julgador singular prolatou sentença, desacolhendo o pedido formulado pela postulante, julgando improcedente, outrossim, a reconvenção deduzida, ante a não demonstração de dolo ou má-fé do demandado na transação efetuada (fls. 167 a 174).

Irresignada, a acionante apelou, requerendo a baixa do processo à unidade jurisdicional de origem para que restasse ouvida testemunha referida pelas testemunhas já inquiridas, de nome André S. Thiago, julgada procedente, então, a ação intentada.

Houve resposta ao apelo deduzido.

É o relatório.

O recurso em pauta, afirme-se, tem por alvo a sentença que desacolheu a ação na qual objetivava a insurgente obter do recorrido indenização, ao argumento de haver este lhe transferido um ponto comercial em imóvel que sabia estar sendo alvo de adjudicação judicial, ciente, pois, que a ad-

quirente, ou seja, a apelante, iria ser desalojada do bem.

Todavia, insubsistentes mostram-se os argumentos recursais utilizados pela irresignada!

De início, descarta-se a pretensão da apelante de ver baixados os autos à unidade jurisdicional de origem, para que seja ouvido André S. Thiago, referido em outros depoimentos tomados nos autos.

Ora, pelos princípios regedores da processualística adotada pelo Código de Processo Civil, incumbe à parte interessada, com exclusividade, arrolar as testemunhas que entende necessárias para o deslinde da causa.

E evidente faz-se nos autos que, à oportunidade em que indicou as testemunhas que arrolou, nada estava a impedir que a recorrente arrolasse André S. Thiago como testemunha, não tendo ela, no entanto, protestado pela sua ouvida sequer em alegações finais.

Ademais, à luz do Código de Processo Civil, é dado à parte interessada requerer a ouvida de testemunha referida, providência essa que igualmente poderá ser determinada de ofício pelo magistrado condutor do processo.

Nesse sentido, expresso encontra-se no art. 418 da citada Codificação que:

“O juiz pode ordenar, de ofício, ou a requerimento da parte:

“I — a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas”.

Assim, como enfatizamos no acórdão referente à Apelação Cível n.



45.917, da comarca de Balneário Camboriú:

“É facultado ao magistrado condutor do processo ouvir pessoas referidas nos autos, ou firmatários de declarações extrajudiciais, se entender serem as inquirições necessárias para a correta busca da verdade dos fatos”.

Ou:

“É facultado ao juiz ordenar a inquirição de testemunha referida, consoante o art. 418. Não está obrigado, mesmo quando requerido pela parte” (Ap. Cív. n. 38.784, de Tubarão, rel. Des. Leonardo Alves Nunes).

E pondere-se: se o insigne Magistrado singular não achou necessária a ouvida da testemunha referida, é porque, certamente, entendeu completamente despicienda essa inquirição para a formação de seu convencimento.

Nesse contexto, incumbiria à parte interessada, no caso a apelante, requerer, até a apresentação das alegações finais, a coleta do depoimento da testemunha referida, submetendo, então, as suas razões acerca dessa pretensão ao Togado singular.

Entretanto, assim não procedeu a insurgente, permanecendo inerte durante toda a instrução processual; e, somente agora, quando viu desacolhida a sua pretensão, é que pretende, numa verdadeira tumultuação processual, ver coletado o depoimento que passou a considerar essencial a uma justa e correta decisão da pendência instaurada.

Ainda que, hipoteticamente, direito assegurasse a lei processual à ouvida, pelas partes litigantes, de

testemunha referida em outro depoimento prestado, não tendo a apelante requerido a tomada dessa providência de imediato, ou seja, logo após o encerramento da etapa probatória, deixou que o instituto da preclusão alcançasse a sua pretensão, já que, por inércia, perdeu o direito de pleitear benefício que, pelo menos em tese, lhe socorria.

Não requerendo a oitiva de testemunha referida até o fim da instrução processual, marco este esgotado com a apresentação das alegações finais, não pode a parte interessada pretender, agora em grau de recurso, a oitiva dessa testemunha, ante a lógica e necessária preclusão.

Demais disso, insistimos, se a ouvida de testemunha referida é faculdade atribuída ao magistrado condutor do processo e se este, dentro do poder de convencimento que tem, não procedeu a essa ouvida de ofício, compreende-se haver ele entendido ser esta absolutamente dispensável para a solução da causa.

Não é dado à parte então, nessa situação, pretender, em grau recursal, ver inquirida uma testemunha referida e cuja ouvida, reafirme-se, nem sequer postulou ela oportunamente. Reconhecer-lhe o Tribunal esse direito, equivaleria a emprestar um caráter cogente a uma faculdade dada, pela lei processual, ao magistrado à cuja conveniência está adstrita a inquirição de testemunhas referidas.

Desatende-se, portanto, o pleito a respeito formulado pela demandante recursal!

No mérito, melhor sorte não agasalha a pretensão apelatoriamente deduzida pela recorrente.

Como base da proposição indenizatória que deduziu judicialmente, afirma a apelante ter firmado, com o recorrido, contrato para a aquisição de ponto comercial, ajuste esse celebrado em 16 de março de 1995, estabelecido expressamente na cláusula primeira da aludida avença que:

“Os objetos da transação comercial deste contrato são: A livre exploração do Fundo de Comércio localizado à Rua Anita Garibaldi número 80 loja 2-A, Centro, Florianópolis, SC, e os bens relacionados, conforme consta no parágrafo único desta cláusula”.

Via do mesmo contrato, estipularam os litigantes que o preço total da transação seria de R\$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais), a ser pago em três parcelas mensais e consecutivas no valor de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), das quais a primeira seria paga no ato de conclusão do negócio, com as demais sendo satisfeitas por cheques pré-datados, apresentáveis ao estabelecimento bancário sacado respectivamente em 16/4/95 e em 16/5/95.

Esclareceu a acionante que, realizado o negócio, dirigiu-se à proprietária do imóvel, a empresa Café Otto Indústria e Comércio Ltda., e com esta firmou contrato de locação, pelo prazo de quarenta e dois meses, a iniciar-se em 16/3/95, com término fixado em 15/8/98.

Entretanto, sustenta a recorrente, no decorrer do prazo de locação, foi ela notificada para que desocupasse o imóvel alugado, ante a existência de ação de execução hipotecária proposta por Bamerindus S.A. Crédito Imobiliário contra a locadora Café Otto Indústria e Comércio, na qual a credora adjudicou o bem dado

em locação e no qual se situava o ponto comercial adquirido, expedida ordem judicial de desocupação para os que no imóvel se encontrassem.

Entendeu, por isso, a autora — e aí reside o ponto fulcral de sua pretensão ressarcitória — haver o demandado agido de má-fé, com malícia e dolo, transferindo a ela um ponto comercial que sabia iria ele perder.

Enfatize-se, todavia, que a hipoteca do imóvel locado e no qual se situava o ponto comercial adquirido estava averbada no respectivo Registro de Imóveis desde 2 de junho de 1987.

Presentes esses fatos, iniludível faz-se que a prosperabilidade do pleito indenizatório formulado pela recorrente não prescindia, de modo algum, da comprovação hábil e suficiente do conhecimento, por parte do vendedor, à oportunidade da transação feita, da existência da ação de execução hipotecária contra a proprietária do imóvel.

Contudo, prova eficaz a respeito não foi produzida pela autora aqui apelante!

A prova testemunhal produzida na fase instrutória do processo não é clara suficiente para demonstrar tal responsabilidade, não deixando evidenciado, a contento, que o alienante demandado tenha vendido o fundo de comércio que mantinha no imóvel adjudicado para, dessa forma, ludibriar a compradora e não arcar com os prejuízos irremediáveis que estavam por ser-lhe impostos, em razão da adjudicação, pela entidade financeira credora, do imóvel no qual estava instalado o fundo de comércio transferido.

A única testemunha que, de modo nada crível, corrobora os fundamentos nos quais se assentou a proposição indenizatória desagasalhada é um ex-funcionário seu, Cecil Mendoza, que já trabalhava naquele estabelecimento comercial, quando o requerido lá exercia o seu comércio.

No depoimento que prestou nos autos, referida testemunha assim asseverou:

“O depoente foi empregado do requerido. Ainda quando trabalhava com este, o depoente ouviu, dentro da lanchonete, o demandado conversando com a sua mulher (mulher do réu), para a qual dizia que precisava se desfazer da lanchonete porque poderia perder o negócio. Esses problemas referiam-se a comentários sobre a venda da sala, ‘que eles iriam perder tudo’. Ninguém mais ouviu estas afirmações do requerido” (pág. 135).

Tais declarações encontram-se totalmente isoladas no elenco probante testemunhal, indo de encontro, mesmo, aos demais elementos de prova colhidos no decorrer da instrução processual.

Adite-se a isso que, como com total propriedade salientou o ilustre Magistrado sentenciante, a forma como foi prestado esse depoimento não está a revelar em seus dizeres grandes condições de verossimilhança, porquanto a testemunha em apreço, de modo até suspeito, somente se recordava da parte da conversa desenvolvida entre o apelado e sua esposa na parte em que beneficiava a autora, sua ex-empregadora, ou seja, quando o demandado dizia à sua consorte que teriam de desfazer-se do negócio, pois do contrário iriam perder tudo.

Expressou, in verbis, o douto Togado monocrático:

“Como se observa, apenas a testemunha Cecil Mendoza disse ter ouvido o requerido, em conversa com sua mulher, dizer que precisava se desfazer da lanchonete senão iria perder tudo. O restante do material cognitivo não oferece elementos a respeito desse fato.

“Cecil, segundo disse, estava sozinho na loja, a uma distância de quatro a cinco metros do local onde o requerido teria revelado aquela informação; o demandado e sua mulher falavam sobre outros assuntos. Mas a testemunha só se ateuve ao diálogo onde o requerido dizia que precisava ‘passar a lanchonete adiante’.

“Data venia, esse depoimento, isolado e sem nenhum elemento de convicção que o confirme, não pode ser considerado para se chegar à conclusão no sentido de que o réu agiu deliberadamente e com o propósito de obter vantagem pessoal com prejuízo para a autora. É curioso o fato da testemunha só ter escutado a parte da conversa onde o requerido dizia que precisava ‘passar o negócio adiante’. Essa precisão do detalhe conspira contra a credibilidade desse depoimento. Se a testemunha estava observando essa conversa com atenção, ao ponto de guardar um detalhe como o referenciado, deveria ter alguma outra informação sobre os demais assuntos discutidos, tendo em vista que a sua inteligência, se efetiva, teria registrado outros dados. Na ausência de outros detalhes sobre essa conversa do requerido, recebe-se com reserva o depoimento de Cecil, tendo em vista, como se disse, que este só tem

substância com relação a um detalhe, nada oferecendo no que diz respeito a outros aspectos que poderiam dar credibilidade às informações dessa testemunha" (págs. 172 e 173).

As demais testemunhas ouvidas, ao contrário, emprestam outra versão para a venda, pelo apelado, do ponto comercial que mantinha.

A testemunha Alexandre Di Bernardi Ganzo Fernandez, por exemplo, informa que:

"Acredita que o requerido vendeu a loja por estar insatisfeito com o negócio. Também porque o negócio não era a profissão do requerido, o qual é arquiteto. O requerido jamais comentou com o depoente que a loja tinha alguma pendência" (fl. 137).

Confirmando o depoimento acima, a própria autora declarou, em seu depoimento, que o réu informou-lhe, quando lhe vendeu a loja, que a estava colocando à venda por não conseguir mais conciliar a atividade empresarial com a arquitetura.

Diz a acionante:

"O requerido disse para a declarante que estava realizando a venda da loja porque não conseguiu conciliar a atividade de arquiteto com a de comerciante" (fl. 131).

Da mesma forma, o demandado, em seu depoimento pessoal, reiterou o que havia explicitado pessoalmente à recorrente, expondo que:

"O declarante adquiriu a lancheonete para iniciar aqui as suas atividades profissionais, tendo em vista que é procedente do Rio de Janeiro. O declarante sempre teve intenção de se dedicar, exclusivamente, à arquitetura. Quando esta atividade profissio-

nal foi viabilizada, o declarante resolveu vender o negócio. O declarante jamais teve intenção de manter a exploração do comércio indefinitivamente" (fl. 132).

O próprio cunhado da requerente, Edson Bitencourt de Souza, acentuou, em franca oposição aos termos do depoimento prestado pela autora:

"André não fez qualquer comentário no sentido de o requerido ter conhecimento do problema existente sobre o imóvel" (fl. 133).

E mais: jogou a responsabilidade pela declaração de que o requerido sabia do problema que pendia sobre o ponto comercial transferido ao mesmo funcionário que, isoladamente, é o único que supostamente escutou comentários acerca da venda do ponto comercial, observando expressamente que:

"O declarante tomou conhecimento por um ex-funcionário do requerido, de nome Cecil, que o requerido teria feito comentário de que estava se desfazendo do negócio para não ter prejuízo; Cecil disse ter ouvido isso do requerido" (fl. 133).

Destarte, a conclusão é óbvia: inexistem nos autos sequer indícios que permitam a asseveração quanto a ter o apelado atuado com dolo ou má-fé ao transacionar com a recorrente o ponto comercial do qual era ele proprietário.

O que ficou demonstrado, apenas, foi que, por exercer outra atividade — a de arquiteto —, cujo exercício não mais tinha condições de ser compatibilizado com a de comerciante, acabou o acionado por desfazer-se do negócio, transferindo-o à demandan-

te, com esta, na seqüência dos fatos, vindo a ser desalojada do local pelo Banco Bamerindus, o qual, em ação de execução hipotecária que promovera contra a proprietária do imóvel — Café Otto Indústria e Comércio Ltda. —, veio a adjudicar o prédio.

Desse modo, não tendo sido demonstrada a existência de dolo ou má-fé, revelados numa vontade de causar prejuízos à parte adquirente, ou por sabinagem de que esses prejuízos ser-lhe-iam acarretados, alçada a existência desses elementos como fator alicerçador da possibilidade de êxito do pleito indenizatório ajuizado pela apelante, não havia mesmo como se julgar procedente a ação de indenização por ela proposta.

E, como não se ignora, a teor do que dispõe o art. 333 do Código de Processo Civil:

“O ônus da prova incumbe:

“I — ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”.

Em nosso sistema processual, vê-se assim, o ônus da prova é de quem afirma, realçada, pois, a plena vigência do secular brocardo latino *onus probandi est qui dixit*.

Com a autoridade que lhe é peculiar, o preclaro José Frederico Marques observa, em explicitação à norma da repartição do ônus probatório encartada neste art. 333:

“As normas produtoras de efeitos jurídicos constituem, em última análise, verdadeiras configurações abstratas de fatos e acontecimentos, a cuja existência se prendem as conseqüências de ordem jurídica que os preceitos legais prevêm e disciplinam. Necessário é, por isso, que a

pessoa que pretenda obter esses efeitos jurídicos previstos nas normas e regras da lei prove e demonstre a existência dos fatos de onde tais efeitos se originam.

“Corolário desse fenômeno é a regra de que ‘cada parte suporta o ônus da prova sobre a existência de todos os pressupostos (inclusive negativos) das normas sem cuja aplicação não pode ter êxito sua pretensão processual’.

“Como os fatos indicados pelo autor são os elementos constitutivos do pedido que deduziu em juízo, cabe-lhe o ônus de provar esses fatos para que sua pretensão seja acolhida e julgada procedente” (Manual de Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 1977, vol. II, págs. 188 e 189).

Na mesma esteira, tem dito esta Corte de Justiça:

“Sustentando-se o direito em fatos, aquele que invoca, arca com o ônus de prová-los. Faltando consistência objetiva ao pedido do autor, inarredável é a improcedência da prestação jurisdicional” (Apelação Cível n. 44.087, de Campo Erê, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

E mais:

“O autor precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador do seu direito, sob pena de, não o fazendo, ver inacolhida sua pretensão” (Apelação Cível n. 96.000425-4, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

Por fim:

“O ditame plasmado no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, indica que compete ao autor fazer a prova dos fatos constitutivos de seu

direito. Consoante a doutrina processual, fato constitutivo é aquele que é apto a dar nascimento à relação jurídica que o autor afirma existir ou ao direito que dá sustentação à pretensão deduzida pelo autor em juízo. A consequência do não-desincumbimento do ônus da prova pelo autor é o julgamento de improcedência do pedido (*actore non probante absolvitur reus*)” (Apelação Cível n. 97.008604-0, de Guaramirim, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Na situação estampada a solução judicial não poderia encaminhar em outra direção que não a encontrada pelo brilhante Magistrado singular,

qual seja, a improcedência da ação proposta, como outra solução não comportam os autos que não o desprovimento da insurgência recursalmente manifestada pela autora.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves.

Florianópolis, 15 de junho de 2000.

*Alcides Aguiar,*  
*Presidente com voto;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.013364-2, DE PALHOÇA**

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Indenização. Dano à imagem de pessoa jurídica. Protesto de título. Pagamento. Não cancelamento imediato do protesto. Declaração de anuência do credor não providenciada, de imediato, pela devedora. Manutenção do nome da postulante nos cadastros de negativação do Serasa e SCI, mesmo após o pagamento do débito. Não vislumbramento de culpa do cartório de protestos. Postulação rejeitada. Decisum incensurável. Reclamo recursal da autora desatendido. Honorários advocatícios. Fixação no percentual mínimo. Elevação. Apelo do demandado agasalhado.*

*Não há que se cogitar de protesto indevido de título, em face do pagamento do débito representado pela cártula anotada para protesto, quando esse pagamento somente vem a ser providenciado após escoado o prazo legal para tanto e apenas após já formalizada a lavratura do ato.*

*Concretizado o protesto e pago o título em cartório após essa lavratura, esse mero pagamento não conduz ao imediato cancelamento do ato. Nessa hipótese, é obrigação do próprio devedor, e não do cartório respectivo, restabelecer a sua situação creditícia, pro-*

*videnciando a emissão da declaração de anuência da credora com o cancelamento pretendido, declaração de anuência essa imperativa em casos tais, como resulta claro do disposto no art. 2º, § 2º, da Lei n. 6.690/79. A ausência de providências imediatas, a respeito, daquele que teve título protestado, mas que vem a pagá-lo, faz com que os efeitos do ato notarial permaneçam inalterados, lançando seus reflexos negativos sobre a pessoa do devedor, sem que pelas restrições de crédito daí decorrentes possa ser responsabilizado o tabelionato que, no exercício de suas atribuições, condicionou o cancelamento do protesto a declaração de anuência em lei prevista.*

*Considerados os princípios embutidos no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, a imposição da verba honorária no percentual mínimo não se justifica, em se tratando de ação revestida de alguma complexidade, de tramitação morosa e na qual o patrono da parte vencedora se houve em extremado zelo e com inegável brilhantismo, denotando exaustivos estudos e pesquisas jurídicas acerca da matéria enfocada no processo.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.013364-2, da comarca de Palhoça (2ª Vara e Fazenda Pública), em que são apelantes e apelados Tabelionato de Notas e Protestos de Títulos de Palhoça e Romalino Materiais de Construção e Terraplanagem Ltda.:*

Acordam, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao apelo da autora, emprestando acolhida, entretanto, ao recurso deduzido pelo tabelionato acionado.

Custas legais.

Romalino Materiais de Construção e Terraplanagem Ltda. ingressou com ação de indenização por dano a imagem de pessoa jurídica contra o Tabelionato de Notas e Protestos e Títulos da comarca de Palhoça.

Aduziu a requerente, em linhas gerais, que, dedicando-se ela ao ramo

de materiais de construção e terraplanagem, com tradição na praça de Palhoça e cidades vizinhas, vem operando no comércio durante várias décadas, sempre mantendo sua linha de honradez e cumprimento rigoroso de suas obrigações, sem nunca ter tido um só título protestado ou sofrido os percalços de qualquer ação executiva.

Entretanto, salientou a demandante, veio a ser apontado para protesto contra si, no tabelionato acionado, um título no valor de R\$ 221,61, encaminhado pelo Banco do Estado de Santa Catarina S.A., agência de Palhoça—SC, cedido ao estabelecimento encaminhante por Dismatal — Distribuidora de Máquinas Ltda.

E havendo a acionante sido notificada, em 7/11/1995, para efetuar o pagamento da cártula, compareceu no mesmo dia no cartório de protesto de títulos notificante e quitou a sua obri-

gação, consoante prova o documento acostado no processo.

Ciente de ter cumprido sua obrigação, eis que pagou o título de sua responsabilidade em cartório na mesma data em que recebeu o aviso de cobrança, requereu, então, uma certidão negativa, que lhe foi fornecida na data de 9/2/96, certidão essa da qual consta a inexistência de qualquer protesto contra a empresa autora nos últimos cinco anos.

Contudo, mesmo possuindo o documento referido passou a postulante a ter seu cadastro para operações bancárias e comerciais recusado por vários estabelecimentos, sob a alegação de possuir títulos protestados pelo citado cartório.

Aprofundando suas investigações a respeito, tomou a autora conhecimento de que seu nome encontrava-se inscrito no Serasa — Centralização de Serviços dos Bancos S.A., com tal órgão repassando as informações provenientes do cartório demandado aos bancos e ao comércio em geral, sobre o protesto do título já pago.

Conforme fax enviado pelo Serasa à requerente, datado de 9/2/1996, constata-se que a restrição de crédito que lhe estava sendo imposta advinha das informações de que a postulante teve um título protestado em 6/11/1995, sendo de salientar-se que, na mesma data em que o Serasa informava a existência de título protestado, o cartório acionado emitiu em seu favor uma certidão negativa de protesto.

Asseverou, outrossim, que no SCI — Segurança ao Crédito e Informações, órgão destinado a informar os bons e maus pagadores no comércio, aos comerciantes e igualmente às

casas bancárias, encontrava-se registrada a existência do mencionado protesto no Tabelionato de Notas e Protestos de Títulos de Palhoça.

Em face desses fatos, o nome da autora permaneceu negativado nos órgãos informativos de crédito pelo período de 11/95 a 3/96, com seu crédito sendo totalmente bloqueado, sofrendo ela, com isso, abalo material e moral, posto que impedida, inclusive, de receber talonários de cheque dos estabelecimentos bancários nos quais mantinha conta.

Municiado com todas essas informações, seu representante legal dirigiu-se ao tabelionato demandado, tendo seu responsável, então, procedido ao cancelamento do protesto, o qual era indevido e ilegal.

Ante o constrangimento sofrido, abalando seu crédito no comércio, instituições financeiras e fornecedores, fato esse decorrente de protesto de título já pago, requereu a acionante, no arremate, a procedência do pedido portal, com a imposição, ao demandado, do pagamento de indenização por dano à imagem de pessoa jurídica, no valor de 500 (quinhentos) salários mínimos, com os acréscimos de custas processuais e honorários advocatícios, estes na base de 20% do valor atribuído à causa.

Na contestação que, tempestivamente, introduziu nos autos, o tabelionato de notas acionado apontou, em preliminar, a existência de defeito na representação da postulante, eis que a procuração outorgada ostenta apenas a assinatura de seu sócio-gerente, quando se impunha fosse firmada por todos os sócios.



Invocou, de outro lado, a existência de ilegitimidade passiva ad causam, posto que, sendo o Tabelionato de Notas e Protestos de Títulos pessoa jurídica de direito público, prestadora de serviços do Estado de Santa Catarina, este é que deveria ser acionado ou, então, a pessoa física do Tabelião, Márcio Antônio da Silva.

Ainda à guisa de preliminar, argüiu a carência de ação, vez que a empresa postulante não possui qualquer direito à interposição da presente ação com fundamento na falta de cancelamento do título protestado, alegando que o referido tabelionato não providenciou o devido cancelamento, já que para tanto indispensável fazia-se a carta de anuência da parte credora, o que não foi providenciado de imediato, somente vindo ela a tomar essa providência meses após a lavratura do protesto.

E se assim não agiu a demandante, deve arcar com os supostos prejuízos que teve, prejuízos esses que, aliás, nem sequer foram provados com a inicial.

Pugnou, então, pelo acolhimento das preliminares argüidas, com a conseqüente extinção do processo, ex vi do que preceitua o art. 301, inciso X, c/c o art. 267, inciso VI, ambos do Código de Processo Civil.

No mérito, aduziu, em síntese, que em 23 de outubro de 1995, o Tabelionato de Notas e Protestos de Títulos da comarca de Palhoça recebeu para protesto a duplicata sem aceite n. 471.701, emitida pela empresa Dismatal — Distribuidora de Máquinas Ltda., contra a autora, título esse vencido em 17 do mesmo mês e não pago, procedendo-se, ato contínuo, à

notificação desta para que efetuasse o pagamento no prazo legal de três dias, sob pena de protesto.

Decorrido o tríduo legal sem o pagamento, o representante da devedora compareceu em cartório e, usando da amizade que possuía com o funcionário do tabelionato, sugeriu que fosse o valor remetido à empresa credora, esta situada no Estado do Paraná, alegando que se encontrava impossibilitado de fazê-lo pessoalmente.

Nesse contexto, o cartorário Sandro Silva e Souza concordou em enviar o pagamento à Dismatal, alertando, porém, o representante da empresa sobre a responsabilidade de providenciar a carta de anuência a fim de efetivar-se o cancelamento do protesto, este já lavrado quando então.

Passados alguns dias sem que a demandante providenciasse a indispensável carta de anuência da empresa credora, seu nome foi incluído, como obriga o Provimento n. 7/91 da colenda Corregedoria-Geral da Justiça, na relação referente aos títulos protestados no mês de novembro de 1995, com remessa dessa relação, então, ao Serasa — SC e à SCI — Segurança ao Crédito e Informações.

Em janeiro de 1996, ao tentar extrair certidão negativa no Tabelionato de Notas e Protestos de Títulos, Renato da Rosa, sócio da empresa requerente, verificou que o título ainda constava como protestado, ante a ausência da carta de anuência da empresa emitente, documento esse que somente foi recebido pelo cartório em 30 de janeiro de 1996, estando ele datado de 27 de janeiro de 1996, oportunidade em que foi providenciado o

cancelamento do protesto da duplicata n. 471.701.

Em fevereiro do mesmo ano, foi expedido pelo contestante, por solicitação do representante da autora, certidão negativa de protesto, enquanto que o cancelamento das informações nos organismos de proteção ao crédito deu-se apenas em 13 de março de 1996.

Todavia, acentua o tabelionato contestante, inexistiu, na hipótese, o alegado dano à imagem da pessoa jurídica da empresa autora, eis que o protesto fazia-se devido, não tendo havido, de sua parte, qualquer culpa ou dolo quanto à efetivação deste, bem como inexistiu o indigitado abalo de crédito que pudesse afetar a imagem da empresa autora, mesmo porque descomprovado esse abalo de crédito.

Aduziu, ainda, a litigância de má-fé da autora, que, mesmo sabedora de que a culpa pelo não-cancelamento do protesto decorreu de omissão sua, ao não providenciar a indispensável carta de anuência, ingressou com a ação em tela, dando uma versão totalmente desvirtuada dos fatos ocorridos.

Postulou, então, a improcedência da ação, com a condenação da demandante nas sanções referentes à litigância de má-fé.

Às fls. 57 e ss., manifestou-se a autora, impugnando as assertivas lançadas na peça contestatória, com o Ministério Público, na seqüência, opinando pela improcedência do pedido portal.

Na sentença que exarou, o MM. Julgador singular desacolheu a postulação indenizatória inserida na

inicial, agasalhando a tese do tabelionato demandado sobre a ausência de culpa sua, posto ter a situação estam-pada nos autos sido gerada exclusivamente por culpa da empresa autora que se demorou em providenciar a carta de anuência indispensável ao cancelamento do protesto lavrado.

Impôs-lhe, em decorrência, o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Em embargos declaratórios, foi dirimida a omissão argüida pelo demandado, esclarecido, então, que os honorários advocatícios têm como base de incidência o valor dado à causa devidamente corrigido.

Insatisfeita com o decisórium monocrático, apelou a empresa vencida, repisando as assertivas colocadas na peça portal, cujos termos confortou em precedentes jurisprudenciais e em vasta doutrina, requerendo, então, a reversão do julgado, com a conseqüente acolhida da pretensão na inicial deduzida.

Apelou, de igual modo, o tabelionato acionado, pugnando pelo aumento do percentual fixado a título de honorários advocatícios para 20% sobre o valor da causa corrigido, considerada a extensão do trabalho desenvolvido por seus patronos.

Apenas o demandado ofertou resposta ao apelo deduzido pela acionante.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, manifestou-se pelo desprovimento do recurso interposto pela empresa autora, provendo-se, entretanto, aquele postado pelo tabelionato demandado, majorando-se os honorá-

rios advocatícios para 20% sobre o valor atualizado da causa.

É o relatório.

A irresignação recursalmente formulada pela autora do feito indenizatório — Romalino Materiais de Construção e Terraplanagem Ltda. —, data venia, não merece prosperar.

Em um breve retrospecto dos fatos norteadores da ação indenizatória intentada pela insurgente, tem-se que:

1) Em 23 de outubro de 1995, deu entrada no Tabelionato de Notas e Protestos de Títulos da comarca de Palhoça, para protesto, a duplicata sem aceite n. 471.701, sacada pela empresa Dismatal — Distribuidora de Máquinas Ltda., vencida em 17/10/95 e não paga.

2) Em 27 de outubro de 1995, foi a postulante recursal notificada para o pagamento, no prazo de 3 (três) dias, do título apontado para protesto, pena de lavratura do protesto (fl. 48).

3) Em 6 de novembro de 1995, como não houve o pagamento do título, foi este protestado.

4) Em 7 de novembro de 1995, ou seja, quando já lavrado o protesto, a empresa autora, por seu sócio-gerente, depositou o valor do título em mãos de funcionário do tabelionato, a fim de que fosse o numerário repassado à firma credora, esta estabelecida no vizinho estado do Paraná.

5) Em 30 de janeiro de 1996 foi negada ao representante legal da autora certidão negativa de protestos, eis que o protesto lavrado encontrava-se em aberto, ante a não possibilidade de seu cancelamento, em face da não-apresentação por ela da carta

de anuência a ser fornecida pela credora.

6) No mesmo dia 30 de janeiro foi o protesto do título cancelado diante do recebimento, pelo tabelionato recorrido, da carta de anuência remetida pela credora (fl. 54), pelo que, em 9/2/96, foi emitida certidão negativa de protestos em favor da apelante.

7) Em 13/3/96 o título cancelado foi posto em relação juntamente com outros tantos que, de igual forma, haviam sido cancelados (fl. 51).

Pleiteou a apelante, pela ação que aforou, indenização por danos acarretados à sua imagem, ao argumento de que, em decorrência das informações prestadas pelo tabelionato demandado a respeito do protesto lavrado e que considera ela indevido, o seu nome foi mantido nos cadastros do SERASA e do SCI no período de novembro de 1995 a março de 1996, conquanto houvesse sido o título protestado quitado no próprio cartório em 7/11/95.

E, em razão de não haver o responsável pelo Tabelionato de Notas e Protestos de Títulos cancelado o protesto logo após o pagamento do título, entendeu a demandante que se configurou, in casu, um ato essencialmente omissivo, do qual advieram-lhe danos de ordem moral, em especial abalo de crédito perante as instituições financeiras e fornecedores, impedindo-a de realizar negócios e de obter talonários de cheques nos estabelecimentos bancários com os quais mantinha negócios e nos quais efetuava depósitos.

Contudo, para que pudesse ocorrer a responsabilização do tabelionato acionado por qualquer dano à

imagem da empresa insurgente, em razão do protesto em causa, de mister é que resultassem positivados nos autos os pressupostos inerentes à caracterização da responsabilidade civil.

Esses pressupostos, essenciais ao êxito de ações do jaez da aqui em foco, são, segundo o escólio da brilhante Maria Helena Diniz:

“a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de dano patrimonial ou moral; c) nexos de causalidade entre o dano e o comportamento do agente” (Código Civil Anotado, Ed. Saraiva, 1998, pág.169).

Incursionando pelos requisitos acima delineados, fazia-se de todo vital, para a possibilidade de êxito do pleito reparatório instaurado pela apelante, antes de mais nada e acima de tudo, a positivação indubitosa quanto a ter o tabelionato recorrido agido com culpa, culpa essa que, de modo essencial, estaria a autorizar, então, a imposição da reparação dos danos de ordem moral que afirmou ter sofrido.

Tanto é assim que, na literalidade da letra do art. 159 do Código Civil:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Fora de questão, nestes autos, é que, com efeito, permaneceu a apelante com seu nome inscrito nos registros de negativação dos órgãos controladores do crédito nominados na inicial — Serasa e SCI —, por conta do não-cancelamento do protesto da refalada duplicata n. 471.701.

Exposto isso, cabe-nos verificar, como condição sine qua non da possibilidade de êxito da postulação recursal da apelante, o responsável pelo ato omissivo indutor da causação de eventuais danos comprometedores da imagem da pessoa jurídica autora, danos esses passíveis de recomposição patrimonial; ou seja, em outras palavras, há que se identificar o agente causador da omissão ou ação negativa.

Relembre-se que, tendo o título em questão sido apontado para protesto, foi a empresa sacada notificada para o seu pagamento no prazo de três dias; e, notificada ela em 27/10/95, decorridos dez dias sem a ocorrência do pagamento, veio a duplicata sacada a ser protestada em 6/11/95.

O protesto assim lavrado, ao inverso do ponto de vista adotado, nada teve de irregular ou ilegal nem se demonstrava indevido, posto não haver a recorrente, mesmo que notificada para tanto, efetuado o pagamento no prazo de lei ou justificado as razões de sua inadimplência.

Transcorrido o prazo legal de há muito, protestado o título, aí sim, a acionante depositou o respectivo valor em cartório; e, apenas por “gentileza”, o cartório acedeu em receber o imposto da duplicata protestada, comprometendo-se a repassá-lo à credora, pois, àquelas alturas, o pagamento em cartório já estava totalmente inviabilizado, uma vez que, ultrapassado o prazo previsto no item 7.1 do Provimento n.16/93 da colenda Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, o protesto houvera sido lavrado.

O cancelamento do protesto, contudo, não poderia ser realizado pelo cartorário que recebeu o valor de forma imediata, posto que, nos termos da lei, é obrigação do próprio devedor/sacado procurar restabelecer sua situação creditícia, providenciando a expedição, pela credora, de carta de anuência ao cancelamento do protesto, sem o que este não poderá ser feito pelo cartório protestante, ressalvada a hipótese de cancelamento por determinação judicial.

As formalidades a serem adotadas para o cancelamento, pelo próprio cartório, do protesto lavrado vêm insculpidas na legislação específica, qual seja, a Lei n. 6.690/79.

Expressa referido diploma legal, em seu art. 2º:

“Será cancelado o protesto de títulos cambiais posteriormente pagos mediante a exibição e a entrega, pelo devedor ou procurador com poderes especiais, dos títulos protestados, devidamente quitados, que serão arquivados em cartório.

“§ 1º Para os fins previstos no caput deste artigo, não serão aceitas cópias ou reproduções de qualquer espécie, ainda que autenticadas”.

Adita, outrossim, o § 2º do mesmo artigo:

“Na impossibilidade de exibir o título protestado, o devedor, para obter o cancelamento do protesto, deverá apresentar declaração de anuência de todos que figurem no registro do protesto, com qualificação completa e firmas reconhecidas, devendo ser arquivada em cartório a referida declaração”.

Claro está, assim, que o cancelamento do protesto não pode ser levado a termo de modo automático pelo próprio estabelecimento cartorário.

Esse cancelamento há de ser providenciado por aquele que teve contra si lavrado o protesto, cabendo-lhe a iniciativa, uma vez pago o débito após a lavratura do protesto, de recuperar o crédito mortalmente ferido, obtendo, com o credor, a declaração de anuência por ele emitida.

Em seus comentários a respeito, registra o abalizado Carlos Henrique Abrão:

“Evidentemente, quando o cancelamento se circunscrever à esfera administrativa, será imperativa a apresentação do documento probatório de pagamento, ou se impossível sua exibição, por não se encontrar na posse do interessado, a substituição recairá por meio da expressa declaração de anuência do credor, ou endossatários do título, e efetivada a identificação na declaração, com a imprescindibilidade da firma reconhecida” (Do Protesto, Leud, 1999, pág. 75).

Entretanto, no caso vertente, segundo ressaltado dos autos, tal providência não foi tomada de pronto pela empresa apelante, com o protesto permanecendo a surtir todos os seus efeitos de 6 de novembro de 1995 a 30 de janeiro de 1996, data em que chegou ao cartório apelado a carta ou declaração de anuência, esta expedida pela firma credora somente em 27 de janeiro de 1996.

Destarte, se o nome da empresa recorrente veio a ser incluído nas relações informativas expedidas às entidades de proteção ao crédito e às instituições financeiras, em face do

protesto extraído, e se tal protesto, conquanto satisfeita a obrigação no dia imediato ao da sua lavratura, não restou cancelado por inércia da própria demandante, não lhe é dado pretender atribuir qualquer responsabilidade, pela sua própria desídia, ao Tabelionato de Notas e Protestos de Títulos de Palhoça, eis que o cancelamento automático pretendido mostrava-se como fato alheio à sua esfera de competência quando não apresentada a declaração de anuência da credora, declaração de anuência essa cuja obtenção, insistimos, era de exclusivo encargo da devedora.

E nem sequer era de responsabilidade do cartório acionado, uma vez cancelado o protesto, comunicar de imediato esse cancelamento às instituições financeiras ou aos órgãos de proteção ao crédito.

Conforme previsto no item 10.9 do antes mencionado Provimento n. 16/93 da nossa Corregedoria da Justiça:

“Para uso exclusivo e sigiloso de associações, instituições financeiras e entidades de proteção ao crédito, poderão ser fornecidas, sob a forma de certidão, relações periódicas de títulos protestados e protestos cancelados”.

Vê-se, assim, que mencionado provimento não torna obrigatória a expedição, pelos cartórios de protesto, de relações acerca dos protestos cancelados, vez que o termo “poderão” indica, não uma obrigatoriedade, senão uma mera faculdade.

Nessa conjuntura, o fato de o tabelionato demandado ter incluído o cancelamento do protesto lavrado contra a apelante apenas na relação

por ele expedida em 13 de março de 1996, ou seja, somente 42 (quarenta e dois) dias após a sua baixa administrativa, não o torna responsável por eventual prejuízo à empresa autora.

Mesmo porque, a par da não-competitividade da norma em questão, como se pode observar do provimento emitido pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado, as certidões, tanto de inclusão como de exclusão na lista de devedores que tiveram títulos protestados, serão expedidas com base em relações periódicas.

E este termo — periódico — é totalmente aleatório, não estabelecendo prazos para a publicação das listagens, não impondo aos cartórios, ao contrário do que quer fazer crer a irrisignada, que, imediatamente após o cancelamento do protesto e de forma automática, tenham eles a obrigação da comunicar aos entes protetivos do crédito, dentre os quais se incluem o Serasa e o SCL, a efetivação daquele cancelamento.

Mesmo porque, refoge a qualquer concepção lógica, por mais rudimentar que seja, que um cartório extrajudicial, responsável por centenas e milhares de protestos de títulos, com movimento mensal elevadíssimo diante da conjuntura financeira desta última década, pudesse, a cada cancelamento de protesto, parar suas atividades a fim de noticiar individualmente a retirada do nome do ex-devedor da relação de inadimplência enviada anteriormente aos organismos de proteção ao crédito.

Ora, se o próprio cancelamento do título é faculdade/obrigação do devedor, também o é, com muito maior razão, mais a exclusão de seu nome

da listagem dos inadimplentes antecedentemente à providência periódica regulamentar.

Conclui-se, à vista dos fatos expostos, que, por óbvio, inexistiu in specie qualquer ato omissivo que, atribuível ao tabelionato de notas recorrido, se apresentasse capaz de erigir, à sua responsabilidade, a prestação de qualquer indenização à apelante, em decorrência de eventual abalo de crédito por ela experimentado.

Esses prejuízos, ou danos à imagem da postulante recursal, acaso existentes, foram originados, isso sim, por inércia e desídia da própria empresa autora, que deixou de tomar as providências que lhe incumbiam para que fosse de imediato cancelado o protesto lavrado, revertendo-lhe de pronto os efeitos nocivos, não se desincumbindo ela, com a necessária presteza, da obtenção da indispensável carta de anuência da credora ao cancelamento do protesto nem diligenciando, uma vez operado esse cancelamento, para a retirada do seu nome do rol dos inadimplentes mantidos pelos órgãos protetivos do crédito ou pelas instituições financeiras e afins.

Colhe-se da jurisprudência desta Corte:

“O autor precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador do seu direito, sob pena de, não o fazendo, ver inacolhida a sua pretensão” (Ap. Cív. n. 96.000425-4, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

Na mesma esteira, dissemos no acórdão referente à Apelação Cí-

vel n. 98.009913-7, da comarca de Chapecó:

“Simples alegações mostram-se insuficientes para formar o convencimento acerca dos fatos exteriorizadores do direito para o qual busca o autor a proteção jurisdicional, pelo que a prova a respeito mostra-se vital para o êxito da postulação. Afirmados os fatos, mas não corroborados eles por prova válida e eficiente, a rejeição do pedido exordial é a solução imposta pela própria justiça”.

Nestes autos, pois, não se encontra delineado qualquer ato lesivo que, imputável ao apelado, pudesse autorizar o deferimento, em favor da apelante, da indenização pleiteada, pelo que a não ser a improcedência fazia-se a solução a ser adotada, na hipótese, à ação indenizatória promovida pela apelante.

Por tais razões é que se nega provimento ao reclamo apelatório deduzido pela autora!

Ao contrário, entretanto, no que tange ao recurso deflagrado pelo demandado, pretendendo ver elevado o percentual a que, a título de honorários advocatícios, foi condenada a demandante, acolhimento está a merecer ele.

Retratam os autos vertentes que o douto patrono do tabelionato acionado conduziu-se, ao longo de quase dois anos em que tramitou o feito no primeiro grau de jurisdição, com elevado zelo e diligência, combatendo leoninamente a pretensão da autora e defendendo, em decorrência, com inegável brilhantismo, os interesses de seu constituinte.

Com olhos mais atentos aos princípios embutidos no art. 20, § 4º,

do Código de Processo Civil, torna-se evidenciado que a imposição da verba honorária no percentual mínimo em lei previsto, tal como feito pelo douto Magistrado singular, não pode prevalecer.

O dispositivo em tela, resta salientar, fornece ao julgador os critérios que se impõem observados para a mensuração dos honorários advocatícios, na hipótese de improcedência do pleito formulado em juízo, ou seja, sempre que sentença tenha como fundamento uma declaração negativa.

No contexto dos autos, considerando-se o grau de zelo do profissional que defendeu os interesses do acionado, o brilhantismo da fundamentação das peças que, subscritas por ele, foram entranhadas nos autos, denotando exaustivos estudos jurídicos acerca da matéria enfocada no processo em tela, lugar da prestação de serviço, a natureza e importância

do trabalho desenvolvido e o tempo exigido para a sua consecução, entende-se deva a verba honorária ser majorada para o percentual interdiário de 15% sobre o valor atualizado da causa.

Empresta-se, em sendo assim, provimento ao apelo deduzido pelo demandado.

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. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 15 de junho de 2000.

*Alcides Aguiar,  
Presidente com voto;  
Trindade dos Santos,  
Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.012346-1, DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Mora. Protesto. Emissão irregular da cambial levada a protesto. Comprometimento da comprovação da mora. Ação extinta. Honorários advocatícios. Imposição consentânea com os princípios legais incidentes. Incensurabilidade do decism. Apelo desprovido.*

*O êxito da ação de busca e apreensão, nos contratos garantidos por pacto de alienação fiduciária, subordina-se à comprovação da mora pelos meios legais colocados à disposição do credor: a notificação judicial ou extrajudicial, ou o protesto do título emitido em razão da transação.*

*Optando a parte credora em comprovar a mora do devedor por meio de protesto, esta há de reunir todas as condições essenciais*



*à sua eficácia plena, exigindo-se que o título levado a protesto ostente todas as condições de executóriedade.*

*Para tanto, sem eficácia jurídica, por afronta ao disposto no art. 115 do Código Civil, mostra-se o título emitido em razão de cláusula inserida no contrato de financiamento, pela qual outorgou o devedor mandato a empresa integrante do mesmo grupo econômico do credor, ou voltada aos seus interesses, com fixação de saldo devedor não reconhecido expressamente e de modo próprio pelo alienante. Cláusulas desse jaez acarretam a nulidade das cambiais com base nelas emitidas, por traduzirem a sujeição de uma das partes ao total arbítrio da outra ajustante, revelando, acima de tudo, um artifício engendrado pela parte financeiramente mais forte, objetivando a constituição de título de crédito de valor e exigibilidade incertos.*

*Ainda que a solução emprestada ao feito não tenha cunho condenatório, não há óbice legal para que, atendidos os parâmetros do art. 20, § 3º, do Estatuto Processual Civil, os honorários advocatícios sejam, considerada a apreciação equitativa do julgador que deve presidir a fixação, arbitrados em percentual sobre o valor da causa, mostrando-se adequado em tal hipótese o mínimo estabelecido na norma legal.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.012346-1, da comarca da Blumenau (3ª Vara), em que é apelante Unibanco — União de Bancos Brasileiros S.A., sendo apelado Joni Mendes de Souza:*

Acordam, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas ex lege.

Com fulcro nas disposições do Decreto-Lei n. 911/69, União de Bancos Brasileiros S.A. aforou ação de busca e apreensão contra Joni Mendes de Souza, argumentando, em resumo, que o acionado financiou com o acionante o valor de R\$ 17.000,00

(dezesete mil reais), dando em garantia o veículo marca FIAT, modelo UNO Furgão 1.5, ano 1992, cor branca, combustível gasolina, chassi 9BD146000N8243820, placa BF 6636.

Aduziu que não foram efetuados os pagamentos das parcelas vencidas de 30/4/95 a 30/10/95, sendo o título representativo do débito levado a protesto, comprovando-se, com isso, a mora do devedor.

Postulou, então, a concessão liminar da busca e apreensão do veículo descrito, promovendo-se a remoção e entrega do bem ao requerente ou seu representante legal, para que pudesse ele exercer as faculdades que lhe são conferidas pelo art. 2º do DL n. 911/69. Ainda, que fosse, após a

apreensão do bem, citado o requerido, para, querendo, apresentar contestação, com o cálculo do quantum debeat, na hipótese de purgação da mora, de acordo com a cláusula 9 do contrato.

Requeru, por fim, que fosse julgado procedente o pedido, consolidando-se o domínio e posse plena e exclusiva do bem em seu favor, condenado o demandado ao pagamento de custas processuais, honorários advocatícios e demais cominações legais.

Concedida e executada a liminar requerida, o acionado contestou o feito, argumentando, em linhas gerais, que a defesa, em casos tais, não há que se limitar às alegações previstas no art. 3º, parágrafo 2º, pois o Judiciário não pode restringir o âmbito da defesa.

Enfatizou, então, incidir nulidade na operação de alienação fiduciária, posto estar esta mascarando uma simples operação de mútuo, sendo que a própria inicial afirma que o débito decorre de renegociação de operações de crédito e, ainda, que o coobrigado na operação de mútuo não foi devidamente notificado, não podendo, por isso, o bem ser vendido extrajudicialmente por valor inferior ao estabelecido no pacto.

Em aditamento à contestação, pleiteou a extinção do processo com fulcro no art. 267, inc. IV, c/c parágrafo 3º, do mesmo dispositivo, pelo fato de as notas promissórias serem nulas em virtude do que dispõe a Súmula 60 do STJ e, por consequência, nulo também faz-se o protesto lavrado, o que o torna imprestável para a comprovação da mora.

Arrematou impugnando o valor do suposto débito, em razão de estar viciado pela capitalização de juros a taxas superiores ao limite estabelecido na Constituição Federal, além de ter sido empregado índice superior ao IGP-M utilizável.

O credor manifestou-se sobre a contestação, defendendo a regularidade formal e substancial do negócio jurídico, bem como a correção e a legalidade do valor do débito pleiteado.

Sentenciando o feito, o MM. Juiz singular julgou extinto o processo com fulcro no art. 267, inc. IV, do Código de Processo Civil, e, em consequência, revogou a liminar deferida, determinando a restituição da coisa apreendida ao demandado. Impôs ao autor, ainda, o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa.

Insatisfeito com a prestação jurisdicional outorgada, o autor ingressou com recurso de apelação, pleiteando a reforma da sentença impugnada, declarando-se lícita a cláusula 7 do Termo de Renegociação de operações de crédito, que concede poderes à empresa do mesmo grupo econômico para a emissão, em nome do apelado, da nota promissória protestada, reconhecendo-se, assim, válido o título e, consequentemente, legítimo o seu protesto; e, com isso, comprovada na forma legal a mora do demandado, com a procedência, então, da ação de busca e apreensão por ele promovida, invertidos os ônus de sucumbência.

Requeru ainda que, caso assim não fosse o entendimento, se emprestasse provimento ao recurso, por

entender ser desnecessária a notificação para a constituição do devedor em mora, uma vez que este está ciente de todos os prazos de vencimento de suas obrigações, ou, quando menos, a redução do percentual de condenação dos honorários advocatícios.

Em resposta, o apelado aplaudiu a sentença objurgada, pleiteando a sua integral confirmação.

É o relatório.

A insurgência recursal, no caso vertente, não merece provimento.

Ocorre que, com efeito, a mora do apelado, imprescindível para a possibilidade jurídica da ação de busca e apreensão, não restou comprovada nos exatos termos da lei.

Pretendeu o apelante comprovar essa mora pelo protesto do título vinculado ao contrato de alienação fiduciária.

Mas o protesto cujo instrumento veio aos autos, convenhamos, foi extraído de forma totalmente irregular, ante a nulidade da cláusula 7ª do contrato firmado entre as partes, viciada, em decorrência, a emissão do título que o respaldou.

Consoante a cláusula questionada, o que é observável de fl. 12v., restou convencionado contratualmente que:

“7. Os devedores constituem neste ato, sua bastante procuradora, em caráter irrevogável e irretratável, a Estrel — Estudos Representações e Administração Ltda., com sede na cidade de São Paulo — SP, na Rua João Moreira Salles, 130 — Bloco A — Nível II, CGC/MF n. 33.191.602/0001-22, a quem conferem poderes para, em seu nome emi-

tir e/ou aceitar títulos de crédito representativos das obrigações, principal e acessórias, estas referentes aos juros, reajuste monetário, comissão de permanência e multa, decorrentes desta operação, ficando esclarecido que o presente mandato vigorará pelo prazo de até 1 (um) ano após a data estipulada para o vencimento deste contrato, inclusive na hipótese de rescisão antecipada”.

Tal cláusula é, com efeito, nula, vez que potestativa, por conferir ao credor poderes para, por intermédio de estabelecimento integrante do mesmo conglomerado financeiro, emitir, em nome do devedor e do coobrigado, títulos de crédito, tornando os saldos devedores em atraso, independentemente de qualquer interferência dos responsáveis pelo pagamento, dotados de liquidez, certeza e exequibilidade.

Encerra a cláusula em apreço, em sendo assim, uma autorização prévia dada pelos devedores ao estabelecimento bancário credor para, de acordo com as suas conveniências, de modo totalmente unilateral, firmar títulos de crédito em seu próprio benefício e em desfavor dos mutuários, ensejando-lhe preenchê-los com valores desconhecidos dos obrigados, com a faculdade de inclusão, concomitantemente, de acessórios extorsivos ou vedados por lei.

Mencionada cláusula burla, a toda evidência, a vedação contida no art. 115, parte final, da Codificação Substantiva Civil, a cujo teor:

“São lícitas, em geral, todas as condições que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo

efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes”.

Durante muito tempo, assinale-se, instalou-se acentuado dissenso jurisprudencial acerca da questão, com grande parte dos julgadores convalidando cláusulas como a aqui ventilada, legitimando, pois, a emissão de títulos de crédito autorizados previamente pelos obrigados, firmados esses títulos pelas próprias instituições financeiras credoras, por mandatários seus ou de empresas prestadoras de serviços integrantes do mesmo conglomerado financeiro.

Esse dissenso não mais se faz presente na atualidade, posto que pacificado está o entendimento dos pretórios pátrios quanto à flagrante nulidade de cláusulas contratuais que contenham essa autorização.

Cristalizando essa pacificação, o colendo Superior Tribunal de Justiça fez editar a Súmula 60, de cuja dicção ressaí que:

“É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste”.

O mesmo Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou no Recurso Especial n. 13.421-0/RS, do qual foi relator o eminente Min. Athos Carneiro:

“Direito cambial. Mandato para emissão de nota promissória. Invalidez.

“É nula, a teor do artigo 115 do Código Civil, a cláusula contratual de outorga de mandato, pelo mutuário, a pessoa jurídica integrante do grupo econômico do mutuante, a fim de emitir ou avalizar nota promissória em fa-

vor do mesmo mutuante, por ser defeza a sujeição de uma das partes ao arbítrio da outra. A hipótese traduz um artifício para constituição, pelo próprio credor, de título executivo, fixando-lhe o valor e o momento da exigibilidade. Nulidade, em decorrência, da nota promissória emitida pela ‘mandatária’” (RSTJ 40/430).

No corpo do acórdão transcrito, o seu preclaro relator traz à colação o voto por ele proferido quando do julgamento do REsp n. 2.453/MG, onde se lê:

“Sou, em princípio, pela invalidade das notas promissórias em que o credor ou alguém como longa manus do credor, apresentando-se como procurador do devedor, cria contra o próprio mandante um título executivo. Sabido é que, pelo sistema jurídico brasileiro, os títulos executivos extrajudiciais, descendentes das remotas instrumenta guarentigiata do direito medievo, são criados pelo devedor, que assim reconhece uma dívida, com características de certeza e liquidez, em favor de outrem, permitindo ao credor o ajuizamento de ação de execução, independentemente de prévio processo de cognição. Excetua-se os créditos tributários do Poder Público, em que por exceção e por motivos sabidos, o próprio credor cria o título em seu favor.

“Ora, em casos como o dos autos, é o credor que está, na realidade, criando o título executivo extrajudicial em seu favor, fixando-lhe o valor e o momento da exigibilidade, mercê de outorga de poderes imposta compulsoriamente em contrato de adesão, compulsoriedade a que as pessoas obrigadas ao uso de crédito bancário

não têm como fugir. Ou aderem, ou estão expulsas do mundo dos negócios, pelo menos a imensa maioria dos médios e pequenos empresários, que não têm condição alguma de discutir com os fornecedores de crédito, com as instituições financeiras.

“Argumenta-se, em sentido contrário, que a eventual ocorrência do abuso no cumprimento do ‘mandato’ deverá ser aferida caso a caso. Em última análise, quando da defesa do devedor mediante interposição de embargos à execução. Este argumento, todavia, data venia não elide a infringência à regra de que não cabe ao próprio credor criar título executivo em seu favor, no alegado uso de poderes de amplitude praticamente indefinida.

“No preenchimento da cártula, realmente o seu valor, o dia do vencimento, ficam a critério do credor ‘mandatário’, invertendo-se o ônus da prova na relação incidental de embargos. Impende não olvidar, ainda, a possibilidade de protesto do título, com todas as notórias repercussões em desfavor do tomador do crédito, máxime se comerciante for.

“Cuidando da cláusula potestativa, refere Caio Mário da Silva Pereira que ‘tem o mesmo sentido e o mesmo efeito frustratório, podendo ser capitulada como condição potestativa pura, a indeterminação potestativa da prestação, por vez que, neste caso, a potestatividade do ato se desloca da sua realização para a estimativa da res debita, equivalendo nos seus efeitos ao si volam’ (Instituições de Direito Civil, Forense, vol. 1, 6ª ed., n. 98)”.

Linhas após, acentua o eminente Ministro:

“Concluindo, entendo sem validade a cláusula de mandato inserta nos contratos, tais como a que enseja a presente controvérsia, porquanto o conflito de interesse entre representado e representante, integrante do mesmo grupo financeiro do credor, é evidente, de modo a afetar a vontade que constitui a substância do ato jurídico. De outro prisma, é indubitável que a cláusula do contrato consigo mesmo, nas avenças bancárias, sujeita o devedor ao arbítrio do credor, condição defesa, de acordo com o art. 115 do Código Civil. Note-se que a lei não condiciona a licitude da cláusula ao arbítrio, mas à simples sujeição”.

Mantendo o mesmo entendimento, destaquem-se ainda os seguintes acórdãos, todos do Superior Tribunal de Justiça:

“A outorga de mandato, pelo mutuário, a pessoa jurídica integrante do grupo do mutuante, em regra, não tem validade face ao manifesto conflito de interesses, à sujeição do ato ao arbítrio de uma das partes e à afetação da vontade” (REsp n. 3.001/MG, rel. Min. Cláudio Santos, DJU 235, de 10/12/90, pág. 14.803).

“Obrigação cambial. É nula, quando ‘assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste’ (Súmula 60). Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 54.990-6/DF, rel. Min. Nilson Naves, DJU n. 36, de 20/2/95, pág. 3.183).

“Cláusula mandato. Invalidez. Contrato de adesão.

“É nula a cláusula mandato inserida em contrato de adesão, para benefício do estipulante, o que lhe

permitiu emitir letra de câmbio com valores abusivos.

“Recurso provido em parte” (REsp n. 73.042-RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU n. 48, de 11/3/96, pág. 6.630).

“Comercial — Obrigação cambial assumida por procurador do mutuário — Verbete 60-STJ — Código do Consumidor — Liquidez do título.

“I — A jurisprudência do STJ consolidou entendimento no sentido de que a outorga de mandato pelo mutuário a pessoa integrante do grupo mutuante ou a ele próprio, em regra, não tem validade, face ao manifesto conflito de interesses, a sujeição do ato ao arbítrio de uma das partes e a afetação da vontade.

“II — O princípio, assim substanciado no verbete 60-STJ, é revigorado pelo legislador que, com a vigência do Código do Consumidor, passou a coibir cláusulas, cuja pactuação importe no cerceio da livre manifestação da vontade do consumidor.

“III — Iliquidez do título exequendo demonstrada.

“IV — Recurso prejudicado” (REsp n. 45.930-3/RS, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU n. 170, de 5/9/94, pág. 23.102).

“Comercial. Obrigação cambial. Mandato embutido em contrato de financiamento. Sustação de protesto.

“Ante a nulidade da obrigação cambial, assumida em nome da empresa mutuária pela própria mutuante, defere-se a sustação do protesto do título (Súmula 60/STJ)” (REsp n. 28.106-8/SP, rel. Min. Dias Trindade, DJU n. 212, de 8/11/93, pág. 23.559).

Da mesma forma, é o que tem entendido este Sodalício, consoante se constata dos acórdãos assim ementados:

“Nula é a cambial emitida em razão de mandato, de extensão não especificada, outorgado pelo devedor em favor de empresa que integra o mesmo grupo financeiro da entidade credora. Conflito de interesses, sujeição de uma das partes ao arbítrio de outra, a impedir o aperfeiçoamento do encontro de vontades livres” (Ap. Cív. n. 38.001, de Lages, rel. Des. Alcides Aguiar).

“Ação anulatória de cambial. Financiamento bancário. Poderes ilimitados ao banco. Inadmissibilidade.

“A outorga de poderes expressos e especiais não pode violar o art. 115 do Código Civil, o que ocorre quando o devedor e o avalista outorgam mandato ao banco credor para aceitar e avalizar letras de câmbio representativas de valores indefinidos e ilimitados.

“Precedentes do Superior Tribunal de Justiça” (Ap. Cív. n. 38.807, de Mafra, rel. Des. Eder Graf).

“Apelação cível. Ação anulatória de cambial cumulada com sustação definitiva de protesto. Contrato bancário. Emissão de letra de câmbio decorrente de mandato outorgado pelo cliente para tal fim. Impossibilidade. Afronta ao art. 115 do Código Civil. Incidência da Súmula 60 do STJ” (Ap. Cív. n. 96.007953-0, de Canoinhas, rel. Des. Silveira Lenzi).

Ainda:

“É nula, a teor do artigo 115 do Código Civil, e por isto não geradora de efeitos jurídicos, a cláusula contra-

tual de outorga de mandato, pelo devedor, a administrador da credora, a fim de emitir ou avalizar nota promissória em favor desta, por caracterizar, o negócio, manifesta sujeição de uma das partes ao arbítrio da outra. Tal avença traduz, inescandivelmente, um artifício para constituição, pela própria credora, de título executivo, fixando-lhe o valor e o momento da exigibilidade. Nulidade, em decorrência, das notas promissórias emitidas pela mandatária-credora (RSTJ 40/430)" (Apelações Cíveis ns. 99.011606-9 e 96.005605-0, de Abelardo Luz, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

E, da lavra deste relator:

"Título cambial — Ação anulatória — Título emitido pelo próprio credor, como procurador do devedor — Interesses conflitantes — Nulidade — Sentença confirmada — Apelo desprovido.

"Totalmente desprovida de eficácia jurídica, por ostensivamente arbitrária e patenteadora de conflitância de interesses, evidencia-se a cláusula que, em contrato bancário, autoriza o estabelecimento credor, em nome próprio ou por interposta pessoa, a sacar títulos de crédito em detrimento do devedor, eis que tal autorização sujeita este ao arbítrio do credor, com a afetação de sua vontade" (Ap. Cív. n. 98.016409-5, de São Bento do Sul).

Assim, se nula é a cláusula do contrato, nulo é o título que o representa, o que conduz à invalidade do instrumento de protesto e, pois, à sua imprestabilidade para as finalidades apontadas no Decreto-Lei n. 911/69.

Com base nessa imprestabilidade, presente fazia-se, indiscutivel-

mente, a carência da ação originária de busca e apreensão.

Isso porquanto, conforme leciona o emérito Paulo Restiffe Neto:

"Mas exigindo a lei a sua comprovação por uma das duas formas estabelecidas, carta registrada enviada por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos ou instrumento de protesto, chega-se à conclusão de que ao menos para os fins que a lei exige essa comprovação (para requerer ação de busca e apreensão — art. 3º) a constituição da mora confunde-se com a sua prova, pois que sem esta não se admite ação fundada na-que-la" (Garantia Fiduciária, pág. 297).

No mesmo sentido, disse o Excelso Pretório:

"Para a ação de ajuizamento da ação de busca e apreensão não basta a mora do devedor, é preciso sua comunicação por carta expedida pelo Cartório dos Títulos e Documentos, com a comprovação de seu recebimento pelo devedor, ou o protesto do título" (RTJ 102/682).

Igualmente, assim já julgou este Tribunal:

"É condição indispensável à propositura da busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente o prévio aviso por carta expedida pelo cartório de títulos e documentos com a comprovação do recebimento pelo devedor, ou o protesto do título. Sem o pressuposto, o autor é carecedor da respectiva ação" (AI n. 7.666, de Indaial, rel. Des. Amaral e Silva).

No que tange à redução de honorários advocatícios pleiteada pelo apelante, não pode ela prosperar.

Mesmo em se tratando de ação na qual inexistiu condenação, posto que extinta sem conhecimento do mérito, não há impedimento legal de que a verba honorária seja arbitrada em percentual a incidir sobre o valor da causa, como também não há qualquer inconveniência em que seja ela imposta em valor certo.

O importante, em qualquer das soluções, é que se conjugue o preceito do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, com as diretrizes contidas nas alíneas a, b e c do § 3º do mesmo art. 20.

Já disse, acerca da matéria, o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Julgada improcedente a ação, não há condenação, sendo perfeitamente cabível a fixação de honorários advocatícios em percentagem sobre o valor da causa” (REsp n. 5.664/SP, j. 8/5/91, rel. Min. Garcia Vieira).

“Nas causas em que não há condenação, a apreciação equitativa do juiz para a determinação dos honorários de advogado não afasta a possibilidade de que os mesmos sejam arbitrados em percentual sobre o valor da causa (art. 20, § 4º, do CPC)” (REsp n. 5.704/MG, rel. Min. Dias Trindade).

Noutro sentido, já se disse:

“A exclusão de uma das partes, por ilegitimidade passiva manifesta, equivale à extinção do processo, em relação a ela. Há, pois, sucumbência e, por isso, são devidos os honorários

de advogado. A questão, no entanto, refoge dos limites traçados pelo § 3º do art. 20 do estatuto processual, para se submeter à ‘apreciação equitativa do juiz’, nos termos do § 4º do mesmo artigo” (RT 493/218).

Assim já decidimos:

“Ação de busca e apreensão. Extinção do processo. Honorários advocatícios. Verba devida. Incidência do art. 20, § 3º, do CPC. Apelo parcialmente provido.

“Mesmo nas ações em que não haja condenação propriamente dita, a exemplo daquelas em que ocorra extinção sem conhecimento do mérito, a apreciação equitativa do juiz para a determinação dos honorários de advogado, não arreda, de forma alguma, a possibilidade de ser a verba estabelecida em percentual sobre o valor da causa” (Ap. Cív. n. 98.008201-3, de Sombrio.)

Irretocável mostra-se, em sendo assim, a sentença hostilizada, o que gera o desprovimento do clamor recursal da financiadora acionante.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves.

Florianópolis, 15 de junho de 2000.

*Alcides Aguiar,  
Presidente com voto;  
Trindade dos Santos,  
Relator.*



**APELAÇÃO CÍVEL N. 96.006358-7, DA CAPITAL****Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Nulidade de escrituras públicas de compra e venda de imóvel. Comprovação de falsidade da procuração. Boa-fé dos adquirentes. Irrelevância.*

*Comprovada a falsidade do instrumento do mandato, são nulos os atos dele decorrentes, não obstante a boa-fé dos adquirentes.*

*Cerceamento de defesa. Inexistência. Matéria preclusa. Possibilidade, ademais, de desistência da oitiva da testemunha pela parte que a indicou.*

*Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.006358-7, da comarca da Capital (3ª Vara), em que são apelantes Paulino de Melo Wagner e outros, sendo apelados Leonardo Lopez Valdivia e Olivia Maria Bernadete Bitencourt Valdivia:*

Acordam, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

Trata-se de ação de anulação de escrituras públicas aforada por Leonardo Lopez Valdivia e sua mulher, Olivia Maria Bernadete Bitencourt Valdivia, em que figuram como réus Darci Guilherme de Melo; Paulino de Melo Wagner e sua mulher, Marly Koerich Wagner; Reinaldo Francisco Lucas e sua mulher, Dalva José Lucas; Nery Antunes da Cruz e sua mulher, Donatília Gonçalves da Cruz, cujo pedido foi julgado procedente.

Irresignados com o teor do decisum, apelam Paulino de Melo Wagner e sua mulher, argumentando, preliminarmente, cerceamento de defesa ante a desistência do autor em produzir as provas que havia requerido. No mérito, sustentam que não é possível a anulação das escrituras públicas sem a prévia declaração de nulidade do instrumento de procuração no qual se detectou a falsidade da assinatura do autor Leonardo.

Pugnam pela anulação do processo a partir da audiência de instrução e julgamento ou a reforma da sentença que entendeu o ato viciado como inexistente, visto que a anulação da procuração não foi requerida.

Reinaldo Francisco Lucas e sua mulher, Dalva José Lucas, igualmente recorrem, aduzindo que são terceiros de boa-fé; que o negócio de compra e venda é ato jurídico perfeito; e que os apelados deveriam ter ingressado, previamente, com uma ação de anulação de procuração.

Os apelados, em contra-razões, pugnam pela manutenção da sentença.

Ascenderam os autos a esta Superior Instância, tendo a Procuradoria-Geral de Justiça opinado pela realização de diligência para a intimação do representante de seu congêneres a quo. No mérito, opinou pela improcedência dos recursos.

O julgamento foi convertido em diligência, tendo o Ministério Público opinado pela manutenção da sentença.

Retornaram os autos, tendo a Procuradoria-Geral de Justiça reiterado o parecer por ela anteriormente proferido.

## II — Voto

A preliminar de cerceamento de defesa deve ser afastada, em razão da sua impertinência, por ser facultado à parte que indicou as testemunhas desistir da sua oitiva, tendo em vista que os apelantes também tiveram oportunidade para a referida indicação, e, se assim não procederam, presume-se a inexistência de interesse pela prova.

A propósito:

“Muito embora não contenha a nossa Codificação Processual Civil norma expressa acerca da desistência de testemunhas, os tribunais pátrios sempre se inclinaram no sentido de ser ela plenamente possível, constituindo-se em uma faculdade daquele que indicou a testemunha; e o acatamento do pedido de desistência não implica em cerceamento de defesa para a parte contrária, que não tendo indicado a mesma testemunha, presume-se

que não teria qualquer efetivo interesse na sua ouvida” (Ap. Cív. n. 96.012647-3, da Capital, Des. Trindade dos Santos, julgada em 1º/4/97).

Além da desistência da oitiva das testemunhas pelo autor não causar qualquer prejuízo aos apelantes, pela irrelevância de tal prova ao deslinde do feito, a questão está preclusa, pois a desistência deu-se na audiência de instrução e julgamento, e a parte não recorreu oportunamente, limitando-se a alegar o cerceamento de defesa em sede de apelação.

No mérito, os recursos não merecem prosperar.

A perícia grafotécnica realizada atestou a falsidade da assinatura do apelado Leonardo Lopez Valdivia no instrumento de procuração utilizado pelo falso mandatário para realizar as alienações dos imóveis, ocasionando, portanto, a nulidade das escrituras públicas subseqüentes.

Desse modo, não merece acolhida a assertiva dos apelantes de que o pedido seria impossível, em razão de que os autores requereram apenas a anulação das escrituras públicas, e não a da procuração falsa.

Comprovada a falsificação da assinatura na procuração que propiciou as vendas dos imóveis dos apelados, a transação realizada sob a cobertura do mandato não outorgado pelo seu proprietário constitui ato jurídico nulo, sendo igualmente nulos os atos dele decorrentes.

A propósito, doutrina Vicente Ráo:

“A vontade livre e consciente, nos atos jurídicos, em princípio, é requisito tão essencial quanto o de sua

declaração voluntariamente produzida. No entanto, casos anormais podem ocorrer e ocorrem de declaração sem vontade e, pois, sem vontade de declaração, ou simplesmente, sem vontade de declaração, bem como casos de vontade considerada inexistente pelo direito.

“(…). Inexistente de fato e de direito também é a vontade (e, conseqüentemente, a vontade de declaração) em todos os casos de falsidade (falsidade pessoal, como a substituição de pessoas etc., falsidade material ou real, como a dos instrumentos etc., falsidade ideológica etc.), inclusive nos casos de declaração feita em nome de outrem e por outrem sem poderes para fazê-la, e, ainda, em todos os casos similares nos quais a alguém se atribui uma vontade que não possui, ou ele não quis declarar (...).

“Nossa lei não distingue os atos inexistentes dos atos nulos, embora, perante a doutrina, essa distinção seja irrecusável. Mas, mesmo dentro do sistema adotado por nossa lei, não se sacrifica a boa doutrina, reconhecendo-se a inexistência jurídica do ato, se declara a nulidade do instrumento em que se materializa” (Ato Jurídico, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, págs. 181/182).

Leciona, ainda, Caio Mário da Silva Pereira:

“O pressuposto do negócio jurídico é a declaração da vontade do agente, em conformidade com a norma legal, e visando a uma produção de efeitos jurídicos. Elemento específico é, então, a emissão da vontade. Se falta, ele não se constitui (...). Na verificação do negócio jurídico, cumpre de início apurar se houve uma de-

claração de vontade. E, depois, indagar se ela foi escoreta. Desde que tenha feito uma emissão de vontade, o agente desfechou com ela a criação de um negócio jurídico” (Instituições de Direito Civil, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1996, págs. 323/324).

Na espécie, está ausente um requisito essencial do ato jurídico, qual seja, a vontade, tendo em vista que o proprietário dos imóveis vendidos jamais a manifestou, mas, sim, um falsário que não tinha poderes para agir em nome daquele.

Em princípio, a ausência de vontade acarreta a inexistência do negócio jurídico. Como a nossa lei civil não reconhece a diferença entre ato nulo e inexistente, impõe-se a declaração da nulidade da procuração, vício que contamina as compras e vendas realizadas com base no instrumento falso.

Nesse sentido é o posicionamento deste Tribunal:

“Civil e processual — Nulidade de escritura e de registro de compra e venda de imóvel por ser falsa a procuração.

“Indenização afastada porquanto não integrante do pedido.

“Inexistindo pedido indenizatório, impossível cogitar-se de responsabilidade civil.

“O juiz não pode conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

“É nula a venda de imóvel em consequência de mandato falsificado, nada obstante a boa-fé do adquirente” (Ap. Cív. n. 41.261, de Barra Velha, Des. Amaral e Silva, julgada em 13/4/93).

A nulidade, nesse caso, pode ser pronunciada pelo magistrado até mesmo de ofício, independentemente de alegação de qualquer interessado ou do órgão do Ministério Público, quando conhecer do ato ou de seus efeitos e os encontrar provados, de acordo com o disposto no parágrafo único do art. 146 do Código Civil.

A alegação dos apelantes de que são terceiros de boa-fé, igualmente não invalida a possibilidade de estarem no pólo passivo da demanda, pois são litisconsortes necessários, devendo integrar a lide, cabendo-lhes pugnar por seus direitos em ação própria contra o alienante.

### III — Decisão

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2000.

*Eder Graf,*  
*Presidente;*  
*Silveira Lenzi,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 97.014979-4, DA CAPITAL

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Apelação cível. Arbitramento de mensalidades escolares. Ilegitimidade ativa ad causam. Inocorrência. Associação legalmente constituída. Art. 5º, inc. XXI, da CF/88.*

*Carência de ação. Não exaurimento do procedimento administrativo. Preliminar afastada. Inteligência do art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal.*

*“A lei não excluirá da apreciação do Poder Público lesão ou ameaça a direito”.*

*Cerceamento de defesa. Julgamento antecipado da lide. Matéria unicamente de direito. Possibilidade. Exegese do art. 330 do CPC.*

*O art. 330, inc. I, do CPC, autoriza o Magistrado a 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”.*

*Nulidade da decisão. Julgamento extra petita afastado. Fato superveniente. Aplicação do art. 462 do CPC.*

*Incorre entrega da prestação jurisdicional fora dos limites do pedido, quando o Magistrado toma em consideração a ocorrência de fato superveniente modificativo, extintivo ou constitutivo do direito das partes.*

*Laudo pericial contábil. Alegada omissão quanto a gastos não detalhados nos livros contábeis da instituição de ensino. Laudo irrepresentável. Ausência de irregularidades.*

*Agravo retido e recurso desprovidos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.014979-4, da comarca da Capital (5ª Vara), em que é apelante Sociedade Divina Providência, sendo apelada Associação de Pais e Alunos do Colégio Coração de Jesus:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o agravo retido e o recurso.

Custas na forma da lei.

## **I — Relatório**

Trata-se de ação de arbitramento de mensalidade escolar aforada pela Associação de Pais do Colégio Coração de Jesus — APA/CCJ, em que figura como ré, Sociedade Divina Providência, julgada procedente pela sentença de fls. 393/405.

Irresignada, apela a vencida, argüindo, preliminarmente: a) a apreciação do agravo retido de fls. 225/231, no qual ventila a ilegitimidade ativa ad causam da APA/CCJ, ante o disposto na CF/88 e no § 5º do art.

2º da MP n. 290/90; b) a carência da ação, pela ausência de impugnação ou contraproposta aos valores apresentados pela apelante para o ano letivo de 1991, erigindo a sua proposta à qualidade de ato jurídico perfeito e acabado; c) o cerceamento de defesa em razão da não realização de audiência, a fim de esclarecer as dúvidas oriundas da prova pericial; d) a nulidade do decisum por julgamento extra petita, uma vez que na sentença há condenação em prestação alternativa, não requerida pela apelada. No mérito, aduz que a perícia é imprestável para a fixação dos encargos educacionais, pois expurgou arbitrariamente valores legalmente incluídos nas planilhas de custos.

Em contra-razões, a associação apelada pugna pela manutenção do decisum, tendo o Ministério Público de primeiro grau opinado pelo desprovisionamento do apelo.

Devidamente preparado o recurso, alçaram os autos a esta Superior Instância, onde a Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer no sentido de prover o recurso.

## II — Voto

### 1. Agravo retido

Inicialmente, deve ser apreciada o agravo retido interposto pela Sociedade Divina Providência às fls. 225/231, já que expressamente requerido pela agravante em suas razões de apelação.

Sustenta, a agravante, que a Associação de Pais e Alunos do Colégio Coração de Jesus — APA/CCJ é parte ilegítima para figurar no pólo ativo da demanda, ante o disposto na CF/88 e no § 5º do art. 2º da MP n. 290/90.

Dispõe o art. 5º, inc. XXI, da CF/88, que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

Ora, restou demonstrada a regular constituição da agravada, APA/CCJ, mediante Estatuto aprovado na data de sua fundação, 11/10/90, e publicado no Diário Oficial do Estado n. 14.056, de 23/10/90, e, ainda, sua posterior inscrição no Registro Civil de Título e Documentos e Pessoas Jurídicas, em 26/10/90 (fl. 72).

Ademais, consta do mencionado Estatuto, em seu art. 4º, alíneas f' e g, a expressa autorização para “negociar com a direção da escola os reajustes das mensalidades escolares e representar judicialmente ou extrajudicialmente os associados nos assuntos inerentes ao Colégio”.

Vale ressaltar que durante o período inicial de negociações para fixação das mensalidades escolares, a entidade de ensino agravante efetuou tratativas de acordo diretamente com

agravada, sem questionar sua legitimidade, somente insurgindo-se após a edição da Medida Provisória n. 290/90 em 17/12/90.

Assim, embora o artigo art. 2º, § 5º, da MP n. 290/90, de 17/12/90, estabeleça que “considera-se associação de alunos legalizada aquela que for integrada por dois terços dos pais ou responsáveis da respectiva escola e fundada há pelo menos seis meses da data da livre negociação”, estas restrições criadas por lei ordinária não possuem força para restringir uma garantia constitucionalmente assegurada, pois a Constituição Federal garante às associações, quando expressamente autorizadas (art. 4º, alíneas f' e g, do Estatuto) o direito de representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

Em que pese o inconformismo da agravante, quanto à pretensa ilegitimidade da associação agravada, afirmando que esta não teria representatividade para insurgir-se contra os valores das mensalidades cobradas, pois se restringia a uma minoria de pais de alunos do Colégio insatisfeitos, quando a grande maioria estaria favorável ao pagamento dos valores das mensalidades escolares cobradas.

Extrai-se dos autos que, em assembléia-geral de pais dos alunos realizada em 5/9/90 (fl. 146), 2.319 (dois mil trezentos e dezenove) pais de alunos não concordaram com os novos valores a serem cobrados pela instituição de ensino; correspondendo, este número, a aproximadamente 44% dos pais dos alunos que estudavam, à época, na escola agravante.

Outrossim, não obstante a restrição temporal imposta pela MP n. 290/90, de que a associação deveria estar fundada há pelo menos seis meses da data da livre negociação para poder transacionar com a entidade escolar, a agravada já havia sido fundada há mais de seis meses, 26/10/90, quando do ajuizamento da presente demanda, julho de 1990.

Porém, mesmo que pairasse dúvida sobre a legitimidade em decorrência desse requisito, em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça afastou a exigência do período mínimo de constituição de associação civil para que esta possa ingressar em juízo:

“Processual civil — Ação coletiva — Direito do consumidor — Inversão do ônus da prova — Direitos individuais homogêneos — Legitimidade — Pré-constituição — Dispensa — CF/88, art. 5º, XXV.

“Processual civil e direito do consumidor. Defesa dos Interesses ou direitos individuais homogêneos. Dispensa de pré-constituição pelo menos há um ano. Inversão do ônus da prova. Impossibilidade da ação coletiva superada.

“Presente o interesse social pela dimensão do dano e sendo relevante o bem jurídico a ser protegido, como na hipótese, pode o juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação de que trata o inciso III do parágrafo único do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que cuida da defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos”.

E ainda, colhe-se deste julgado:

“Ainda que possa a inicial ter confundido a ação que objetiva promover a defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos, com a ação que tem por fito defender interesses pertinentes a pessoas já definidas e identificáveis, mediante a legitimação ordinária de certas entidades associativas para representarem judicialmente os seus filiados, na defesa de seus direitos, prevista no inciso XXI do seu art. 5º da Constituição Federal, pode-se permitir o prosseguimento do feito desde que se perceba, como na hipótese, que o objetivo primordial é o de defender os direitos individuais homogêneos, uma vez que se deve extrair da inicial o que possa haver de maior utilidade, revelando certos deslizes formais que sejam periféricos para a compreensão da controvérsia, pois o processo judicial moderno, como já lembrava Couture, não é uma missa, de liturgia intocável.

“Ação proposta contra companhias fabricantes de cigarros.

“Recurso não conhecido” (REsp n. 140.097-0-SP, Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 4/5/2000, in BSTJ n. 10, págs. 41/42).

Nega-se, pois, provimento ao agravo retido.

## 2. Apelação

Argui, a apelante, a carência da ação, ante a falta de impugnação ou contraproposta da associação apelada aos valores apresentados para o ano letivo de 1991, erigindo a sua proposta à qualidade de ato jurídico perfeito e acabado.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XXXVI, ex-

pressa que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Público lesão ou ameaça a direito”.

Assim, mesmo sem ter exaurido a via administrativa, a associação apelada possuía, e ainda possui, o direito constitucionalmente assegurado de requerer a tutela jurisdicional a fim de solucionar sua pretensão resistida, qual seja, ver arbitrado o valor das mensalidades escolares de seus filia-dos em patamar razoável, consoante dispõe o art. 1º da Lei n. 8.170/91.

A respeito do tema, leciona Pinto Ferreira:

“A Emenda Constitucional n. 7/77 à Lei Magna de 1967, emenda de efeitos condenáveis, condicionou o ingresso em juízo às vias administrativas, numa orientação em bom tempo suprimida pelo legislador constituinte de 1988.

“Não há mais necessidade de esgotamento de tal prazo do contencioso administrativo para que a parte recorra ao Poder Judiciário. Não há mais obrigatoriedade de exaurimento do processo administrativo (...)” (Comentários à Constituição Brasileira, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1989, pág. 142).

Ainda, para espancar qualquer dúvida:

“Não pode a lei infraconstitucional condicionar o acesso ao Poder Judiciário ao esgotamento da via administrativa, como ocorria no sistema revogado (CF/67, 153 § 4º)” (Nelson Nery Júnior, CPC Comentado, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 76).

Também deve ser repelida a preliminar de cerceamento de defesa

em decorrência do julgamento antecipado da lide.

O art. 330, inciso I, do CPC, autoriza o Magistrado a 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”, ou seja, quando a questão estiver documentalmente comprovada, circunstância em que o indeferimento da dilação probatória não caracteriza cerceamento de defesa.

Quando da prolação da sentença, o processo já se encontrava devidamente instruído, a possibilitar o julgamento antecipado da demanda, em respeito à economia e celeridade processual. Ademais, a produção da prova testemunhal, pleiteada pela apelante, não teria o condão de elidir o elenco probatório carreado aos autos.

Logo, não se mostrou necessária a realização de audiência, a fim de esclarecer as dúvidas oriundas da prova pericial, eis que todos os quesitos ventilados pela ré, ora apelante, foram detalhadamente respondidos pelo expert no laudo pericial de fls. 283/304 e nas respostas aos quesitos complementares de fls. 351/364.

Também não assiste razão à apelante quanto à nulidade da sentença pelo alegado julgamento extra petita.

A Magistrada, em razão de fato superveniente — saída dos filhos dos associados da entidade de ensino, quando do proferimento da sentença — determinou a restituição dos valores pagos a mais, que foram calculados pela perícia judicial, para aqueles pais



que não mais poderiam compensar os valores indevidamente pagos.

Dispõe o art. 462 do CPC que “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

Ora, outra não poderia ser a solução, pois caso a Togada apenas determinasse a compensação dos valores pagos a mais pelos associados nas mensalidades escolares de seus filhos, a medida seria inócua, eis que, passados quase dez anos do ajuizamento da ação, quando da prolação da sentença, a grande maioria dos associados não teria como compensar esses valores, exatamente porque seus filhos já concluíram os estudos de 1º e 2º graus na instituição apelante.

Logo, ante a ocorrência de fato superveniente, a condenação da instituição de ensino na restituição dos valores cobrados em excesso nas mensalidades escolares é medida que se impõe.

No mérito, a apelante alega que a perícia é imprestável para a fixação dos encargos educacionais, uma vez que expurgou arbitrariamente valores legalmente incluídos nas planilhas de custos.

Dispõe o art. 1º da Lei n. 8.170/91 que disciplina a fixação dos encargos educacionais:

“A fixação dos encargos educacionais, referentes ao ensino nos estabelecimentos particulares de ensino de nível pré-escolar, fundamental, médio e superior, será objeto de negociação entre os estabelecimentos, os

alunos, os pais ou responsáveis, a partir da proposta apresentada pelo estabelecimento com base nos planejamentos pedagógicos e econômico-financeiros da instituição de ensino, procedendo obrigatoriamente a compatibilização dos preços com os custos, neste incluídos aos tributos e acréscimos da margem de lucro, até quarenta e cinco dias antes do início das matrículas, que será considerada acordada, no caso de não haver discordância manifesta, na forma desta Lei” (grifei).

Ocorre que o laudo pericial contábil, realizado para aferir o valor das mensalidades dos meses de janeiro e fevereiro de 1991, de acordo com o dispositivo mencionado, foi devidamente detalhado e explicitado pelo expert às fls. 282/304, e os quesitos suplementares das partes foram corretamente respondidos às fls. 351/364.

Respondendo aos quesitos, o expert assim declarou:

“Apesar dos inúmeros questionamentos feitos por ambas as partes e o Ministério Público, a interrogação gira em torno dos critérios de fixação da primeira mensalidade, haja vista que é ela a base para receber os acréscimos previstos em Lei.

“O Representante da Requerida questiona os critérios adotados pelo perito para a fixação da primeira mensalidade, segundo ele, esta não deveria tomar por base os custos efetivamente incorridos e registrados pela contabilidade, mas sim, arbitrada com base numa projeção futura, sem levar em conta os custos já conhecidos.

“Ora, o Colégio Coração de Jesus, ao fazer essa projeção chegou a cifra de Cr\$ 21.550,24, que foi por ele mesmo rejeitada, uma vez que fixou o valor da primeira mensalidade em Cr\$ 14.950,00 que nada tem a ver com a projeção efetuada. Logo, essa projeção foi superestimada.

“O perito como não poderia deixar de fazer, uma vez que já eram conhecidos os custos efetivamente realizados, calculou o valor da primeira mensalidade com base nesses números conhecidos chegando a cifra de Cr\$ 9.595,86.

“Se não fossem conhecidos os custos, a projeção deveria também chegar próxima aos valores encontrados pelos números da contabilidade do contrário haveria, como houve por parte da requerida, uma superestimativa. O perito fazendo essa projeção chegou ao valor de Cr\$ 8.720,14.

“Desta feita, o Colégio cobrou Cr\$ 5.364,14 a maior nas primeiras e segundas mensalidades” (fls. 351/364).

Colocando uma pá de cal na questão, o Promotor de Justiça, em seu bem-lançado parecer, afirmou que “sabendo, a apelante, que qualquer gasto efetivamente existente lhe é benéfico no cálculo efetuado com o objetivo de obter o preço final da mensalidade, porque deixaria a mesma de apontar tais dados em seus livros contábeis? A partir desse questionamento, verifica-se que a argumentação expendida às fls. 386/374 não tem o menor condão de prosperar. Afinal, não interessa saber que a lei determina que o valor locativo de imóveis próprios fica limitado a 8% do valor total das receitas dos custos que funcio-

nam no imóvel, conforme sustenta o ora apelante (...). O que deveria o Colégio Coração de Jesus comprovar de plano é que efetivamente teve gastos com aluguel, despesas religiosas e parafiscais em determinado valor, devendo o mesmo vir expressamente consignado em seus livros contábeis. Não o fez e agora não pode fazer uso dessa omissão para obter resultado favorável à sua pretensão. Cometeu a recorrente um grave erro e não pode agora obter o beneplácito da lei” (fls. 444/445).

Finalizando, o representante do Parquet enfatiza que “o perito simplesmente deixou de contabilizar as verbas já referidas pelo simples fato de não ter qualquer informação a respeito do valor gasto com as mesmas” (fl. 445).

Desse modo, intocável a decisão a quo que determinou a restituição dos valores pagos a mais nas mensalidades de janeiro e fevereiro e 1991, pelos pais de alunos matriculados, à época, do Colégio Coração de Jesus, ou a compensação dos valores, em caso de ainda possuírem filhos estudando na referida instituição.

### III — Decisão

Do exposto, nega-se provimento ao agravo retido e ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Bruning.

Florianópolis, 8 de agosto de 2000.

*Silveira Lenzi,  
Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.017889-7, DE LAGES**

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Ação anulatória de débito tributário. Contribuição de melhoria. Recapeamento asfáltico. Obras não finalizadas. Valorização do imóvel não demonstrada. Ilegalidade da cobrança.*

*Embora a evolução legislativa instituída na Carta Magna de 1988 tenha consagrado o simples conceito de que a contribuição de melhoria origina-se da formação de obras públicas, não se pode perder de vista que continua sendo pressuposto do tributo, além da realização desta, o oferecimento de vantagens reais, possibilitando valorização do imóvel do contribuinte.*

*Verba honorária. Fazenda Pública vencida. Arbitramento em consonância com o disposto no § 4º do art. 20 do CPC. Apreciação equitativa do Magistrado.*

*Remessa desprovida.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.017889-7, da comarca da Lages (3ª Vara), em que é autora Maria do Carmo Lange Malinverno, e réu o município de Lages:*

Acordam, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, desprover a remessa.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Trata-se de ação anulatória de lançamento de débito tributário aforada por Maria do Carmo Lange Malinverno, em que figura como réu o município de Lages.

Alegou a autora que foi notificada do lançamento do débito tributário, pertinente à contribuição de melhoria, decorrente da realização de obra de recapeamento asfáltico usinado, sem que esta tivesse sido executada ou sequer iniciada.

Sustentou a inoccorrência do fato gerador do tributo, pois a contribuição de melhoria exige uma obra pública que origine a valorização imobiliária, sendo inconcebível falar-se em valorização oriunda de obra não executada; que a forma de pagamento do referido tributo afronta o disposto no art. 12 do Dec.-Lei n. 195/67.

Sentenciando, o Magistrado a quo julgou procedente o pedido, declarando nulo o lançamento do tributo,

e condenando o réu ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais). Outrossim, isentou a municipalidade das custas processuais.

Por força do reexame necessário, ascenderam os autos a esta Superior Instância, onde a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovemento da remessa.

## II — Voto

Dispõe o art. 145 da Constituição Federal de 1988 que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas (inc. III).

Embora a evolução legislativa instituída na Carta Magna de 1988 tenha consagrado o simples conceito de que a contribuição de melhoria origina-se da formação de obras públicas, não se pode esquecer que continua sendo pressuposto do tributo, além da construção da obra pública, o oferecimento de vantagens reais, possibilitando a valorização do imóvel do contribuinte com a obra realizada.

Não é outra a dicção do art. 81 do Código Tributário Nacional:

“A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra realizar para cada imóvel beneficiado” (grifei).

Segundo o mestre Aliomar Baleeiro, a contribuição de melhoria “oferece matiz próprio e específico: ela não é a contraprestação de um serviço público incorpóreo, mas a recuperação do enriquecimento ganho por um proprietário em virtude de obra pública concreta no local da situação do prédio. Daí a justificação do tributo pelo princípio do enriquecimento sem causa, peculiar ao Direito Privado. Se o poder Público, embora agindo no interesse da coletividade, emprega vultosos fundos desta em obras restritas a certo local, melhorando-o tanto que se observa elevação do valor dos imóveis aí situados, com exclusão de outras causas decorrentes da diligência do proprietário, impõe-se que este, por elementar princípio de justiça e de moralidade, restitua parte do benefício originado do dinheiro alheio” (Direito Tributário Brasileiro, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, pág. 570).

Assim, a contribuição de melhoria é um tributo que somente pode ser imposto em decorrência da valorização de um imóvel, em razão da realização de obra pública. Não se pode interpretar o art. 145, inc. III, da Constituição Federal de 1988, literalmente, porque ocasionaria descaracterização da própria natureza do tributo, sendo inconcebível que se permita a sua cobrança em virtude de toda e qualquer obra pública realizada. O próprio nome “contribuição de melhoria” induz à conclusão de que este tributo é cobrado em decorrência de um melhoramento, de um benefício proporcionado ao contribuinte.

Confirmando esse entendimento, o eminente Des. Eder Graf, na Apelação Cível n. 29.766, de São Domingos, trouxe à baila julgado da Quar-

ta Câmara Civil do 1º TACívSP, a fim de ressaltar que:

“É certo que a contribuição de melhoria está disciplinada por outra forma, desde 1º/1/84, por força da EC n. 23/83, dando nova redação ao n. II do art. 18 da CF. Contudo, apesar da nova redação, é preciso, desde logo, salientar que não terá sido intenção do legislador alterar o conceito de contribuição de melhoria, mesmo porque, a prevalecer a tese de que a Emenda Passos Porto teria alterado a definição do fato gerador desse tributo, para considerá-lo apenas como a realização da obra pública, e tendo por base somente o custo desta obra. Já não se cuidaria mais do tipo legal, por ausência de elemento fundamental.

“O certo é que a valorização foi sempre considerada como pressuposto da contribuição de melhoria. E, em verdade, assim continua, mesmo porque o texto do n. II do art. 18 da CF, mesmo após a EC n. 23, não afastou esse pressuposto, continuando a se referir aos imóveis ‘beneficiados’ por obra pública. E assim deve ser porque, se não resulta valorização, isto é, benefício para a propriedade privada, não se pode afirmar que ela possa gerar a contribuição de melhoria. E, como é obra pública, e não serviço, também não pode gerar taxa, porque destinada a todos, cumprindo ser atendida com os impostos gerais. Nesse sentido, vale lembrar o voto do Min. Xavier de Albuquerque no RE n. 87.604-9—SP, em RTJ 89/598, assinalando: ‘Para mim a execução de obra pública é encargo natural do Estado, que o deve prover com recursos normais provenientes dos impostos coletados indistintamente de todos

os membros da coletividade’” (julgado em 5/6/90).

Extrai-se do Superior Tribunal de Justiça a seguinte decisão:

“Contribuição de melhoria. Recapeamento de via pública já asfaltada, sem configurar a valorização do imóvel, que continua a ser requisito ínsito para a instituição do tributo, mesmo sob a égide da redação dada, pela Emenda n. 23, ao art. 18, II, da Constituição de 1967.

“Recurso extraordinário provido, para restabelecer a sentença que julgara inconstitucional a exigência” (RE n. 116148/SP, Min. Octávio Gallotti, in DJ de 21/5/93, pág. 09768).

Na hipótese dos autos, verifica-se que a obra nem sequer foi iniciada. E, segundo Aliomar Baleeiro, o fato gerador da contribuição de melhoria “é a valorização efetiva do imóvel, de que seja proprietário, ou enfiteuta, o contribuinte, por decorrência de uma das obras públicas arroladas pelo Decreto-Lei n. 195, de 1967” (op. cit., pág. 579).

P. R. Tavares Paes recorda que “não é qualquer obra pública que pode ensejar a instituição da contribuição de melhoria, mas a que provoque valorização imobiliária e uma vez concretizada provoque a valorização dos imóveis circunvizinhos” (Comentários ao Código Tributário Nacional, 6ª ed., São Paulo, Lejus, 1998, pág. 229).

Ainda ressalta este autor que, “ao se falar no fato gerador, deve-se sempre levar em conta o fato gerador realizado, concreto. A obra pública deve ser realizada legalmente e as contribuições de melhoria não podem ser exigidas antes de realizada a obra pública. É prática maisã e ilegal de algu-

mas Prefeituras do Brasil, ao que sabemos que cobram por antecipação a contribuição de melhoria. Como cobrar sem saber a valorização da obra pública? Se o imóvel vale 20, e em virtude da obra pública realizada passa a valer 22, a base de cálculo será 2" (op. cit., pág. 229).

Ante as considerações expendidas, conclui-se que não pode a municipalidade exigir do contribuinte a contribuição de melhoria de uma obra que sequer foi iniciada, uma vez que a cobrança do tributo nessas circunstâncias afronta o art. 81 do CTN e a própria natureza do tributo, que exige à sua formalização a efetiva melhoria e a valorização do imóvel do proprietário que foi beneficiado com a obra pública.

Corroborando esse entendimento, menciona-se os seguintes julgados deste Tribunal de Justiça: ACMS n. 96.000645-1, de Balneário Camboriú, Des. Nelson Schaefer Martins, julgada em 2/12/98; Ap.Cív. n. 97.004429-1, de Lages, Des. Anselmo Cerello, julgada em 27/8/97; e

ACMS n. 96.008804-0, de Caçador, julgada em 1º/4/97.

Irretorquível, também, a fixação dos honorários advocatícios devidos pelo réu, pois, vencida a Fazenda Pública, estes devem ser fixados em consonância com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, atendidos os requisitos das alíneas a, b e c do § 3º do mesmo dispositivo.

### III — Decisão

Diante do exposto, nega-se provimento à remessa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hamerschidt.

Florianópolis, 16 de maio de 2000.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 00.000115-5, DE JOAÇABA

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Criança e adolescente. Medidas assistenciais. Atribuições do Conselho Tutelar. Possibilidade de representação ao Juizado da Infância e da Juventude somente em caso de resistência dos pais ou responsáveis no cumprimento das deliberações impostas pelo Conselho Tutelar. Inocorrência.*

*Juizado da Infância e da Juventude. Competência subsidiária apenas quando ainda não instalado o Conselho Tutelar. Conselho funcionando regularmente. Incompetência do Juizado demonstrada. Inteligência do art. 262 do ECA.*

*“A competência originária para as atribuições previstas no art. 136 do ECA é do Conselho Tutelar; a subsidiária é da Justiça da Infância e da Juventude, por determinação do art. 262 do Estatuto que dispõe: ‘Enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária’”(Wilson Donizeti Liberati et alli).*

*Carência de ação. Falta de interesse de agir. Declaração de ofício. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Inteligência do art. 267, inc. VI, do CPC.*

*O Magistrado deve, de ofício, em qualquer grau de jurisdição, declarar o autor carecedor da ação, quando constatar a ausência de uma das condições da ação; e, por conseguinte, extinguir o feito, sem julgamento do mérito, a teor do disposto no art. 267, inc. VI, do CPC.*

*Processo extinto.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.000115-5, da comarca de Joaçaba (1ª Vara Infância Juventude e Registro Público), em que é apelante S. A. de O., sendo apelado o Conselho Tutelar do município de Treze Tílias:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, de ofício, extinguir o processo, sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, inc. VI, do CPC.

Custas na forma da lei.

## **I — Relatório**

Trata-se de apelação cível interposta por S. A. de O. contra sentença proferida nos autos da representação para verificação de situação de risco de criança e adolescente aforada pela Curadoria da Infância e Juventude do município de Treze Tílias que lhe aplicou advertência e as medi-

das previstas no art. 129, incisos II e IV, do ECA, também aplicando aos seus filhos as medidas de proteção dispostas no art. 101, incisos III e IV, do mesmo Diploma Legal.

A apelante arguiu, preliminarmente, nulidade processual em razão da ausência de representação contra si e cerceamento de defesa. No mérito sustenta que não restou comprovado que tenha praticado qualquer ato que fosse indecoroso ou prejudicial à vida de seus filhos, requerendo a improcedência da representação.

O Ministério Público de primeiro grau exarou parecer no sentido de desprover o recurso.

Dispensado o preparo, os autos ascenderam a esta Superior Instância, onde a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo acolhimento das preliminares de incompetência da autoridade judiciária e de cerceamento de defesa.

## II — Voto

A preliminar de incompetência da autoridade judiciária suscitada pelo Parquet de segundo grau deve ser acolhida.

Dispõe o art. 262 do Estatuto da Criança e do Adolescente que “enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária”.

Assim, o Juizado da Infância e da Juventude possuiria competência subsidiária para apreciar a matéria, verificação de situação de risco de criança e adolescente, caso ainda não tivesse sido implementado o Conselho Tutelar, que dentre suas atribuições, compete atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, incisos I a VII; e atender e aconselhar os pais ou responsáveis, aplicando as medidas previstas no art. 129, incisos I a VII, todos dispositivos do ECA.

A respeito, preleciona Wilson Donizeti Liberati:

“A competência originária para as atribuições previstas no art. 136 do ECA é do Conselho Tutelar; a subsidiária é da Justiça da Infância e da Juventude por determinação do art. 262 do Estatuto que dispõe: ‘Enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária’” (Wilson Donizeti Liberati, Público Caio Bessa Cyrino, Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente, São Paulo, Malheiros, 1993, pág.178).

Entretanto, o Conselho Tutelar da cidade de Treze Tílias já estava funcionando regularmente, detendo a competência exclusiva para apreciar e solucionar os problemas de assistências familiares, como os imputados à apelante -- desvio de conduta, abuso de álcool e atos promíscuos na presença de seus filhos, entre outros.

A busca da tutela jurisdicional somente será necessária em caso de resistência dos pais ou responsáveis no cumprimento das deliberações impostas pelo Conselho Tutelar em prol das crianças e adolescentes, e não antes, quando o Conselho Tutelar, órgão competente, ainda não agiu no caso, na tentativa de solucionar os problemas por meio de medidas assistenciais e educacionais.

Esta estrutura criada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente alterou o procedimento idealizado no antigo Código de Menores que convergia todos os problemas relacionados à criança e ao adolescente diretamente ao Juiz, transmutando-o num misto de julgador e assistente social.

A respeito das inovações inauguradas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, colhe-se da doutrina:

“Na verdade, a idéia de que a atividade assistencial deveria caber aos juízes de menores sempre foi errônea, conforme escrevia, ainda antes de entrar em vigor o Código de Menores em 1979, o então Juiz de Menores da comarca do Rio de Janeiro Alyrio Cavallieri: ‘Formou-se, paralelamente, junto ao consenso público, fomentado pelos meios de comunicação, uma idéia errônea de que os juizados de menores substituiriam qualquer atividade estatal no campo da assistência’



(Direito do Menor, Rio, Freitas Bastos, 1978, pág. 14).

“Rompendo, em boa hora, com essa conceituação da função judicial, o Estatuto institui os Conselhos Tutelares como órgãos que exercerão uma parcela do Poder Público, conforme preconizado no art. 1º, parágrafo único, da CF, e que têm autoridade (poder de influir sobre a esfera jurídica de outrem) administrativa.

“Exercendo uma parcela de poder (não jurisdicional), o Conselho Tutelar tem autoridade para promover a execução de suas próprias decisões, requisitando serviços públicos, na área das políticas sociais básicas, ou representando ao juiz em caso de injustificada desobediência; para expedir notificações e para requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente, quando necessário” (Munir Cury et alli (org.), Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, pág. 441).

Com essa inovação legislativa, apenas os problemas infanto-juvenis não solucionados pelo Conselho Tutelar, quer pela resistência dos pais, responsáveis ou dos próprios tutelados, serão conhecidos pelo Magistrado, deixando as pendências familiares ao controle do Conselho Tutelar, auxiliado pelas assistentes sociais e por todos os seus colaboradores obrigatórios.

Assim, os Conselhos Tutelares, “como órgãos incumbidos pela sociedade de zelar pelos direitos das crianças e adolescentes, têm a atribuição de atendê-los, aplicando, quando sofrerem ameaça ou privação de seus direitos (art. 98), ou quando se tratar

de criança autora de infração penal (art. 105), as medidas adequadas de proteção (art. 101, I e VII), inclusive as que forem estabelecidas pela autoridade judiciária, entre as previstas no art. 101, I a VI, para adolescente autor de ato infracional; de atender aos pais ou responsáveis, aplicando-lhes, se necessário, as medidas previstas no art. 129, I a VII; (...)” (Munir Cury et alli (org.), Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, págs. 441/442).

Verifica-se, assim, a ausência de competência da Vara da Infância e Juventude de Joaçaba para a análise do caso, eis que não houve por parte do Conselho Tutelar de Treze Tílias e de seus colaboradores nenhuma tentativa para solucionar as irregularidades alegadas.

Logo, ante todo o exposto, encontra-se ausente uma das condições da ação, qual seja, o interesse processual da Curadora de Menores, para o ajuizamento da ação em exame, devendo o processo ser extinto, de ofício, sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, inc. VI, do CPC.

Colhe-se da doutrina a respeito do interesse de agir:

“Ocorre o interesse processual, ou de agir, quando a satisfação do interesse substancial ou jurídico, tutelado pelo Direito, não puder ser alcançado sem recurso à autoridade judiciária” (Arruda Alvim, Manual de Direito Processual Civil, parte geral, vol. 1, 7ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo, RT, 2000, pág. 412).

Ainda Alfredo Buzaid elucidando o assunto, declarou que “há interesse processual se a parte sofre um prejuízo não propondo a demanda e

daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais." (Alfredo Buzaid, Do agravo de Petição, São Paulo, RT, 1945, págs. 109/110, apud, Benedito Mário Vitiritto, Carência da Ação?, São Paulo, LEJUZ, 1999, pág. 59) (grifos nossos e originais).

Ressalte-se que os autos devem ser remetidos ao Conselho Tutelar do Município de Treze Tílias, a fim de que sejam averiguadas as alegadas irregularidades no seio da família da apelante e proceda-se a aplicação das medidas assistenciais cabíveis previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente; apenas reportando-se ao Judiciário se essas medidas não forem cumpridas pela apelante, ou se esta entendê-las indevidas, configurando o conflito de interesses.

### III — Decisão

Diante do exposto, extingue-se, de ofício, o processo, sem jul-

gamento do mérito, com fulcro no art. 267, inc. VI, do CPC, determinando-se a remessa dos autos ao Conselho Tutelar do município de Treze Tílias para que sejam averiguadas as alegadas irregularidades e proceda-se à aplicação das medidas assistenciais cabíveis previstas no ECA.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Eder Graf, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Francisco Hoepers.

Florianópolis, 25 de abril de 2000.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente para o acórdão e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 99.015239-1, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Newton Trisotto**

*Duplicata — Declaratória de inexistência de débito — Contestação intempestiva — Ausência de relação causal e comprovante de entrega da mercadoria.*

*1. Ao autor cumpre provar o fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 333, I). No entanto, a regra não é absoluta; não se lhe pode impor produzir prova negativa. Aforada ação declaratória de inexistência de débito inscrito em duplicata, à sacadora transfere-se o ônus de comprovar, estreme de dívida, a existência de justa causa para o saque.*

*2. Para efeito de assegurar o direito de regresso do endossatário contra o endossante, o protesto é suprido pela decisão judicial que o susta.*

*3. Não havendo condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados de acordo com os parâmetros do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.015239-1, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante Banpar Fomento Comercial e Serviços Ltda., e apelada Promac Máquinas e Equipamentos Ltda.:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para reduzir os honorários advocatícios para R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Custas na forma da lei.

## **I — Relatório**

Promac — Máquinas e Equipamentos Ltda. ajuizou “ação cautelar de sustação de protesto” e “ação ordinária de nulidade de título” contra Indústrias Nardini S.A. e Banpar Fomento Comercial e Serviços Ltda.

O litígio tem origem na emissão, pela primeira ré, das duplicatas ns. 057690201, 057690202 e 051370303, sacadas contra a demandante e endossadas à segunda.

A autora assevera que “não é devedora dos referidos títulos, eis que não realizou com a emitente das cédulas nenhuma transação comercial para justificar a cobrança pretendida, desconhecendo totalmente a sua ori-

gem, sendo, indubitavelmente, a sua emissão de procedência clandestina”.

Apenas Banpar Fomento Comercial e Serviços Ltda. apresentou defesa (fls. 18/33). Em seguida, o Dr. José Mazoni Ferreira prolatou sentença. Depois de decretar intempestiva a contestação ofertada pela Banpar Fomento Comercial e Serviços Ltda., julgou procedente o pedido e declarou a “inexigibilidade das duplicatas relacionadas na inicial, em relação à autora, sustentando-lhe, em caráter definitivo, o protesto cambial, julgando, conseqüentemente, extinta a ação de sustação de protesto em apenso”.

Banpar Fomento Comercial e Serviços Ltda. interpôs apelação, dizendo, em síntese, que: a) “referidas duplicatas foram cedidas à apelante co-ré Nardini, por meio de endosso translativo, sendo a apelante titular do crédito representado nos títulos”; b) comunicou à sacada que o crédito lhe foi cedido; c) equivocou-se o MM. Juiz de Direito ao decretar-lhe a revelia, porquanto, considerada a regra do art. 191 do Código de Processo Civil, é tempestiva a contestação; d) não é admissível a oposição de exceções pessoais a terceiros de boa-fé; e) na hipótese de ser mantida a sentença, no acórdão deve ser declarado o direito de regresso contra a endossante das cédulas. Reclama, também, do

critério utilizado para fixação da verba honorária.

A apelada pugna pela confirmação do decisum.

## II — Voto

1. Proposta a demanda contra dois réus e sendo um deles revel, não se computa em dobro o prazo para resposta (CPC, art. 191). Sobre o tema, anota Theotonio Negrão:

“Não basta o litisconsórcio: é preciso que haja mais de um advogado, representando clientes diversos. Assim, se há dois réus e um é revel, não se aplica o art. 191 (RT 483/100, 500/153, 508/150, 516/159, 544/104, RJTJESP 123/292, JTA 47/66, 50/120, Bol. AASP 894/13)” (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Saraiva, 1999, 30ª ed., pág. 257).

As rés foram citadas pelo correio; os AR foram juntados em 15/5/97. Apenas a Banpar Fomento Comercial e Serviço Ltda. ofertou resposta, protocolizada em 16/6/97, ou seja, quando já esgotado o quinquênio legal.

2. Ao autor cumpre provar o fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 333, I). No entanto, a regra não é absoluta; não se lhe pode exigir que produza prova negativa. Aforada ação declaratória de inexistência de débito inscrito em duplicata, à sacadora transfere-se o ônus de comprovar, estreme de dúvida, a existência de justa causa para o saque. Da jurisprudência colaciono os julgados que seguem:

“Sempre que posta em dúvida, ao emitente incumbe a prova da lisura da causa debendi nos processos de

cobrança de duplicatas, isto é, cabe-lhe comprovar que se tratou de venda de mercadoria e que esta foi entregue ao comprador sacado ou a outrem a sua ordem” (JB 45/97).

“A duplicata é título causal, e compete à vendedora provar a causa do título; tal ônus não se transfere à autora, que não tem de provar fato negativo” (Pacheco, José Ernani de Carvalho. Jurisprudência — duplicata, Juruá, 1992, pág. 109).

No caso sub judice, não há prova da existência de relação negocial que justificasse a emissão das duplicatas.

3. O fato de a apelante ser endossatária e terceira de boa-fé é absolutamente irrelevante; não justifica o protesto de duplicata sem causa.

Não perde ela o direito de regresso, pois os efeitos do protesto são supridos pela decisão que o susta. A respeito da questão, transcrevo ex-certo do acórdão relativo à Apelação Cível n. 97.007597-9:

“Mas, por outro lado, há que se resguardar também o direito do endossatário de boa-fé.

“Sobre o tema, no RE n. 95.346—RJ, assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

‘Apresentando o estabelecimento bancário, a protesto, como endossatário, duplicata que não correspondia à venda de mercadorias, encontrando-se o título sem aceite, há de responder pelo dano causado, fixado, aliás, com muita razoabilidade, se reiteradamente avisado pelo sacado de que se tratava de uma duplicata fria e, ainda mais, tendo chegado a depositar este último o valor que lhe

era cobrado, em garantia do pseudo-débito. É admissível a sustação de protesto de duplicata, em casos excepcionais, sob pena de, desvirtuando-se os objetivos da legislação pertinente, possa ela degenerar em abuso, sabendo-se os prejuízos que um protesto inteiramente descabido pode acarretar ao sacado' (RTJ 114/1.101).

"Não passou despercebido ao eminente relator, Ministro Aldir Passarinho, que se impunha preservar o direito do endossatário de boa-fé, preocupação que levou Sua Excelência a registrar no acórdão:

'Apenas caberia reformar-se em parte o v. acórdão a fim de assegurar-se ao Banco do Brasil S.A. o direito de regresso contra o endossador, o que entendo possa ser concedido já que o pedido é mais amplo, e foi invocado exatamente como suporte de suas contas, de sua apelação e do extraordinário, o disposto no § 4º do art. 13 da Lei n. 5.474/68.

'(...).

'Pelo exposto, conheço em parte do recurso pela letra a do art. 119, III, da CF e nessa parte lhe dou provimento, apenas para assegurar ao recorrente o direito de regresso contra o segundo réu, ou seja, o endossante das duplicatas' (pág. 1.105).

"Solução que se me afigura mais prática, também correta, está estampada em aresto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado:

'Sustação de protesto de duplicata não aceita e endossada a estabelecimento bancário. Deferimento. Sem o aceite, o sacado não se vincula à relação cambiariforme. O endossa-

tário, a seu turno, não perde o direito de regresso contra a sacadora e avalista, eis que o protesto não se extrai por obstáculo judicial. Agravo improvido. Voto vencido' (JB 98/152).

"Não há como discordar desta solução.

"Se o protesto não se realiza por obstáculo judicial insuperável, como o é uma sentença impeditiva de sua consumação, evidente que não pode o endossatário ser penalizado com a perda do direito de regresso contra o endossante e/ou avalistas. O protesto, que serve apenas para demonstrar a impontualidade, é suprido, nesse caso, pela sentença, produzindo ela os mesmos efeitos daquele.

"O Superior Tribunal de Justiça orienta-se no mesmo sentido, conforme se infere dos julgados cujas ementas passo a reproduzir:

'Conquanto endossada a duplicata, é de impedir-se o protesto, uma vez reconhecida a inexistência da obrigação do sacado para com o emitente. Em tal hipótese, cumpre fazer ressalva, em ordem a assegurar o direito de regresso do endossatário de boa-fé. Inteligência do art. 13, § 4º, da Lei das Duplicatas.

'Aquele reconhecimento, porém, não induz, no caso de endosso, à declaração de ineficácia do título, pois tanto determinaria a ineficácia das obrigações nele fundadas. Hipótese em que, não obstante declarado ineficaz o título, fez-se a ressalva. Interesse de recorrer evidenciado, em face do reflexo nos ônus da sucumbência' (REsp n. 63.212-9, Min. Costa Leite).

'1. O sacado que não aceita duplicata já paga tem o direito de ver reconhecida em juízo a inexigibilidade

do título, mesmo com endosso pleno em favor do estabelecimento bancário.

‘2. Em relação ao banco, é ressaltado o direito de regresso contra o endossante, independentemente de protesto’ (REsp n. 55.072-7, Min. Ruy Rosado de Aguiar).

‘Em princípio, cuidando-se de protesto ‘necessário’, ao ajuizamento de ação regressiva — Lei n. 5.474/68, art. 13, § 4º —, estaria o portador da cambial no exercício regular de um direito. Mas, como o protesto visa comprovar a negativa ao aceite, tal negativa já exsurge evidente da propositura da ação de sustação do protesto. Tal ação poderá, pois, em princípio, ser julgada procedente, embora com a expressa ressalva do eventual direito de regresso em caso de endosso por desconto bancário. Exegese teleológica da norma legal’ (REsp n. 12.395-0, Min. Athos Carneiro).

“Carvalho Santos, nos comentários ao artigo 168 do Código Civil, ensina que a ‘doutrina admite que a prescrição não corra contra aquele que se acha na impossibilidade absoluta de agir, em virtude de uma causa objetiva, como, por exemplo, a força maior que impeça a pessoa de agir’ (Código Civil brasileiro interpretado, vol. III, 10ª ed., pág. 405). A lição aplica-se, por analogia, à hipótese tratada.

“O endossatário, por motivo de força maior, ficou impedido de agir na busca do pressuposto do seu direito de regresso: o protesto do título.

“4. Como está implícito no julgamento do Recurso Especial n.

55.072-6, já acima referido, o sacado, que nada deve ao emitente da duplicata, não pode ser penalizado com o protesto de duplicata já paga ou extraída ilicitamente.

“Em todo negócio, há um risco; no da cessão de crédito, o endossatário é que deve suportá-lo”.

4. Os honorários advocatícios foram fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor dado à causa (R\$ 37.400,00); correspondem a R\$ 5.610,00 (cinco mil, seiscentos e dez reais). A demanda não se reveste de complexidade jurídica nem exigiu trabalho excepcional dos advogados da partes. O feito foi julgado antecipadamente. Nesse aspecto, impõe-se o acolhimento do reclamo.

5. Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso para reduzir os honorários advocatícios para R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, deram provimento parcial ao recurso para reduzir os honorários advocatícios para R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho.

Florianópolis, 9 de maio de 2000.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente para o acórdão com voto;*  
*Newton Trisotto,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 99.015715-6, DE SÃO JOSÉ****Relator: Des. Newton Trisotto**

*Posse — Propriedade — Contrato — Ação de despejo — Direito real — Inscrição — Titularidade — Presunção.*

*Enquanto não desconstituído o título de domínio, ao proprietário é assegurado o “direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua” (CC, arts. 152 e 524).*

*A contestação à ação de despejo não comporta discussão de matéria relacionada com vício na transmissão do domínio.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.015715-6, da comarca de São José (2ª Vara Cível e Registros Públicos), em que é apelante Waldomiro João Resnner e apelado José Antônio Vasconcellos Costa:*

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

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

José Antônio Vasconcellos Costa ajuizou “ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança” contra Waldomiro João Resnner.

Apresentada a contestação, o Dr. Jaime Luiz Vicari, depois de assentar que “em se tratando de contrato de locação escrito, o qual constitui um título executivo extrajudicial, nos precisos termos do artigo 585, inciso IV, do CPC, carece o postulante de legítimo interesse para obtenção de outro título executivo, desta vez judicial, sobre o mesmo débito”, julgou proce-

dente apenas o pedido relacionado com o despejo.

O réu interpôs apelação. Reeditando argumentos expendidos na contestação, sustenta que o autor é “agiotista” e que lhe transmitiu o domínio do único imóvel de sua propriedade para garantir o pagamento de empréstimo no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Em seguida celebraram simulado contrato de locação. Disse que pretende liquidar o débito e que para tanto necessita de prazo razoável, devendo ser intimado o credor para manifestar-se acerca da proposta formulada.

O apelado propugna a confirmação do decism.

**II — Voto**

1. Ensina Carvalho Santos: “Numa expressiva comparação, 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", a saber:

1<sup>a</sup> — 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.

2<sup>a</sup> — 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.

3<sup>a</sup> — 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, 10<sup>a</sup> ed., vol. II, pág. 218).

Na definição de 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", acrescentando adiante que "expectativa de direito é o nada jurídico" (Curso de Direito Civil, Saraiva, 1977, 15<sup>a</sup> ed., vol. I, págs. 166/7).

Como se verá, essa introdução tem pertinência com o caso sub examen.

2. Dispõe o Código Civil que "presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu"

(art. 860). O art. 152, primeira parte, prescreve que "as nulidades do art. 147 (relativas) não têm efeito antes de julgadas por sentença, nem se pronunciam de ofício".

O autor exibiu o contrato de locação e prova de ser proprietário do imóvel locado. O réu afirma que foi coagido a transferir-lhe o domínio, temporariamente, tão-somente para garantir o pagamento de empréstimo, e assinar o contrato de locação. Não ofertou reconvenção. Destarte, não há como declarar, nestes autos, a nulidade do ato consistente na transmissão do domínio. E, enquanto não declarado nulo, o titular do domínio tem o direito, já constituído, de "usar, gozar e dispor de seus bens, e reavê-los de quem quer que injustamente os posua" (CC, art. 524). Por ora, o réu tem apenas uma "expectativa de direito". A toda evidência, deve ser amparado o direito já constituído.

3. A ação de despejo não comporta discussão em torno da licitude da transmissão do domínio. Destarte, não há que se falar em nulidade da sentença porque não intimado o autor para se pronunciar acerca da proposta formulada para liquidação do empréstimo aludido. O julgamento antecipado da lide se impunha. Conforme anotado no Recurso Especial n. 2.832, "presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder" (Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

4. Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso.



**III — Decisão**

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

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho.

Florianópolis, 2 de março de 2000.

*Carlos Prudêncio,*

*Presidente para o acórdão com voto;*

*Newton Trisotto,*

*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 99.016975-8, DE TURVO**

**Relator: Des. Newton Trisotto**

*Processual civil — Sentença — Extinção do processo — Julgamento extra petita.*

*Apenas as condições puramente potestativas são ilícitas. Constituem-se naquelas “em que a eficácia do negócio fica ao inteiro arbítrio de uma das partes sem a interferência de qualquer fato externo; é cláusula si voluero, ou seja, se me aprouver” (Silvio Rodrigues).*

*Não é potestativa a condição inserida em contrato de promessa de compra e venda de fumo em folha que obriga o produtor a pagar “taxa de prestação de serviço” caso venha a entregar a produção a terceiro e não à empresa financiadora da plantio e colheita.*

**I — Relatório**

Souza Cruz S.A. aforou ação monitória contra Ézio Dordete.

O litígio decorre de “contrato de compra e venda de fumo” celebrado em 21/5/96. A empresa forneceu insumos agrícolas “mediante o pagamento pelo produtor da correspondente taxa de prestação de serviços, ora convencionada em R\$ 0,15 (quinze centavos de real) por kg de fumo, incidente sobre o volume estabelecido de acordo com o item 3.2 deste contrato a fornecer orientação técnica, disponibilizando seu corpo técnico para consultas, visitas individuais ou reuniões grupais

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.016975-8, da comarca de Turvo, em que é apelante Souza Cruz S.A. e apelado Ézio Dordete:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para anular o processo a partir da sentença, inclusive.

Custas na forma da lei.

durante o ciclo da cultura do fumo, até o término de sua comercialização, como forma de auxiliar o produtor na busca de melhores resultados em produtividade e qualidade de sua produção”.

Na petição inicial, afirma a autora que, “apesar de todas as tentativas de cobrança e resolução amigável perante o requerido, até o presente momento, o mesmo não manifestou interesse em saldar sua dívida, razão pela qual recorre ao Poder Judiciário para ver ressarcido seu crédito”, no montante de R\$ 721,95 (setecentos e vinte e um reais e noventa e cinco centavos).

Nos embargos, disse o réu que a embargada é carecedora da ação, “por absoluta falta de interesse de agir”. Disse que lhe entregou toda a produção e que serviços de “assistência técnica” não foram prestados. Pele que seja condenada “nas penalidades do art. 1.531 do Código Civil, por exigir pagamento indevido”.

Inquiridas duas testemunhas (fls. 60/61), o Dr. Roberto Márius Fávero julgou procedentes os embargos, registrando na sentença:

“No mérito, com razão o embargante, pois o contrato todo é um primor de potestividade, principalmente tendo em vista que a autora é multinacional do ramo e o embargante é simples e pequeno agricultor, que não tem — nem pode ter, nestas condições — alcance do contrato de adesão — e que está à fl. 7, que firmou.

“Imagine-se um acordo (fl.7) onde uma das partes estabelece o quanto a outra irá produzir — isso independentemente das condições climáticas, econômicas e pessoais, sen-

do que impõe ainda que todo produto deverá ser-lhe entregue, sem que no entanto fique obrigado a adquiri-lo e, quando o faz, ela mesma classificará o tipo do produto, pagando pelo mesmo aquilo que entender, ou seja, ‘preços e condições resultantes da negociação do preço do fumo entre as representações oficiais dos produtores e das empresas fumageiras (3.1)’.

“E, caso não esteja satisfeita, poderá devolver tudo o que for produzido, eis que o contrato não a obriga a comprar a produção integral — mesmo a ‘estimada’ — ...restando à outra parte ainda as dívidas pelos insumos entregues pela parte contratante.

“Isto é, nem o agricultor tem liberdade de escolher, planejar e comprar os insumos — deve adquiri-los junto à autora; deve seguir ‘instruções técnicas’ da autora (item 2.2) — na verdade, clara fiscalização (1.3) — e pagar por isso em percentual sobre o valor estimado por ela, autora, que tem a liberdade de devolver o produto que não lhe interessa. E mais, segundo a cláusula n. 1.4, na prática a autora não fica obrigada a adquirir sequer um grama do produto (...) veja-se que na cláusula n. 1.1 a empresa se compromete a adquirir ‘a totalidade de sua produção de fumo em folha’; mas, na cláusula 1.4 diz que ‘esta obrigação — a de pagar o transporte — limita-se a fumos que observem a portaria tal, da data tal (...) tudo muito claro’.

“Só mesmo um agricultor iletrado, sem a menor orientação legal, é que se torna presa fácil de contratos tais, efetuados por multinacionais com origem em países onde tais cláusulas não podem ser derrubadas na justiça, pelo ordenamento jurídico proteger

com unhas e dentes o capital. Aliás, o informante ouvido às fls. 61 nada esclarece e muito menos comprova.

“Prevê o Código Civil que, quando o contrato se torna oneroso demais para uma das partes, não pode ser validamente executado.

“Ora, a tal assistência técnica é de exclusivo interesse da autora, que quer que o agricultor pague por ela, que a faz — se a faz — por intermédio de um empregado seu, estabelecendo o valor de tal assistência sobre um total de produção estimado, defeso ao agricultor optar por outro técnico.

“Poder-se-ia argumentar que a autora despendeu insumos de produção, mas não é este o ponto, até porque o agricultor utilizou suas terras para plantar — em regime de quase semi-escravidão — o produto que interessava à autora.

“Verifica-se que nesta ação monitoria o que se pretende é o pagamento da verba a título de assistência técnica, ou seja, serviço prestado pelo empregado da autora ao réu, que na verdade era uma fiscalização em prol da autora.

“Este — não há necessidade de comprovação, eis que não é isto que se discute — se prestado o foi de forma extremamente imposta, e ainda claramente em benefício da autora, o que invalida o pacto.

“[...]”

“Evidentemente o autor pode ser colocado na classificação de consumidor, uma vez que se obrigou, pela cláusula 1.2 do contrato de adesão, a adquirir insumos da autora para aplicação na lavoura cujo produto deveria ser entregue integralmente a esta”.

Condenou a embargada a pagar as custas judiciais e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), e o embargado à pena de multa “por provocar incidentes manifestamente infundados, ao alegar preliminares destituídas de fundamento, apenas com o fito de conturbar o processo, agindo assim na forma proibida pelo art. 17, inc. VI, do CPC”.

A autora interpôs apelação, na qual rebate a tese afirmada na sentença. Acrescentou que: a) a sentença foi “tendenciosa” ao afirmar que a apelante é “multinacional” e o apelado apenas um “pobre e pequeno produtor”; b) a empresa realiza constantes reuniões com os agricultores a fim de rever a estimativa de safra prevista no contrato, “levando em conta a intervenção de fatores supervenientes”; c) em razão do hábito dos produtores em “produzir o que foi firmado na estimativa, porém, proceder a venda do fumo para outra companhia, no intuito de lucro ilícito” é que instituiu este tipo de contrato, visando a inibir o desvio de fumo; d) a estimativa a ser produzida era de 6.000kg de fumo, tendo o produtor entregue apenas 630kg, quantia esta bem abaixo da acordada; e) quanto ao procedimento adotado, o produtor “tem o direito de promover reclamação no ato da classificação, bem como de negar-se a entregar o fumo, se achar que o valor proposto pela empresa fumageira não condiz com o esperado, tendo ainda a liberdade de promover a venda do fumo a outra companhia, ou a terceiro, que lhe proponha melhor pagamento, desde que pague suas dívidas junto à companhia que lhe forneceu insumos, não havendo onerosidade excessiva

ao produtor e nem cláusulas potestativas no contrato firmado”.

O apelado pugna a confirmação do decisum e pede que seja a apelante condenada à pena de multa por litigância de má-fé.

## II — Voto

1. Dispõe o art. 115 do Código Civil: “São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes”.

Discorrendo acerca desse dispositivo, anota Washington de Barros Monteiro:

“Condição potestativa é a subordinada à vontade de um dos contraentes. Diz o Código, no art. 115, in fine, que entre as condições defesas se incluem as que se sujeitarem o ato ao arbítrio de uma das partes.

“Em princípio, portanto, ante a literalidade da lei, condenadas estariam todas as condições potestativas. A questão não se resolve, entretanto, com essa aparente mas radical simplicidade.

“De feito, é mister distinguir as condições puramente potestativas das meramente ou simplesmente potestativas. As primeiras são as de mero capricho: se eu levantar o braço, se for à cidade, se vestir tal roupa. As segundas dependem da prática de algum ato por parte do contraente, na dependência, porém, do exame de circunstâncias que escapam ao controle dele” (Curso de Direito Civil, Saraiva, 1979, 19ª ed., vol. I, pág. 228).

Com ele consoa Silvio Rodrigues e Vicente Ráo:

“Diz-se potestativa a condição quando a realização do fato, de que depende a relação jurídica, se subordina à vontade de uma das partes, que pode provocar ou impedir sua ocorrência.

“Nem todas as condições potestativas são ilícitas. Só o são as puramente potestativas, isto é, aquelas em que a eficácia do negócio fica ao inteiro arbítrio de uma das partes sem a interferência de qualquer fato externo; é cláusula si voluero, ou seja, se me aprouver” (Direito Civil, Saraiva, 1981, 11ª ed., vol. I, pág. 243).

“Entre as condições vedadas figura a que subordina os efeitos do ato jurídico ao mero arbítrio de uma das partes (Código Civil, art. 115): sub haec conditione si volam nula fit obligatio, rezam as fontes (D. 44, 7, 8: 45, 1, 17).

“Segundo o Código Civil francês diz-se potestativa a condição qui fait dependre l'exécution de la convention d'un événement qui est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher (art. 1.170). Mas nem toda condição potestativa é vedada. De fato, uma condição dessa espécie pode sujeitar os efeitos do ato jurídico à vontade de quem, por força do mesmo ato, adquire direitos, como pode fazê-los depender da vontade da parte que obrigações assume e, conforme se verifique esta ou aquela hipótese, diversas serão as conseqüências.

“Se alguém declarar que se obriga sob a condição de cumprir a sua obrigação ‘se quiser’ (ou usando expressão equivalente), ou sob a con-

dição de se verificar certo ato que só de seu mero arbítrio dependa, nulo será o ato jurídico por faltar, a quem contrai, a vontade atual de se obrigar e, conseqüentemente, por ausência de vínculo de direito.

Outro tanto, porém, não sucede quando a verificação ou não verificação do evento é deixada à vontade de uma das partes em circunstâncias tais que permitam pressupor venha sua deliberação futura a ser determinada por motivos sérios dentro da ordem normal das coisas e não por mero arbítrio.

“Válidas também se consideram as condições nas quais a verificação do evento depende em parte do contraente e em parte do acaso ou da vontade de terceiro.

“Estas últimas condições, que condições mistas se chamam, bem como as anteriormente citadas, que se denominam simplesmente potestativas (em contraste com as puramente potestativas ou arbitrárias) não causam nulidade do ato que, assim sendo, produz todos os seus efeitos de direito segundo as normas que disciplinam as condições permitidas” (Ato Jurídico, Saraiva, 1981, 3ª ed., págs. 324-6).

O conceito doutrinário de condição puramente potestativa difere daquele acolhido pelos tribunais. Os julgados abaixo confirmam a assertiva:

“A cláusula potestativa, a teor do art. 115 da Lei Substantiva Civil, se instala sempre que as condições contratuais fiquem subordinadas à vontade exclusiva de uma das partes; inadmitindo-a, a lei busca, acima de tudo, proteger os interesses daquele que,

economicamente mais fraco, acaba, em decorrência de necessidades momentâneas, cedendo às pressões do economicamente mais forte, abstraída, então, a liberdade de contratar” (Ap. Cív. n. 49.515, Des. Trindade dos Santos).

“É potestativa a cláusula de contrato que disponha sobre incidência de índice de correção a critério exclusivo do arrendador, como na hipótese de índice fundado na variação dos custos de captação de recursos no mercado financeiro. Inteligência dos arts. 52 do Código de Defesa do Consumidor e 115 do Código Civil” (Ap. Cív. n. 46.682, Des. Pedro Manoel Abreu).

“Consagrando o pacto a taxa de juros através de índice da Anbid (Associação Nacional dos Bancos de Investimento e Desenvolvimento) ou na eventual ausência deste, da maior praticada pelo Banco em suas operações de conta própria, há condição potestativa (art. 115 do Código Civil), por sujeitar a parte ao arbítrio da outra” (Ap. Cív. n. 36.289, Des. Francisco Oliveira Filho).

“Contrato — Cláusula de reajuste dos preços — Previsão que faculta à credora a escolha arbitrária de outros índices concomitantes àquele inicialmente adotado — Condição potestativa vedada pelo art. 115 do CC’ (TJSP, RT 678/94).

“Este entendimento, mutatis mutandis, aplica-se ao caso dos autos. A cláusula que faculta ao credor emitir letra de câmbio no valor do saldo devedor, por deixar ao inteiro arbítrio dele emitir ou não a cártula, além da forma de cálculo do saldo, as taxas e índices incluídos, a data do venci-

mento da cambial, é puramente potestativa, sendo nula de pleno direito.

“A emissão de letra de câmbio nessas circunstâncias caracterizaria flagrante burla à Súmula 60. Da jurisprudência, colaciono os julgados abaixo, os quais, por analogia, são aplicáveis ao caso sub examen e apóiam o entendimento perfilhado:

‘Apesar de nascer a obrigação cambial do sacado somente com o ato do aceite, o mandato outorgado pelo devedor para que possa ser criada letra de câmbio, por mandatário integrante do mesmo grupo econômico do mutuante, com base em contrato de mútuo, permitiria a aposição do nome do mutuário como sacador da letra, tornando-o responsável em eventual circulação do título. Daí a incidência do veto contido no Enunciado 60 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual é nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste’ (REsp n. 109.006, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RSTJ 97/299).

“Contrato — Cláusula de reajuste dos preços — Previsão que faculta à credora a escolha arbitrária de outros índices concomitantes àquele inicialmente adotado — Condição potestativa vedada pelo art. 115 do CC” (TJSP, RT 678/94).

2. No caso sub examen, as partes celebraram contrato de “compra e venda de fumo em folha”. A autora financiou a plantação e se obrigou a adquirir toda a produção de fumo em

folha. O nominado, por seu turno, se comprometeu a lhe entregar a produção, sob pena de ter de pagar uma “taxa de prestação de serviço”. A cláusula não é potestativa. Ademais, não é nulo todo o contrato se condição potestativa estiver relacionada com cláusulas acessórias. E, tendo livremente aderido ao contrato, não poderia o apelado negar-lhe efetividade, pois não lhe é lícito se aproveitar da própria torpeza.

Nos embargos, o réu não questiona a eficácia do contrato; tão-somente sustenta que nada mais deve à apelante. Não estando em discussão as cláusulas do contrato, mas apenas a existência ou não de débito, houve julgamento extra petita.

3. Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso para anular o processo a partir da sentença, inclusive.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, deram provimento ao recurso para anular o processo a partir da sentença, inclusive.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho.

Florianópolis, 9 de maio de 2000.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente para o acórdão com voto;*  
*Newton Trisotto,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 99.022086-9, DE MONDAÍ****Relator: Des. Newton Trisotto**

*Embargos de terceiro possuidor — Posse — Propriedade — Domínio — Penhora — Validade — Interditos possessórios.*

*A posse, conquanto atributo da propriedade, poderá estar temporariamente desvinculada dela, constituindo direito autônomo. Assim sendo, a penhora pode incidir sobre o domínio ou exclusivamente sobre o direito à posse (jus possidendi) ou de posse (jus possessionem).*

*Se limitados os embargos de terceiro à defesa da posse em si mesma, desvinculada de qualquer outro título, a decisão que os acolhe não fará coisa julgada em relação ao domínio. Nessa hipótese, a procedência do pedido não importará na exclusão do imóvel da penhora; apenas assegurará ao embargante o direito de ser mantido, provisoriamente, na posse, que poderá ser reivindicada pelo arrematante posteriormente à transmissão da propriedade, com o registro da carta de arrematação (CC, art. 524). Impõe-se atentar que “os embargos de terceiro prejudicado visam tão-somente a que não se discuta direito próprio sem um processo onde não figurou como parte. É mera faculdade processual que a lei lhe confere. A sua não utilização não prejudica o direito material existente que poderá vir a ser discutido em ação ordinária própria” (AGA n. 88.561, Min. Waldemar Zveiter).*

**I — Relatório**

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.022086-9, da comarca de Mondai, em que é apelante Banco do Brasil S.A., e apelada Associação Recreativa e Esportiva dos Policiais Rodoviários Estaduais:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

A Associação Recreativa e Esportiva dos Policiais Rodoviários Estaduais ajuizou “ação de embargos de terceiro” contra o Banco do Brasil S.A.

Tem por objeto a posse sobre parte (3.786m<sup>2</sup>) de um terreno urbano matriculado no Cartório de Registros de Imóveis da comarca de Mondai sob o n. 3.809 penhorado na execução que o embargado move contra Olívio Berti — ME e Egon Inácio Marx. A embargante afirma que há anos ocupa aquela área com autorização do pro-

prietário que lha prometera verbalmente em doação.

Apresentada a defesa (fls. 34/35), o Dr. Carlos Roberto da Silva julgou procedente o pedido e condenou o embargado a pagar as custas judiciais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

O vencido interpôs apelação, sustentando:

“O Apelado, ancorou em juízo, com o procedimento visando a manter-se na posse do imóvel, alegando que lá estava, de boa-fé, tendo edificado benfeitorias sobre o mesmo.

“O Apelante, por sua vez, não negou a posse, mas à contestou alegando, que a mesma é exercida de má-fé, posto que o imóvel, objeto do litígio, está com o gravame da hipoteca, o que podemos constatar do título de propriedade de fls.

“Pois, a publicidade do gravame é indiscutível, encontra-se no Registro Público, por si só, já caracteriza a ilegitimidade e a clandestinidade da posse do imóvel, afastando assim a hipótese de boa-fé.

“O Apelado, não traz aos autos em momento algum a alegada transferência do domínio por doação, e este é provado pelo instrumento de Registro de Imóveis com o gravame.

“Não podemos aceitar, que o Apelante, que recebeu o imóvel em hipoteca, levando a mesma a Registro Público, venha a ser prejudicado em seu direito líquido e certo, por um possuidor de má-fé, o que é incontestado no presente feito.

“(…).

“Temos, que em sede de domínio não resta qualquer dúvida, ter o Apelante o direito na constrição e ônus que recai sobre o imóvel”.

A apelada pugna a confirmação do decísum.

## II — Voto

1. Domínio e posse são coisas distintas e, conquanto esta seja um atributo daquele (Monteiro, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, 1976, 16ª ed., vol. III, pág. 33; Fulgêncio, Tito. Da posse e das ações possessórias, Forense, 1978, 5ª ed., vol. I, pág. 12; Baleeiro, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro, Forense, 1995, pág. 148), podem estar temporariamente destacados.

Mesmo quando no poder de quem não seja proprietário da coisa, a posse é tutelada pelo Direito (CC, art. 499). O seu detentor pode reclamar a proteção possessória até mesmo contra o titular do domínio, como é o caso do locador, do comodatário, do usufrutuário etc. Isso porque, segundo Silvío Rodrigues, Saraiva, 1993, vol. V, pág. 17).

Igualmente não podem ser confundidos o direito de posse (jus possessionis) e o direito à posse (jus possidendi). No primeiro caso, o direito decorre da própria posse, posse originária, autônoma; no segundo, a posse é derivada, causal. Sobre o tema, observa Pontes de Miranda:

“I — O ius possidendi, direito à posse, ou a ter a posse. Não há senão um direito à posse; daí ser inadmissível pensar-se em ‘melhor posse’ (...). Têm direito à posse o proprietário, o usufrutuário, o usuário, o titular do di-



reito de habitação, o administrador e representantes das pessoas físicas e jurídicas para haverem dos seus antecessores a posse dos bens pertencentes à pessoa jurídica e os mandatários quanto à posse dos bens do mandante entregues aos antecessores no mandato. Inclui Martin Wolff (Lehrbuch, III, 27-32<sup>a</sup> ed., 62) o arrendatário ou locatário, mas êsse, se tomou posse, tem *ius possessionis*, se não a tomou, só tem pretensão de direito das obrigações.

“II — O *ius possessionis*, que é o direito oriundo da posse, ao entrar essa no mundo jurídico.

“III — A ofensa ao *ius possessionis* é distinta da ofensa ao fato jurídico *stricto sensu* da posse: o fato jurídico *stricto sensu* ofendido enseja o *ius possessionis*, as pretensões e as ações possessórias; se é o *ius possessionis*, que se discute, já se discute no plano da eficácia posterior do fato jurídico da posse, isto é, no plano das pretensões e ações nascidas do *ius possessionis*. A ação quanto ao direito de posse (art. 521) não é possessória, — é petitoria” (Tratado de Direito Privado, RT, 1983, 4<sup>a</sup> ed., págs. 77/8).

Com ele consoam Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil, Saraiva, 1976, 16<sup>a</sup> ed. vol. III, pág. 33), Silvio Rodrigues (Direito Civil, Saraiva, 1993, 20<sup>a</sup> ed., vol. V, pág. 16), Carlos Roberto Gonçalves (Direito das Coisas, Sinopses Jurídicas, Saraiva, 1997, 1<sup>a</sup> ed., vol. 3, pág. 5) e Caio Mário da Silva Pereira (Instituições de Direito Civil, Forense, 1970, 1<sup>a</sup> ed., vol. IV, pág. 26). O último atribui ao locatário o *ius possidendi*, ou direito de possuir, definido por ele co-

mo a “faculdade que tem uma pessoa, por já ser titular de uma situação jurídica, de exercer a posse sobre determinada coisa”.

Quando a posse é ameaçada, turbada ou esbulhada, tem o possuidor os interditos possessórios para defendê-la (CC, art. 499; CPC, arts. 926 e 932). No entanto, eles não são adequados para a defesa da posse violada por “ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha” (CPC, art. 1.046). Para tanto, prestam-se os embargos de terceiro.

Pontes de Miranda admite que, quanto à natureza, há relativa similitude entre as demandas possessórias e os embargos de terceiro: “Os embargos de terceiro senhor da coisa são ação semelhante à de reivindicação, ao passo que os embargos do terceiro possuidor são à semelhança da ação de manutenção, e os de senhor e possuidor, à feição das duas, combinadas”. Concordo que os embargos de terceiro se confundem, na sua finalidade, com as ações possessórias, sobretudo quando versam exclusivamente sobre a posse. Também estou de acordo com a ressalva de que “seria erro se identificarem tais ações” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1977, vol. XV, pág. 61). Anota o renomado jurista:

“Os embargos de terceiro senhor da coisa, sendo, como são, contra ato do juiz, distinguem-se da ação possessória, e de certo modo se justificam por ser turbado ou esbulhado o terceiro sem poder desforçar-se, isto é, possessionem recuperare auctoritate propria, como tão percuciente foi

Manuel Gonçalves da Silva (Comentaria, III, 293) em vê-lo, — o que, por certo, se lhe permitiria se adversus alios extraneos.

“A concepção dos embargos de terceiro como remédio jurídico possessório seria errada, porque a posse pode ser o direito invocado, entre tantíssimos outros (sem razão, a 1ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 10 de janeiro de 1944, RT, 152/541). O art. 505, 2ª parte, do Código Civil só é invocável se a ação contida na ação mandamental é sobre a posse do terceiro.

“(…).

“Os embargos de terceiro não são remédio jurídico possessório; são ação que se pode basear na posse. Frise-se: que se pode basear” (obra citada, págs. 6 e 74).

Como se verá adiante, a introdução desses temas tem pertinência com questões suscitadas no recurso.

2. Em princípio, julgados procedentes os embargos de terceiro, o bem que constitui o seu objeto é excluído da constrição judicial. Todavia, “em direito não há lugar para absolutos”, segundo expressão de Teori Albino Zavascki (Antecipação da Tutela, Saraiva, 1997, pág. 152). O caso sub judice é exemplo da exceção à regra.

Versando os embargos de terceiro a respeito de imóvel penhorado, com grande freqüência a posse que se pretende proteger é a derivada de compromisso de compra e venda não levado a registro no Cartório Imobiliário. A jurisprudência relacionada ao tema e à hipótese encontra-se cristalizada na Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça: “É admissível a oposi-

ção de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro”.

Comungo do entendimento de que, nesses casos, a procedência do pedido leva necessariamente à exclusão do bem da penhora (ou outra forma de constrição judicial). Esclareço: tratando-se de posse derivada de contrato (jus possidendi, no conceito de Caio Mário da Silva Pereira), aquele em favor do qual foi realizada a penhora poderá impugná-la, questionando o ato ou negócio jurídico da qual resultou (por meio de ação revocatória ou pauliana, por exemplo). Rescindido o contrato, como corolário lógico a posse se tornará injusta.

Certamente por considerar que deve ser atacado o contrato ou o ato que deu origem à posse, na Súmula 195 o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que “em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores”. E sendo a posse originária, autônoma, sem causa (jus possessionis), a que título poderá o credor questioná-la? Terá legitimidade para propor demanda visando a desconstituir o direito do possuidor? Conferir-lhe-á legitimidade a circunstância de ser credor do título do domínio? Não vacilo em responder negativamente às indagações.

Na versão da embargante, o terreno objeto da lide foi ocupado com autorização verbal do titular do domínio, que lho prometeu em doação. A toda evidência, essa promessa de doação não tem eficácia jurídica. Porém, é possível que detenha a posse por tempo suficiente à caracterização da

prescrição aquisitiva. Nessa fase, o exequente não tem como se opor à posse. Se compreendesse todo o terreno e se fosse este excluído da penhora, ao credor nada mais restaria fazer, sobretudo se considerada a hipótese de o executado não dispor de outros bens para garantir a execução. Na posse derivada de contrato, se a coisa for arrematada, não terá o promitente comprador ação contra o arrematante. Por isso, parece-me justo e razoável que subsista a penhora em relação ao domínio. Poderá o arrematante, posteriormente à transmissão da propriedade, com o registro da carta de arrematação do cartório imobiliário, reivindicar a posse com fundamento no art. 524 do Código Civil. A embargante, por seu turno, terá oportunidade de defendê-la. Só então a questão terá uma definição.

A solução preconizada encontra respaldo nos comentários de Sérgio Sérulo da Cunha:

“A finalidade dos embargos de terceiros é ponto que também merece atenção. Para facilidade do discurso referimo-nos sempre, daqui em diante, ao caso mais típico de embargos de terceiro, que é o de embargos opostos à penhora, em processo de execução.

“Não parece acertado dizer que a finalidade dos embargos é manter o embargante na posse; tampouco dizer que a finalidade é suspender a penhora, suprimi-la ou torná-la ineficaz (seria erro maior, aliás, falar em ‘validade’ ou ‘invalidade da penhora’). Objetivo dos embargos é suprimir a constrição judicial que pesa injustamente sobre o bem do terceiro; seu fundamento é que a execução deve

cingir-se aos bens do devedor (princípio da responsabilidade do devedor). Afasta-se a constrição fazendo-se ineficaz a penhora em tanto quanto (ou na parte em que) alcance bem de terceiro. Assim, p. ex., se o devedor tem a propriedade, o terceiro a posse, e a penhora é feita sobre bem em seu todo, a procedência dos embargos não implica a ineficácia da penhora; esta subsiste na parte em que alcançou bem do devedor, ou seja, seu direito de propriedade; a execução continua, perseguindo a alienação judicial da coisa, excluída sua posse por se achar no patrimônio de terceiro.

“Entretanto, o princípio de responsabilidade do devedor não explica, de per si, a existência dos embargos de terceiro, salvo no caso de embargos de possuidor. É que o mero possuidor sem título, desde que privado judicialmente da posse, não tem ação para reavê-la, depois, do arrematante ou adjudicatário. O mesmo não acontece com o proprietário, ou titular de direito real, que tem as ações próprias de seu direito, como bem esclarece Pontes de Miranda (Comentários ao Código de Processo Civil, t. XV, pág.10): ‘O autor dos embargos de terceiro tem a ação mandamental, que é a dos embargos, preciosa para evitar conseqüências publicísticas dos atos processuais (e. g. venda judicial do bem de terceiro), e a ação própria ou as ações próprias do direito que ele invoca. É nesse sentido que se diz ser remédio ‘voluntário’. Nada lhe obsta propor, prescindindo da força mandamental da sentença proferida nos embargos de terceiro, a ação de reivindicção, ou a anulatória (pauliana), ou outra que corresponda à sua preten-

são, salvo, está claro, alguma preclusão” (RP 44/254).

É evidente que essa máxima não se aplica a qualquer posse, como é lembrado pelo articulista:

“Essas precisões conceituais, mesmo para os habituados ao plano das abstrações, não basta muitas vezes para afastar a sensação de estranheza que emerge, freqüentemente, nos casos de embargos de terceiro possuidor. É a sensação que nos assalta, por exemplo, se o embargante é locatário ou comodatário.

“Admitir os embargos nesses casos — em que o terceiro, seja gratuita ou onerosamente — recebe o direito de possuir das mãos do próprio devedor, não significa abrir, para o executado, uma escapatória fácil contra os seus credores? Não equivaleria a estimular a fraude contra as execuções, fornecendo ao devedor malicioso uma verdadeira cláusula de indenidade?

“Como admitir que o locatário, o comodatário etc., mediante embargos de terceiro, possa obstar a execução contra o locador, o comodante etc.?

“A pergunta acima não pode ser respondida sem prévia análise dos seus termos.

“Essa análise revela, oculto na própria pergunta, o preconceito que turba a questão, e que diz respeito ao verdadeiro alcance dos embargos de terceiro.

“Objetivo dos embargos de terceiro não é pôr fim à execução, obstar a execução. Antes, excluir da execução o que está no patrimônio de terceiro. O que a penhora atingiu, e que es-

teja no patrimônio de terceiro deve ser excluído: com a sentença proferida nos embargos a penhora, nessa parte, torna-se ineficaz. A execução prossegue, tendo como objeto aquilo que, no bem penhorado, pertença ao executado.

“Se o que está no patrimônio do terceiro é, por exemplo, a mera posse sem título, tendo o executado proprietário, a penhora e posterior alienação judicial incidem sobre a coisa, menos sua posse.

“Assim, o arrematante ou adjudicatário que receba esse direito, encontrar-se-á face ao possuidor tal como se achava o executado, ou como qualquer outro adquirente por ato inter vivos ou mortis causa, e poderá, querendo, exercer contra ele o seu jus possidendi” (obra citada, pág. 260).

Das lições de Hamilton de Moraes e Barros e de Ernane Fidélis dos Santos extrai-se a mesma conclusão:

“A lide, nos embargos de terceiro, é restrita. Versará apenas sobre a inclusão ou a exclusão do bem na execução e não os direitos que o terceiro possa ter sobre a coisa.

“Havendo dúvidas, deve o Juiz dos embargos limitar-se ao exame da posse do embargante. É que os embargos de terceiro são um procedimento de rito abreviado e célere (art. 1.053), procedimento que não tem as galas e o luxo de garantias do procedimento ordinário, isto é, possibilidade ampla da parte de arguir, alegar e provar e do juiz em prover. Não conhece limitações a não ser a dos pedidos. Sendo os embargos imprestáveis para as largas discussões sobre o domínio, pode a sentença ficar limitada ao estreito campo possessório. O resto da

eventual controvérsia é de ser ferido nas vias ordinárias, de maiores possibilidades de indagações e de decisão, do mais geral e completo acerto de relações.

“Não se quer nos embargos de terceiro que o autor seja o proprietário do bem. Não se faz essa exigência. Basta que tenha a posse, por direito real ou pessoal. São exemplos disso o locatário, o credor com garantia real, o credor que tenha direito de retenção.

“A regra é fazer a sentença dos embargos coisa julgada apenas sobre a licitude do ato judicial, deixando íntegro o direito do embargante e do executado. É que a lide aqui se resume apenas na inclusão ou exclusão do bem na execução, e não sobre os direitos que caibam ao terceiro sobre a coisa. É por isso que, rejeitados, não podem mais os embargos ser propostos no curso da mesma execução. E a razão disso é ser modesto o objeto dessa ação de embargos: limita-se a pedir o levantamento da penhora ou de qualquer constrição judicial ou recair sobre o bem a conseqüente manutenção ou restituição da posse e mais as condenações da causa processual, isto é, o pagamento das custas do processo e honorários” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 2ª ed., vol. IX, págs. 370/1 — o destaque não consta do original).

“Na vigência do Código de 1939, dois grandes juristas tomavam posições opostas: Liebman e Amílcar de Castro. Dizia Liebman:

‘Os embargos de terceiro dão, portanto, lugar à cognição sumária (art. 710 do Código de Processo Civil) e a decisão não prejudica definitiva-

mente os direitos do terceiro, que poderá em qualquer caso defendê-los em processo ordinário. A lide nos embargos se refere apenas à exclusão ou inclusão da coisa na execução e não aos direitos que caibam ao terceiro sobre a coisa, mesmo quando deles se tenha discutido. Mas, por isso mesmo, uma vez rejeitados, não podem ser propostos novamente no curso da ação’.

“Vê-se, portanto, que, para Liebman, a coisa julgada tem incidência apenas na ação de embargos.

“Dizia, porém, Amílcar de Castro:

‘Mas, parece claro que, para se resolver se a coisa deve, ou não, ser incluída na execução, ou desta excluída há de resolver se a mesma é, ou não, de propriedade do executado. E parece inconveniente se resolva que é, ou não é, para se mandar incluí-la, ou excluí-la, e mais tarde, as mesmas partes, por ação ordinária, virem levantar a mesma questão, já julgada em processo contencioso, em forma de embargos, provocado pelo próprio terceiro. Além disso, o art. 288 do Código de Processo Civil menciona taxativamente os casos em que a sentença não tem efeito de coisa julgada, e em nenhum se pode encaixar o julgamento dos embargos de terceiro. Evidentemente, conforme o que for articulado e decidido nesses embargos, o vencido no possessório, autor, ou réu, pode ainda intentar o petitório, ao passo que o julgado no petitório fecha irrevogavelmente a porta ao possessório e a novo petitório’.

“A doutrina dominante seguiu o pensamento de Liebman.

“Atualmente, Hamilton de Moraes e Barros já inclinou a aceitar na íntegra a opinião de Liebman.

“Eliézer Rosa, que tomava a mesma posição apresenta a seguinte justificativa:

‘O ensinamento de Liebman parece mais de acordo com a natureza dos embargos e com a sua história’.

“Na verdade, Liebman se refere à cognição sumária e brevidade do processo, assim explica, historicamente:

‘Estabelecida por uma constituição do Imperador Caracala, a ação podia ser em direito romano proposta por terceiro cuja coisa tinha sido penhorada na execução (pignus in causa iudicati captum), devendo, então, o juiz *summatim cognoscere* da propriedade da coisa, ordenando logo que fosse a mesma compreendida ou excluída da execução, sem que sua decisão produzisse coisa julgada sobre a questão de propriedade (Lex a divo Pio, fr. 15 § 4º, Dig., de re iudicata, 42, l) A sumariedade da cognição e a brevidade do processo eram possíveis, porque a *addictio* não prejudicava os direitos de terceiro sobre a coisa, pois ele os podia, depois, defender em processo ordinário’.

“O que se deve, porém, observar é que a disposição da matéria, no Código de 1939, não oferecia suficientemente elementos interpretativos que pudessem informar a posição doutrinária tomada, a não ser o fato de serem os embargos de terceiro incluídos entre os chamados ‘Processos Acessórios’. Aliada tal circunstância aos substanciados argumentos de Liebman, era perfeitamente compreensível

a interpretação restritiva” (Dos procedimentos especiais do Código de Processo Civil, Forense, 1999, 3ª ed., vol. VI, págs. 396-7).

Adiante, acrescenta o segundo jurista:

“Deste modo, o terceiro embargante poderá alegar seu direito real sobre a coisa e a posse. Por dedução lógica, poderá também alegar seu direito pessoal que legitima sua posse. Mas poderá alegar simplesmente a posse, o simples poder de fato que também é protegido, nos termos da lei civil.

“As conseqüências serão as seguintes:

“a) se o terceiro alega direito, mas não prova a posse, seus embargos serão rejeitados, ou julgados improcedentes;

“b) se alega direito, mas não o prova, seus embargos serão julgados improcedentes, mesmo que tenha posse;

“c) se alega direito e posse e consegue prová-los, seus embargos serão julgados procedentes;

“d) se, no entanto, alega apenas a posse e consegue prová-la, seus embargos também serão julgados procedentes.

“Ora, fosse a posse o único objetivo do julgamento e, ainda mais dentro dos restritos limites da ação, qual seria a utilidade de o possuidor deduzir o direito e a posse, e não somente a posse? Provada a posse, o que é de muito maior facilidade, seria mantido ou reintegrado, certo de que a discussão sobre o direito viria depois.

“(…).

“Evidentemente que a coisa julgada terá sua incidência naquilo que for ou que podia ter sido articulado. Se, por exemplo, for reconhecida propriedade do embargante, não há nada que impeça a parte contrária de propor a ação pauliana, se esta não for matéria admissível em contestação aos embargos. Se os embargos, porém, forem articulados apenas com base na posse, informada ou não por direito pessoal, qualquer das partes poderá levantar a questão novamente, pelas vias próprias, desde que não seja para negar ou afirmar o que já foi decidido nos embargos de terceiro.

“Decididos os embargos favoravelmente, a manutenção ou restituição é definitiva. Tal seja, no entanto, o teor da decisão, os efeitos sobre o processo de onde se originou a apreensão nem sempre serão os mesmos.

“Se, por exemplo, foi a propriedade plena reconhecida ao embargante, no processo de conhecimento a ação fica sem objeto e, na execução, há impossibilidade de qualquer alienação judicial. Se, no entanto, há reconhecimento de direito real de gozo ou de qualquer direito sobre a coisa, ou simplesmente posse, o processo poderá prosseguir dentro das limitações respectivas. Ou como diz Salvatore Satta: ‘Nada obstante se visa não obstar a venda em tais hipóteses, mas a distinguir o direito’.

“Assim, se o usufruto for reconhecido, nada impede que se discuta sobre a nua-propriedade, ou se lhe faça a expropriação judicial. Da mesma forma, faça-se a restrição dos direitos pessoais do terceiro, inclusive da simples posse” (obra citada, págs.

399/400 — o destaque não consta do original).

Presumo que essas peculiaridades levaram o Superior Tribunal de Justiça a decidir que “os embargos de terceiro prejudicado visam tão-somente a que não se discuta direito próprio sem um processo onde não figurou como parte e mera faculdade processual que a lei lhe confere. A sua não utilização não prejudica o direito material existente que poderá vir a ser discutido em ação ordinária própria” (AGA n. 88.561, Ministro Waldemar Zveiter).

Da decisão supra transcrevo o excerto que segue:

“O acórdão recorrido reconheceu que a recorrida Miragina S.A. é a terceira prejudicada nos termos do art. 459 e § do CPC. É bem verdade, não defende ela direito próprio em processo alheio. Pretende tão-somente que não se discuta direito próprio seu em processo onde não figurou como parte, sem a garantia devida do processo legal.

“Pondere-se que o processo de execução visa colocar à disposição do credor o patrimônio do devedor para a realização da prestação a que aquele faz jus. Atingidos bens de terceiro não sujeito do processo fica prejudicada a constrição patrimonial.

“Na espécie, o recorrente não logrou submeter à transcrição a arrematação ocorrida antes da recorrida adquirir o bem imóvel. Assim, a relação jurídica instada é meramente obrigacional, vinculando apenas os sujeitos do negócio jurídico. A recorrida, portanto, detentora do Registro de Imóvel, é proprietária, tendo inescusável interesse (legitimatío ad causam).

“Quanto aos artigos 1.046 e 1.048, do CPC, não vislumbro nenhuma violação. Como é cediço, a decisão na relação processual não faz coisa julgada a terceiros estranhos àquela. No ponto, ao terceiro sempre será facultado o uso das vias ordinárias para reivindicar o bem sob constringimento judicial. A opção pelos embargos é mera faculdade que a lei confere. A sua não utilização em nada altera o direito material existente. No pertinente aos prazos para recorrer, é irrelevante saber quando o terceiro interessado foi cientificado na constringimento judicial”.

Da jurisprudência colacionada julgados que, direta ou indiretamente, apóiam as assertivas acima colocadas:

“I — Os embargos de terceiro destinados à proteção da posse constituem via hábil para debater-se pretensão de excluir da penhora bem adquirido por doação não levada a registro.

“II — No confronto entre dois direitos pessoais, deve-se prestigiar o dos donatários que se acham na posse do bem, salvo, por óbvio, se realizada a alienação em fraude contra credores ou à execução.

“III — Prestando-se os embargos de terceiros à defesa do ‘simples possuidor’ (art. 1.046, 1º, CPC), é de prestigiar-se a posse dos donatários, que restou provada. O registro, se imprescindível para a comprovação do domínio, não se faz necessário para provar a condição de possuidor” (REsp n. 223.424, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

“1. Os embargos de terceiro se prestam tanto à defesa da posse fundada em domínio, quanto à posse em

si mesma considerada, tratando-se de ação de cognição, adstrita à desconstituição do ato de apreensão por determinação judicial.

“2. A falta de registro do instrumento particular de promessa de compra e venda não constitui óbice ao manejo dos embargos de terceiro por quem exerça a posse sobre o imóvel” (TJDF, AC n. 1999110074040APC, Des. Ana Maria Duarte Amarante).

“Os embargos (CPC, art. 1.046, parágrafo primeiro) podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor. Basta, pois, ser possuidor para o terceiro postular a alforria. O compromisso de compra e venda, fora dos casos previstos em lei (CPC, arts. 639 e 641) é direito pessoal e o direito dele decorrente enseja ao compromissário comprador presunção de mero possuidor, cuja posse suscetível de comprovação. O credor, nesses casos pode optar pela penhora somente sobre o domínio para depois em ação dominial adequada reclamar a posse, onde serão discutidos a venda, a fraude e outros defeitos do ato jurídico, ou escolher ação pauliana, se for o caso, para alcançar a anulação da venda. Entretanto, comprovada a posse — independentemente da validade da compra e venda — julga-se procedentes os embargos de terceiros, condenando o vencido na verba sucumbencial” (TJDF, ACP n. 2981293, Des. Eduardo de Moraes Oliveira).

“Embargos de terceiro improcedentes — Penhora de apartamentos que embora compromissados pelo incorporador do edifício ao embargante, esse compromisso não foi levado a registro imobiliário, e os mesmos apartamentos foram vendidos a terceiros pe-



la empresa que concluiu a construção do edifício.

“A penhora evidentemente refere-se ao domínio do imóvel e não pode ser obstada pelo embargante que tem a posse originada do mesmo domínio mas que já não pertence ao titular que firmou o compromisso e cujo compromisso não foi levado a registro imobiliário” (TJPR, AC n. 3.355, Des. Maximiliano Stasiak).

3. Os embargos são de possuidor; a embargante detém a posse por mera liberalidade dos titulares do domínio (Olívio Berti e sua mulher, conforme certidão de fls. 17/18), os quais, na sua versão, lhes teriam prometido verbalmente em doação. É incontroverso que a posse está restrita a parte (3.786m<sup>2</sup>) do imóvel penhorado. Nessa qualidade, estão legitimados para defender a posse por meio de embargos de terceiro.

4. Pelas razões acima expostas, dou provimento parcial ao recur-

so, limitando o decisum à parte que deferiu à embargante a manutenção na posse do imóvel objeto da lide, mantida a penhora em relação ao domínio.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, deram provimento parcial ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho e Orli Rodrigues.

Florianópolis, 11 de abril de 2000.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Newton Trisotto,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 99.002711-2, DE CAÇADOR

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Execução. Acordo extrajudicial celebrado pelas partes. Parcelamento da dívida. Suspensão do processo requerida e homologada. Sentença que, acolhendo embargos do devedor, decreta a nulidade da execução, ao argumento de que o título que a aparelha não é líquido, certo e exigível. Inadmissibilidade da extinção, a teor do estatuído no art. 792 do CPC. Recurso provido para anular a sentença e determinar que se mantenha suspenso o processo, nos termos da avença.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.002711-2, da comarca de Caçador*

*(1ª Vara), em que é apelante o Banco Meridional do Brasil S.A., sendo*

*apelados Ivo José Casagrande & Cia. Ltda. e Ivo José Casagrande:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, dar provimento ao recurso para anular a sentença e determinar que o processo permaneça suspenso, nos termos da avença.

Custas ex lege.

Na comarca de Caçador, o Banco Meridional do Brasil S.A. intentou ação de execução contra Ivo José Casagrande & Cia. Ltda. e Ivo José Casagrande, instruindo a exordial com o contrato de abertura de crédito em conta corrente e a nota promissória respectiva.

Citados, os exeqüentes ofereceram bens à penhora e opuseram embargos do devedor, sustentando a nulidade do título executivo, tendo em vista que lhe faltariam os requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade.

Em 3 de dezembro de 1997, as partes, por meio de petição subscrita por seus procuradores, comunicaram a celebração de acordo para pagamento parcelado, em razão do que pleitearam a suspensão do processo pelo prazo convencionado para cumprimento voluntário.

Designada audiência conciliatória, as partes não compareceram.

Ato contínuo, o Dr. Juiz a quo suspendeu a execução (fls. 76 dos autos em apenso).

Apreciando os embargos, acolheu-os o Magistrado para decretar a extinção do processo de execução, condenando o vencido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Irresignado, apelou o exeqüente, arguindo, à guisa de preliminar, a nulidade da sentença, eis que proferida quando o processo encontrava-se suspenso. No mérito, alega que, ao contrário do decidido, o contrato de abertura de crédito em conta corrente é líquido, certo e exigível.

Com a manifestação dos apelados ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

Consta dos autos do processo de execução (fls. 66/71) que as partes firmaram acordo, que contempla o parcelamento da dívida, estabelecendo prazo para pagamento que teve início em 2 de janeiro de 1998 e termo ad quem em 2 de dezembro de 2000, postulando, como consequência, a suspensão do processo.

Em data de 19 de dezembro de 1997 (fls. 76), o Magistrado suspendeu a execução pelo prazo concedido pelo credor aos devedores para implementação da obrigação, findo o qual, na hipótese de não ocorrer o cumprimento voluntário, a execução retomaria seu curso normal.

Contudo, em 10 de agosto de 1998, sem provocação de qualquer das partes, o Magistrado proferiu sentença nos autos dos embargos, extinguindo o processo de execução.

Entretanto, não o poderia fazer, tendo em vista que em casos tais se impõe o atendimento da intenção das partes.

Com efeito, ensina José Frederico Marques ao discorrer sobre a suspensão do processo para cumprimento da obrigação exatamente o caso destes autos verbis:

“Negócio jurídico processual, específico da execução, vem previsto no art. 792, o qual permite que o juiz suspenda o processo para que o devedor cumpra, voluntariamente, a obrigação, em prazo concedido pelo credor.

“Convencionada pelas partes a suspensão, credor e devedor devem requerer ao juiz que o negócio jurídico seja homologado, — formalidade essa cujo objetivo exclusivo é de documentar, nos autos, a suspensão do processo executivo, pois ao juiz, no caso, não é dado indeferir pedido que decorre do ius dispositivum das partes.

“Cumprida a obrigação no prazo marcado pelo credor, extingue-se a execução (art. 974, n. I). Não cumprida, retomará o processo executivo o seu curso normal, salvo se o credor ampliar o prazo, — fato esse que as partes levarão ao conhecimento do juiz para que este prorrogue a suspensão” (Manual de Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 1976, vol. IV, pág. 309).

Esta Corte, em acórdão da lavra do eminente Des. Orli Rodrigues, assentou:

“Havendo acordo bilateralmente firmado entre exequente e executados, sobre o parcelamento do débito, não estando vencidas todas as pres-

tações avençadas, e, ainda, ter restado estipulado que não sendo adimplidas prosseguir-se-ia com a execução, não há como extinguir o feito, que deverá permanecer suspenso até o pagamento final da dívida” (Ap. Cív. n. 97.001937-8, de Joinville).

Nesse rumo, enquanto perdurar a suspensão do processo de execução, decretada em virtude da expressa vontade das partes, é defeso ao juiz praticar qualquer ato processual (art. 266 do CPC), mesmo aqueles que, por lei, esteja autorizado a realizar de ofício.

Destarte, impõe-se a anulação da sentença, para que se mantenha suspensa a execução, nos termos da avença, à luz do estatuído no art. 792 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Dr. Vanderlei Romer.

Florianópolis, 6 de maio de 1999.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 99.020842-7, DE TUBARÃO**

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Ação cautelar. Direito de preferência de sócio remanescente na alienação das cotas sociais. Autor que pretende exercê-lo pelo valor correspondente à sua participação no capital social da empre-*

*sa e não pelo montante da oferta recebida pelo sócio alienante. Indeferimento da inicial à consideração de que configurada a impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência. Ausência de previsão no ordenamento jurídico pátrio que o torne inviável. Discussão do valor que adentra o mérito. Condição da ação que se faz presente. Carência rejeitada. Recurso provido.*

*A possibilidade jurídica “não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável” (Aragão, Egas Dirceu Muniz de, Comentários ao Código de Processo Civil, 9ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 398).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.020842-7, da comarca de Tubarão (1ª Vara), em que é apelante Josmar Benedet e apelados Florianópolis Veículos S.A. Florisa e Luciano Menezes:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para anular a sentença e determinar o prosseguimento do feito até seus ulteriores termos.

Custas legais.

Josmar Benedet intentou ação cautelar inominada contra Florianópolis Veículos S.A. Florisa e Luciano Menezes, alegando que os litigantes integram o quadro societário da empresa Florisa/Someval Sociedade Mercantil de Veículos Automotores Ltda. e que os réus optaram por alienar suas cotas, desvinculando-se da sociedade. Alega que, não obstante tenham notificado o autor para exercer seu direito de preferência, fizeram-no sem observar a regra consubstanciada no art. 15

do contrato social que determina que o direito de preferência confere ao sócio a faculdade de adquirir as cotas pelo valor que corresponder à sua participação no capital social da empresa, na proporção do último balanço patrimonial da sociedade.

Argumentando que se encontram presentes os requisitos autorizadores da tutela cautelar e afirmando que no trintídio legal ajuizaria ação de consignação em pagamento, postulou a concessão de medida liminar e, a final, a sua confirmação, para que seja o réu impedido de promover a venda das cotas sociais da empresa.

O Dr. Juiz de Direito indeferiu a inicial, à consideração de que configurada a impossibilidade jurídica do pedido, eis que, após efetuarem a regular notificação do sócio remanescente, os vendedores encontraram melhor oferta, não estando, em razão disso, obrigados a alienar suas cotas sociais por valor inferior.

Irresignado, o autor apelou, pretendendo a reforma do veredicto, reafirmando o direito sustentado na

exordial, invocando, em abono da pretensão deduzida, orientação jurisprudencial e legislação aplicável à espécie.

Mantida a decisão pelo Magistrado, alçaram os autos a este grau de jurisdição.

É o relatório.

Ao contrário do entendimento manifestado pelo Dr. Juiz de Direito, não se configura a carência de ação, posto que o pedido é juridicamente possível.

Consoante o escólio de Egas Dirceu Muniz de Aragão, “sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltará a possibilidade jurídica. Se o caso for a ausência de um preceito que ampare em abstrato o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica” (Comentários ao Código de Processo Civil, 9ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 396).

Prossegue o emérito processualista:

“Dizer que a possibilidade jurídica se encerra nos limites das providências consentidas em lei não é o bastante, pois casos há em que a própria permissão é subordinada a requisitos” (obra citada, pág. 397), e conclui asseverando que “a possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas

à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável” (obra citada, pág. 398).

Em síntese, consoante ensina Moacyr Amaral Santos, “há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo” (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 1993, 16ª ed., pág. 166).

Ora, a defesa do direito de preferência do sócio remanescente na aquisição das cotas sociais encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual não se pode falar em impossibilidade jurídica do pedido, incumbindo ao Poder Judiciário, dês que provocado, pronunciar-se sobre as questões a ele afetas, acerca das quais haja controvérsia com vistas ao seu exercício.

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso para anular a sentença e determinar o processamento do feito até seus ulteriores termos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 30 de maio de 2000.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 50.366 (88.086414-2), DE SÃO MIGUEL DO OESTE****Relator: Des. Vanderlei Romer**

*Ação popular. Ato praticado pela municipalidade. Possibilidade de prejuízo à coletividade. Revogação deste antes da produção de qualquer dano. Necessidade expressa de lesão ao patrimônio público. Inteligência do artigo 5º, LXXVIII, da Carta Magna. Perda de objeto. Correta extinção do processo. Ônus sucumbenciais. Descabimento na hipótese. Orientação jurisprudencial. Reexame necessário provido parcialmente.*

*“O ato que contunde, molesta, fere, prejudica, ofende, causa lesão ou dano aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (art. 1º da Lei n. 4.717 de 29/7/1965 com a redação da Lei n. 6.513 de 20/12/1977), é ato lesivo, e como tal é passível de anulação por meio da ação popular.*

*“(…) Se o ato não for lesivo, não causar transtorno ao patrimônio público ou a ele equiparado, ainda que viciado, não enseja ação popular (sem grifo no original). Poderá ensejar outra ação de nulidade ou anulação, mas não, propriamente, ação popular” (José da Silva Pacheco, in O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas, RT, 1990, págs. 349/350).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 50.366 (88.086414-2), da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara da Infância, Juventude e Registros Públicos), em que é apelante o município de Descanso, sendo apelado Sadi Inácio Bonamigo:*

ACORDAM, em Câmara Especial — Processos Cíveis, por votação unânime, dar parcial provimento à remessa.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

Sadi Inácio Bonamigo propôs ação popular constitucional contra o município de Descanso, o Prefeito Municipal, Vitério Basso, e outros, em decorrência do Projeto de Lei n. 030/93 enviado pelo Prefeito à Câmara de Vereadores, o qual tratava da aquisição de terras para futuras instalações do distrito industrial de Descanso.

Aduziu o autor que houve infração à lei de licitações e contratos da Administração Pública que prevê a obrigatoriedade de licitação nos casos de compra de imóvel por parte do Município e da livre concorrência no valor da transação.

Afirmou, ainda, que os cofres públicos foram sujeitados a ônus de forma lesiva e ilegal, razão pela qual requereu a concessão de medida liminar suspendendo o ato administrativo e a condenação do Senhor Prefeito a ressarcir aos cofres públicos o valor do negócio, se já efetivado o pagamento, com as devidas correções monetárias.

A parte requerida apresentou contestação tempestivamente, refutando o exposto na exordial, e alegando inicialmente que a ausência de licitação ocorreu em virtude da necessidade do interesse público em adquirir determinado imóvel, posto que as características inerentes a ele se mostraram elementares, inviabilizando a concorrência. Alegou, também, que a avaliação do imóvel foi realizada por comissão devidamente designada que, juntamente com a planta do local, mostra a ausência nas áreas vizinhas dos requisitos básicos para a instalação de um complexo industrial.

Posteriormente o município de Descanso veio aos autos informar o desfazimento do contrato, com a devolução dos valores pagos devidamente corrigidos, razão pela qual pediu a extinção da ação.

O Ministério Público pronunciou-se pela extinção do processo sem julgamento do mérito em virtude do desaparecimento do interesse de agir, pelo alcance do objetivo da ação.

Diante do exposto, o douto Magistrado, entendendo da mesma forma, sentenciou extinto o processo sem julgamento do mérito, condenado os requeridos às despesas processuais e honorários advocatícios.

Alçados os autos, o Procurador de Justiça também se manifestou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

## II — Voto

O reexame necessário comporta provimento parcial.

Vê-se que o ato acoimado de ilegal pelo autor da actio se refere a compra de um imóvel, por valor elevado, pelo município de Descanso, para implantação do seu distrito industrial.

Observa-se, contudo, que no decorrer da tramitação processual houve o cancelamento da venda do imóvel, tendo o alienante devolvido o dinheiro para a Municipalidade, conforme fazem provas os documentos juntados às fls. 121/129.

Destarte, em que pese o requerente ter manifestado sua intenção de continuar o processamento da ação, sob o argumento de que o ato de alienação realizado pelo referido Município já tinha surtido efeitos antes da desconstituição do negócio, agiu acertadamente o douto Magistrado quando extinguiu o processo.

A ação popular encontra-se prevista na Constituição Federal, no artigo 5º, LXXIII, podendo ser proposta por qual cidadão com o intuito de “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (...)”.

Não se pode olvidar que a Lei n. 4.717/65 também regulamenta este remédio constitucional, dispondo que “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declara-

ção de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição artigo 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União representa os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos" (art. 1º).

Explicando, então, o que seja o prolapado ato lesivo, o doutrinador José da Silva Pacheco ensina que "o ato que contunde, molesta, fere, prejudica, ofende, causa lesão ou dano aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (art. 1º da Lei n. 4.717 de 29/7/1965 com a redação da Lei n. 6.513 de 20/12/1977), é ato lesivo, e como tal é passível de anulação por meio da ação popular.

"A lesão não é direta a direito subjetivo do autor, que normalmente não o tem, mas ao patrimônio público, gerando o direito constitucional de ação popular a qualquer cidadão.

"Por esse motivo, bem fixou Hely Lopes Meirelles, ao salientar que a ação popular visa a defender os interesses da coletividade, não amparando direitos próprios, porque 'o beneficiário direto e imediato da ação não é o autor popular; é o povo, titular

do direito subjetivo ao governo honesto' (Dir. Adm., pág. 611).

"Se o ato não for lesivo, não causar transtorno ao patrimônio público ou a ele equiparado, ainda que viciado, não enseja ação popular. Poderá ensejar outra ação de nulidade ou anulação, mas não, propriamente, ação popular" (in O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas, RT, 1990, págs. 349/350).

Exsurge claramente dessa citação doutrinária que o objetivo primordial da ação popular é anulação de ato lesivo à Administração Pública referente ao seu erário, moralidade, bens ou valores artísticos, culturais etc.

Dessome-se, assim, que há a necessidade expressa de lesão ou qualquer tipo de prejuízo para a Administração Pública, posto que, incorrendo esta situação, não há como se permitir a utilização da ação popular.

Isso decorre da ausência de condição sine qua non para o desenvolvimento da actio, qual seja, a lesividade à coisa pública, seja ela material ou imaterial, e, conseqüentemente, a inexistência de prejuízo para a sociedade como um todo.

In casu, extrai-se das provas carreadas ao processo que ocorreu justamente a hipótese acima explanada: o município de Descanso não foi prejudicado em suas finanças pela desconstituição do ato de compra e venda de imóvel, haja vista o particular ter devolvido o numerário pago à Administração Pública.

Logo, a comunidade daquela região não restou lesada, motivo pelo qual afigura-se irregular o seguimento



da ação popular ante a perda do objeto.

Nesse sentido, já decidiu o Excelso Superior Tribunal de Justiça:

“Ação popular. Remanejamento de linhas de ônibus entre empresas que já exploram a atividade de transporte de passageiros urbanos. Improcedência declarada pelo Tribunal de Justiça, ao fundamento de ausência dos pressupostos e lesividade e da ilegalidade do aludido ato.

“Antes da CF/88 o ato de permissão de serviço público não exigia prévia licitação, razão pela qual não foi contemplado no art. 4º da Lei n. 4.717/65 que enumera as hipóteses de lesividade presumida.

“(…)”.

Seguindo este norte, vale citar, igualmente, os julgados desta Corte de Justiça:

“Ação popular. Prefeito municipal. Desvio de verbas. Pavimentação de rua. Atraso no início das obras. Ausência de provas sobre a ilegalidade e lesividade do ato. Empenhos anulados, ademais. Remessa desprovida.

“A emissão de notas de empenho, só por si, não fazem prova do pagamento dos seus valores, e nem obrigam o Poder Público ao seu pagamento. Além disso, restando referidos documentos anulados, atestando que a Administração voltou atrás em sua decisão de efetuar a despesa para a pavimentação de rua, improcede ação popular que intenta a condenação do prefeito na devolução das verbas destinadas à realização de obras, ainda mais quando ausente qualquer prova sobre o desvio dos valores.

“Cabe ao autor da ação popular demonstrar a ocorrência real de lesão ao patrimônio, sendo elemento causal da ação a ilegalidade do ato e a lesividade patrimonial do ato. Ou seja, a invalidação judicial do ato pressupõe que este seja, simultaneamente, ilegal e lesivo” (Ap. Cív. n. 97.012038-9, de Correia Pinto, relator Des. Carlos Prudêncio).

“Ação popular — Permuta de bem imóvel pela Municipalidade — Ausência de lesividade ao patrimônio público — Improcedência — Remessa desprovida.

“Em sede de ação popular, impõe-se a comprovação da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio por ela protegível. Ainda que ilegítimo transpareça o ato, se não houve prejuízo, a ação popular não terá êxito” (Ap. Cív. n. 39.029, de Biguaçu, rel. Des. Alcides Aguiar).

“Ação popular. Pressupostos para o seu cabimento. Licitação. Eiva inexistente. Pedido inacolhido. Remessa improvida.

“Se o ato administrativo enfocada apresenta-se escoimado de ilegalidade e lesividade ao interesse público, não há ensejo ao êxito da ação popular” (Ap. Cív. n. 48.372, da Capital, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

Com efeito, como houve a desconstituição do negócio jurídico, tanto que foi encaminhado Projeto de Lei à Câmara de Vereadores para revogação da lei que autorizou a compra, não havia outra alternativa senão a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, pelas razões já expostas nesta decisão.

Por outro lado, verifica-se que o MM. Juiz de Direito condenou “os re-

queridos ao pagamento das despesas processuais e verba honorária, que arbitro em cinco salários mínimos, o que faço com suporte no grau de zelo profissional e trabalho realizado nos autos pelo causídico do autor, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC c/c o art. 12 da Lei n. 4.717/65”.

De fato, a Lei n. 4.717/65 dispõe que “a sentença incluirá sempre na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como os honorários de advogado” (art. 12).

Na hipótese em apreço, mesmo que o Magistrado tenha entendido que “o saneamento do ato impugnado, através da rescisão da compra e venda e reversão do imóvel ao titular anterior, após o aforamento da ação, constitui-se numa forma indireta de reconhecimento do pedido, pois pressupõe a admissão, pelos demandados, de que o pedido era fundado”, não cabia a condenação em despesas processuais e verba honorária.

Como o município de Descanso revogou o ato inquinado de ilegalidade antes mesmo de que produzisse prejuízo à coletividade, descabe a condenação deste, pois, na ação popular, os efeitos da sentença condenatória, de uma forma ou de outra, reverterem em benefício para a própria Municipalidade.

Sobre a questão, transcreve-se acórdão exarado por esta Corte de Justiça, in verbis:

“Ação popular. Reexame necessário. Concurso público. Irregularidades. Revogação do edital pela Municipalidade dois dias depois do

ingresso da ação e inclusive um dia antes da citação. Perda de objeto. Ônus sucumbenciais. Descabimento na espécie.

“Não obstante a omissão do art. 12 da Lei n. 4.717/65 no tocante à responsabilidade pelos honorários advocatícios em caso de extinção da ação popular, desonera-se o Município de tal mister caso revogue o ato impugnado antes da própria citação da ação”.

E do corpo da decisão:

“Evidente que, em não havendo mais o objeto da ação, não se há mais discuti-la, restando apenas examinar a questão que envolve ou não da condenação do Município ao pagamento das custas já referidas e dos honorários, também mencionados”.

Nesse tocante, prevendo-se o manejo da ação popular àquele que procura anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, tem-se que a entidade pública será sempre parte passiva da ação, e o Município, in casu, somente visa defender-se. Haja vista a dicção do art. 12 da Lei n. 4.717/65, que somente prevê a hipótese de procedência da ação e a conseqüente condenação do réu nos ônus sucumbenciais, há que se ter em vista que, na presente demanda, o Município revogou o edital originador da ação dois dias após a propositura da demanda e inclusive antes da sua citação, razão pela qual lhe descabe a imposição dos honorários advocatícios e custas processuais.

Aliás, a respeito da inaplicabilidade do princípio geral da sucumbência na ação popular, já deixou ementado o Exmo. Sr. Des. Eder Graf no Agravo

de Instrumento n. 96.000930-2, de Biguaçu, publicado no DJE de 10/9/96:

“A ação popular, instrumento constitucional posto à disposição de qualquer cidadão como meio de invalidação de atos e contratos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público, não está sujeita aos princípios comuns de sucumbência”.

Nesse mesmo sentido, verte a Apelação Cível n. 97.008351-3, de Turvo, rel. Des. Newton Trisotto, publicada no DJE de 26/11/97:

“Na ação popular, os efeitos patrimoniais da sentença condenatória sempre revertem a favor da entidade pública. Por isso, jamais poderá ser condenada a pagar honorários advocatícios ao autor; pelas despesas judiciais respondem os agentes que praticaram o ato administrativo impugnado ou os seus beneficiários”.

Portanto, a sentença proferida no Juízo a quo deve ser modificada

neste ínterim, motivo pelo qual se conhece do reexame necessário para dar-lhe provimento parcial.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, decidiu-se, por votação unânime, dar parcial provimento à remessa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Nelson Schaefer Martins. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 7 de junho de 2000.

*Vanderlei Romer,  
Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 97.002206-9, DE PALHOÇA

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Promessa de compra e venda — Imóvel loteado — Mora — Rescisão — Efeitos — Construções permitidas — Caracterização como acessões — Distinção de benfeitorias — Indenização devida, sem direito a retenção — Recurso parcialmente provido.*

*Rescindido o contrato de promessa de compra e venda por mora do comprador, este, tendo direito a receber de volta as parcelas que pagou, deve indenizar ao vendedor as perdas e danos que causou, incluído o tempo em que permaneceu no imóvel sem nada pagar.*

*As acessões são coisas novas que se inserem ao imóvel, nelas se incluindo as construções de casas e plantações; se de boa-fé, asseguram indenização ao seu autor.*

*As benfeitorias têm cunho complementar pois são aumento ou redução em coisa já existente, para conservá-la, melhorá-la ou torná-la mais útil ou agradável.*

*No objeto da indenização a que se refere o art. 34 da Lei n. 6.766/79 estão incluídas as acessões.*

*Aquele que constrói casa em lote de terras objeto de promessa de compra e venda, enquanto não rescindido o contrato o faz de boa-fé, daí derivando direito à indenização pela acessão quando da rescisão.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.002206-9, da comarca de Palhoça (2ª Vara), em que é apelante Zanellato — Empreendimentos Imobiliários e Participação Ltda., sendo apelada Maria Alves Favela:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Palhoça, Zanellato — Empreendimentos Imobiliários e Participação Ltda. propôs ação de rescisão de contrato c/c reintegração de posse e perdas e danos contra Maria Alves Favela, alegando que, por contrato de compromisso de compra e venda celebrado em 24/5/91, a ré comprometeu-se a adquirir o lote n. 4, quadra 0, do Loteamento Parque Residencial Coqueiros, Brejaru, pagável em 60 prestações mensais sucessivas e reajustáveis; como efetuou o pagamento de apenas 9 (nove) delas, foi interpelada judicialmente, constituindo-se a mora por inadimplemento contratual.

Requeru, além da rescisão do contrato e reintegração na posse do imóvel, a condenação da ré, a título de perdas e danos, à perda das parcelas pagas; multa de 10% sobre o valor do contrato; perda das acessões construídas sobre o lote independentemente de indenização; e, por fim, a condenação nas despesas processuais.

Citada, a ré deixou transcorrer o prazo sem apresentar resposta.

Sentenciando, a Dra. Juíza de Direito julgou parcialmente procedente o pedido, declarando rescindido o contrato e reintegrando a autora na posse do imóvel; condenou a ré ao pagamento da multa contratual fixada em 10% sobre o valor do contrato, deduzidas as prestações já pagas; condenou as partes ao pagamento recíproco e proporcional das despesas processuais e honorários de advogado, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, reconhecida a sucumbência recíproca, e assegurou à ré o direito de ser indenizada pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas sobre o lote, com direito de retenção.

Irresignada, a autora apelou, pugnando pela condenação da ré, a título de perdas e danos, na perda das

parcelas pagas, eis que deixou de comercializar o lote com pessoa que poderia cumprir com as obrigações assumidas e, ainda, pela condenação na perda das acessões construídas sobre o lote adquirido, sem direito a indenização, já que edificadas em oposição ao contrato.

Intimada por edital, a apelada deixou passar in albis o prazo para apresentar contra-razões.

Vieram os autos a esta Instância.

É o relatório.

1. Aprecia-se, em primeiro lugar, o pedido de condenação da apelada em perdas e danos, consistentes no tempo em que esta permaneceu com o imóvel em sua posse desde quando deixou de pagar as parcelas devidas.

O prejuízo à apelante restou configurado na medida em que a apelada detém, sem qualquer contraprestação, a posse do imóvel desde o 9º (nono) mês do contrato, após deixar de pagar as parcelas contratadas, dando causa à rescisão.

Logo, a indenização é devida por este aspecto e não pelas alegações de perda da oportunidade de comercializar o imóvel com quem pudesse potencialmente honrar os pagamentos, ou de outras despesas alegadas pela apelante, porque não comprovadas.

Assim, não se trata de chance-lar a perda do que a apelada pagou (não é permitido pelo CDC, nem o contrato prevê), mas reconhecer que deveria receber em devolução tais parcelas, o que não acontecerá porque deve pagar as perdas e danos arbitrados modicamente pela autora no

valor de 9 (nove) parcelas pagas, o que é benéfico para a apelada, porquanto o ideal seria indenizar por valor correspondente a um aluguel mensal pelo tempo da mora e durante o qual não devolveu o imóvel e impediu a autora de retomá-lo e negociá-lo com terceiro.

Nesse ponto a apelação merece provimento, porque rescindido o contrato de promessa de compra e venda por mora do comprador, este, tendo direito a receber de volta as parcelas que pagou, deve indenizar ao vendedor as perdas e danos que causou, incluído o tempo em que permaneceu no imóvel sem nada pagar.

2. O pedido de condenação na perda das acessões construídas sobre o lote adquirido, sob o argumento de terem sido construídas sem autorização da promitente vendedora e sem aprovação do projeto pelo poder público, não merece acolhimento.

Antes, porém, torna-se necessário fazer distinção sobre benfeitorias e acessões — aqui se trata de acessões, para que não parem dúvidas.

Segundo o afirmado na inicial, a apelada edificou construção sobre o lote.

As benfeitorias representam um aumento em obra já existente, obras realizadas em determinada coisa, para conservá-la, melhorá-la ou torná-la mais útil ou agradável.

Acessão, enquanto isso, constitui-se em forma primitiva de adquirir a propriedade, aproveitando ao proprietário, em circunstâncias determinadas, tudo aquilo que se incorporar a seu bem, exigindo, em decorrência, a existência de uma coisa principal, já

do domínio de alguém, a qual se une uma coisa acessória — a acessão.

As benfeitorias, pois, têm cunho complementar, ao passo que as acessões são coisas novas, como as construções e as plantações.

As acessões pautam-se por regras próprias, sendo que, de conformidade com a nossa lei substantiva civil, e como regra geral, aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde em proveito do proprietário as sementes, plantas e construções. Isso se obrou de má-fé.

Orlando Gomes ensina:

“Quando, porém, o trabalho de construção, ou a lavoura é feito de boa-fé, em presença do proprietário, sem sua impugnação, quem construiu ou plantou adquire o direito à indenização das construções ou plantações. Nestes dois casos, as acessões são indenizáveis” (Direitos Reais, 4ª ed., São Paulo, Forense, págs. 73/74).

Sobre o assunto, de todo oportuno é transcrever-se o seguinte aresto:

“Benfeitorias são as obras ou despesas que se fazem num móvel ou num imóvel, para conservá-lo, melhorá-lo, ou simplesmente embelezá-lo. Agora, as construções e as plantações não entram na classe das benfeitorias propriamente ditas. São acessões industriais que, no rigor técnico, se distinguem das benfeitorias, obedecendo a regras particulares. Na acessão, o proprietário do terreno é obrigado a pagar o valor, isto é, o justo valor da época da indenização” (RJTJESP 8/218).

Assim, não seria nada justo, configurando-se mesmo um autêntico

enriquecimento ilícito por parte da apelante, que, agora, ao recuperar o imóvel cuja posse e propriedade havia prometido vender à recorrida, pretende que a construção edificada no local passe a lhe pertencer, sem a menor contraprestação à demandada.

Obviamente que ela tem a obrigação de indenizar à acionada o valor da mencionada acessão, obrigação essa que se torna inegável, consoante insculpe-se no art. 547 do Código Civil Brasileiro, em face de tratar-se de acessão feita de boa-fé, eis que, como o contrato estava em vigor, não se pode cogitar de má-fé, frisando-se que a falta de contestação da ré não faz presumir má-fé com a finalidade de excluir seu direito à indenização pelas acessões construídas de boa-fé.

Prevê o art. 34 da Lei n. 6.766/79 (Parcelamento do Solo Urbano), com cristalina clareza, que “em qualquer caso de rescisão por inadimplemento do adquirente, as benfeitorias necessárias ou úteis por ele levadas a efeito no imóvel deverão ser indenizadas, sendo de nenhum efeito qualquer disposição contratual em contrário”.

É claro que o artigo fala de benfeitorias, não deixando, no entanto, de prever indenização para as acessões, que são justamente as construções levantadas sobre terrenos, ou seja, obra nova que não visa apenas conservar melhorar ou embelezar a coisa.

Marco Aurélio S. Vieira, citando José Osório de Azevedo Jr., ensina:

“(…) ‘assim não nos parece razoável o fundamento da perda das construções na distinção entre benfeitorias e acessões, seja porque o tratamento jurídico de ambas, para o caso

que nos interessa, é semelhante e submetido aos mesmos princípios, seja porque, no comum dos contratos, a sinonímia entre os dois termos é manifestada”.

Adiante, citando Arnaldo Rizzardo:

“(...) ‘seja benfeitoria ou acessão, reze uma ou outra espécie, a reparação é um pressuposto normal para a devolução do imóvel, na desconstituição da relação bilateral travada’.

“É de se considerar que a intenção da lei foi efetivamente alcançar, também, as acessões, o que está conforme o bom senso” (Comentários à Lei do Parcelamento do Solo Urbano, 2ª ed., SP, Saraiva, 1984, págs. 114/115).

Arnaldo Rizzardo, analisando a questão, escreve:

“Considerado um possuidor o promitente comprador, não há como negar-lhe o direito à indenização. Não procedeu de má-fé ao construir o prédio. Quando prometeu comprar o imóvel, naturalmente presumiu-se que ele pretendia pagar e saldar as prestações na integralidade. A superveniência de um motivo de força maior, como impossibilidade financeira, desemprego, doença etc., tolheu a capacidade de prosseguir nos pagamentos. Compelido a resilir o negócio, não seria justo tirar-lhe o direito à indenização, em benefício do vendedor. E sempre são indenizáveis as acessões e benfeitorias úteis e necessárias feitas sobre o imóvel, por constituírem uma causa debendi autônoma, decorrente do princípio de que a ninguém é dado locupletar-se com a fortuna alheia” (Promessa de Compra e Venda e Parcela-

mento do Solo Urbano, 5ª ed., SP, RT, 1998, pág. 175).

Da jurisprudência desta egrégia Corte colhe-se:

“Reintegração de posse. Comodato verbal por tempo não fixado. Determinação do prazo via notificação judicial. Esbulho caracterizado. Acessões construídas quando ainda não configurada a má-fé da requerida. Obrigação de indenizar dos comodantes. Art. 547, CC. Sentença confirmada. Apelo desprovido.

“No comodato verbal por tempo indeterminado só estará ele encerrado após a notificação judicial do comodatário, passando este a cometer esbulho quando, expirado o prazo assinado para a devolução do bem, permanecer o mesmo na posse do bem. Enquanto isso não ocorrer, a posse do comodatário estará revestida de boa-fé. Nesse contexto, e ante a solar clareza do art. 547 do Código Civil, se a parte que recebeu o imóvel em comodato nele introduziu acessões, inserindo-se nessa classificação a construção de uma casa de moradia, em substituição a outra que existia no local, sem a manifestação de qualquer oposição expressa do comodante, a este incumbe a obrigação de pagar o valor da acessão, considerado o seu justo valor na época da indenização” (Ap. Cív. n. 45.801, de Santa Cecília, rel. Des. Trindade dos Santos).

Sobre o tema da retenção por construções, já decidiu o Pretório Excelso:

“No caso de sementeira, plantação ou edificação em terreno alheio, o esbulhador de boa-fé tem direito a ser indenizado das benfeitorias, sem a retenção do imóvel, pois que só quan-

do se tratar de outras benfeitorias é que lhe assiste esse direito de retenção” (RT 216/545, rel. Min. Ozorio Nonato).

Daí se pode concluir que, embora tendo direito à indenização pelas acessões, não faz a apelada jus à retenção, podendo mesmo levantá-las e removê-las para outro local de sua escolha ou, caso não seja possível por tratar-se de construção de alvenaria (a inicial não especifica), deverá ser procedido arbitramento do seu valor na execução.

3. Acrescente-se, por fim, não haver prova de que tenham sido construídas em desacordo com os preceitos administrativos e que sejam “obras clandestinas”; lá foram levantadas à vista de todos e com a permis-

são tácita da apelante que, se quisesse fazer valer a cláusula contratual, teria notificado a apelada, pois esta, quando prometeu comprar o imóvel, naturalmente presumiu poder pagar e saldar as prestações na integralidade.

4. Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso.

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

Florianópolis, 11 de fevereiro de 1999.

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

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 46.155 (88.074423-4), DE LAGES**

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Ação de anulação de ato jurídico. Escritura pública e registro imobiliário. Hipótese do inciso II do artigo 147 do Código Civil. Erro e simulação. Eivas configuradas. Nulidade da sentença arredada. Ausência de violação dos princípios da identidade física do juiz e do juiz natural. Prevalência, no caso, dos princípios atinentes à jurisdição e da instrumentalidade das formas. Interpretação conjunta dos artigos 5º, XXXV, da CF e parágrafo único do artigo 250 do Código de Processo Civil. Gravação de fita magnética de conversa mantida com interlocutor. Validade da prova. Agravo retido e apelo desprovidos.*

*1 — “O ato ensejador da simulação traduz necessariamente uma inverdade. A simulação caracteriza-se, assim, pela intencional incongruência entre a vontade real e a declarada, no afã de criar, aparentemente, um ato jurídico que, de fato, inexistente, ou então oculto, sob determinada aparência, o ato verdadeiramente desejado”*



(*Apelação Cível n. 88.075651-7, de Itajaí, do mesmo relator*).

2 — *Configura ato simulado, induzindo em erro essencial a esposa, o cônjuge varão que, para obter a venda da totalidade de imóvel de propriedade do casal, em flagrante prejuízo desta, convence-a a assinar a escritura pública translativa, utilizando-se de artilhosa trama que contou, inclusive, com a colaboração de irmão seu, e, ainda, com a parcial quebra do dever funcional da tabeliã.*

3 — *O princípio da identidade física do juiz, no momento vivido pelo Judiciário brasileiro, há de ser utilizado com temperança, para que não se sobreponha aos princípios da jurisdição, da instrumentalidade dos atos processuais e da efetividade do processo, à vista, ainda, da existência ou inexistência de prejuízo.*

4 — *Inclinam-se hodiernamente a doutrina e a jurisprudência a admitir a validade, como meio útil de prova, a gravação, por meio de fita magnética e sem interceptação, da própria conversação com o interlocutor, sendo irrelevante, assim, a respeito, o desconhecimento deste, dado que não incorrente quebra de privacidade, até porque a prática pode ser considerada legítima diante da intenção de busca da verdade real, objetivo maior do processo.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 46.155 (88.074423-4), da comarca de Lages (3ª Vara), em que são apelantes Osni Moraes dos Santos e outros, e apelada Zélia Mayéski dos Santos:*

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, rejeitar as preliminares e desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de Lages, Zélia Mayéski dos Santos aforou ação ordinária de anulação de ato jurídico contra seu marido, Gracilio Moraes dos Santos, Osni Moraes

dos Santos e Nelci das Graças Gomes dos Santos.

Alegou, em suma, ser casada com o primeiro requerido e que havia acordado com a venda de apenas uma parte do terreno de propriedade do casal a fim de possibilitar a construção de uma moradia na parte que restasse.

Assim, foi ao cartório e assinou a escritura pública de compra e venda respectiva. Ao depois, descobriu ter sido vítima da ação dos requeridos, que, dolosamente, induziram-na em erro, pois o terreno todo foi vendido sem que nada tivesse acrescido ao patrimônio da demandante.

Requeru, a final, a declaração judicial de nulidade da venda do imóvel descrito na exordial, de proprieda-

de sua e de seu marido, inclusive a invalidação do respectivo registro, por ter sido vítima de erro e simulação quando da realização do ato.

Devidamente citados, os demandados ofereceram resposta, aduzindo, em síntese, que o ato translativo foi realizado com total ciência da demandante, não havendo, pois, nulidade alguma a ser decretada.

Impugnada a contestação, foi realizada audiência de instrução e julgamento, na qual foram ouvidas várias testemunhas, inexistosa, pois, a conciliação.

Apresentadas as alegações finais sob a forma de memoriais, sobreveio a prestação jurisdicional monocrática, a qual julgou procedente o pedido, declarando nula a escritura pública objeto do pedido e seu correspondente registro. Condenou, conseqüentemente, os requeridos, ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da causa.

Irresignados, a tempo e modo apelam os vencidos, postulando, preliminarmente, a cassação da sentença por haver sido prolatada por magistrado incompetente, e, bem assim, o exame do agravo retido.

No tocante ao mérito, sustenta, basicamente, não haver sido comprovado o erro ou simulação quanto à lavratura do ato inquinado de nulidade, desde que a apelada de tudo estava ciente.

Contra-arrazoados, e com preparo regular, alçaram os autos a esta Casa.

O parecer ministerial, em ambos os graus de jurisdição, é pelo des-

provimento do recurso, rejeitadas as preliminares.

É o relatório.

## II — Voto

O apelo busca, preliminarmente, a cassação da sentença, ao argumento de haver sido ela firmada por magistrado incompetente.

É indubitoso que toda a instrução do processo foi realizada pelo Dr. Galvão Nery Caon, Magistrado titular da 3ª Vara Cível da comarca de Lages. A sentença, todavia, foi lavrada pelo Dr. Saul Steil, que, no ensejo, julgava na comarca de Cunha Porã, mas que assim procedeu, como Juiz cooperador, em face do mutirão criado pela colenda Corregedoria-Geral da Justiça pela Circular n. 13/92.

O argumento do apelo, nesse sentido, é que foi arranhado o princípio do juiz natural, expresso no inciso LIII do artigo 5º da Carta Magna, além de, evidentemente, o disposto no artigo 132 do CPC, do qual promana outro princípio processual, o da identidade física do juiz.

Porém assim não sucede.

Ao examinar a Apelação Cível n. 88.073730-0, de Laguna, da qual fui Relator, esta colenda Câmara, à unanimidade decidiu:

“Venerando acórdão do Supremo Tribunal Federal asseverou ‘que não se reveste de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz’ (STF — 1ª Turma, RE n. 65.815—GO, rel. Min. Eloy da Rocha, j. 4/4/75, não conhecido, v.u., DJU 15/5/75, pág. 3.235, 3ª col., em.), devendo ele ceder passo à exigência de prejuízo para o

reconhecimento da nulidade processual’.

“Adotando uma postura mais radical, o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul assentou que ‘não tem aplicação a ultrapassada teoria da identidade física do juiz ao processo, máxime quando não se vislumbre prejuízo à parte por ausência de uma tipicidade específica no falar ou nas expressões usadas. A prestação jurisdicional, antes de tudo, revela-se uma técnica ou expressão de conhecimentos jurídicos e da lei’ (JTARGS 80/263).

“É da mesma Corte de Justiça o aresto que se segue, onde se rejeitou a arguição de nulidade, sob o fundamento de que ‘incabível, em tempos quando tanto se critica a morosidade da Justiça, situação criada em parte pelo tecnicismo processual a que insistem os profissionais do Direito deva preponderar’ (JTARGS 88/263).

“(…).

“Quiçá interessante observar, neste passo, a propósito do tema enfocado, que, em nosso ordenamento jurídico, prevalece o princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, sobrelevando considerar que somente à evidência de prejuízo é que deverá ser decretada eventual nulidade.

“Oportuníssima é a declaração de voto vencido constante da Apelação Cível n. 25.094, oriunda do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde restou consignado:

‘Os juízes substitutos, ou melhor dizendo, os juízes auxiliares, enviados às comarcas do interior e às Varas da Capital, têm objetivo proces-

sual e, repito, sem querer enfrentar a exegese trazida nos votos que me precederam, o intuito de desafogar, o que já está por excesso acumulado. Assim, se o objetivo maior é exatamente a perspectiva de colocar o serviço dessas comarcas em dia, se o auxiliar não puder julgar esses processos e as dezenas concluídas nestas comarcas, quer me parecer o acúmulo fará ou continuará da mesma forma.

‘É evidente que o meu ponto de vista se prende ao objetivo para o qual os auxiliares são enviados a estas varas. Além do mais, acrescentaria que prejuízo algum trouxe para as partes o julgamento da forma que foi feito’ (RT 595/229)”.

Não bastassem esses argumentos, que priorizam, como visto, o princípio do máximo aproveitamento dos atos processuais desde que ausente manifesto prejuízo às partes — até porque, na hipótese enfocada, os apelantes a tal respeito nada mencionam — há que se privilegiar, ainda mais, o princípio da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), sobretudo num País onde a prestação jurisdicional precisa ser sobremodo apressada, viabilizando, pois, o amplo acesso da população à Justiça, hoje, infelizmente, quase que à margem desta prerrogativa da cidadania.

Anoto, ainda, por oportuno, que a pretensa cassação da sentença para viabilizar a prolação de outra pelo Dr. Galvão Nery Caon, seria inócua, na medida em que o ilustre Magistrado, segundo os registros neste Tribunal e a se manter a regra do artigo 40, § 1º, inc. II, da CF, alcançará a apo-

sentação compulsória no próximo dia 24 de setembro.

Sendo assim, por ausência de prejuízo aos apelantes, afasto a suso aludida prefacial.

Cumpra deslindar, na seqüência, o agravo retido (fls. 138/140), que foi deduzido em face de o Magistrado haver decidido pela validade da prova produzida a partir de fitas magnéticas gravadas pela apelada em face de conversa mantida com a cartorária Sebillia G. da Silva, sem a ciência desta.

O argumento dos agravantes é de que a prova é inválida, na medida em que obtida clandestinamente, logo, ao arripio do artigo 5º, inciso LVI, da Carta Política.

Uma vez mais, entretentes, razão não se lhes assiste.

É que, em primeiro lugar, para obter a gravação das fitas cassete a apelada não se utilizou de meios ilegais ou imorais, ao contrário do que sucede com as interceptações telefônicas por alguém que não esteja participando do diálogo (AI n. 209.028-2, do TACSP, RT 620/151; AI n. 185.338-5, do TAMG, DJMG 3/5/95).

Ora, no caso focalizado, o meio de que a apelada se utilizou pode ser considerado como lícito e admissível, ainda que fosse desconhecido da interlocutora, dado que também lícito o seu objetivo, qual seja, a obtenção da verdade real, como cediço fim último do processo.

A respeito do assunto, ensina Humberto Theodoro Junior em artigo publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (RJTAGM 51/25):

“Não é gravação magnética, em si, um ato imoral ou ilícito. O que não se tolera é o seu emprego de maneira clandestina, com violação de garantia de intimidade e de sigilo telefônico, ou de qualquer outro sigilo legalmente tutelado”.

Assim também vem entendendo a jurisprudência pátria:

“Prova — Documento — Gravação da própria conversação mantida com terceiro — Emprego de meio imoral ou ilegal incorrente — Admissibilidade.

“A gravação feita através de fita magnética da própria conversação com terceiro e mediante o emprego de meios comuns (vale dizer, não interceptação) deve ser mantida como prova, uma vez que não há quebra de privacidade de quem quer que seja, pois trata-se de gravação da própria conversação, pouco ou nada importando que a pessoa com quem se fala desconheça a existência do sistema eletrônico”(JTACSP — RT 108/273).

E ainda:

“Prova — Perícia — Gravação magnética — Conversa telefônica havida entre as partes sem interferência de terceiro — Possibilidade da realização da perícia para produção de prova, cabendo ao Magistrado, de acordo com seu livre convencimento verificar a autenticidade do conteúdo da gravação — Exegese do art. 153, § 9º, da CF — Prevalência do contraditório sobre a intimidade, desde que se procure ocultar a verdade — Legitimidade da prova reconhecida — Recurso parcialmente provido para determinar sua realização” (JTACSP — RT 111/149).

E, no corpo do esmeradíssimo aresto, da lavra do Juiz Regis de Oliveira, ficou assentado:

“O Magistrado há de ser prudente na admissão de todos os meios de prova. Deve separar o que é moralmente legítimo, tal como fixa o Código daqueles obtidas por meio de coação, ou, até, por meios sub-reptícios, induzindo alguém a declarar o que não queira. Não que se pretenda a vedação da admissibilidade da conversa gravada em fita magnética. Veda-se o ilícito, ou seja, o comportamento contrário ao direito, fazendo, através de ardid, alguém dizer o que não é verdade, mediante meio provocativo. Não se pode aceitar o indício de ocultamento da verdade, a vivacidade de rapina, a quietude da esperteza sem limites”.

Mais adiante, afirma:

“Só não se pode aceitar a gravação de diálogo em fita magnética quando houver o que se pode denominar de ‘ilusão na manifestação da vontade’, ou seja, quando o interlocutor retrata falsidade sob o manto da verdade, no intuito evidente e de lograr o comunicador. Apenas haverá lesão a algum direito quando a intimidade, a privacidade for agredida indevidamente. Diante de dois direitos, o da intimidade e o da contrariedade, a verdade real não pode ficar prejudicada pelo sacrifício do segundo”.

E acrescenta:

“A prova, para efeito de formação da convicção do juiz deve ser idônea e o meio de sua obtenção também há que ser apto a fundamentar determinada orientação, produzida sob forma concorde com o direito. Há, pois, necessidade, não só que seja

idônea, mas também que o meio pelo qual a prova obtida seja lícito. Em ato posterior, surge a introdução da prova nos autos, o que só se pode dar através de decisão do juiz, ou seja, quando determina a juntada ao processo. A inserção do documento deve ser feita através de deliberação judicial. A obtenção da prova há de se fazer mediante comportamento lícito, isto é, conforme o direito. Se a individualidade de alguém está sendo agredida, isto é, se alguém praticou ato ilícito contra outrem e este, no exercício de suas liberdades fundamentais, aqui incluído o direito de defesa, de lealdade, não se comporta de forma ilícita aquele que grava, em conversa com o outro, o diálogo mantido. Se for avisado o interlocutor da existência do aparelho, pode inexistir diálogo. Logo, convém ocultá-lo. Existiria, aí, um comportamento ilícito, de forma a tornar ilícita a prova? Ao lado do direito à intimidade, há o dever de lealdade, do comportamento decoroso”.

Finalmente, o colendo Supremo Tribunal Federal, voto do Ministro Carlos Velloso deixou assentado: “Prova constante de gravação em fita magnética: inocorrência de ilegalidade” (HC n. 69.204-4—SP, DJU 4/9/92, pág. 14.092).

Desprovejo, dessarte, o agravo retido.

No tocante à matéria de fundo, a razão está, irrecusavelmente, com a apelada.

De fato, como revela a prova produzida, sem dar oportunidade à qualquer dúvida, os apelantes, sobretudo Gracílio, o astuto ex-marido da apelada, utilizando-se de artifícios próprios da simulação, levou-a irrecu-

savelmente ao erro de transacionar a totalidade do imóvel, quando, segundo sua promessa, a venda se circunscreveria a apenas 4 ou 5 alqueires, e seu produto serviria para a compra da casa própria do casal.

É interessante notar, por relevante à sorte da lide, como aliás bem salientado na sentença, a mudança de atitude do cônjuge varão, constatada no curto período que antecedeu a concretização da compra e venda, o qual, de péssimo marido — notívago, jogador e ébrio contumaz — transmutou-se, repentina e solertemente, em esposo exemplar — carinhoso, atencioso e caseiro.

Assim é que, após lograr engambelar a infeliz apelada, o cônjuge varão Gracílio voltou a ser o que era, ou seja, um velhaco ocioso, improdutivo, mau esposo e pai, que sequer conseguiu uma casa própria para abrigar a família. Contou, pois, para obter o seu intento, com a ajuda de seu irmão Osni, a quem a maioria das testemunhas ouvidas dão-no como afeito a “cambalachos” (fls. 76v., 77, 77v., 78, 78v., 79 e 79v.).

A mesma prova testemunhal revela, ainda, que a transação viciada teria servido ou para o pagamento das dívidas de jogo que Gracílio ostentaria na praça, ou, de outra feita, serviria para frustrar a meação da apelada, posto que a separação do casal, que era tida como certa, acabou por ocorrer logo na seqüência, por culpa do cônjuge varão, como prevaleceu na sentença acostada (fls. 92/98).

Pelo sim, pelo não, a verdade é que, por um ou outro motivo, o ato translativo ilícito de Gracílio, diante da farta e convincente prova coligida, re-

vela-se escancaradamente viciado, visto que, como suso mencionado, a sua atitude prenhe de fingimento em razão da transação pretendida, levou a apelada a erro essencial sobre o imóvel a ser vendido, cumprindo anulá-lo, pois, como acertadamente concluiu a hostilizada sentença.

Esta é, a propósito, a lição sempre proverbial do mestre Washington de Barros Monteiro:

“Como o erro, a simulação traduz uma inverdade. Ela caracteriza-se pelo intencional desacordo entre a vontade interna e a declarada, no sentido de criar, aparentemente, um ato jurídico que, de fato, não existe, ou então ocultar, sob determinada aparência, o ato realmente querido” (in Curso de Direito Civil, São Paulo, Saraiva, 1979, 1º vol., pág. 207).

Esta colenda Câmara, deste mesmo Relator, em hipótese semelhante, já decidiu:

“Ação de anulação de ato jurídico. Escritura pública. Procuração. Simulação. Eiva configurada.

“O ato ensejador da simulação traduz necessariamente uma inverdade. A simulação caracteriza-se, assim, pela intencional incongruência entre a vontade real e a declarada, no afã de criar, aparentemente, um ato jurídico que, de fato, inexistente, ou então ocultar, sob determinada aparência, o ato verdadeiramente desejado” (Apelação Cível n. 88.075651-7, de Itajaí).

No tocante ao erro em que a apelada foi levada a incidir, há, na prova produzida, a partir da acareação entre ela e a cartorária Sebília G. da Silva, a declaração desta serventuária no sentido de que “não leu integralmente a escritura antes de a autora

assiná-la; no entanto, leu as partes principais da mesma, como os compradores, os vendedores e as confrontações do imóvel; não leu a parte de alqueires, mas leu em metros quadrados" (fls. 109).

Ora, nada obstante ser a prova vacilante a respeito de a cartorária haver mesmo lido o conteúdo do ato translativo, como seria aliás de seu indeclinável dever, o certo é que, em considerando verdadeiro o que acima transcrevi, a apelada ainda continuou, após a leitura, sem saber o que estava vendendo, visto que de todos é sabido que, na serra catarinense, a medida de terras é feita em alqueires ou até em "milhões de campo", esta última, aliás, uma expressão comum no pampa gaúcho inteiro.

Sendo assim, como a cartorária fez a leitura — se é que o fez — em metros quadrados, a partir de medida a respeito da qual a apelada ignorava a extensão, evidenciado restou o erro na qual foi levada a incorrer.

Dessarte, tem-se como sincera a versão dos fatos apresentada pela apelada, dado que o estratagema urdido pelos apelantes acabou por surtir o efeito desejado, para tal concorrendo, inegavelmente, a aludida serventúria, pouco importando, para o caso enfocado, a invocação, formulada pelos apelantes, da fé pública da aludida tabeliã.

A manter-se, como desejam os apelantes, a validade do ato contratual translativo, de, como visto, manifesta invalidade, seria o mesmo que conceder um alvará de indenidade a ações fraudulentas semelhantes, de tão malélicas conseqüências à legalidade, moralidade e segurança dos atos jurídicos em geral.

Voto, assim, pelo desprovinimento do apelo, mantendo incólume, via de conseqüência, a sentença objurgada.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, rejeitou as preliminares e desproveu o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Cesar Abreu, lavrando parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Torres Paladino.

Florianópolis, 14 de junho de 2000.

*Vanderlei Romer,*

*Presidente;*

*Elário Torret Rocha,*

*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 49.773 (88.084966-9), DE JARAGUÁ DO SUL****Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Ação de indenização. Seguro habitacional. Inexistência de culpa do engenheiro responsável pela obra. Risco de desmoronamento. Reparação pelos proprietários. Viabilidade de posterior pedido de indenização contra a seguradora. Pedido reparatório acolhido. Apelos da seguradora e do IRB desprovidos.*

*“A indenização não pode ser negada àqueles que, pretendendo livrar-se dos riscos de desmoronamento, resolveram, diante da inércia da seguradora após o decurso de longo lapso temporal, reparar por si os danos havidos e até mesmo efetuar reformas ou ampliações nas residências” (Ap. Cív. n. 96.008806-7, de Joinville, Des. Eder Graf, j. 13/2/97).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 49.773 (88.084966-9), da comarca de Jaraguá do Sul (2ª Vara da Fazenda Pública), em que são apelantes e apelados IRB — Instituto de Resseguros do Brasil e Sasse — Companhia Nacional de Seguros Gerais, sendo apelada Kátia Maria de Souza Figueiredo:*

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, desprover os recursos.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

No Juízo de Direito da comarca de Jaraguá do Sul, Kátia Maria de Souza Figueiredo ajuizou ação de indenização contra Sasse — Cia. Nacional de Seguros Gerais, pleiteando o ressarcimento dos danos do sinistro ocorrido no imóvel, em virtude de ser segurada da requerente e de o referido imóvel encontrar-se em condições precárias de moradia.

Alegou, ainda, que as tentativas no sentido de que a requerida cobrisse os prejuízos amigavelmente foram frustradas.

Em resposta, a requerida, preliminarmente, denunciou à lide o IRB — Instituto de Resseguros do Brasil e o engenheiro responsável pela obra.

No mérito aduziu que os danos ocorridos no imóvel não estavam enumerados no rol de riscos cobertos pela Apólice de Seguro Habitacional, não tendo, portanto, que responder por fato não previsto no contrato de seguro.

Impugnada a resposta e deferidas as denunciaçãoções à lide, o processo foi suspenso, nos termos do art. 72 do CPC (fls. 75).

O denunciado Florisval Enke, responsável pela obra, ofereceu resposta, sustentando, em preliminar, a prescrição de sua responsabilidade. No mérito, alegou que ao efetuar a obra observou todas as recomendações da Associação Brasileira de Normas — ABNT, inexistindo, portanto, qualquer vício na construção.



Na seqüência, o Instituto de Resseguros do Brasil — IRB interveio, expondo sua situação processual e responsabilidade perante a seguradora, tendo ratificado a resposta no sentido de ser julgado improcedente o pedido.

Saneador irrecorrido (fls. 111/112), foi determinada a realização da perícia, o que foi regularmente cumprido, sendo apresentado laudo pericial (fls. 121/127), dando-se vistas às partes.

Realizada a audiência de instrução e julgamento, inexitosa a conciliação, foi inquirida apenas uma testemunha da autora, com desistência das demais. Após a instrução, as partes apresentaram alegações finais orais.

Entregando a prestação jurisdicional, o Magistrado julgou procedente o pedido, condenando a requerida ao pagamento da indenização correspondente aos danos verificados no imóvel, e improcedente a denúncia à lide, em relação ao engenheiro que efetivou a obra, condenando a requerida e o IRB — Instituto de Resseguros do Brasil ao pagamento de custas finais, impondo a este, também, a enunciação de vontade autorizadora de pagamento.

Irresignados com a prestação jurisdicional entregue apelam os vencidos.

O Instituto de Resseguros do Brasil — IRB alega, preliminarmente, a declaração de nulidade da sentença por considerá-la extra petita, com a justificativa de que a autora não teria formulado pedido certo e determinado.

No mérito, pleiteia a reforma da sentença, repisando os argumentos antes expendidos.

Sasse — Cia. Nacional de Seguros Gerais recorre, também, da sentença, requerendo a procedência da denúncia à lide proposta contra o engenheiro Florisval Enke, visto que ficou caracterizado vício da construção.

No mérito requer que o pedido seja julgado improcedente, e persiste na afirmativa de que os defeitos existentes no imóvel não são cobertos pela respectiva apólice de seguro.

Contra-arrazoados e preparados, subiram os autos a esta Casa.

A colenda Segunda Câmara Civil, porém, converteu o julgamento em diligência, para que fosse concedido ao apelado Florisval Enke a oportunidade de manifestação em decorrência da apelação apresentada por Sasse — Cia. Nacional de Seguros Gerais.

Cumprida a diligência, os autos ascenderam novamente a esta Corte.

É o relatório.

## II — Voto

Os apelos não convencem.

Cumpra analisar, primeiramente, a apelação interposta pelo Instituto de Resseguros do Brasil — IRB que aduziu, em preliminar, nulidade da sentença, por haver decidido extra petita, tendo em vista a ausência, no pleito indenizatório, de especificação do quantum debeatur certo e determinado.

É equivocado esse entendimento, já que o pedido posto no petitório vestibular versa, especificamente,

te, acerca do ressarcimento quanto aos prejuízos causados ao imóvel financiado ao ensejo do sinistro.

Ora, "Entende-se por certo o pedido expresso, pois não se admite que possa o pedido do autor ficar apenas implícito. Já a determinação se refere aos limites da pretensão. O autor deve ser claro, preciso, naquilo que espera obter da pretensão jurisdicional.

"Somente é determinado o pedido se o autor faz conhecer, com segurança, o que pede que seja pronunciado pela sentença" (Humberto Theodoro Júnior, in Curso de Direito Civil, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, vol. I).

E, na hipótese focalizada, a sentença não condenou o apelante em nada além do que foi pedido, ainda que a apuração do valor indenizatório específico haja sido postergada, corretamente, aliás, à fase de liquidação de sentença.

Esta, a propósito, a orientação da jurisprudência:

"Indenização — Perdas e danos — Incerteza quanto ao montante do prejuízo — Apuração mediante alvitramento em liquidação de sentença — Sentença confirmada" (JTJ 132/1.570).

Em relação à titularidade da ação, não se aceita a tese de que a apelada perdeu o direito de pleitear a indenização, em razão de ter alienado o imóvel após a propositura da ação.

O imóvel, no momento em que ocorreu o sinistro, pertencia à apelada, sofrendo esta, assim, todos os prejuízos dele decorrentes. Mesmo que o haja alienado após a propositu-

ra da ação, não perdeu a apelada, por si só, o direito de pleitear o ressarcimento quanto aos custos despendidos na reparação daquele bem.

Nesse sentido a jurisprudência deste Sodalício:

"Legitimidade ativa — Alienação do bem litigioso — Inalterabilidade.

"Alienado o bem litigioso, permanece inalterada a legitimidade das partes, submetendo-se o adquirente aos efeitos da sentença entre elas preferida, a teor do art. 42, § 3º, do CPC" (Apelação Cível n. 96.011974-4, da Capital, relator Des. Eder Graf).

No mérito, acentue-se, por primeiro, sob o ponto de vista doutrinário, de que "A perícia é a prova especializada por excelência. Seu objetivo é suprir conhecimentos técnicos que o juiz, pela natureza deles, não tem ou, pelo menos, presume-se não tê-los" (Ernane Fidélis dos Santos, in Manual de Direito Processual Civil, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, vol. I, pág. 478).

É o que sucedeu na hipótese enfocada, visto que as conclusões inseridas no laudo pericial são irretorquíveis em afirmar a não existência de qualquer vício de construção, e que os danos foram provocados "por recalques, acomodação do solo sob as fundações, em toda a área sob o prédio" (fls. 122).

E, adiante, concluiu a prova técnica no sentido que as vibrações causadoras dos danos materiais poderiam ter sido provocadas "no parque fabril da empresa metal-elétrica instalada em frente ao imóvel em questão e igualmente pela passagem de trens, na via férrea próxima" (fls. 122).

Se assim for, o engenheiro que realizou a obra não pode ser responsabilizado pela ocorrência danosa focalizada.

De outra parte, não há dúvida de que a seguradora é a responsável pelo ressarcimento dos prejuízos causados no imóvel, o qual, segundo a prova coligida, estava prestes a desmoronar, o que faz com que possua, de conseguinte, a cobertura na apólice securitário.

Nesse diapasão, o julgado deste egrégio Tribunal de Justiça:

“Comprovado o dano físico de natureza irremediável em o imóvel coberto por apólice de Seguro Habitacional, cumpre à Companhia Seguradora adiantar o valor necessário à reposição do bem danificado ou, por sua conta e risco, restituí-lo ao estado equivalente àquele em que se encontrava imediatamente antes do sinistro” (JC 34/227, rel. Des. Napoleão Amarante).

Em consequência, o Instituto de Resseguros do Brasil responde também pelos danos.

É da Jurisprudência:

“O Instituto de Resseguros do Brasil, consoante o Decreto-Lei n. 73/66, será considerado litisconsorte necessário nas ações de seguro, sempre que tiver responsabilidade no pedido, devendo haver declaração expressa, na contestação, de que o Instituto participa na soma reclamada” (TJPR, AC n. 3.022, Des. Ossian França).

E, ainda:

“Ação de indenização — Seguro. ‘Posição do IRB, nas ações de se-

guro. Enunciação de vontade autorizadora do pagamento’.

“Nos casos de sinistro indenizável, deve a seguradora a quantia representativa do justo adimplemento do contrato e, deve o IRB a enunciação de vontade autorizadora do pagamento” (RT 431/193).

Ou, finalmente:

“Comprovado o perigo de desmoronamento parcial, decorrente do processo de acomodação lenta do solo, em face da sobrecarga, e de outros fatores externos típicos, aliados aos defeitos construtivos das casas populares, deve a seguradora cobrir o risco expressamente assumido no contrato de adesão, sob pena de multa diária.

“A indenização não pode ser negada àqueles que, pretendendo livrar-se dos riscos de desmoronamento, resolveram, diante da inércia da seguradora após o decurso de longo lapso temporal, reparar por si os danos havidos e até mesmo efetuar reformas ou ampliações nas residências” (Ap. Cív. n. 96.008806-7, de Joinville, rel. Des. Eder Graf, j. 13/2/97).

Desse modo, pelo meu voto, nego provimento aos apelos.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por unanimidade de votos, desproveu os recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 5 de abril de 2000.

Vanderlei Romer,  
Presidente com voto;  
Eládio Torret Rocha,  
Relator.

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 50.510 (88.086850-3), DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Ação ordinária de rescisão de compromisso de compra e venda cumulada com devolução do preço recebido. Transação prometendo a venda imóvel alheio. Inviabilidade da pretensão liberatória. Pedido inacolhido. Apelo desprovido.*

1 — *Desde que a promitente vendedora pretendeu, sem estar autorizada, transacionar imóvel que não lhe pertencia e, ainda, considerando que a promitente compradora não deu nenhuma causa para a rescisão da avença, a qual não chegou a bom termo por culpa única e exclusiva daquela, repor simplesmente o que recebeu, mesmo em dobro, é premiar aquela que nunca dispôs de condições de honrar o contrato.*

2 — *Em sendo assim, é justa a composição da lide na qual o decisório compositivo opta pela indenização, a ser apurada em liquidação de sentença, baseada no preço atual do imóvel, dada a sua significativa valorização, ocorrida após a implementação da ruinosa transação, que supera em muito a devolução do preço, ainda que restituído em valor dobrado.*

### **Relatório**

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. (50.510) 88.086850-3, da comarca da Balneário Camboriú (1ª Vara), em que é apelante Gaivotas Imóveis e Agropecuária Ltda., sendo apelada Christiane Gauthier Bois:*

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

No Juízo de Direito da comarca de Balneário Camboriú, Gaivotas Imóveis e Agropecuária Ltda. aforou ação de rescisão de compromisso de compra e venda com devolução do valor recebido contra Christiane Guilloux Gauthier Bois, colimando, em suma, a rescisão do contrato de compromisso de compra e venda, facultado devolver o valor recebido devidamente cor-

rigido ou em dobro, a título de perdas e danos.

Alegou que pelo contrato, firmado entre as partes em 21/2/80, prometia vender os lotes ns. 6 e 7 da quadra n. 4 do loteamento Jardim das Gaivotas, Praia de Palmas, município de Governador Celso Ramos, recebendo da requerida, adiantadamente, a importância de Cr\$ 400.000,00, como pagamento.

Afirmou, ainda, que na transação atuou como mera intermediária, já que os imóveis pertenciam a Álvaro João Zonta e sua esposa, Vera Helma Ohlweiler Zonta. Em razão da demora na regularização da documentação, foi enviada uma carta a Christiane, comunicando que o proprietário estava disposto a devolver a importância recebida com correção, desfazendo o negócio, e também foi oferecido outro imóvel em substituição aos lotes.

A requerida não foi encontrada para citação pessoal. Assim, foi chamada mediante edital.

Não houve resposta. Nomeado curador especial, este se manifestou, arguindo, preliminarmente, incompetência do juízo e nulidade de citação. No mérito, aduziu que o contrato foi celebrado em 1980 e está quitado; que os imóveis são de alto valor, não cabendo à requerente pagar apenas perdas e danos com a correção do valor, mas, sim, pelo valor real dos imóveis.

Após, a requerida interveio no feito retificando a resposta do curador especial e aduzindo que ajuizou ação de adjudicação compulsória na comarca de Biguaçu remetida à comarca de Balneário Camboriú em razão da conexão com esta ação, buscando

a transcrição dos imóveis no registro imobiliário.

Relatou que não sabia que Álvaro e sua esposa haviam vendido os dois lotes para terceiros, sem antes desfazer o compromisso de compra e venda. Concluiu, dessa forma, que estariam de má-fé, o que caracterizaria enriquecimento ilícito. Por fim, aduziu que os supostos ajustes foram mantidos com o seu companheiro e que não eram casados à época do fato, o que lhe retirava a legitimidade para tratar de seus assuntos pessoais.

Sobreveio, então, a prestação jurisdicional Monocrática, a qual julgou procedente, em parte, o pedido, declarando rescindido o contrato particular de compromisso de compra e venda firmado pelas partes, e condenando a requerente à indenização do valor atual dos dois lotes prometidos à venda, a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento, compreendendo o valor dos lotes na data do arbitramento, correndo juros de mora a partir da liquidação da sentença.

Irresignada com o teor do decisório adverso, apela a vencida alegando que foi mera intermediária do negócio e não vendedora e que não foi a única culpada pelo desfazimento do negócio, não devendo, portanto, ser condenada a devolver a importância correspondente ao valor atual dos lotes prometidos mas sim o disposto na Súmula 412 do STF.

Contra-arrazoados e devidamente preparados, os autos ascenderam a esta Corte.

É o relatório.

## Voto

O apelo imerece prosperar.

Alega a apelante que a ausência da apelada à audiência de instrução, conforme termo de fls. 109, enseja a aplicação da pena de confissão quanto à matéria de fato.

Ocorre que a pena de confesso apenas atribui presunção relativa, e não absoluta, ou seja, admite prova em contrário. Assim, se o conjunto probatório aponta em outra direção, há que se desconsiderar a confissão ficta.

Este é o entendimento adotado por este Pretório:

“Ação ordinária. Confissão ficta pelo não comparecimento do réu para depoimento pessoal que não gera presunção absoluta de verdade das afirmações do autor, mas presunção relativa, elidível por outras provas dos autos” (Ap. Cív. n. 36.007, rel. Des. João José Schaefer).

No mesmo sentido:

“A pena de confissão, imposta pelo Juízo ao réu que não comparece para prestar depoimento pessoal é relativa, devendo ser analisada em conjunto com o elenco probatório trazido aos autos; de tal sorte que o juiz não fica adstrito ao acolhimento da ação, se não se convencer da veracidade dos fatos articulados na inicial” (Ap. Cív. n. 41.252, de Araranguá, rel. Des. Álvaro Wandelli).

De outro lado, quanto à matéria de fato propriamente dita, a apelante não trouxe aos autos, em momento algum, prova de que estava autorizada, pelo verdadeiro proprietário, a realizar a venda do referido imóvel. Apenas apresentou o contrato de compromis-

so de compra e venda (fls. 16) no qual se intitulou promitente vendedora, o que retira sua condição de mera intermediária no negócio realizado e a caracteriza como única e exclusiva culpada da rescisão do contrato.

Não pode, portanto, querer a apelante utilizar-se da Súmula 412 do Supremo Tribunal Federal, já que não há cláusula de arrependimento no contrato firmado entre as partes, e a apelada não deu apenas um sinal, mas pagou o valor total dos imóveis.

Assim, o douto Magistrado decidiu (fls.120 e 121) com acerto ao dispor:

“Como a compradora não deu nenhuma causa para a rescisão; como o negócio não chegou a bom termo por culpa única e exclusiva da vendedora, repor simplesmente o que recebeu, mesmo em dobro, é premiar aquele que não honrou o contrato, ou caso de enriquecimento indevido.

“As perdas e danos devem consistir na indenização do valor atual dos lotes prometidos à venda, a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento, compreendendo o valor dos lotes no dia de liquidação”.

É que o Magistrado entendeu, e o fez com inegável senso de justiça, que a condenação ao pagamento do valor atualizado dos imóveis seria suficiente para ressarcir o valor pago pela apelada e indenizá-la a título de perdas e danos.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso para manter o decisório objurgado.

É como voto.

**Decisão**

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por votação unânime, desproveu o apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Cesar Abreu.

Florianópolis, 21 de junho de 2000.

*Eládio Torret Rocha,*  
*Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 96.002593-6, DE LAGES**

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Apelação cível. Razões de recurso. Mera fotocópia das razões de recurso interposto em outros processos. Ausência de pressuposto formal de admissibilidade do reclamo. Inteligência do artigo 514 do CPC. Apelo não conhecido.*

*1 — Os pressupostos de admissibilidade formal do recurso de apelação apontam, claramente, para: 1º — a necessidade de sua dedução pela petição dirigida ao juiz da causa; 2º — oferecimento das razões específicas a respeito do inconformismo do recorrente; e, 3º — do pedido de nova apreciação jurisdicional dirigido à superior instância.*

*2 — Ausente, pois, qualquer um dos requisitos formais acima alinhados, a apelação não deverá ser conhecida, dado que não estará satisfeito, de conseguinte, o pressuposto para a sua admissibilidade.*

*3 — Sendo assim, à falta de requisito formal de admissibilidade, não se há de conhecer de apelo em que a parte, à guisa de razões, acosta, ao pleito recursal, mera fotocópia de inconformismo manifestado em outro processo.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.002593-6, da comarca de Lages (1ª Vara), em que é apelante Olza Fomento Comercial Ltda., e apelado Lampauto Indústria e Comércio de Peças Ltda.:*

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Custas na forma da lei.

**Relatório**

No Juízo de Direito da comarca de Lages, Lampauto Indústria e Comércio de Peças Ltda. opôs embargos do devedor à execução que lhe move Olza Fomento Comercial Ltda.

Alegou, em síntese, a embargante, que os valores em execução já haviam sido pagos.

Juntou recibo de pagamento (fls. 11).

Em resposta, a embargada aduziu que os litigantes também são partes em uma cautelar de sustação de protesto, numa ação de anulação de título e em uma cautelar de arresto. No mérito, alega ser-lhe devida a quantia discutida.

Na audiência de conciliação, as partes requereram a suspensão do processo a fim de que pudessem formalizar um acordo, o que lhes foi deferido (fls. 29).

A embargante juntou cópia da decisão proferida na apelação interposta na cautelar de sustação de protesto, a qual, relatada pelo eminente Desembargador Rubem Córdova, deu provimento ao recurso para conceder a sustação do protesto em virtude da prova de quitação do débito.

Tendo a embargante demonstrado interesse no prosseguimento do feito, visto ter sido inexitosa a tentativa de conciliação, sobreveio a prestação jurisdicional monocrática, cujo relatório fica adotado, a qual, em razão do pagamento da dívida, julgou procedentes os embargos, “improcedente a execução” (sic) e extinta a cautelar de arresto, condenando a embargada ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor das ações.

Inconformada, a tempo e modo recorre a vencida, juntando, por fotocópia, razões de outro recurso.

Efetuada a resposta, e com preparo regular, ascenderam os autos a esta Corte.

É este, em síntese, o relatório.

### **Voto**

Penso não se deva conhecer do recurso, à falta de suas indeclináveis razões.

É que ao apelo foram acostadas, apenas, xerocópias das razões apresentadas nos recursos interpostos contra a sentença proferida à guisa de composição da ação cautelar de arresto e da execução.

Isso, porém, não é o bastante, como cediço.

Ora, os dispositivos do Código de Processo Civil que tratam da apelação estabelecem, de rigor, requisitos de admissibilidade do recurso (art. 514) e limitam a apreciação, pela corte recursal, da matéria impugnada na insurgência (art. 515), ressalvadas, entretantes, aquelas apreciáveis de ofício.

Assim, “Para que o recurso de apelação preencha o pressuposto de admissibilidade da regularidade formal, é preciso que seja deduzido pela petição de interposição, dirigida ao juiz da causa (a quo), acompanhada das razões do inconformismo (fundamentação) e do pedido de nova decisão, dirigidos ao juízo destinatário (ad quem), competente para conhecer e decidir o mérito do recurso. Faltando um dos requisitos formais da apelação, exigidos pela norma ora comentada, não estará satisfeito o pressuposto de admissibilidade e o tribunal não poderá conhecer do recurso” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria



Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 514).

Nesse mesmo sentido caminha, aliás, o entendimento jurisprudencial:

“O recorrente há que dar razões do pedido de novo julgamento, apontando o vício da decisão recorrida, que poderá ser quanto à sua justiça — error in iudicando — ou quanto ao procedimento — error in procedendo — sob pena de não conhecimento do recurso interposto. (Ac. Unân. da 2ª Câ. do TJSC, de 2/9/86, na Ap. Cív. n. 25.168, rel. Des. Rubem Córdova)” (Humberto Theodoro Júnior, in Código de Processo Civil Anotado, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 231).

Ora, na hipótese enfocada, é de se ter como inexistente a fundamentação recursal, na medida em que a parte insurgente se limita a juntar fo-

tocópia de razões ofertadas em outro recurso, o que, em última análise, representa um menoscabo a esta colenda Corte de Justiça.

Posto tudo isso, pelo meu voto, não conheço do apelo.

### **Decisão**

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por votação unânime, não conheceu do recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Torres Marques.

Florianópolis, 12 de abril de 2000.

*Vanderlei Romer,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Eládio Torret Rocha,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 96.007372-8, DE BLUMENAU****Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Execução. Embargos do devedor. Seguro de acidentes pessoais. Morte do segurado em acidente de trânsito provocado por sua culpa. Voluntariedade do ato, contudo, não demonstrada. Inacolhimento da tese do suicídio premeditado. Invalidade da cláusula liberatória da obrigação de indenizar. Princípio da equidade. Pedido acolhido. Apelo improvido.*

“*Sendo a boa-fé um dos esteios que sustenta o contrato de seguro, a equidade desempenha papel preponderante e deve ser pronunciada sempre, tendo em vista as peculiaridades de cada caso concreto, notadamente porque quem faz seguro, assim age para desfrutar de maior tranquilidade, para libertar-se de preocupações e para ter paz de espírito’ (cf. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, 5º vol., 6ª ed., pág. 360).*

“*Assim, sem prova concludente da voluntariedade do ato de seu segurado, com o propósito de provocar o acidente que lhe ceifou a vida e no qual se envolveu por culpa sua, não há como se isentar a seguradora da obrigação de indenizar a beneficiária do seguro.*

“*A culpa, por si só, não é reveladora desse propósito consciente, principalmente quando o motorista não viaja sozinho e mantém seguro há vários anos, porque aquele que premedita suicidar-se em acidente, certamente não o faz após passado largo tempo da assinatura do contrato, nem leva consigo, salvo se desvairado, outros passageiros” (Apelação Cível n. 51.065, da Capital, rel. Des. Gaspar Rubik).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.007372-8, da comarca da Blumenau (3ª Vara Cível e Feitos da Fazenda Pública), em que é apelante Pátria Cia. Brasileira de Seguros Gerais, sendo apelada Nilda Duarte da Silva:*

ACORDAM, em Câmara Especial – Processo Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

**Relatório**

No Juízo de Direito da comarca de Blumenau, Pátria Companhia Brasileira de Seguros Gerais opôs embargos do devedor à executacional proposta por Nilda Duarte da Silva.

Alegou, em suma, que a embargada, na condição de beneficiária,

pleiteara uma indenização correspondente ao seguro de acidentes pessoais contratado por seu marido com Besc-Clube, apólice n. 102, e que deixou de pagar o valor referente ao prêmio do seguro diante do fato de o acidente automobilístico ter ocorrido por culpa exclusiva do de cujus.

Em resposta, a embargada alegou serem os embargos meramente protelatórios e que o que se deve considerar para o levantamento do prêmio do seguro é que o acidente resultou na morte do segurado.

Sobreveio, então, a prestação jurisdicional monocrática, a qual julgou improcedentes os embargos, condenando a embargante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Irresignada, a tempo e modo apela a vencida, sustentando, em síntese, que não se deve considerar apenas se houve dolo ou culpa por parte do segurado, mas, sim, a prática de ato contrário à lei, de alto risco — dirigir na contramão de direção — e que, portanto, deveria assumir o risco advindo de sua conduta.

Menciona, ainda, que seria necessário considerar que se trata de Seguro de Acidentes Pessoais e não de morte natural ou Seguro de Vida.

Com a resposta e o regular preparo, os autos ascenderam a esta Corte.

É o sucinto relatório.

### **Voto**

O apelo imerece guarida.

É que, não obstante tenha-se de admitir haja o acidente sucedido por culpa do de cujus — circunstância

essa, aliás, não inequivocamente demonstrada pela apelante — o certo é que isso não tem o condão de excluir o dever de a seguradora honrar o contrato de seguro, dado que não há prova da voluntariedade do ato causador da morte enfocada.

Nesse sentido, aliás, o precedente deste egrégio Tribunal de Justiça, cuja ementa transcrevo:

“Seguro de acidentes pessoais. Riscos cobertos e riscos excluídos. Acidente resultante de culpa do segurado. Morte involuntária. Invalidade de cláusula liberatória. Obrigação de pagar.

“O seguro de acidentes pessoais tem por objetivo assegurar o pagamento de uma indenização em caso de acidente, que é uma ocorrência involuntária e violenta.

“Mesmo provada a culpa de que resultou o evento, não basta a simples constatação do fato, em condições desfavoráveis ao acidentado, para liberar a seguradora” (JC 23-24/243).

Nesse diapasão, o aresto proferido da Apelação Cível n. 97.011428-1:

“Seguro de vida e de acidentes pessoais coletivos. Suicídio involuntário. Acidentalidade presumida. Voluntariedade não demonstrada pela seguradora. Dever de indenizar. Inteligência do art. 1.440, parágrafo único, do Código Civil. Cláusula exonerativa nula de pleno direito”.

Ou, finalmente:

“Indenização — Seguro de acidentes pessoais — Morte do segurado em acidente de trânsito provocado por sua culpa — Voluntariedade do ato, contudo, não demonstrada — Inacolinamento da tese do suicídio premedido

tado — Invalidade da cláusula liberatória da obrigação de indenizar — Princípio da equidade — Ação procedente — Recurso desprovido.

‘Sendo a boa-fé um dos esteios que sustenta o contrato de seguro, a equidade desempenha papel preponderante e deve ser pronunciada sempre, tendo em vista as peculiaridades de cada caso concreto, notadamente porque quem faz seguro, assim age para desfrutar de maior tranqüilidade, para libertar-se de preocupações e para ter paz de espírito’ (cf. Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, 5º vol., 6ª ed., pág. 360).

“Assim, sem prova concludente da voluntariedade do ato de seu segurado, com o propósito de provocar o acidente que lhe ceifou a vida e no qual se envolveu por culpa sua, não há isentar a seguradora da obrigação de indenizar a beneficiária do seguro.

“A culpa, por si só, não é reveladora desse propósito consciente, principalmente quando o motorista não viaja sozinho e mantém seguro há vários anos, porque aquele que premedita suicidar-se em acidente, certamente não o faz após passado largo tempo da assinatura do contrato, nem leva consigo, salvo se desviado, outros passageiros” (Apelação Cível n. 51.065, da Capital, rel. Des. Gaspar Rubik).

E, é bem de notar, essa circunstância a respeito da voluntariedade, como consignado, não foi demonstrada pela apelante, já que ônus indeclinavelmente seu. Ora, nos autos existem elementos probatórios que permitem afirmar-se que o segurado não agiu com aquela consciência ou com aquele sentimento mórbido e de-

satinado de lançar-se ao amplexo da morte.

Não há de outra parte, como quer a apelante, haver o de cujus praticado ato contrário à lei, por trafegar na contramão de direção, provocando assim o acidente que resultou em sua morte, dado que isso, mesmo que houvesse ocorrido — o que se admite à guisa de mero exercício argumentativo — não a exoneraria do cumprimento da obrigação de indenizar, defluente do contrato de seguro enfocado.

Esta é, aliás, a orientação desta Corte de Justiça:

“Segurado falecido em consequência de acidente de automóvel. Irrelevância do fato de não possuir o segurado habilitação legal desde que sabia dirigir veículo automotor, tendo o sinistro ocorrido quando dirigia o seu próprio carro” (RJTJRS 102/442).

Como se vê, bem andou a sentença, da lavra do eminente e culto Magistrado Dr. Nelson Schaefer Martins, em rejeitar os embargos, pelo que, conseqüentemente, é de se improver o apelo.

É como voto.

### **Decisão**

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por votação unânime, desproveu o recurso.

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

Florianópolis, 21 de junho de 2000.

*Vanderlei Romer,*  
*Presidente com voto;*  
*Eládio Torret Rocha,*  
*Relator.*

## AGRAVOS DE INSTRUMENTO

### AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.004678-8, DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Tutela antecipada — Portaria que outorga à empresa concessão para lavrar água mineral — Inexistência de pedido e autorização para mudanças no aproveitamento econômico e aumento na capacidade de produção da jazida ao órgão competente para autorizar — Petição inicial que menciona obstáculos para perfuração de novos poços — Deferimento da tutela antecipatória pelo Juízo a quo — Decisão genérica com possibilidade de abertura de novas jazidas — Irreversibilidade da medida — Impossibilidade da concessão da tutela antecipada — Falta de requisitos autorizadores — Inteligência do art. 273, § 2º, do CPC — Recurso provido.*

*“No fundo, irreversível não é uma qualidade do provimento na medida em que toda decisão, num determinado sentido, comporta decisão em sentido contrário —, mas de consequência fática que dele resulta, pois esta é que poderá correr o risco de não ser reposta no statu quo ante, ou não ser em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte por ele beneficiada não teria condições de suportar” (AI n. 98.003682-8, de Itajaí, rel. o subscriptor).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.004678-8, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz, em que é agravante Companhia Hidromineral Caldas da Imperatriz, sendo agravada Sociedade Hoteleira Itatiaia S.A.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

Companhia Hidromineral Caldas da Imperatriz S.A. agrava de ins-

trumento da decisão do Dr. Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Santo Amaro da Imperatriz, que, nos autos da ação declaratória de existência de direitos e ação ordinária cominatória, que lhe move Sociedade Hoteleira Itatiaia S.A., concedeu a esta tutela antecipada.

Aduz que a agravada propôs a mencionada ação, argumentando que a agravante, sob nova diretoria, vinha-lhe impedindo de abrir um “novo poço para exploração de água mineral” nas suas terras, e, assim, desrespeitando o acordo anteriormente firmado.

Em 26/2/87, com efeito, firmou acordo com Odson Cardoso permitindo a este pesquisar água mineral nas terras da agravante. Nessa época, Odson era titular do Alvará de Pesquisa Mineral n. 5.283, de 28/11/86, concedido pela União por intermédio do Departamento Nacional de Produção Mineral — DNPM, na forma da lei (Código de Mineração, Decreto-Lei n. 227/67, e seu regulamento, Decreto n. 62.934/68), para pesquisar água mineral nas terras da Cia. Hidromineral Caldas da Imperatriz, ora recorrente, em área limítrofe e contígua com outras concessões de lavra de água mineral a esta outorgadas pela União.

Pela pesquisa realizada por Odson Cardoso, que não encontrou nenhum óbice ou oposição, constatou-se que a água mineral encontrada é de excelente qualidade e com vazão suficiente para exploração econômica, suprimindo até hoje o Hotel Plaza Caldas da Imperatriz.

Ao ser aprovado pelo DNPM o relatório final de pesquisa relacionado com o referido Alvará n. 5.283/86, o

seu titular negociou com a Sociedade Hoteleira Itatiaia S.A. os direitos de requerer a lavra, que, pela Portaria n. 291, de 13/9/93, publicada no dia seguinte no DOU, saiu em nome da agravada.

Diz que, após a outorga do título de lavra, nenhuma outra pesquisa mineral nem mesmo de minério pode ser efetuada na área delimitada na Portaria de Lavra sem autorização prévia do DNPM.

Não pode assim o titular da lavra abrir novos poços para ampliação da capacidade de produção sem a devida autorização do DNPM, conforme este órgão explicita para a agravante no Ofício n. 160/99 – 11º DS/DNPM, de 1º/4/99.

Dessa forma, apresentando alvará “já caduco”, ou já extinto há mais de dez anos, impossível perfurar novos poços e alterar o aproveitamento econômico da exploração das águas, o que exigiria um novo alvará e uma nova pesquisa, com outras providências, bem como aditamento à Portaria de Lavra, além da observância das regras ditadas pelo Código de Mineração e seu Regulamento.

Sublinha, assim, inexistir o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* para a obtenção da liminar, por ausência de autorização do proprietário ou regular procedimento judicial, com prévio depósito do valor da renda cabível e das indenizações devidas (arts. 37 e 38 do RCM). Por outro lado, o Hotel Plaza Imperatriz, da Sociedade Hoteleira Itatiaia S.A., não tem problema algum de abastecimento, dispondo de água em volume muito superior às suas necessidades.

Não estando evidenciados os requisitos legais, requer a reforma da decisão agravada, concedendo-se o efeito suspensivo e o final provimento.

Junta documentos às fls. 13/57.

O insigne relator, Desembargador Cesar Abreu, concedeu o efeito suspensivo almejado.

Nas contra-razões, a agravada aduz que é titular da outorga de lavra concedida pelo Ministério de Minas e Energia, pela Portaria n. 291 de 13/3/93, direitos estes assegurados pelo Processo n. 815.374/85, aprovado pelo DNPM em todas as suas fases.

Em nenhum momento o provimento judicial solicitado foi para garantir novas perfurações. Diz que, maliciosamente e para confundir o Des. Relator e seus pares, a agravante coloca o termo de novos poços em relação a fatos passados.

Obedecidas as condições previstas nos artigos 36, 37, incs. I e II, e 43, do Código de Mineração, Decreto-Lei n. 227 de 28/2/67, o Ministério de Minas e Energia e o DNPM concedeu e aprovou, respectivamente, a concessão de lavra, pela Portaria n. 291, de 13/9/1993, com os artigos 57 e 87 do referido Código, excluindo qualquer tipo de medida judicial que possa, em seus efeitos, evitar ou interromper o prosseguimento dos trabalhos na pesquisa ou na lavra mineral.

Ao alterar a verdade dos fatos, agiu a agravante com má-fé, devendo ela ser incurso nos arts. 17 e 18 do CPC; ademais, requer, de acordo com o art. 558 do CPC, a reconsideração do despacho que concedeu efeito

suspensivo ao agravo, reconhecendo a improcedência do recurso, pois as lesões de grave e difícil reparação recaem apenas sobre a agravada, que está impedida de utilizar a água mineral proveniente dos poços da área concedida e que abastecem o Hotel Plaza Caldas da Imperatriz, com seus 158 apartamentos, constantemente ocupados por senhoras idosas em busca de tratamento para suas enfermidades.

Acosta documentos (fls. 76/102v.).

A agravante fez juntar memorial às fls. 104/108.

O ilustre Procurador de Justiça Dr. José Francisco Hoepers opinou às fls. 116/119 pelo provimento do agravo.

É o relatório.

A Cia. Hidromineral Caldas da Imperatriz S.A. autorizou a Sociedade Hoteleira Itatiaia S.A. a tomar todas as providências necessárias exigidas pelos órgãos competentes, para a extração de água mineral da fonte pesquisada, por um termo de acordo assinado e datado de 1º/12/92.

O referido pacto manteve ainda em vigor todas as cláusulas do acordo assinado em 26/2/87 e, homologado judicialmente em 13/3/87, que autorizava Odson Cardoso — que cedeu o seu direito à empresa agravada — a pesquisar na área compreendida no Alvará n. 5.283 (cláusula oitava, fls. 35).

Nesse norte, pela Portaria n. 291, de 13/9/93, o Ministro de Estado de Minas e Energia outorgou à empresa denominada Sociedade Hoteleira Itatiaia S.A. "a concessão para lavrar

água mineral no lugar denominado Caldas da Imperatriz, distrito e município de Santo Amaro da Imperatriz, Estado de Santa Catarina, numa área de 42,62..." (fls. 30).

Por outro lado, novos poços à exploração de reservas de jazidas minerais só poderão ser abertos com a autorização do DNPM — Departamento Nacional de Produção Mineral, o que em tese não ocorreu — fls. 47.

Ora, como bem realçado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça:

"De fato, a agravada, na inicial da ação declaratória de existência de direitos e ação ordinária cominatória, afirmou:

"Não obstante o ora acordado, a empresa ré, através de sua nova diretoria, vem criando obstáculos visando a molestar e impedir a autora de livremente perfurar e colocar em atividade o novo poço na área concedida, infringindo assim não só os termos do acordo, como também o art. 81 do Decreto-Lei n. 62.934, de 2/7/1968".

Com razão, ainda, prossegue o douto parecerista:

"O ilustre Juiz a quo, por sua vez, ao deferir a tutela antecipada, determinou:

"...que a parte suplicada se abstenha da prática de quaisquer atos irregulares e turbadores do direito à exploração de água mineral em favor da parte requerente, sob pena de prática de crime de desobediência".

"Com um decreto assim, tão genérico, estava, na prática, autorizada a agravada a perfurar (...) ou seja, abrir novos poços".

Observa-se que não há no processo pedido de mudanças no aproveitamento econômico e aumento da capacidade de produção das jazidas de águas minerais ao DNPM, que é o órgão competente para autorizar ou não a perfuração de novos poços.

Ressalve-se, contudo, que não se está impedindo novas pesquisas, o que é perfeitamente possível, ademais prevista contratualmente nas cláusulas oitava e nona do Termo de Acordo entre as partes (fls. 31/36), que restou mantido pela nova avença assinada em 1º/12/92, mas tão-somente de abrir jazidas, porque medida irreversível.

A concessão da tutela, pois, não atende aos requisitos do art. 273 do CPC, diante do risco da irreversibilidade: "Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado" (§ 2º, art. 273).

A propósito leciona Carreira Alvim:

"No fundo, irreversível não é uma qualidade do provimento na medida em que toda decisão, num determinado sentido, comporta decisão em sentido contrário —, mas de consequência fática que dele resulta, pois esta é que poderá correr o risco de não ser reposta no statu quo ante, ou não ser em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte por ele beneficiada não teria condições de suportar" (AI n. 98.003682-8, de Itajaí, rel. o subscritor).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.



Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Trindade dos Santos, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Francisco Hoepers.

Florianópolis, 18 de maio de 2000.

*Alcides Aguiar;*  
*Presidente e Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.019446-9, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Embargos de terceiro — Mulher casada — Defesa da meação — Liminar parcialmente concedida assegurando a reserva de metade do produto das alienações — Insurgimento pela meeira a fim de ver resguardadas a posse e a propriedade sobre a meação dos imóveis construídos — Acolhimento — Aplicação do art. 1.046, § 3º, do CPC — Alegação do agravado/credor de que a dívida garantida pelo aval reverteu em benefício da sociedade conjugal — Não comprovação por este — Agravo provido.*

*“Inadmissível a alienação judicial do bem por inteiro, ainda que seja indivisível, reservando-se à mulher a metade do preço alcançado. O direito do meeiro sobre os bens não pode ser substituído pelo depósito da metade dos valores obtidos com a hasta pública” (STJ, REsp n. 89.167).*

*A dívida garantida por aval, presumindo-se de favor, não traz benefícios à família. Ao credor cumpre provar o contrário.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.019446-9, da comarca de Criciúma (3ª Vara), em que é agravante Elfriede Dihlmann, sendo agravado Unibanco — União de Bancos Brasileiros S.A.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

Colhe-se do relatório de fls. 58/59:

“Elfriede Dihlmann interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo contra a decisão do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Criciúma que, nos autos da ação de embargos de terceiro oposta contra a execução promovida pelo Unibanco — União de Bancos Brasileiros S.A. contra seu consorte, Dieter Dihlmann, deferiu parcialmente a liminar para reservar 50% (cinquenta por cento) do produto das alienações dos imóveis penhorados em favor da embargante, sobre os quais a mesma detém a posse e propriedade,

em virtude do regime de bens adotado no casamento.

“Assevera que o agravado ingressou com processo de execução contra a Companhia Brasileira Carbonífera de Araranguá (CBCA), e seus avalistas — Dieter Dihlmann e Antônio Manoel Prazeres Bocayuva Catão —, vindo, posteriormente, a desistir do feito em relação à empresa supracitada, prosseguindo quanto aos outros devedores.

“Informa ainda que o recorrido indicou vários bens para a penhora pertencentes à agravante e ao seu marido, inclusive de outras comarcas e que restaram cumpridas as formalidades de constrição judicial.

“Afirma, outrossim, que o imóvel matriculado sob o n. 5.467, do Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Içara/SC, não pertence somente ao casal, que detém apenas 1/10 (um décimo) do referido bem, dividindo o restante com outros 10 (dez) proprietários.

“Sustenta que em todas as penhoras realizadas não foi ressalvada a meação da agravante, o que poderá causar sérios prejuízos à mesma; que o débito que deu origem ao processo de execução não trouxe nenhum benefício à família e que o aval prestado pelo seu marido foi sem a sua anuência.

“Sustenta, por fim, que não lhe interessa ter a reserva de 50% (cinqüenta por cento) do valor das alienações, mas sim a posse e a propriedade sobre sua meação dos imóveis, e que a jurisprudência tem admitido que o produto da venda em segunda praça seja no percentual de 60% (sessenta por cento) do valor da avaliação, sen-

do que neste caso receberia apenas 30% (trinta por cento) do valor real do imóvel.

“Requeru a concessão de efeito suspensivo ao agravo”.

Despachando, o ilustre Desembargador Torres Marques atribuiu efeito suspensivo ao recurso.

Em resposta ao recurso, o agravado argumenta que a recorrente limitou-se a fazer alegações de que não foi beneficiada pelo aval prestado pelo seu esposo, sem, no entanto, trazer aos autos qualquer prova cabal de suas afirmações; a única atividade desenvolvida pelo cônjuge da agravante era na empresa CBCA, sendo, dessa forma, a sociedade conjugal beneficiada com a contratação havida pela mencionada empresa, cabível pois a constrição judicial.

Colaciona julgados em abono a sua tese.

Salienta que, se as razões apresentadas pela recorrente prosperarem, seria como burocratizar nossa Justiça, que existe para dirimir os problemas, e não alimentá-los, onerando mais o credor que busca a satisfação de seu crédito.

Pugna pelo desprovimento do presente agravo.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu parcialmente liminar em ação de embargos de terceiro, reservando tão-somente metade do produto das alienações em favor da embargante, quando esta objetivava a suspensão da execução e dos atos de avaliação, praças, leilões e arrematações e/ou adjudicações.

A irrisignação da agravante tem por objetivo ver resguardadas a posse e propriedade sobre sua meação dos imóveis constrictados em processo de execução onde o seu marido figura como executado.

A r. decisão agravada acha-se amparada em decisão da Quarta Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, tomada por maioria de votos, em julgado datado de 3/3/1993 — REsp n.16.950-0—MG.

Ocorre que, conforme destacou o eminente Desembargador Torres Marques no despacho que atribuiu efeito suspensivo ao presente recurso, a mesma Turma Julgadora daquela Corte Superior, em data mais recente — 23/9/1996 —, mudando seu posicionamento em relação à substituição da meação dos bens da meeira pelo depósito da metade dos valores obtidos com a hasta pública, decidiu:

“Embargos de terceiro. Mulher casada. Meação. Suspensão do feito principal.

“Os embargos de terceiro, versando sobre alguns dos bens objeto do processo principal, acarretam a suspensão deste em relação aos bens que foram embargados (art. 1.052 do CPC). Inadmissível a alienação judicial do bem por inteiro, ainda que seja indivisível, reservando-se à mulher a metade do preço alcançado. O direito do meeiro sobre os bens não pode ser substituído pelo depósito da metade dos valores obtidos com a hasta pública (grifei).

“Recurso especial conhecido, em parte, e provido parcialmente” (REsp n. 89.167—PR, relator Ministro Barros Monteiro, j. em 23/9/96 — in RSTJ 94/249).

Do corpo do acórdão colhe-se valioso ensinamento:

“De acordo com o disposto no art. 1.046, caput, e § 3º, do Código de Processo Civil, os embargos de terceiro destinam-se precipuamente a proteger a posse. Substituir essa proteção possessória pelo equivalente em dinheiro apurado na venda judicial é atentar contra as normas supra-aludidas. A lei confere ao cônjuge os embargos de terceiro para a defesa da posse em si; não do produto do preço obtido em praça pública.

Colhe-se mais do citado aresto o seguinte lance da lavra do Min. Ruy Rosado de Aguiar:

“Não há por que impor à mulher, condômina do bem, a alienação do seu patrimônio.

“Tendo sido penhorada apenas a outra metade de bem indivisível, deve ser obedecida a regra do art. 632 do Código Civil, que permite aos consortes escolherem adjudicar a um só, indenizando aos outros, ou manterem a indivisão, assim como foi proposto no voto do eminente Ministro Cesar Asfor Rocha. A condômina foi constringida a alienar o seu patrimônio, como se fosse ela a devedora, sem que lhe oportunizada a adjudicação que o art. 632 permite; daí por que acompanho o eminente Ministro Barros Monteiro, com a vênia do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha” (STJ, REsp n. 89.167, rel. Min. Barros Monteiro, j. 23/9/96, in RSTJ 94/249).

E mais recentemente, da lavra do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no REsp n. 184.618, do Rio de Janeiro, j. em 8/6/99, aquele Tribunal Superior, pela sua Terceira

Turma, reiterou este último posicionamento:

“Mulher casada. Meação. Execução. Bem indivisível. Precedentes da Corte.

“1. Na forma de precedente da Corte, o ‘direito do meeiro sobre os bens não pode ser substituído pelo depósito da metade dos valores obtidos com a hasta pública’.

“2. Recurso especial conhecido e provido”.

Neste egrégio Tribunal de Justiça do Estado, merece destaque a seguinte passagem jurisprudencial:

“...De acordo com o disposto no art. 1.046, caput, e § 3º, do Código de Processo Civil, os embargos de terceiro destinam-se precipuamente a proteger a posse. Substituir essa proteção possessória pelo equivalente em dinheiro apurado na venda judicial é atentar contra as normas supra-aludidas. A lei confere ao cônjuge os embargos de terceiro para a defesa da posse em si; não do produto do preço obtido em praça pública.

“Consoante lúcida observação lançada pelo Min. Barros Monteiro: ‘a conclusão, por conseguinte, se impõe: se a finalidade dos embargos de terceiro é defender a posse deste, não só de esbulho, mas de qualquer turbacção; se é impedir que se consuma qualquer diligência judicial (desfazendo-a quando isso ocorrer) que possa atingir o bem, inclusive pela penhora (art. 1.046, caput, Código Português, art. 1.037, I): é inadmissível que, no caso da meação do cônjuge, se permita que a penhora incida sobre ela e, mais, que seja alienada judicialmente com a meação do outro cônjuge, para, após, entregar-se ao embargante

apenas a metade do produto da alienação. Onde estaria, aí, a defesa da posse? Permitir que a meação do cônjuge seja não somente penhorada mas também alienada judicialmente é fazer tábula rasa da regra legal, segundo a qual o bem (no caso a fração ideal do bem, a meação) ‘não pode ser atingido pela apreensão judicial (art. 1.046, § 2), não deve ser atingido pela diligência ordenada’ (Código Português, art. 1.037, n. 1, in fine)’ (in Ver. dos Tribunais, vol. 698, págs. 213/214).

“Sabe-se que a execução deve ser intentada pelo modo menos gravoso para o devedor. Não haveria, portanto, como impor à mulher condômina a alienação do seu patrimônio. Foi ela constrangida a alienar o bem, ao pressuposto da indivisibilidade, como se fora ela a devedora, sem que lhe fosse dado o direito de permanecer na posse do bem que aparentemente lhe pertence” (AI n. 97.013783-4, Des. Pedro Manoel Abreu).

No tocante à alegação do recorrido de que caberia à agravante fazer prova de que não foi beneficiada pelo aval concedido pelo seu marido, razão não lhe assiste, pois in casu ocorre a inversão do ônus da prova, sendo do credor o encargo de comprovar que a dívida foi contraída em benefício da família.

A jurisprudência recomenda:

“Embargos de terceiro. Legitimação ativa do cônjuge em defesa da meação. Aval prestado em favor de empresa da qual o avalista não é sócio.

“Presume-se que o aval reverteu em prejuízo do cônjuge que não assentiu com a garantia, arcando o

credor com o ônus da prova em contrário.

“Recurso desprovido” (Ap. Cív. n. 98.005497-4, de Maravilha, relator Des. Silveira Lenzi).

E mais:

“Embargos de terceiro. Defesa da meação. Mulher casada. Linha telefônica constritada. Aval prestado por marido. Liberalidade. Inversão do ônus da prova.

“Em âmbito de embargos de terceiro, a dívida garantida por aval, graciosamente prestado pelo marido, não afeta a meação da mulher, já que se presume não ter sido contraída em benefício da família. Cabe ao credor/exequente, ao contrário, a prova de que o débito assumido reverteu em prol da sociedade conjugal” (Ap. Cív. n. 98.003791-3, de Joinville, relator Des. Carlos Prudêncio).

Ou ainda:

“Embargos de terceiro — Defesa de meação — Mulher casada — Aval prestado por marido — Liberalidade — Inversão do onus probandi — Embargos procedentes.

“O aval prestado por homem casado, na ausência de prova em contrário, presume-se constituir liberalidade. Daí decorrer a inversão do ônus da prova que passa a cargo do credor no sentido de que a dívida foi contraída em benefício da família, ou que a mulher assentiu na sua prestação. Improvados tais pressupostos procedem os embargos para se excluir da constrição judicial os bens da mulher. Inteligência do art. 3º da Lei n. 4.121/62” (Ap. Cív. n. 33.129, de São Miguel do Oeste, relator Des. Anselmo Cerello).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para suspender a execução até a decisão dos embargos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Solon d’Eça Neves.

Florianópolis, 30 de março de 2000.

*Alcides Aguiar,  
Presidente e Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.021858-9, DA CAPITAL

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Investigação de paternidade — Cumulação — Retificação de registro — Conseqüência lógica se procedente a ação — Imprescritibilidade — Súmula 149 do STF — Prova — O deferimento do pedido do autor para a realização do exame de DNA não caracteriza coação — Recurso desprovido.*

*“Investigação de paternidade (...).*

*“O cancelamento do registro, em tais circunstâncias, será consecutório lógico e jurídico da eventual procedência do pedido de investigação, não se fazendo mister, pois, cumulação expressa.*

*“II — Recurso especial não conhecido” (STJ — REsp n.119866—SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 30/11/1998).*

*“Observa Washington de Barros Monteiro que, enquanto vivo, assiste ao filho o direito de reclamar a investigação. A imprescritibilidade descansa na conexão existente entre o interesse do indivíduo e o interesse do Estado. Além disso, o status familiae implica uma coincidência de direitos e deveres, que impede possa alguém liberar-se dos deveres, despojando-se dos direitos (Curso de Direito Civil, vol. 2/265) (RTJ 76/768)” (in Direito Sumular, comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, 8ª ed., Malheiros Editores, 1997, págs. 61/62).*

*A recusa do investigado à realização da prova pericial sanguínea (DNA) deve ser respeitada, porém poderá tal conduta ser interpretada em favor do investigando.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.021858-9, da comarca da Capital (2ª Vara da Família/Órfãos e Sucessões); em que é agravante P. L. S., sendo agravado A. J. L.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, afastar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

P. L. S. interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo da decisão da MMA. Juíza de Direito da 2ª Vara da Família, Orfãos e Sucessões da comarca da Capital que, na ação de investigação de paternidade movida por A. J. L., afastou as preliminares suscitadas e deferiu a realização do exame pericial hematológico de DNA.

Afirmou que, acerca da preliminar da cumulação das ações, quando a maternidade constar no termo de nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la se provar a falsidade da certidão; que houve cerceamento de defesa porque, uma vez que não se sabe com certeza absoluta quem é a verdadeira mãe do agravado, não há como defender-se das supostas alegações de paternidade.

Levantou também preliminar de prescrição, porquanto o agravado, que tem 45 anos de idade, não está abrigado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicando-se, então, o artigo 178, § 9º, VI, do CPC.

No mérito, sustentou que, embora tendo dito expressamente que não deseja submeter-se às perícias hematológicas (DNA, Fenotipagem, Eritrocitária), a culta Magistrada deferiu exame pericial de DNA, marcando

a coleta do material para o dia 17/12/99.

Pugnou pela concessão de efeito suspensivo, e, ao final, pela reforma do despacho, em virtude de não haver lei que o obrigue a realizar tais exames.

Juntou documentos (fls. 13/38).

Denegado o efeito suspensivo, exarou parecer o douto Procurador de Justiça, manifestando-se pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

Trata-se de investigação de paternidade c/c retificação de registro civil, na qual a Magistrada afastou as preliminares e deferiu a realização do exame pericial.

Relativamente à rejeição das preliminares, cumpre-se salientar que, a priori, é possível a cumulação dos pedidos, aliás conseqüentes, sendo que o registro é atacado de forma indireta. Com bem decidido em questão análoga — CC n. 98.011099-8, TJSC, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra: “A causa só tem relação com registro público na forma indireta, pois, consistindo o pedido central na perquirição da paternidade, o resultado desta apenas implicará na mudança do assento de nascimento da menor, caso procedente”.

No mesmo sentido:

“Civil — Investigação de paternidade — Carência da ação — Art. 348 do Código Civil — Presunção pastis est relativa que admite prova em contrário.

“I — O filho havido na constância do casamento tem legitimidade para propor ação de investigação de paternidade contra quem entende ser

seu verdadeiro pai, nada obstando que se prove a falsidade do registro no âmbito da ação investigatória, a teor da parte final do art. 348 do Código Civil. O cancelamento do registro, em tais circunstâncias, será conseqüente lógico e jurídico da eventual procedência do pedido de investigação, não se fazendo mister, pois, cumulação expressa (grifei).

“II — Recurso especial não conhecido” (STJ — REsp n. 119866—SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 30/11/1998).

Ainda:

“Investigação de paternidade. Alegação de falsidade do registro de nascimento.

“Nada obsta que se prove a falsidade do registro no âmbito da ação investigatória de paternidade, a teor da parte final do art. 348 do Código Civil. O cancelamento do registro, em tais circunstâncias, será conseqüente lógico e jurídico da eventual procedência do pedido de investigação, não se fazendo mister, pois, cumulação expressa. Recurso especial não conhecido” (STJ — REsp n. 40690 – SP, rel. Min. Costa Leite, DJ 21/2/1995).

Da mesma forma, não merece agasalho o argumento de cerceamento de defesa, por não se saber com certeza qual é a mãe verdadeira, ficando “com o encargo de provar não ter mantido relações sexuais com nenhuma das suas supostas mães do investigador”. No caso em questão, precisará tão-somente afastar o alegado em relação à E. S. S., já que em nenhum momento restou levantada a hipótese de que se tenha relacionado intimamente com a Sra. J.. Ademais, a

maternidade não é questionada na ação principal.

Quanto à preliminar de prescrição, também não merece qualquer reparo aquela decisão, posto que está em consonância com a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal que assim dispõe: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

Oportuno ainda destacar os comentários de Roberto Rosas à Súmula 149 do STF:

“Sendo a ação de estado meramente declaratória, ela é imprescritível. Assim ocorre em relação à ação de investigação de paternidade. O interesse de agir consistirá apenas na obtenção de uma decisão declarando a existência ou inexistência de uma relação jurídica, como acentua Amaral Santos (Direito Processual Civil, vol. 1/209). A distinção há que se fazer entre a ação declaratória do estado de filiação e a ação condenatória tendente aos efeitos patrimoniais decorrentes desse estado de filiação, isto é, através da ação de petição de herança. Esta é prescritível, nos termos do art. 177 do Código Civil, por que é ação patrimonial.

“Observa Washington de Barros Monteiro que, enquanto vivo, assiste ao filho o direito de reclamar a investigação. A imprescritibilidade descansa na conexão existente entre o interesse do indivíduo e o interesse do Estado. Além disso, o status familiae implica uma coincidência de direitos e deveres, que impede possa alguém liberar-se dos deveres, despojando-se dos direitos (Curso de Direito Civil, vol. 2/265) (RTJ 76/768)” (in Direito Sumular, comentários às súmulas do

Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, 8ª ed., Malheiros Editores, 1997, págs. 61/62).

Nesse diapasão:

“Filiação ilegítima. Investigação de paternidade.

— Embora registradas como filhas legítimas do marido da sua mãe, era lícito às autoras promoverem ação visando ao reconhecimento de outra paternidade (ilegítima), desde que cumulada a investigatória com a ação declaratória incidental de nulidade dos registros de nascimento.

— As duas ações, outorgadas pelos arts. 348 e 363 do Código Civil, são imprescritíveis porque dizem com o status familiae das pessoas.

— Contrariedade aos arts. 178, § 9º, inciso VI, e 348 do Código Civil. Dissídio interpretativo comprovado.

— Recurso conhecido e provido” (STJ — REsp n. 2353—SP, rel. Min. Antônio Torreão Braz, DJ 11/10/1994).

No mérito da quaestio, almeja o agravante a reforma da decisão para que se abstenha de realizar o exame de DNA.

Apreciando-se o despacho agravado (fls. 11/12), percebe-se que não há ali qualquer determinação coercitiva por parte da Magistrada para a realização do exame. Naquele ato, a Julgadora apenas deferiu pedido da parte autora para produção da prova pericial, nomeando o expert competente para que escolhesse uma data conveniente para a coleta do material utilizada no exame.

Saliente-se, no entanto, que o agravante não é obrigado a comparecer àquele exame, mas arcará, se as-



sim proceder, com os ônus desta ausência, a possível presunção de paternidade.

Senão vejamos:

“Agravado de instrumento. Ação de investigação de paternidade. Prova pericial. Exame do DNA. Recusa de a ele submeter-se a progenitora do investigado. Impossibilidade de obrigá-la à coleta do material do seu próprio corpo. Recurso provido unicamente para impedir seja compelida à realização do exame” (TJSC, AI n. 97.007401-8, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 13/11/97).

Mais:

“Investigação de paternidade — Prova — Exame hematológico — Recusa.

“A parte não pode ser coagida a produzir prova contra si, mas tem o ônus de fazê-lo, como demonstração de seu interesse na decisão que lhe for favorável; o não comparecimento ao exame hematológico, na investigatória de paternidade, conduz à presunção de veracidade dos fatos alegados pelo investigador” (Ap. Cív. n. 96.007893-2, rel. Des. Eder Graf, j. 10/2/98).

E:

“Ação de investigação de paternidade — Indigitado pai do autor que após sugerir a realização do exame hematológico ‘DNA’ furta-se por reiteradas vezes a sua realização — Exceptio plurium concumbentium não provado — Apelo desprovido.

“A parte não está obrigada a produzir prova. Tem o ônus de fazê-lo, no entanto, como expressão de conduta, em abono de seu interesse em obter a vantagem da decisão a

seu favor. A recusa do réu em investigação de paternidade, de se submeter a exame hematológico (DNA), conduz a que se admita a presunção de veracidade dos fatos alegados, não se positivando, diante da sóbria análise judiciária, a argüida *exceptio plurium concumbentium*” (Ap. Cív. n. 96.000634-6, de Lages, rel. Des. Anselmo Cerello).

Ainda:

“Investigação de paternidade — Prova testemunhal — Recusa do réu em submeter-se ao exame hematológico — Conseqüências — Indício — Presunção — Exceptio plurium concumbentium — Prova insuficiente — Procedência da ação — Apelo desprovido.

“(..).

“A recusa do investigado à realização da prova pericial sangüínea, senão equivale de per si à confissão da paternidade, robustece a convicção do laço familiar que lhe é irrogado, uma vez convergentes nesse sentido os demais elementos probantes” (Ap. Cív. n. 43.750, rel. o subscritor, j. 16/6/94).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Trindade dos Santos, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo Sr. Dr. Jobél Braga Araújo.

Florianópolis, 30 de março de 2000.

*Alcides Aguiar,  
Presidente e Relator.*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.000236-4, DA CAPITAL****Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Agravo de instrumento — Filho menor (5 anos de idade) — Regulamentação de visita — Guarda alternada indeferida — Interesse do menor deve sobrepor-se ao dos pais — Agravo desprovido.*

*Nos casos que envolvem guarda de filho e direito de visita, é imperioso ater-se sempre ao interesse do menor. A guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais não é aconselhável pois “as repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos” (RJ 268/28).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.000236-4, da comarca da Capital (2ª Vara da Família/Órfãos e Sucessões), em que é agravante R. A. B., sendo agravada K. N. T.:*

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

Custas na forma da lei.

R. A. B. agravou de instrumento da decisão do MM. Juiz de Direito que, nos autos da ação de regulamentação de visitas com antecipação de tutela que move contra K. N. T., regulamentou o direito de visita de seu filho, concedendo apenas parcialmente a antecipação da tutela.

As partes no presente agravo mantiveram união estável por cerca de dois anos, ou até 1997, nascendo deste relacionamento o menor L., em 24/4/95; o agravante sempre ajudou

na criação e educação do filho, pagando a creche e o plano de saúde que alça a quantia de R\$ 330,00 mensais, participando ativamente das atividades do cotidiano deste; a família paterna (avós) do menor sempre esteve presente, amparando o casal que era estudante à época da concepção daquele; desde a separação o casal manteve certa amistosidade, até o seu casamento, há pouco mais de um mês, o que acarretou uma mudança no comportamento da agravada em relação ao seu relacionamento com o filho.

Fizeram um acordo verbal, que não restou consignado no estudo social, de que o menor passaria o natal com a família do agravante em virtude de desavenças entre a agravada e sua família; poucos dias após, esta reconciliou-se com a família, gerando uma série de desentendimentos, avocando para si a propriedade da criança.

Ressalta que diante da falta de entendimento e composição amigável entre os genitores — e da ameaça de ser privado do contato com o filho — não restou outra alternativa ao agravante a não ser a judicial; destaca a necessidade de fixação de visitas em semanas alternadas (guarda conjunta e não compartilhada).

Sobre o estudo social realizado, ressaltou que foi realizado em curto espaço de tempo e de forma parcial, porque contém as impressões pessoais da assistente social, não retratando com fidelidade a existência e exercício amplo de visitas ou mais precisamente uma divisão de direitos e deveres em relação aos assuntos pertinentes ao menor; equivocando-se quando declinou que o agravante havia requerido a guarda compartilhada. Apresentou também uma série de omissões, pois não foi ressaltado que a criança se encontrava muito bem na sua companhia por ocasião das visitas; omitiu sua versão com relação às visitas efetuadas na residência da agravada, considerando apenas os relatos desta.

Almeja a regulamentação das visitas não só durante as férias, sendo do total interesse do menor que seja resolvido o mais rápido possível e sem prejuízo de nenhuma das partes. Reporta-se à sua jornada de trabalho, como residente de medicina no Hospital Infantil Joana de Gusmão, para janeiro/2000, um plantão de 16 horas a cada quatro dias, e a partir de fevereiro/2000 um plantão de 12 horas a cada 8 horas, podendo, então, estar presente na vida do filho, sendo perfeitamente possível levá-lo e buscá-lo na creche e nas suas demais ocupações, de forma alternada com a

agravada, propiciando ao filho maior contato com os pais.

Já a agravada é dentista, e seu horário de trabalho de janeiro/99 a novembro/99 era o seguinte: no período matutino dava aulas como professora substituta na UFSC; à tarde trabalhava na Marinha das 13h às 19h e à noite, no consultório particular. Aproximadamente há dois meses atrás deixou de dar aulas.

Não busca a alteração da vivência do menor, porque a guarda alternada de fato já existia; que não se trata de guarda compartilhada, mas conjunta, com fixação do direito/dever de visitas. Desaprova as visitas ao menor na casa da genitora, diante de possíveis discussões, além do que a agravada tem um companheiro.

Requer a regulamentação provisória de visitas em semanas alternadas, iniciando-se nas sextas-feiras na saída da creche e com término na sexta-feira seguinte com a entrega do menor na creche; exercer visitas ao filho e tê-lo em sua companhia durante o mês de janeiro/2000, e nos meses de férias escolares, mantendo-se o já fixado em relação a fevereiro/2000.

Despacho às fls. 59 negando o efeito suspensivo.

A agravada deixou transcorrer in albis o prazo para apresentar sua resposta (fls. 65).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. José Francisco Hoepers, opinou pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu parcialmente tutela antecipada

nos autos da ação de regulamentação de visitas que R. A. B. ajuizou em face de K. N. T.

O pedido do agravante de passar metade das férias de janeiro/2000 com o filho restou prejudicado, eis que se está julgando o presente agravo em junho/2000.

Com relação à guarda da criança, nos termos que pleiteia — alternar uma semana com a mãe e outra com o pai —, não comporta agasalho.

O assunto requer, antes de mais nada, análise do interesse do menor que deve ser sempre observado, sendo determinante para a concessão da guarda do filho: “A melhor doutrina brasileira não deixa dúvida sobre o que realmente importa na decisão sobre guarda de menores. Caio Mário da Silva Pereira (Professor emérito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Federal de Minas Gerais), in Instituições de Direito Civil, Forense, 4ª ed., 1981, V/189, leciona, comentando a atividade decisional do juiz: ‘O que lhe serve de inspiração é o interesse dos filhos, sobre quaisquer outras ponderações de natureza pessoal ou sentimental dos pais’; Silvio Rodrigues (professor catedrático de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), em Direito Civil, Saraiva, 10ª ed., 1983, VI/254, ponderando a atuação do legislador, disserta que: ‘De resto, e em rigor, a regra que o inspira, conforme se verá, é uma só, a saber: em todos os litígios em que se disputa a guarda de filhos, o julgador deve ter em vista sempre e primordialmente o interesse dos menores” (Aju- ris 36/53).

Nesse norte, a jurisprudência desaconselha esta guarda que pode não ser chamada de compartilhada, como ressalta o agravante, mas certamente é alternada, posto que deseja pegar seu filho na creche numa sexta-feira e devolvê-lo na próxima sexta-feira.

Vejam os precedentes:

“Guarda de filho menor — Custódia alternada semanalmente — Desvantagens — Alimentos devidos à esposa separada.

“Posse e guarda de filho menor. A chamada ‘custódia conjunta’, importando o revezamento semanal do ambiente familiar, é prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e idéias na mente do menor; conseqüentemente, à formação da personalidade do mesmo” (RT 573/207).

E:

“Menor — Guarda — Pais separados — Custódia alternada semanalmente — Inconveniência — Permanência sob a guarda da mãe — Direito de visita do pai.

“É inconveniente à boa formação da personalidade do filho ficar submetido à guarda dos pais, separados, durante a semana, alternadamente; e se estes não sofrem restrições de ordem moral, os filhos, principalmente durante a infância, devem permanecer com a mãe, por razões óbvias, garantindo ao pai, que concorrerá para as suas despesas dentro do princípio necessidade-possibilidade, o direito de visita” (RT 733/333).

Mais:

“Guarda de filho — Sistema de revezamento mensal entre os genito-

res, estabelecido em cláusula de separação consensual. Inconvenientes que oferece a uma criança com seis anos de idade. Alteração determinada pelo juiz, de modo que a mãe exerça a guarda..." (RJTJMG 113/428).

Ainda:

"A par desse modelo de guarda, fala-se no de alternada, que se caracteriza pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho seguindo um ritmo de tempo preestabelecido (dias, semana, mês, semestre, ano). No termo do período, invertem-se os papéis. Embora descontínua — ora com um, ora com outro dos pais —, não deixa de ser única a dita guarda alternada.

"As repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos" (RJ 268/28).

O estudo social realizado por assistente social (fls. 32/35) não recomenda que a criança seja submetida ao tipo de guarda alternada na forma pretendida pelo agravante: "Apesar

de não ser de praxe darmos qualquer parecer durante os contatos, nos sentimos na obrigação de dizer à R. que somos totalmente contra a guarda compartilhada, por esta não dar à criança a devida segurança e referência de um lar, assim como fatalmente poderá ser prejudicial devido as diferentes formas de educação".

A culta Magistrada prudentemente indeferiu o pedido de guarda compartilhada, regulando, por sua vez, o direito de visita do agravante, que não merece ser alterado, inclusive, posto não ter ficado plenamente decidido, para os próximos períodos de férias do menor a ser dividido igualmente entre os genitores, salvo se de outra forma dispôs entrementes a Magistrada, atenta à realidade dos fatos e ao interesse sempre sobranceiro da criança.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Trindade dos Santos, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Francisco Hoepers.

Florianópolis, 26 de junho de 2000.

*Alcides Aguiar,  
Presidente e Relator.*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.007260-5, DA CAPITAL****Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Agravo de instrumento — Pedido de concessão liminar para cassar, em despacho de juiz, a antecipação de tutela concedida em ação de revisão e nulidade de cláusulas contratuais — Quantum de-beatur questionado em juízo — Exclusão do nome do agravado do rol de inadimplentes mantido por instituições privadas tutelares do crédito — Possibilidade — Permanência indevida — Precedentes desta Corte — Agravo de instrumento desprovido.*

*O questionamento judicial do título originador do débito, aliado a alguma manifestação por parte do devedor no sentido de que, ao menos, pretende pagar o que entende devido, são requisitos suficientes a propiciar a sua exclusão, devendo ser de pronto providenciada, seja porque promoveu depósito cautelar em que é facultado ao credor o levantamento das quantias ofertadas, seja em virtude do ajuizamento de ação consignatória, ou, ainda, da apresentação de caução fidejussória idônea.*

*“É necessária a satisfação por parte do devedor pelo menos do valor que considera correto, mesmo que tenha que sê-lo por via de ação judicial adequada pois só assim poder-se-á impedir que exerça o credor o direito de remeter aos cadastros de devedores o nome do agravado, devedor que é” (TJRS, Agravo n. 595.191.966, rel. Des. Osvaldo Stefanello, julg. un. em 10/3/96).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.007260-5, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é agravante o Banco do Brasil S.A., sendo agravado Daniel Triches:*

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

Custas legais.

Banco do Brasil S.A., fulcrado no art. 522 e ss. do Digesto Processual Civil, interpôs Agravo de Instrumento contra a r. decisão do MM. Juiz de Di-

reito da 1ª Vara Cível da comarca da Capital que deferiu tutela antecipatória na Ação de Revisão de Contrato n. 023.00.011062-2, determinando que a instituição financeira, ante a relação comercial questionada nos autos, se abstenha de encaminhar ou manter o nome do agravado nos serviços privados de proteção ao crédito tais como Serasa, SPC e Cadin.

Em despacho de fls. 220/221 neguei o almejado efeito suspensivo.

É o necessário relatório.

A matéria já está por demais pacificada neste Tribunal, tendo sido

devidamente enfrentada no r. despacho. O Banco agravante não tem razão, pois não lhe faculta, o direito, manter ou inserir no cadastro do Serasa, SCI e do SPC o nome do avalista da empresa ou do sócio como inadimplente, quando existe questionamento judicial do título originador do débito, aliado a alguma manifestação por parte do devedor no sentido de que, ao menos, pretende pagar o que entende devido, sendo esses requisitos suficientes a propiciar a sua exclusão, devendo ser de pronto providenciada, seja porque promoveu depósito cautelar em que é facultado ao credor o levantamento das quantias ofertadas, seja em virtude do ajuizamento de ação consignatória, ou, ainda, da apresentação de caução fidejussória idônea.

Senão vejamos a jurisprudência:

“É necessária a satisfação por parte do devedor pelo menos do valor que considera correto, mesmo que tenha que sê-lo por via de ação judicial adequada pois só assim poder-se-á impedir que exerça o credor o direito de remeter aos cadastros de devedores o nome do agravado, devedor que é” (TJRS, Agravo n. 595.191.966, rel. Des. Osvaldo Stefanello, julg. un. em 10/3/96).

E a respeito é oportuno o ensinamento do Mestre Humberto Theodoro Júnior:

“O Serasa é uma sociedade anônima, isso é uma entidade privada que mantém um cadastro da clientela bancária, para prestação de serviços exclusivamente a seus associados, que são vários bancos nacionais. Os dados compilados, como acontece em qualquer cadastro bancário, são confi-

denciais e sigilosos. Servem apenas de fonte de consulta para os bancos associados, os quais utilizam as informações como dados necessários ao estudo e deferimento das operações de crédito usualmente aplicadas (...) anotar, portanto, a conduta de certos clientes no cadastro do Serasa é operação de rotina que jamais poderá ser vista como ato ilegal e abusivo, mesmo porque a atividade bancária tem nos dados sigilosos da clientela o principal instrumento de segurança da atividade creditícia. Na verdade, nenhum estabelecimento de crédito pode prescindir de rigoroso controle cadastral sobre a idoneidade moral e patrimônio de seus usuários, em virtude da própria natureza das operações que constituem a essência de sua mercancia...” (Responsabilidade Civil, págs. 24/25).

Assim, inacolhível é a crítica recursal.

A matéria foi profundamente examinada e bem exposta pelo Juiz Silveira Paulillo, do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, no acórdão relativo à Apelação Cível n. 710.925-9. Dele transcrevo o excerto que segue:

“O Serasa, como é cediço, é uma sociedade anônima criada para assessorar os bancos nas informações que precisam no giro de suas atividades específicas. Permite às instituições financeiras avaliar as condições econômicas e creditícias de quem precise de crédito bancário. Se assim é, pode e deve munir-se de certidões dos cartórios distribuidores os mais diversos, de cartório de protestos, de informações de bancos acerca de dívidas, e eventuais outras informações que possam ter influência direta na con-

cessão de um crédito, ou na feita de um negócio qualquer. O que não pode é passar informações não verdadeiras. Agora, se uma ação foi ou não contestada, se a dívida informada está ou não sub judice, isto escapa ao juízo do valor do Serasa, devendo, cada situação específica, ser analisada pelos bancos destinatários das informações. Esse neologismo que se criou ('negativação') não quer dizer, em si, absolutamente nada. Importantes, isto sim, são os conteúdos das informações prestadas. Desde que verdadeiras, nada pode impedir sua divulgação dentro dos limites do serviço de proteção de que se cuida na espécie. As distribuições de ações, e os protestos, por exemplo, traduzem informações ao alcance de quem quer que seja. Não são sigilosas".

Concordo com o Juiz Paulilo e, igualmente, com o Desembargador Olavo Silveira, quando afirma que "é tempo de se afastar sutilezas de teses jurídicas ou de interpretações de lei, para se acobertar maus pagadores e fraudadores conciliados na prática de lesões ao patrimônio alheio. É já ocasião de se afirmar que quem deve, e não paga e nem tem como satisfazer obrigações assumidas, é insolvente, porque a insolvência é um fato e, por isso, provado o fato, não há como negá-lo em benefício dos que agem contra a lei e ainda buscam a impunidade junto ao judiciário" (JB 113-242/4).

Assim, quando do questionamento judicial do título originador do débito, aliado a alguma manifestação por parte do devedor no sentido de que, ao menos, pretende pagar o que entende devido, a exclusão deve ser de pronto providenciada, seja porque promoveu depósito cautelar em que é

facultado ao credor o levantamento das quantias ofertadas, seja em virtude do ajuizamento de ação consignatória, ou, ainda, da apresentação de caução fidejussória idônea.

Nesse sentido:

"Agravado de instrumento — Medida cautelar inominada — Anotação do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito (SPC/Serasa) — Quantum debeatur questionado em juízo — Permanência indevida — Precedentes da Corte — Recurso desprovido.

"Enquanto persistir discussão litigiosa relativa ao quantum debeatur, inadmissível é a utilização pelo credor dos cadastros de proteção ao crédito, como forma de compelir o devedor ao pagamento do débito questionado" (AI n. 96.011525-0, de Tubarão, rel. Des. Orli Rodrigues).

Ainda:

"Agravado de instrumento. Nome do devedor no Serasa. Exclusão. Possibilidade. Dívida sub judice. Ação de consignação em pagamento. Decisão mantida. Recurso desprovido.

"Estando o devedor a questionar em juízo os termos do contrato, e, por consequência, o próprio débito, e, principalmente, em face de ter providenciado o depósito judicial das quantias que entende exigíveis, mostra-se indevida a sua permanência na nominata das instituições de proteção ao crédito" (AI n. 96.004143-5, de Curitiba, rel. Des. Gaspar Rubik).

Do v. aresto citando julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

"O serviço de proteção ao crédito é entidade reconhecida por lei,



tendo, inclusive, caráter público, ex vi do § 4º do art. 43 da Lei n. 8.078/90, podendo cadastrar informações sobre pessoa física ou jurídica (cf. STJ — REsp n. 64000, publ. DJU em 26/2/96, pág. 04.012), entendimento que, obviamente, deve ser estendido ao Serasa, o fato é que o posicionamento firmado por esta Corte é de que a inscrição do nome de alguém, em tais instituições, causa muito mais prejuízos ao cadastrado do que a sua não inclusão às empresas de crédito, até porque o fato de não ter alguém honrado com um compromisso aqui, não é indicativo certo de que vá fazê-lo acolá, como amiúde se verifica na prática.

‘Em verdade, com o registro do nome do devedor a confiança do mercado, muitas vezes mantida incólume anos a fio, desfaz-se da noite para o dia, passando uma pessoa, ou uma empresa, por inveterada caloteira, sem que se lhe ofereça meios de defesa ou que se lhe apresente uma sentença judicial condenatória. Não se admite a contestação do débito ou qualquer escusa. Sobre ela é lançado o opróbrio de inadimplente, que somente é levantado após burocrático e moroso processo. De sorte que somente diante da absoluta certeza da dívida é que se justifica a inclusão do suposto devedor naqueles cadastros.

‘Assim, quando do questionamento judicial do título originador do débito, aliado a alguma manifestação por parte do devedor no sentido de que, ao menos, pretende pagar o que entende devido, a exclusão deve ser de pronto providenciada, seja porque promoveu depósito cautelar em que é facultado ao credor o levantamento das quantias ofertadas, seja em virtu-

de do ajuizamento de ação consignatória, ou, ainda, da apresentação de caução fidejussória idônea.

‘É de ser frisada, no entanto, na esteira do que vem fazendo a jurisprudência gaúcha, a imprescindibilidade de satisfação por parte do devedor pelo menos do valor que considera correto, mesmo que tenha que sê-lo por via de ação judicial adequada pois só assim poder-se-á impedir que exerça o credor o direito de remeter aos cadastros de devedores o nome do agravado, devedor que é’ (TJRS, Agravo n. 595.191.966, rel. Des. Osvaldo Stefanello, julg. un. em 10/3/96)”.

Desse modo, conforme se depreende de laudo e perícia extrajudicial (doc. 7, fls. 89) em que se verifica a exposição dos valores pagos a mais atualizados até 30/11/99, quadro de resumo (fls. 91), laudo e perícia extrajudicial (fls. 135), entre outros, verifica-se a intenção do devedor em saldar a sua dívida, pelo menos da parte que considera correta, tendo, para tanto, pago inúmeras parcelas e ingressado em Juízo na tentativa de realizar o correto cálculo, o qual se restar sucumbente, irá pagar, medida esta que afasta da esfera do credor o direito de remeter aos cadastros de devedores o nome do agravado.

Diante desse contexto, desprovejo o presente agravo.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 5 de outubro de 2000.

Anselmo Cerello,  
Presidente e Relator.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.002037-1, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

*Agravo de instrumento. Decisão concessiva de liminar em ação civil pública. Suspensão de permuta de imóvel público. Lei municipal desafetando o bem e autorizando a permuta. Área destinada à construção de ginásio de esportes. Dúvida quanto à titularidade dominial. Fumus boni juris configurado. Periculum in mora traduzido na iminência de o particular permutante dar ao bem a destinação que lhe convier, inviabilizando as obras do centro esportivo.*

*A decisão que outorga liminar não é de cognição exauriente, mas superficial. Ignorando-se se o município permutante doara, anteriormente, o imóvel permutado, pairando dúvidas, pois, quanto à titularidade dominial, resta caracterizada a aparência do bom direito.*

*Havendo risco iminente de ocupação da área pelo permutante particular, podendo utilizá-la como bem lhe aprouver, obstaculizando, logo, a feitura de ginásio de esportes caso desfeita a permuta operada, impõe-se o reconhecimento do periculum in mora.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.002037-1, da comarca de Balneário Camboriú, em que é agravante o município de Balneário Camboriú, sendo agravado o representante do Ministério Público:*

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

Custas legais.

1. O município de Balneário Camboriú ajuizou agravo de instrumento, com pedido de efeito suspen-

sivo, contra decisão do Dr. Juiz de Direito da Vara da Fazenda, Família, Infância e Juventude da comarca de Balneário Camboriú que, nos autos de ação civil pública aforada pelo Ministério Público, deferiu liminar suspendendo os efeitos de lei municipal que previa a desafetação e alienação de bem desapropriado por utilidade pública, correspondente a uma área de 2.208m<sup>2</sup>.

Sustentou que ao bem não tem sido dada destinação afeiçoada à utilidade pública, motivo por que foi objeto de permuta por outro terreno, em que se construiu rótula, com o fito de me-

Ihorar o sistema viário da cidade. Acrescentou que o bem se destinava à construção de ginásio de esportes, junto a um colégio, com o objetivo de promover a prática desportiva de alunos da rede pública municipal. Disse que a liminar esgotou o objeto da demanda.

Postulou a suspensão da liminar concedida, ponderando que os pressupostos autorizadores da medida estão presentes, pois, mantida a liminar, haverá grave lesão à economia e ordem municipais, visto que o terreno permutado é de importância vital ao sistema viário da cidade. afirmou, outrossim, que a não-concretização do negócio ocasionará um vultoso desembolso por parte do erário. Salientou, por fim, que a permuta do imóvel foi devidamente autorizada pela Câmara dos Vereadores.

O ilustre Des. Vice-Presidente indeferiu o pedido de suspensão da liminar.

Não foi conferido efeito suspensivo ao agravo.

Contraminutando, o agravado salientou que o Ministério Público não está interferindo na conveniência e oportunidade do ato administrativo, questionando, sim, a sua legalidade.

Argumentou que a liminar não esgotou o objeto da ação, como dissera o recorrente. Frisou, também, que o bem não poderia ser permutado porque fora doado pelo Município para a construção do ginásio de esportes, não importando o fato de ainda não ter sido edificado, uma vez que a doação não foi condicionada ao cumprimento de cronograma de obras.

Por derradeiro, asseverou que a área vem sendo utilizada para ati-

dades esportivas do Grupo Escolar Presidente João Goulart.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

2. Com efeito, desprovê-se o agravo.

A assertiva de que a ação civil pública não constitui meio hábil à desconstituição ou a anulação da lei municipal que desafetou e permitiu a permuta do imóvel não há de ser acatada.

A desafetação e a permuta, conquanto tenham sido levadas a efeito por meio de lei, na realidade, são verdadeiros atos administrativos, cuja legalidade é passível de exame judicial. Trata-se do que se costuma nominar de "lei de efeito concreto" (lei em sentido formal, mas ato administrativo em sentido material).

É esta, a propósito, a inteligência da douta Procuradoria-Geral de Justiça, ad litteram: "É lei tão-somente do ponto de vista formal; substancialmente é um ato administrativo, cuja validade está condicionada à observância de determinada forma que, por disposição legal, deverá ser análoga a de uma lei. Corrobora tal entendimento o fato de que a lei anulada regula apenas um ato jurídico (lato sensu), determinado e individuado, que visava à desafetação e permuta de uma dada gleba. Nada tem, portanto, de abstrato e genérico tal norma, mas tem efeitos concretos, eis que especifica a um determinado suporte fático, único e delimitado" (fls. 168/9).

Não raras vezes a tutela dos interesses metaindividuais requer a adoção de medidas de urgência, capazes de preservar a incolumidade dos direitos reivindicados na ação civil

pública, ou minorar os danos que lhes venham sendo infligidos. A previsão de liminares — e de ações cautelares (art. 4º) — na lei específica (art. 12), presta homenagem não apenas à primeira onda processual, mas também à segunda, a efetividade do processo, impedindo que o provimento judicial talhado a destempo, força do precário funcionamento da Justiça, venha despedido de reflexos práticos.

Dissertando sobre sua outorga na ação civil pública, José dos Santos Carvalho Silva comenta que "...o legislador, apesar de contar com a ação cautelar dentro do estatuto processual básico, foi feliz em expressar, no citado artigo, a previsão desse tipo de ação, dissipando qualquer dúvida que pudesse sobrepair ao assunto. A tutela preventiva tem por escopo impedir que possam consumir-se danos a direitos e interesses jurídicos em razão da natural demora na solução dos litígios submetidos ao crivo do Judiciário. Muito freqüentemente, tais danos são irreversíveis e irreparáveis, impossibilitando o titular do direito de obter concretamente o benefício decorrente do reconhecimento de sua pretensão" (Ação Civil Pública, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, pág. 311). Arremata: "... A simples demora, em alguns casos, torna inócua a proteção judicial, razão por que as providências preventivas devem revestir-se da necessária presteza" (op. cit., pág. 311).

A abordagem do recurso interposto há de limitar-se à presença do periculum in mora e do fumus boni juris, requisitos impostos à concessão da liminar. É de somenos importância debater, aqui, se é admissível desafetar imóvel declarado de utilidade pú-

blica quando se lhe tenha indicado uma destinação específica; se o Município desapropriou outra área para a prática de esportes; se a escola erigiu uma quadra polivalente; ou se os alunos continuam utilizando o espaço desafetado.

A Lei Municipal n. 1.780/98 buscou promover a desafetação do bem, bem como sua permuta por área da Empresa de Bebidas Itajaí Ltda., na qual foram empreendidas modificações na malha viária municipal. Nada obstante, cumpre atentar para a existência da lei local n. 75/68 que declarou a utilidade pública do imóvel para fins de edificação de complexo esportivo em benefício do Grupo Escolar João Goulart, prevendo-se, para tanto, sua doação à Plameg — órgão vinculado ao Estado —, mencionada tanto naquela lei, como na escritura de fls. 51 usque 55. Este documento, tratando de expropriação da res, então pertencente a Fulvio Pinto e Eni Ramos Pinto, traz a transcrição da Lei n. 75, contendo o dispositivo atinente à doação, nos seguintes termos: o bem "...destinar-se-á a ampliação do Ginásio XX de julho e do Grupo escolar João Goulart, através de convênio com o Plameg, a cujo órgão será doado... (sic)" (fls. 53).

Há incerteza, entretanto, se essa doação foi concretizada, era com encargo, ou não passou de estipulação abstratamente inserta no texto da lei. Em outros termos: a legalidade da permuta subordina-se à identificação do titular do imóvel; se a doação foi ultimada não poderia o Município alienar o bem à falta da propriedade. Está-se, pois, na dependência da aferição do registro imobiliário, o que pode ser feito no curso do processo,

trazendo-se aos autos a certidão pertinente. A fumaça do bom direito é encontrada, pois, na dúvida ainda não dirimida em torno da titularidade domínial.

Por outro vértice, feita a permuta, com transferência do bem à Empresa de Bebidas Itajaí Ltda., os alunos do estabelecimento de ensino serão privados do acesso à área para prática de atividades físicas — ainda que não se saiba com certeza se, no momento, continuam sendo realizadas no local. De todo o modo, está presente o risco de tornar-se impossível a construção do ginásio, que por certo propiciaria melhores condições para o desporto do que as oferecidas na quadra disponível naquele educandário. É dizer: negada fosse a liminar estaria autorizada a ocupação do imóvel pela empresa permutante, livre para dele dispor como bem lhe aprouvesse, tornando, muito provavelmente, infactível a edificação do centro de esportes, com danos mais que óbvios ao interesse transindividual. Eis o perigo da demora.

Veja-se, outrossim, que a suspensão dos efeitos da lei municipal, dimanada do deferimento da liminar, não acarreta prejuízos significativos ao agravante, até porque já foram levadas a cabo as obras de trânsito no terreno da empresa de bebidas. A decisão proferida in limine litis (art. 12, Lei n. 7.347/85) impede, tão-somente, que a pessoa jurídica de direito privado com a qual se efetuara a permuta adentre no imóvel, no aguardo da decisão definitiva do conflito.

Não é demais reiterar que discussões mais profundas acerca da viabilidade da desafetação realizada,

da titularidade do bem permutado ou da legalidade do ato administrativo praticado não podem ser entabuladas neste comenos, restrito à análise da presença dos requisitos autorizadores da outorga da liminar.

É da jurisprudência:

"...Presentes os requisitos legais (aparência do bom direito e receio de dano), considerando que a fase inicial do processo é de cognição incompleta, o deferimento da liminar impõe-se, e não é apenas faculdade do juiz concedê-la. Deixa-se de conhecer das questões que tratam do mérito, para não incidir em julgamento com supressão de instância" (TJMS, 1ª T., AI n. 47.649-7, rel. Des. Josué de Oliveira, in DJMS de 8/10/96).

Atente-se, outrossim, para precedentes desta colenda Câmara a consignar que, em ação civil pública, o decisu que confere liminar merece reforma exclusivamente quando houver ilegalidade indisputável ou encerrar teratologia. Transcreve-se:

"Ação civil pública. Concessão de liminar. Ausência de ilegalidade ou teratologia. Recurso desprovido.

"A liminar em ação civil pública apresenta uma natureza eminentemente cautelar.

"O exame dos pressupostos para a concessão de medida, assim como no processo cautelar, é matéria remetida ao prudente arbítrio do magistrado, consoante consolidado entendimento pretoriano, sendo recomendável a reforma apenas à evidência de decisão flagrantemente ilegal ou teratológica (AI n. 97.004577-8, de São Miguel do Oeste, relator Pedro M. Abreu)" (AI n. 97.004576-0, de São Miguel do

Oeste, relatado pelo signatário, j. 13/5/99).

Por derradeiro, não seja dito que a liminar deferida implicou o esgotamento do objeto da demanda, porquanto a decisão sob recurso limitou-se a suspender a desafetação e a permuta decorrentes da Lei Municipal n. 1.780/98.

3. Por todo o exposto, nega-se provimento ao agravo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Trindade dos Santos e Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Me-deiros.

Florianópolis, 4 de maio de 2000.

*Alcides Aguiar,*

*Presidente;*

*Pedro Manoel Abreu,*

*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.004589-6, DE XANXERÊ

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Agravo de instrumento. Ação civil pública. Loteamento. Aprovação da implantação pelos órgãos ambientais competentes. Licenças obtidas. Inexistência de perigo de comprometimento do manancial de água potável que abastece o município. Liminar deferida. Determinação de paralisação das atividades tendentes à preparação, implantação e comercialização do loteamento. Decisão improsperável. Insurgência recursal agasalhada.*

*Não se justifica a determinação judicial, em atendimento a liminar deferida em ação civil pública, de paralisação das atividades tendentes à preparação, implantação e comercialização de loteamento quando a empresa responsável conta com todas as licenças indispensáveis à concretização do empreendimento e quando o próprio organismo administrativo competente para a proteção do meio ambiente avaliza, com a autorização por si emprestada, a ausência de qualquer possibilidade de contaminação do manancial que abastece de água potável o município. Satisfeitas as exigências necessárias à proteção ambiental, o loteamento não deve ter sua implantação obstaculizada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.004589-6, da comarca de Xanxerê (2ª Vara e Fazenda Pública), em que é*

*agravante Golden Star Administradora Ltda., sendo agravado o representante do Ministério Público:*

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

Custas de lei.

Golden Star Administradora Ltda. interpôs Agravo de Instrumento, por inconformada com a decisão que, nos autos da Ação Civil Pública n. 080.00.000983-0, por si intentada contra o Ministério Público, deferiu a liminar postulada, para que fossem cessadas no imóvel identificado na inicial todas as atividades de preparação, implantação e comercialização do loteamento "Residencial Park Bela Vista", situado no bairro São Romero, em Xanxerê.

Expôs que, pela ação aforada contra si e contra o município de Xanxerê, o Ministério Público tem por meta, exatamente, a paralisação das atividades tendentes à preparação, implantação e comercialização do loteamento em referência, ao entendimento de que o empreendimento a ser implantado acarretará danos ao meio ambiente, mais especificamente ao Rio Ditinho, manancial esse que abastece de água potável o município, situado próximo à área de execução das obras.

Sustentou a agravante que, entretanto, as preocupações manifestadas pelo Ministério Público não procedem, haja vista ter ela percorrido todos os trâmites legais necessários à implementação do loteamento em questão, tais como: incorporação de gleba rural ao perímetro urbano do município de Xanxerê; consulta ao Incra a respeito da criação de um núcleo urbano naquela localidade; licenças ambientais na Fatma (LAP n. 83/98 e 252/99); escritura de compra

e venda relativa à área do loteamento; aprovação de lei municipal específica para o loteamento da área sob análise; e termo de caução de imóveis na Prefeitura local.

Asseverou, outrossim, ter investido quantia elevada no empreendimento, principalmente em dispositivos de controle ambiental, como esgoto sanitário, drenagem pluvial, área não edificante e reflorestada, etc., pelo que entendeu não existirem motivos para a liminar angustiada.

Pleiteou, no encerramento, a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, seu provimento, pois o atraso nas obras acarretar-lhe-á prejuízos de grande monta.

O efeito suspensivo perseguido pela agravante foi deferido pelo despacho de fls. 96 a 99.

Na resposta que apresentou, o representante do Ministério Público afirmou que as irregularidades do loteamento se iniciaram com a aprovação do Projeto de Lei n. 2.340/97, que estendeu os limites do perímetro urbano até o referido imóvel, desconsiderando que se localiza dentro da bacia do Rio Ditinho, o qual abastece a população de Xanxerê.

Enfatizou, mais, que a Fatma, ao conceder licença ambiental para a implantação do loteamento "Residencial Park Bela Vista", "esqueceu" da localização da área, mesmo com o parecer do engenheiro Salésio de Moraes em sentido contrário. Saliu inclusive haver parecer da Casan desfavorável à construção do loteamento.

Questionou a validade dos documentos fornecidos pelo órgão ambiental, haja vista estarem eles em con-

fronto com mencionados pareceres e não ter sido realizado o “Relatório de Estudo de Impacto Ambiental”.

Trouxe à baila, ainda, o fato de que até o momento não existe “autorização municipal para a instalação do loteamento”, instalação essa que não está amparada pela concessão de todos os órgãos competentes, como pretende fazer crer a agravante, inexistente, de outro lado, registro do loteamento no Cartório de Registro de Imóveis. Ao contrário, a agravante iniciou as obras de terraplanagem sem autorização do município.

No mais, salientou a importância da água para a vida, requerendo, por fim, a manutenção da decisão a quo combatida.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, posicionou-se pelo conhecimento e desprovisionamento do recurso.

É o relatório.

Acolhimento está a merecer a súplica recursal deduzida pela agravante.

Como deixamos enfatizado precedentemente, na decisão de fls. 96 a 99, concessiva da eficácia suspensiva clamada pela postulante recursal, o meio ambiente deve a todo custo ser preservado, evitando-se qualquer edificação ou atividade que possa afetá-lo.

Na hipótese de empreendimentos da natureza do loteamento questionado nestes autos, a empresa empreendedora deve cercar-se dos cuidados que lhe impõe a legislação pátria, obtendo, previamente, as licenças e autorizações dos órgãos competentes.

Nos termos do art. 10 da Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e sobre o Sistema Nacional do Meio Ambiente, todas as atividades potencialmente poluidoras devem sujeitar-se ao licenciamento ambiental, procedimento administrativo em que são deferidas as licenças ambientais progressivas (Licença Prévia, Licença de Instalação e Licença de Operação).

In casu, a agravante Golden Star Administradora Ltda. seguiu todos os trâmites indispensáveis à concretização de seu objetivo, ou seja, a implantação do loteamento “Residencial Park Bela Vista”.

Na esfera administrativa obteve licença na Prefeitura local, na Fatma e no Inkra.

De um breve apanhado dos autos, pode-se situar que o ponto nodal da questão introduzida nestes autos circula em torno do fato de possuir ou não a empresa agravante licença da Fatma para a efetivação do loteamento em referência.

Na resposta que contrapôs às deduções da agravante, o Ministério Público inseriu nos autos documentos fornecidos pela Casan e pela Fatma.

Do documento de fl. 116 extrai-se ter o gerente regional da Casan, engenheiro Antônio Fernando Baptiston, enfatizado expressamente que:

“Considerando que o referido desmembramento encontra-se no manancial de água para abastecimento público, Rio Ditinho, alertamos que em nosso entendimento a atividade está em desacordo com o estabelecimento legal”.



Enquanto isso, dos termos do documento de fl. 117, emitido pelo chefe da Divisão de Engenharia da Casan, engenheiro J. Tadeu L. de Córdova, destaca-se:

“Alertamos que se trata de área de proteção especial com manancial de água para abastecimento público de Xanxerê, conforme Portaria Estadual n. 24/79 e Decreto Estadual n. 14.250, art. 42, 43, 52 e 61”.

Todavia, convenhamos, não é a Casan o órgão responsável para a concessão de licença ambiental, nem dispõe ela de competência para tanto, razão pela qual referidos pronunciamentos impõem-se desconsiderados sob o ponto de vista legal.

Denota-se, outrossim, pelo documento de fl. 118 — uma comunicação interna da Fatma — haver o Sr. Bernardo Beirith, coordenador regional de tal fundação, informado o seguinte:

“A Licença Ambiental Prévia do referido empreendimento foi expedida por esta coordenadoria baseada em parecer e vistoria emitida pelo engenheiro Paulo Afonso Corbellini, que na oportunidade não observou ser a área pertencente à bacia do Lageado Ditinho (rio classe I)”.

Para aditar:

“Como a legislação ambiental impede a implantação deste tipo de atividade nas bacias de classe I, solicitamos que referido processo seja analisado com os devidos critérios legais e por técnicos mais experientes que estão lotados na sede da Fatma, e emissão de parecer sobre a suspensão ou outra diretriz com relação ao encerramento do processo”.

A necessária vistoria veio a ser realizada, resultando no relatório de vistoria técnica entranhado à fl. 119.

Consta desse relatório que:

“Trata-se de uma gleba com uma área de 320.000m<sup>2</sup>, localizada nas proximidades do bairro São Romero, junto à Rua Maximino Giordani, município de Xanxerê—SC.

“Essa área de propriedade de Cid Bello Marinho, dista, aproximadamente, 800m do Rio Ditinho, manancial responsável pelo abastecimento d’água do município de Xanxerê.

“Numa consulta à legislação que trata da proteção aos mananciais de abastecimento público, pudemos constatar que a Portaria n. 24/79/Ga-plan classifica o Rio Ditinho como sendo de classe I, e por isso não pode receber qualquer tipo de lançamento — o que poderia ser facilmente contornado com a implantação de sistemas de tratamento de efluentes.

“No entretanto, a Lei Estadual n. 5.793 de 15 de outubro de 1980, que dispõe sobre a proteção e a melhoria da qualidade ambiental, regulamentada pelo Decreto n. 14.250 de 5 de junho de 1981, em seus artigos 42, 43, 52 e 61 torna inviável o requerido pelo interessado”.

Constata-se, no entanto, que referido documento é datado de 17 de maio de 1999.

Por outro lado, o documento juntado pela empresa agravante às fls. 43 a 46 foi emitido em 4 de agosto de 1999, ao passo que aquele encartado às fls. 47 e 48 contém a data de 28 de setembro de 1999.

Esses documentos, são, portanto, posteriores aos documentos

juntados na resposta recursal produzida nestes autos de agravo.

Apenas e somente, constata-se do contexto documental assim formado que, pelo documento de fls. 43 a 46, a Fundação do Amparo à Tecnologia e Meio Ambiente — Fatma, pela Licença Ambiental de Instalação n. 252/99, autorizou expressamente a implantação do questionado loteamento, vinculando apenas o respectivo licenciamento ao cumprimento de algumas condições protetivas tais como: a construção de esgotos sanitários, com sistemas de tratamento constituídos de fossas sépticas, filtro anaeróbico e valas de infiltração conforme especificação de fl. 43v.; sistema de coleta, transporte e destino de resíduos sólidos sob responsabilidade da prefeitura; e sistema de drenagem pluvial.

Segundo os técnicos da Fatma, cumpridos esses requisitos, não há perigo de contaminação das águas do Rio Ditinho.

Assim sendo, apresentando a empresa Golden Star Administradora Ltda. todas as licenças necessárias à concretização do loteamento, sendo que nenhuma delas até o presente momento restou desconstituída, ou revogada, razão não há para colocar-lhe obstáculos com relação ao loteamento “Residencial Park Bela Vista”.

Aliás, neste sentido já decidiu esta Casa de Justiça catarinense:

“Agravo de instrumento — Ação popular — Preservação ambiental — Construção licenciada pelo município, Fatma e Ibama.

“Não há que impedir o prosseguimento de construção em terreno

urbano, ainda que necessária a derrubada parcial de árvores, se a obra foi licenciada pelo município, Fatma e Ibama” (Al n. 99.009372-7, de Balneário Camboriú, rel. Des. Newton Trisotto).

Ante o exposto é que se confere provimento ao presente recurso de agravo de instrumento, devendo a empresa agravante cumprir fielmente a determinação da Fatma quanto aos resíduos do loteamento.

Aliás, nunca é demais lembrar que a Constituição Federal, em seu art. 225, § 3º, dispõe que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Mencionado dispositivo, recentemente regulamentado pela Lei n. 9.605/98, dispõe sobre a responsabilidade penal, civil e administrativa derivada de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, constituindo mecanismo para um efetivo e rigoroso controle à proteção da natureza, podendo perfeitamente aplicar-se à questão trazida à baila nestes autos, no caso de descumprimento das normas ambientais.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 26 de junho de 2000.

*Alcides Aguiar,*  
*Presidente com voto;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.006914-0, DE CHAPECÓ****Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Ação de tutela de menor órfã. Interesse dos avós paternos e maternos. Decisão deferindo a guarda provisória àqueles. Insurgência dos avós maternos. Estudo social concludente. Manifestação da menor pela continuidade no lar onde se encontra. Bem-estar da menor que deve preponderar sobre qualquer outro interesse.*

*A vontade da menor — que deve ser considerada, como determina o art. 28, § 1º, do ECA — e o estudo social, minuciosamente elaborado, são elementos suficientes para que se atribua a guarda provisória aos avós paternos.*

*Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.006914-0, da comarca de Chapecó (Vara da Fazenda, Família, Infância e Juventude), em que é agravante G. P., sendo agravado J. F.:*

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

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

Trata-se de agravo de instrumento interposto por G. P. em razão da decisão proferida nos autos da ação de tutela da menor C. F., que revogou anterior interlocutória que deferiu a guarda desta aos avós maternos, determinando que a criança permanecesse com os avós paternos.

Sustenta, o agravante, que: a) ingressou com ação de tutela da neta órfã, atualmente com seis anos de idade, em razão de esta ter perdido os pais de forma trágica; b) a menor sem-

pre morou na mesma cidade que os avós maternos, tendo uma relação muito próxima com estes, e que, após a morte de sua mãe, a criança ficou com eles, que só perderam a guarda de fato, em razão da negativa de devolução da menor pelos avós paternos; c) os avós paternos sempre residiram em outra localidade, e somente há pouco tempo mudaram-se para a mesma cidade em que vive a menor; d) a permanência da menor com os avós paternos é influência maléfica, em razão da convivência com pessoas emotivas, que consolidarão na mente da criança que sua mãe foi uma assassina e suicida, o que não corresponde à realidade, pois a morte de ambos é uma incógnita.

Indeferido o efeito suspensivo, sobrevieram as informações, tendo o Magistrado enviado cópia do estudo social do caso realizado pela assistente social do Fórum de Chapecó.

Em contra-razões, o agravado pugna pela manutenção da decisão. Interveio no feito, ainda, a filha do agravado e tia da menor, com quem

os avós paternos residem, que, posteriormente à decisão agravada, também aforou ação de tutela, requerendo, igualmente, o desprovemento do recurso.

## II — Voto

Os documentos carreados aos autos, principalmente o estudo social, cuja cópia foi enviada pelo Magistrado a quo, indicam o acerto da interlocutória recorrida ao deferir ao agravado a guarda provisória da menor.

O pai da menor faleceu em 31/12/1999, vítima de latrocínio ou homicídio, sendo que a mãe desta esteve presa por um mês, por ser suspeita da prática do crime. Poucos dias após a saída da prisão a mãe da menor morreu, envolvida em um acidente de trânsito.

As referidas mortes ainda não foram solucionadas, não tendo pertinência ao deslinde da questão ora discutida, sendo aqui mencionadas apenas para evidenciar a complexidade e a dificuldade da situação vivenciada pela menor, para que se possa, analisando o contexto, verificar o acerto ou desacerto da interlocutória recorrida.

Dispõe o art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“A colocação em família substituída far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta lei.

“§ 1º — Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada.

“§ 2º — Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida”.

No estudo elaborado pela assistente social do Fórum de Chapecó, a menor foi ouvida, como indica o parágrafo 1º do dispositivo legal acima referido, manifestando o desejo de permanecer na casa da tia R. — com quem os avós paternos estão morando atualmente —, nas diversas vezes em que a assistente social lá esteve. Por outro lado, não expressou vontade de residir com os avós maternos.

Como bem ressaltou a assistente social, “é evidente que no caso em questão, a criança possui apenas 6 anos de idade, está se restabelecendo de um trauma, porém, há de convir que, em muitos casos, crianças revelam maior maturidade do que adultos em situações de perdas e/ou conflitos familiares, sabendo muitas vezes, mesmo que intuitivamente, escolher o que é melhor para si.

“A perda fatal dos pais em tão curto espaço deixou a criança muito abalada emocionalmente, por isso é necessário que receba muita atenção, carinho, amor e respeito para que consiga criar um novo referencial onde se sinta segura e feliz. Os tios estão auxiliando a criança nesse sentido, sendo que ela própria revelou em entrevista que sente-se bem ao lado dos tios, é bem tratada por todos na casa e gosta de brincar com os primos (F., 8 anos e F., 3 anos) com os quais compartilha não somente os brinquedos, mas um clima de grande afetividade familiar e respeito, e talvez por isso, a criança

tenha se identificado muito mais com a tia R. do que com os avós (requerentes em questão)” (fl.113).

E, após análise aprofundada da situação, concluiu:

“Em nosso entender, pelas informações obtidas junto aos envolvidos e considerando os aspectos coletados, tanto os avós maternos, quanto os paternos, teriam condições sócio-econômicas para assumir a responsabilidade legal pela criança, ou seja, a tutela, porém, os tios R. e D., também têm interesse na tutela e seriam as pessoas mais indicadas para assumir tal compromisso, já que a afinidade e afetividade deles com a criança revelou-se recíproca e bastante acentuada na ocasião das intervenções.

“Diante disso, considerando o melhor interesse para a criança e o desejo desta em permanecer sob os cuidados dos tios e estes reunirem condições emocionais, sociais e econômicas para prestar os cuidados necessários à criança, salvo melhor juízo de Vossa Excelência, entendemos que a tutela seja atribuída aos tios R. A. F. D. e D. F. D.” (fls. 114/115).

A vontade da menor — que deve ser considerada, como determina o art. 28, § 1º, do ECA — e o estudo social, minuciosamente elaborado, são elementos suficientes para evidenciar

que, para efeitos de guarda provisória, foi acertada a interlocutória recorrida, não restando esta ilação abalada pelo simples fato de que a menor conviveu mais tempo com os avós maternos do que com os paternos.

A assertiva de que o convívio com o agravado trará efeitos maléficos à criança restou afastada pelo estudo social, concluindo ser adequada a permanência da menor na residência em que se encontra.

Não serão analisadas as demais alegações expendidas pelo agravante, sob pena de supressão de um grau de jurisdição, por não terem sido submetidas à apreciação do Magistrado a quo.

### III — Decisão

Do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer, o Exmo. Sr. Dr. José Francisco Hoepers.

Florianópolis, 12 de setembro de 2000.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente e Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.002004-4, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Agravo de instrumento. Ação cautelar. Honorários do perito. Fixação definitiva pelo magistrado após a entrega do laudo. Majo-*

*ração do quantum. Ausência de intimação da parte que requereu o exame. Cerceamento de defesa caracterizado. Recurso provido.*

*“Realizada a perícia, ou no curso do exame, o experto poderá, motivadamente, pedir reajustamento, cabendo ao juiz, ouvidos os interessados, fixar os honorários. A fixação definitiva será posterior” (excerto extraído do acórdão proferido no AI n. 6.290, de Videira, rel. Des. Amaral e Silva).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.002004-4, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), em que é agravante Comissão de Representantes do Condomínio Residencial Protásio Campos, sendo agravados Marcos José Campos Cattani, Sílvio César Cervi, Alexandre Maines e Carla Ferreira Macedo:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Irresignada com a decisão que, nos autos da ação cautelar de produção antecipada de provas que move contra Marcos José Campos Cattani, Sílvio César Cervi, Alexandre Maines e Carla Ferreira Macedo, majorou os honorários do perito anteriormente fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais), a Comissão de Representantes do Condomínio Residencial Protásio Campos interpôs agravo de instrumento objetivando sua reforma, bem como a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Sustenta a agravante que o perito, inicialmente, apresentou proposta de honorários no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais),

tendo sido arbitrados pelo Juiz em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), pagos em 4 (quatro) parcelas. O experto, então inconformado, manifestou-se, solicitando que os honorários fossem majorados para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). O Magistrado no despacho de fls. 33, ante a urgência do caso, manteve, provisoriamente, o quantum anteriormente estipulado (R\$ 10.000,00), postergando a fixação definitiva da remuneração para após a apresentação do laudo.

Entregue o laudo, o expert do Juízo requereu a elevação de seus honorários para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), uma vez que o serviço prestado se revelou mais complexo e dispendioso do que o previsto, tendo o Juiz, sem ouvir as partes, fixado os honorários em R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais).

Deferido o pedido de suspensão dos efeitos do despacho, foram solicitadas informações, as quais foram prestadas à fl. 98.

Ato contínuo, transcorrido in albis o prazo para contraminuta, retornaram os autos conclusos.

É o relatório.

Procede a irresignação. Com efeito, em que pese à qualidade e o tempo despendido para a confecção do trabalho pericial, a majoração dos honorários do experto não poderia ter

sido concedida sem a prévia manifestação da agravante, eis que, como interessada e responsável pela antecipação da despesa, assistia-lhe o direito de se expressar acerca do valor.

Ora, abolida essa providência, restou caracterizado o cerceamento de defesa, o que por si só autoriza a reforma do despacho esgrimido.

A propósito, veja-se precedente desta Câmara:

“Agravado de instrumento. Honorários de perito. Fixação.

— Na fixação dos honorários do perito, o Juiz terá em conta o valor da causa, as condições financeiras das partes, a complexidade ou as dificuldades, bem como o tempo despendido para a realização do trabalho.

“Os honorários devem ser fixados provisoriamente para fins de antecipação. Realizado o exame, o Juiz, atento ao tempo despendido e às despesas necessárias, fixará em definitivo a verba.

“Recurso parcialmente provido” (AI n. 7.065, de Caçador, rel. Des. Wilson Guarany).

A respeito da majoração, assentou esta Corte, em acórdão da lavra do eminente Des. Amaral e Silva:

“Realizada a perícia, ou no curso do exame, o experto poderá, moti-

vadamente, pedir reajustamento, cabendo ao Juiz, ouvidos os interessados, fixar os honorários. A fixação definitiva será posterior” (excerto extraído do acórdão do AI n. 6.290, de Videira).

À perseguida redução dos honorários fixados pelo Magistrado não pode esta Corte proceder, pois estaria suprimindo um grau de jurisdição, considerando-se que em virtude da anulação do despacho, após o pronunciamento das partes, apreciá-lo-á o Dr. Juiz de Direito por ocasião do arbitramento.

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso para anular o despacho de fls. 33, a fim de ensejar às partes oportunidade de se manifestarem sobre a pretensão do perito, para que o Dr. Juiz de Direito possa arbitrar os honorários devidos a este.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 16 de maio de 2000.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

### AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 00.012983-6, DA CAPITAL

**Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Ação direta de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 177/99, que autorizou nova hipótese de destinação dos recursos do Funjure, permitindo o custeio da contribuição obrigatória à OAB/SC para os procuradores do estado — Disposição que, por onerar a despesa pública, imprescinde de iniciativa do executivo — Fundada aparência de vício de iniciativa — Fumus boni juris e periculum in mora — Liminar concedida para suspender provisoriamente a eficácia da disposição legal atacada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 00.012983-6, da comarca da Capital, em que é requerente o Governador do Estado de Santa Catarina, sendo requerida a Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, à unanimidade, referendar a medida liminar para suspender, até decisão final, a eficácia da Lei Complementar n. 177/99, promulgada pelo Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina.

O Governador do Estado de Santa Catarina interpôs ação direta de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 177/99, que autoriza uma nova hipótese de destinação dos recursos do Fundo Especial e Estudos Jurídicos e de Reparelhamento da Procuradoria-Geral do Estado – Funjure – disciplinado pela Lei Complementar n. 56.

Aduziu que a mencionada norma foi objeto de projeto de lei de origem parlamentar que, após tramitação regular na Casa Legislativa, recebeu veto parcial do Chefe do Poder Executivo, mas que o Presidente



da Assembléia Legislativa, com a derubada do veto aposto, a promulgou.

Afirmou que o conteúdo dos artigos vetados pelo Governador e mantido no texto de lei efetivamente publicado foi exatamente a parte que autorizou a nova hipótese de destinação dos recursos do Funjure, permitindo que esse fundo custeasse a anuidade devida à OAB/SC pelos Procuradores do Estado.

Asseverou que o artigo 2º do preceptivo em apreço alterou a composição da Comissão Gestora de Fundo, excluindo o Diretor de Apoio Operacional e incluiu três Procuradores do Estado, escolhidos em lista sêxtupla formulada pela Associação dos Procuradores do Estado.

Afirmou que o dispositivo atacado sofre de vício de iniciativa, alegando a contrariedade da lei impugnada em relação aos artigos 32, 71, inciso IV, 50, § 2º, incisos IV e V, e 52, inciso I, da Constituição Estadual.

Em despacho de fls. 78/84 foi deferida a liminar pelo Exmo. Dr. Juiz Torres Marques, entendendo presentes o periculum in mora e o fumus boni juris ad referendum do Órgão Especial, sustando a eficácia da Lei Complementar n. 177/99 com efeitos ex nunc.

Remetidos os autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Basílio Elias de Caro, Promotor de Justiça, e do Dr. José Galvani Alberton, Procurador-Geral de Justiça, deixou de apreciar o mérito da quaestio, entendendo deva dar seguimento ao feito cumprindo-se o disposto no art. 5º do Ato Regimental n. 6/90 do TJSC.

É o relatório.

Depreende-se do despacho de fls. 78/84:

“No caso em tela, colhe-se dos autos que a Lei Complementar n. 177/99, em seu artigo 1º, ao permitir que o Funjure passe a custear a contribuição obrigatória à OAB, dos Procuradores do Estado, representou, na prática (segundo documento juntado às fls. 70), um aumento de despesas da ordem de R\$ 60.127,20 (sessenta mil, cento e vinte e sete reais e vinte centavos) por ano, na medida em que ordena o reembolso, a cada um dos Procuradores do Estado em efetivo exercício, dos valores referentes à anuidade devida à Ordem dos Advogados do Brasil.

“O citado dispositivo, portanto, acabou por conceder direito à vantagem pecuniária por parte de servidores públicos estaduais, ocupantes do cargo de Procurador do Estado, atingindo o seu regime jurídico. A norma referida, dessa forma, veio a alterar as relações do Estado com seus próprios servidores, aumentando, ainda que indiretamente, a remuneração dos mesmos e acarretando, como já falado, o aumento de despesas.

“Outrossim, o art. 2º da mesma Lei Complementar, ao alterar a composição da comissão gestora dos recursos do Fundo, tratou de matéria relativa à organização e ao funcionamento da ordem administrativa, tendo em vista que dispôs sobre a forma de gestão de recursos afetos à Procuradoria-Geral do Estado (segundo o art. 1º da LC n. 56/92), que é órgão público da Administração Direta, vinculado ao Poder Executivo”.

Prescrevem os arts. 61, § 1º, II, letra b, da Constituição Federal, e

50, § 2º, III, da Constituição Estadual, assim dispondo:

"Art. 61 — (...).

"§ 1º — São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

"(...).

"II — disponham sobre:

"b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios".

"Art. 50 — (...)

"§ 2º — São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:

"(...).

"III — o plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual".

E ainda os arts. 63, I, da CF e 52 da CESC:

"Art. 63 — Não será admitido aumento de despesa prevista:

"I — nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, §§ 3º e 4º.

"Art. 52 — Não será admitido aumento da despesa prevista:

"I — nos projetos de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, ressalvado o disposto no art. 122, §§ 3º e 4º".

Estes artigos enumeram princípios relacionados ao processo legislativo e à regulamentação da administração pública, segundo o qual os projetos de lei que impliquem em diminuição de arrecadação de impostos são de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, salvo algumas

exceções que decorrem do próprio texto constitucional.

Em face do princípio constitucional da independência e harmonia entre os poderes, exsurge vedada à Câmara Municipal legislar em projetos de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo Municipal, que impliquem em diminuição de arrecadação caracterizando, assim, o aumento de despesa pública.

Não atendeu porém, o Legislador Estadual, na confecção de tais dispositivos, aos princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, instituindo direitos que podem vir a causar prejuízos aos cofres públicos, já que somente o Poder Executivo é quem sabe das conveniências e possibilidades administrativas.

A não observância dessa regra aparentemente vicia o dispositivo resultante, o que pode torná-lo nulo, por ofensa à Lei Maior.

Em casos análogos, das ensinanças do insigne administrativista Hely Lopes Meirelles, depreende-se:

"Leis de iniciativa exclusiva do prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nesta categoria estão as que disponham sobre matéria financeira; criem cargos, funções ou empregos; fixem ou aumentem vencimentos ou vantagens dos servidores, ou disponham sobre o regime funcional; criem ou aumentem despesas, ou reduzam a receita municipal.

"Se a Câmara, desatendendo à privacidade do Executivo para esses projetos, votar e aprovar leis sobre tais matérias, caberá ao prefeito vetá-las, por inconstitucionais. Sancionadas e promulgadas que sejam, nem por isso

se nos afigura que convesçam do vício inicial, porque o Executivo não pode renunciar prerrogativas inconstitucionais, inerentes às suas funções, como não pode denegá-las ou aquiescer em que o Legislativo as exerça.

“A exclusividade da iniciativa de certas leis destina-se a circunscrever (não a anular) a discussão e votação do projeto às matérias propostas pelo Executivo. Nessa conformidade, pode o Legislativo apresentar emendas supressivas e restritivas, não lhe sendo permitido, porém, oferecer emendas ampliativas, porque estas transbordam da iniciativa do Executivo.

“Assim sendo, as isenções de tributos municipais hão de ser concedidas por lei municipal de iniciativa do prefeito (CF, art.150, § 6º) e, conseqüentemente, só por lei idêntica podem ser suprimidas ou modificadas” (in “Direito Municipal Brasileiro”, 6ª edição, Editora Malheiros, 1993, págs. 482, 162 e 541/2).

O Órgão Fracionário máximo deste Tribunal e o colendo Pretório Excelso assim se posicionaram na esteira destas reiteradas decisões:

— ADIn n. 805-6—RS, medida cautelar, j. em 26/11/92, rel. Min. Celso de Melo, in DJ 814/94, pág. 7.225, Lex — STF 187/120 e RT 152/71; ADIn n. 873-1—RS, medida cautelar, j. em 27/5/93, rel. Maurício Correa, in DJ de 18/6/93, pág. 12.110, Lex — STF 179/32 e TTJ 148/701; ADIn n. 98.017801-0, de Braço do Norte, rel. Des. Sérgio Paladino, DJESC n. 10.195, de 20/4/99, pág. 10; RMS n. 13.950, rel. Min. Amaral Santos, in RDA n. 97, pág. 116; STF, RTJ 2/386, 3/386, 3/760; RDA 42/230, 59/338,

76/51, 97/116; STJ REsp n. 23.121, GO, DJU 8/11/93; TJSP, RT 354/139, 354/153, 358/130, Direito Administrativo Brasileiro, 22ª edição atualizada, pág. 622.

Nesse mesmo sentido:

“Incide em vício de inconstitucionalidade formal, a norma jurídica de iniciativa da Câmara Municipal de Vereadores, que veio a substituir projeto de lei do Executivo Municipal, outorgando remissão de crédito tributário, vetado pelo prefeito, sendo promulgado e publicado pela edilidade, por não ter o Legislativo competência legiferante de norma que repercuta negativamente no erário público” (ADIn n. 127, de Imbituba, de minha lavra).

E ainda:

“Ação direta de inconstitucionalidade — Lei Municipal n. 921/93 do município de Ipumirim — Emenda legislativa acarretando aumento de despesa — Flagrante violação do art. 52, I, da Carta Política do Estado — Precedentes jurisprudenciais.

“Incide em vício de inconstitucionalidade formal a norma jurídica que, introduzida mediante emenda parlamentar em projeto de lei de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, acarreta aumento da despesa prevista. Precedente: ADIn n. 774—RS, rel. Min. Celso De Mello” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 97, de Concórdia, rel. Des. Amaral e Silva).

E ainda:

“ADIn — Lei orgânica do município de Imbituba — Dispositivos que contemplam a outorga de isenções fiscais — Inconstitucionalidade — Afronta aos artigos 39, inciso I, da Constituição Estadual, e 150, § 6º, da

Constituição Federal — Matéria de iniciativa exclusiva do Executivo Municipal — Necessidade de processo legislativo de lei ordinária — Procedência parcial da ação para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 117 e 118 e seus parágrafos, da Lei Orgânica Municipal" (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 88.085641-4 (141), de Imbituba, rel. Des. Genésio Nolli).

As jurisprudências colacionadas identificam, por certo, o *fumus boni juris*.

Ademais, o *periculum in mora* reside no fato de ser evidente o prejuízo no caso de os valores serem pagos à OAB em conformidade com o ofício de fls. 74/75, a serem suportados pelo Estado no caso da não suspensão da eficácia da lei impugnada.

Dessa forma, há considerar:

1. a onerosidade para o erário, que é evidente, o que descarta a iniciativa legislativa, justificando o veto aposto pelo Governador, mas rejeitado pelo Legislativo;

2. o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, que assim são plausíveis, resta provável a outorga da almejada cassação preambular dos efeitos da lei atacada;

3. os arts. 61, § 1º, II, letra b; 63, I, da Constituição Federal, e 50, § 2º, III, e 52 da Constituição Estadual;

4. o art. 150, § 6º, da Constituição Federal.

Diante desse contexto, resta evidenciada a afronta ao disposto nos arts. 61, § 1º, II, letra b; 63, I, e 150, § 6º, da Constituição Federal, e 50, § 2º, III, e 52 da Constituição Estadual de Santa Catarina, razão pela qual resta confirmada a liminar *ad referendum* do Órgão Especial, ante a aparente eiva de inconstitucionalidade por vício de iniciativa, nos moldes do requerimento constante da exordial.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli, Jorge Mussi, Sérgio Paladino, João Martins, Wilson Guarany, Francisco Oliveira Filho, João José Schaefer, Alcides Aguiar, Alberto Costa, Amaral e Silva e Álvaro Wandelli.

Florianópolis, 16 de agosto de 2000.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente;*  
*Anselmo Cerello,*  
*Relator.*

## EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

### EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.007244-3, DA CAPITAL

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Embargos de declaração. Decisão que nega seguimento a agravo de instrumento. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. Pretendido reexame das questões decididas. Impossibilidade. Recurso inadequado. Recurso desprovido. Litigância de má-fé. Caracterização. Aplicação da pena de que trata o art. 18 do CPC.*

*Os embargos de declaração não são a via adequada para o reexame da questão decidida, só tendo cabimento quando houver omissão, contradição, obscuridade ou, excepcionalmente, equívoco manifesto na decisão, quando, então, poder-se-á atribuir-lhes efeitos infringentes.*

*Contra decisão que nega seguimento a agravo de instrumento é cabível o recurso previsto no art. 557, § 1º, do CPC.*

*Verificando a Câmara a infração a qualquer dos incisos do art. 17 do CPC, incumbe-lhe, por força da norma imperativa inscrita no art. 18 do mesmo Código, a imposição de pena, por litigância de má-fé, ao autor da violação.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de* | *Declaração no Agravo de Instrumento n. 00.007244-3, da comarca da Capital*

*(2ª Vara), em que é embargante Juracy Demócrito Tapado, sendo embargado Domingos Eduardo Jecks Santos:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, à unanimidade, negar provimento ao recurso e aplicar ao embargante a multa de que trata o art. 18 do Código de Processo Civil.

Custas ex lege.

Juracy Demócrito Tapado opôs embargos de declaração ao despacho que negou seguimento ao agravo de instrumento que interpôs contra decisão que revogou a medida liminar anteriormente concedida nos autos da ação cautelar de sustação de protesto que move contra Domingos Eduardo Jecks Santos, ao argumento de que eivado de contradição, pois os recorrentes não foram intimados do decisum agravado, mas, tão-somente, do despacho que ordenou o seu cumprimento.

É o relatório.

O embargante não logrou demonstrar que o despacho contivesse obscuridade, contradição, omissão ou erro material, eivas cuja existência ensejariam o provimento do recurso.

Com efeito, a decisão embargada apreciou a questão de maneira clara, completa e lógica, não se podendo constatar nenhum dos vícios que, por lei, autorizariam o manejo dos embargos de declaração.

Ademais, ausente omissão, contradição ou obscuridade no despacho, revela a petição de interposição do recurso a verdadeira pretensão do

embargante, qual seja, o reexame das questões decididas, para o que não se prestam os embargos de declaração. Cabível, no caso concreto, seria o recurso previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

Não obstante a flagrante impropriedade do meio escolhido, registre-se que na hipótese de não haver intimação do despacho recorrido consoante alega o embargante, sem, no entanto, comprovar a asseveração, incumbia-lhe apresentar certidão do cartório informando a circunstância, eis que se trata de documento indispensável à formação do instrumento.

Por derradeiro, verificando a Câmara que o embargante infringiu o estatuído no inciso II do art. 17 do CPC, por haver nos embargos, diferentemente do agravo, feito a afirmação de que outro fora o despacho atacado, reputa-o litigante de má-fé e, como conseqüência, aplica-lhe a multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, a teor do preceituado no art. 18 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso e aplicou-se ao embargante pena por litigância de má-fé.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 30 de maio de 2000.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

### EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO N. 00.011939-3, DE TUBARÃO

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Exceção de suspeição. Magistrado que fundamenta decisão considerando as conseqüências sociais negativas da medida tentada. Exceção improcedente.*

*O juiz deve ater-se à lógica do razoável ao decidir, consultando, dentre outros fatores éticos e jurídicos, as conseqüências reais que decorrerão da decisão.*

*“O intérprete não é um ser solto no espaço, liberto de todas as peias, capaz de pôr a ordem jurídica entre parênteses. Ele atua com a ordem jurídica, fazendo-a viva no caso concreto. Inserido no ambiente social onde vive, tem o dever de perceber e preservar os valores sociais imanentes dessa comunidade, tratando de realizá-los” (Ruy Rosado de Aguiar Jr., Interpretação, Ajuris 45/17).*

*“Recaséns Siches sustenta que o Juiz deve submeter-se à lógica do razoável. Explica as fases por que passa o julgador para chegar à decisão: filtra os fatos, avalia a prova, confronta com a lei, faz aportes de circunstâncias extralegais, pondera as conseqüências de sua decisão e, depois de passar e repassar por esse complexo de fatores, chega finalmente à sua conclusão por intuição intelectual, momento em que a questão se esclarece e é fixada uma posição” (idem, pág. 13).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Exceção de Suspeição n. 00.011939-3, da comarca de Tubarão, em que é excipiente Picker International Inc., sendo excepto Dr. Lédio Rosa de Andrade — Juiz de Direito:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, julgar im procedente a suspeição.

Custas de lei.

1. Picker International Inc. argüiu exceção de suspeição em face do Dr. Juiz de Direito da Segunda Vara Cível da comarca de Tubarão, alegando, em suma, que, desde a propositura de ação consignatória por parte da Clínica Ortopédica Tubarão, o Magistrado não estava atuando com imparcialidade, deixando de dispensar tratamento isonômico às partes.

Enfatizou que o fundamento jurídico e a causa de pedir da demanda em apreço são flagrantemente ilegais e, por isso mesmo, deveria ter sido repelida liminarmente, de molde a não impedir a busca e apreensão do bem, tendo em vista a prevalência da tese da elisão dos efeitos da mora a partir da propositura da ação de consignação em pagamento.

Justificou, ademais, que o Magistrado em sua decisão imputou à excipiente adjetivos tendenciosos como “ardilosa” e, usando expressões recriminativas, tais como “no afã do lucro” e “tenta ludibriar a Justiça”, revelando sua parcialidade, pelo que entende ter o Julgador assumido a condição de seu inimigo capital, nos termos do art. 135, I, do CPC.

Asseverou que a Clínica Ortopédica Tubarão deseja pagar o valor

do contrato firmado com a excipiente com apólices da dívida pública federal, emitidas em 1902, papéis que julga sem cotação em bolsa, de liquidez inexistente e de valor imprevisível, já prescritos e sem aplicabilidade em relações privadas, tendo o Dr. Juiz de Direito, não obstante ao despachar a inicial, ter considerado ilidida a mora.

Aludiu que tal decisão foi impensada e parcial, eis que o juiz, nos fundamentos ora impugnados, adotou parâmetros político-sociais para defender os interesses da Clínica, destacando ser o aparelho importante para toda a comunidade tubaronense.

Ao depois, teria o Magistrado invocado fatores externos ao processo, como o prejuízo potencial que poderia ser causado com a retirada dos aparelhos da Clínica, para beneficiar referida empresa, pois não teria como saber acerca dessas questões.

Mencionou, por último, a ocorrência de possível prejulgamento da busca e apreensão, pois, não obstante tramitar em São Paulo, foi o processo avocado pelo Magistrado, considerando a requestada urgente e sem necessidade.

O Dr. Juiz de Direito, não reconhecendo a arguição de suspeição por entender que a excipiente valeu-se do procedimento para ferir questões de mérito, remeteu os autos a esta Corte de Justiça.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela improcedência do incidente.

2. De fato, a exceção não merece ser acolhida.

2.1. Diga-se, inicialmente, que não há vislumbrar em expressões



mais fortes eventualmente empregadas em decisão judicial, a eiva da parcialidade, de molde a justificar o afastamento do juiz da causa.

Com efeito, como bem salientou o Dr. Promotor de Justiça, tais expressões “não servem de parâmetro para caracterizar a suspeição, até porque no caso sub examine não foram colocadas por mero deleite do Julgador e sim ante a constatação de que, apesar da existência de demandas no Juízo de Tubarão, o excipiente ingressou com busca e apreensão em outro Estado, na tentativa de buscar seu alegado crédito da forma mais simples, já que em Tubarão estava ocorrendo resistência justificada” (fls. 122).

A questão da imparcialidade do juiz, de todo o modo, não tem a simplicidade do argumento invocado. É notória a crítica científica formulada à teoria formalista sustentada na impossibilidade de haver juiz neutro, ou imparcial (vide, a propósito, Luiz Alberto Warat. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre, Síntese, 1979, págs. 45/50).

Consoante bem enfatizou o Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em lapidar artigo sobre interpretação, publicado na Revista *Ajuris*, n. 45, especialmente no tópico “o trabalho interpretativo do juiz”, o juiz não é servo da lei, “nem escravo de sua vontade, mas submetido ao ordenamento jurídico vigente, que é um sistema aberto afeiçoado aos fins e valores que a sociedade quer atingir e preservar, no pressuposto indeclinável de que essa ordem aspira à justiça” (pág. 17).

E completa: “o primeiro compromisso do julgador é com a justiça;

estando ele convencido de ser injusto o sistema, trazendo-lhe sua sujeição inconciliável conflito de consciência, não há como exercer a atividade operativa, porque toda aplicação que fizer será sempre um modo de efetivação do sistema” (idem).

Nessa perspectiva, nada há de anormal na conduta do magistrado que atrai para si a competência da causa, à evidência da conexão entre a busca e apreensão e a ação de consignação em pagamento, esta antecedente e de caráter prejudicial. Vale lembrar, aliás, que esta Câmara reiteradamente tem afirmado a impossibilidade de intentar-se a busca e apreensão havendo discussão acerca da mora (Ap. Cív. n. 98.010066-6).

Ademais, resta evidente a pretensão da excipiente de rediscutir o mérito da questão, por via sabidamente inadequada, como bem salientou o Dr. Promotor de Justiça:

“Por outro lado, facilmente depreende-se que a exceção foi utilizada como única forma de tentar reverter as decisões favoráveis, uma vez que o agravo de instrumento interposto não teve seguimento normal por falta de documento obrigatório.

“O excipiente tem à sua disposição um arsenal quase infindável de recursos para tentar alterar a decisão de primeira instância, portanto não pode valer-se de uma alegação jogada sem qualquer sustentáculo fático ou jurídico, para afastar um magistrado de reconhecida idoneidade e retidão moral, devendo tais manobras serem de pronto rechaçadas, pois a matéria diz respeito a problemas em que a relação de consumo resta agasalhada pelo Código de Defesa do Consumi-

dor e, desta forma, eventuais dúvidas devem ser julgadas pró-consumidor” (fls. 122/123).

2.2. Ao depois, a excipiente sustenta que a decisão impugnada teria sido impensada e parcial, pois o juiz adotara questões sociais para defender os interesses da Clínica, invocando a importância do aparelho médico para toda a comunidade tubaronense e o prejuízo que a medida acarretaria para toda a coletividade.

O argumento, bem de ver, está calcado no dogma racionalista, vislumbrando no ordenamento jurídico um sistema completo e acabado, não restando aos magistrados, como aplicadores do Direito, outra alternativa que não seja apreender o conteúdo dos conceitos legais, aplicando-os ao caso concreto. Nessa perspectiva, o juiz seria “imparcial, neutral, um servo da lei, que nada acrescenta ao fenômeno jurídico senão a intermediação entre o abstrato da lei e o concreto da sentença, a que deveria chegar apenas através da lógica formal” (Ruy Rosado de Aguiar, *Ajuris* 45/9).

Todavia, “não é mais defensável, hoje, sustentar que os julgamentos ‘não sejam mais do que um texto preciso da lei’, para o que o poder de julgar teria que ser ‘de algum modo nulo’ e os juízes, por seu turno, não poderiam ser mais do que ‘a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força nem o rigor’”, como assevera Plauto Faraco de Azevedo, acerca das palavras de Montesquieu (*Aplicação do Direito e Contexto Social*, São Paulo, RT, 1996, pág. 118).

O intérprete, como assevera o Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., “não é

um ser solto no espaço, liberto de todas as peias, capaz de pôr a ordem jurídica entre parênteses. Ele atua com a ordem jurídica, fazendo-a viva no caso concreto. Inserido no ambiente social onde vive, tem o dever de perceber e preservar os valores sociais imanentes dessa comunidade, tratando de realizá-los”. E mais adiante conclui: “não lhe cabe sobrepor-se aos sentimentos médios da sociedade em geral e da comunidade jurídica em particular, que mais o fiscalizam nas suas decisões quanto mais democrático o regime” (grifou-se) (*Ajuris* 45/17).

No seu trabalho de aplicação do sistema, como acentua uma vez mais Ruy Rosado de Aguiar Jr., “o juiz cria na sentença a norma para o caso concreto (concreção), pela sua razão e pela sua vontade. É um ato de razão porque exige o conhecimento de elementos fáticos, valorativos e normativos para o caso; é um ato de vontade por implicar a escolha entre diversas alternativas decisórias possíveis. Para sua opção, o juiz leva em conta: a) norma individualizada, imediatamente aplicável ao caso; b) os princípios gerais do sistema jurídico vigente, entre eles os decorrentes das idéias de justiça e de equidade, e os fins e valores sociais que essa ordem se propõe a preservar; c) sofre, como qualquer pessoa, a atuação de fatores múltiplos, de ordem emocional, psíquica, circunstancial; d) sente o efeito de suas convicções ideológicas; e) por fim, reflete sobre as conseqüências reais que decorrerão da decisão. O juiz deve estar consciente destes aspectos do seu trabalho, para ter lucidez suficiente que lhe permita identificar, analisar e criticar as circunstâncias que o acometem, inclusive para se policiar, pois

do contrário será um ingênuo, influenciado por fatores que ele mesmo desconhece, mas que certamente existem e são eficazes” (Ajuris 45/18).

Nesse contexto, o juiz deve ater-se à lógica do razoável, ao decidir, consultando, dentre outros fatores éticos e jurídicos, as conseqüências reais que decorrerão da decisão.

Nesse particular, anota mais uma vez Ruy Rosado de Aguiar:

“Recaséns Siches sustenta que o Juiz deve submeter-se à lógica do razoável. Explica as fases por que passa o julgador para chegar à decisão: filtra os fatos, avalia a prova, confronta com a lei, faz aportes de circunstâncias extralegais, pondera as conseqüências de sua decisão e, depois de passar e repassar por esse complexo de fatores, chega finalmente à sua conclusão por intuição intelectual, momento em que a questão se esclarece e é fixada uma posição” (grifou-se) (Ajuris 45/13).

Assim não deveria causar espanto à parte o fato de o juiz invocar fatores sociológicos ou sociais para decidir, notadamente porque a Consti-

tuição Federal, em seu Preâmbulo, diz ser o país “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais”, garantindo, em seu art. 196, a saúde como direito de todos e dever do Estado.

2.3. Quanto à ilegalidade da ação consignatória proposta, bem como da invalidade dos títulos da dívida pública federal, estas são questões de mérito, que não suportam discussão no âmbito de exceção de suspeição, pelo que delas não se conhece.

3. Por todo o exposto, julga-se improcedente o pedido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Nelson Schaefer Martins. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jernimo de Oliveira.

Florianópolis, 21 de setembro de 2000.

*Alcides Aguiar,*

*Presidente;*

*Pedro Manoel Abreu,*

*Relator.*



# **JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL**



## HABEAS CORPUS

### HABEAS CORPUS N. 99.019766-2, DE POMERODE

Relator: Des. Alberto Costa

Habeas corpus — *Crime contra a ordem tributária* — Writ objetivando o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, e a suspensão do processo, consoante o disposto no artigo 36 da Lei Estadual n. 10.789/98, ante o parcelamento do débito tributário (art. 24 da referida Lei) — *Improcedência do pedido* — *Ordem denegada*.

“— Num julgamento de plano como é do habeas corpus, não se tem como trancar a ação penal, sob a alegação de falta de justa causa, quando a denúncia, fundamentada na prova dos autos, descreve um crime em tese e atende os requisitos legais (artigo 41 do CPP)” (Habeas Corpus n. 98.016561-0, de Timbó, deste Relator).

— O parcelamento do débito tributário, mesmo efetuado antes do recebimento da denúncia, não extingue a punibilidade, pois, de acordo com o disposto no artigo 34 da Lei n. 9.249/95, esta ocorre somente com o pagamento integral da dívida tributária, inclusive com os acessórios.

— Inviável a suspensão do processo, com fundamento no artigo 36 da Lei Estadual n. 10.789/98, porque não contemplada na legislação penal, sendo, ademais, da competência exclusiva da União legislar sobre matéria penal (art. 22, I, da CF).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.019766-2, da comarca de

Pomerode, em que é impetrante o Dr. Tarcisio Geroletti da Silva, e paciente Miriam Larisa Ferreira da Silva:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Trata-se de ordem de habeas corpus impetrada em favor de Miriam Larisa Ferreira da Silva, objetivando o trancamento da ação penal contra ela instaurada na comarca de Pomerode, perante a qual foi denunciada como incurso nas sanções do artigo 1, incisos II e III, da Lei n. 8.137/90.

Sustenta o impetrante estar a paciente sofrendo constrangimento ilegal, por falta de justa causa para a deflagração da referida ação penal, porque a exordial acusatória não especificou a participação desta no fato tido por delituoso, não preenchendo, assim, as disposições do artigo 41 do Código de Processo Penal.

Ademais, afirma ter efetuado o parcelamento da dívida, e de conformidade com o disposto no artigo 36 da Lei Estadual n. 10.789/98, que segundo o impetrante determina que "A Procuradoria-Geral do Estado solicitará ao representante do Ministério Público ou ao Poder Judiciário, conforme o caso, o sobrestamento do processo crime deflagrado contra sócio ou administradores da sociedade ou titulares de firma individual, desde que o processo tenha por causa fato relativo a tributos estaduais, quando as respectivas sociedades comerciais regularizem seus débitos tributários junto ao Estado de Santa Catarina e, ainda, na hipótese de parcelamento previsto no artigo 24 desta Lei". Requereu ao Juízo a quo o benefício da suspensão do processo, o qual foi negado, por entender o Togado serem inaplicáveis as disposições da Lei n. 9.099/95.

Solicitadas as informações, a autoridade judiciária apontada como coatora esclarece ter recebido, em 29/12/97, a denúncia oferecida contra a paciente pela prática do delito previsto no artigo 1º, incisos II e III, da Lei n. 8.137/90.

Após fazer um resumo da tramitação do feito, inclusive de encontrar-se na fase de alegações finais para a defesa, finaliza informando ter indeferido o benefício previsto no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, por ser inaplicável ao caso sub judice, e, também, o disposto no artigo 36 da Lei Estadual n. 10.789/98, ante a impossibilidade desta sobrepor-se ao poder de legislar da União em matéria penal.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serratine, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Consoante se verifica das peças que integram os presentes autos, a denúncia descreve, com todos os elementos necessários, a existência de crime em tese, a forma como foi praticado e a participação da paciente como autora, exigindo, assim, a conveniente apuração por intermédio do competente processo, observados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Ora, in casu, estando a exordial acusatória de conformidade com o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, não há falar em trancamento da ação penal por falta de justa causa.

Nesse sentido, a jurisprudência desta egrégia Segunda Câmara Criminal:



— Num julgamento de plano como é do habeas corpus, não se tem como trancar a ação penal, sob a alegação de falta de justa causa, quando a denúncia, fundamentada na prova dos autos, descreve um crime em tese e atende os requisitos legais (artigo 41 do CPP)” (Habeas Corpus n. 98.016561-0, de Timbó, deste Relator).

Ademais, convém ressaltar que a denúncia foi regularmente recebida, a paciente interrogada, com o oferecimento da defesa prévia, as testemunhas arroladas pelas partes foram inquiridas, encontrando-se os autos, agora, com vista à defesa para apresentar suas alegações finais.

Por outro vértice, segundo se depreende dos documentos acostados às fls. 14/15, a paciente requereu, na Diretoria de Administração Tributária, da Secretaria de Estado da Fazenda, o parcelamento da dívida, nos termos do artigo 24 da Lei Estadual n. 10.789/98, que dispõe: “Os créditos tributários relativos ao ICMS, decorrentes de imposto apurado pelo próprio contribuinte, denunciados espontaneamente ou não, vencidos até a data da publicação desta Lei, poderão ser pagos em até 100 (cem) prestações mensais com redução de 80% (oitenta por cento) da multa e juros, que será concedida automaticamente no ato do pagamento de cada prestação dentro do prazo do respectivo vencimento, desde que o parcelamento seja solicitado em até 120 (cento e vinte) dias da publicação desta Lei”.

Acontece, porém, que a paciente parcelou sua dívida tributária, com fundamento na lei e artigo acima citados, apenas em 20/10/98, ou seja, somente após 10 (dez) meses do oferecimento da denúncia (4/12/97), e, consoante entendimento desta Corte de Justiça, o parcelamento do débito fiscal, mesmo efetuado antes do recebimento da denúncia, não extingue a punibilidade, pois, de acordo com o artigo 34 da Lei n. 9.249/95, esta ocorre somente com o pagamento integral da dívida tributária, inclusive com os seus acessórios.

Por derradeiro, e no que tange ao pedido de aplicação do artigo 36 da Lei Estadual n. 10.789/98, melhor não é a sorte da paciente, pois a suspensão do processo não está contemplada na legislação processual penal, sendo, ademais, da competência privativa da União legislar sobre matéria penal, consoante o disposto no artigo 22, inciso II, da Carta Magna.

Pelo exposto, denega-se a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 21 de dezembro de 1999.

*Alberto Costa,*  
*Presidente e relator.*

**HABEAS CORPUS N. 00.007844-1, DE TUBARÃO****Relator: Des. Jorge Mussi**

*Habeas corpus — Prisão em flagrante — Tráfico de entorpecentes — Paciente mãe de lactente de tenra idade — Bebê que comparece, diariamente, ao cárcere, para o aleitamento materno — Condições insalubres para a infante — Necessidade de assegurar à criança seus direitos fundamentais (arts. 6º e 227 da Carta Magna e da Lei n. 8.069/90 — Concessão da ordem para conferir à segregada prisão domiciliar até final julgamento da ação penal a que responde.*

*Não pode o Estado, a quem incumbe o dever de assistência, cuidado e proteção das crianças e adolescentes, por intermédio do Poder Judiciário, quedar inerte diante da especialíssima condição em que se encontra a paciente, de forma a concorrer, pela omissão, com a situação de risco de ofensa à integridade física ou mental a que se submete diariamente sua filha, com os potenciais danos psicológicos que tal situação pode acarretar.*

*Cabe, assim, ao Poder Judiciário, permitir à paciente amamentar sua filha, livre do ambiente pernicioso do cárcere, sem, porém, que se furte à eventual aplicação da lei penal e à devida instrução do processo a que responde, mais em atenção à inocente infante do que a si própria, de forma que não se contamine a saúde ou a personalidade da pequena, razão pela qual é de se lhe conceder a prisão domiciliar.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.007844-1, da comarca de Tubarão, em que é impetrante o Dr. Luiz Holly Tavares, sendo paciente Elizandra de Souza Gamarra:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem para assegurar à paciente a prisão domiciliar até a data do julgamento, expedindo-se o competente alvará de soltura, se por al não estiver presa.

1 – Cuida-se de habeas corpus impetrado “em reiteração” ao de n.

00.002958-0, de Tubarão, pelo Dr. Luiz Holly Tavares, em favor de Elizandra de Souza Gamarra, contra ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara Criminal da comarca de Tubarão.

Noticiou o impetrante que a paciente se encontra recolhida no Presídio de Tubarão desde 25 de fevereiro do corrente ano, juntamente com sua filha, de pouco mais de sete meses, “ali amamentando-a a cada 4 (quatro) horas por dia, no interior de seu cárcere” (fls. 2).

Disse que a prisão da paciente foi em razão de flagrante, por suposta infração ao art. 12 da Lei de Tóxicos.

Contudo, a acusada sempre negou a prática do ilícito em questão, afirmando, quando de seu interrogatório, a condição de dependente de tóxico de seu companheiro.

Informou que, em face da “lastimável e ilegal situação, consubstanciada na alimentação de uma criança lactente, em um cárcere sem as mínimas condições por lei impostas, o Juízo Monocrático ordenou um estudo sócio-infantil, visando a levantar as condições carcerárias, ou seja, dependências, conforto, segurança física, em suma, o conjunto ambiental indispensável a um recém-nascido” (fls. 3).

Contudo, limitaram-se as assistentes sociais designadas ao estudo sócio-econômico, omitindo-se quanto ao parecer clínico-pediátrico, que entende-se fazia necessário, desprezando, dessa forma, “os direitos constitucionais da infanta lactente” (fls. 4).

Argumentou, outrossim, que o fato de a paciente estar segregada em virtude de flagrante em delito considerado hediondo, por si só, não é óbice à concessão da liberdade provisória, segundo julgados que trouxe à colação, como entendeu o Juízo impetrado para negar o pedido de liberdade provisória ou concessão de prisão domiciliar requerido.

Por outro vértice, sustentou que a quantidade de droga encontrada, confessadamente pertencente ao companheiro da paciente, por ser ínfima, já justificaria a concessão do habeas corpus.

Pelos motivos expostos, postuló pela concessão liminar da ordem mandamental, a fim de que fosse a paciente posta em liberdade, ou, alternativamente, fosse-lhe concedida a

prisão domiciliar, “com o que resgatar-se-ão os direitos da paciente e os de sua filha lactente” (fls. 5).

Juntou cópia do auto de prisão em flagrante, da nota de culpa, do despacho que negou a liminar nos autos do habeas corpus n. 00.002958-0, de Tubarão, impetrado em favor da paciente, com os mesmos fundamentos do presente, das informações no Habeas Corpus referido, do interrogatório da paciente e das decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça sobre as matérias enfocadas na inicial (fls. 6 a 21).

A liminar foi indeferida (despacho de fls. 23/25).

Solicitadas as informações de praxe, a autoridade apontada como coatora prestou-as, a fls. 31, oportunidade em que juntou os documentos de fls. 32 usque 36.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, opinou pela concessão parcial da ordem, para que se permitisse à paciente aguardar a instrução e o julgamento do processo em prisão domiciliar.

É o relatório.

2 – A ordem é de ser concedida para conferir à paciente a prisão domiciliar.

Segundo se extrai do caderno processual, a paciente foi presa em flagrante por suspeita de infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76, quando, após ter sido consultada sobre onde se encontrava seu companheiro por um cliente do bar onde trabalhava, de propriedade do primeiro, foi chamá-lo nos fundos de casa, anexa ao estabelecimento comercial, quando, logo

após, este teria vendido ao referido cliente um papete de cocaína.

Em seguida, interveio a polícia que teria efetuado buscas no local e apreendido 3 pacotes contendo maconha, 1 peteca e 1 saco plástico envolvendo cocaína, além de várias cápsulas de munição já deflagradas.

É sabido que, em se tratando de tráfico de entorpecentes, é vedada, de acordo com o art. 2, II, da Lei n. 8.072/90, a concessão de liberdade provisória.

No entanto, a paciente é mãe de uma menina de pouco mais de 7 (sete) meses de idade, ainda lactente, que é submetida diariamente, a cada quatro horas, à vida no cárcere.

A cada quatro horas, todos os dias, quando visita a mãe para o aleitamento, momento que deveria ser pleno de intimidade, bem-estar, conforto e contentamento, tanto para a genitora quanto para a criança, esta é submetida a sérios riscos para a sua saúde.

Exposta a toda sorte de infecções e doenças, e ao ambiente úmido, escuro e insalubre das prisões, penoso até mesmo para um adulto em boas condições físicas, a infante está sofrendo violação de seus direitos mais fundamentais, assegurados constitucionalmente, dentre os quais o direito à vida, à integridade física e mental e à convivência familiar.

O art. 227 da Carta Magna dispõe: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência

familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Ao comentarem esse dispositivo, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins asseveram:

“O art. 227, se aplicado, tornaria o País uma pátria de homens santos e generosos, superior à ilha da Utopia, idealizada por Thomas Morus no relato de Rafael.

“Família, sociedade e Estado assegurariam — a Constituição fala em deveres e não em faculdade — à criança e ao adolescente — o constituinte acentua com prioridade — direitos naturais fundamentais.

“Tais direitos são o direito à vida, o mais essencial direito do homem em sociedade — por essa razão a Constituição veda a pena de morte, a eutanásia e o aborto —, à saúde, à alimentação — direitos de subsistência fundamentais —, à educação, ao lazer, à profissionalização e à cultura — todos relevantes para o desenvolvimento das potencialidades humanas em todas as suas aptidões —, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. São direitos de particular importância para a realização plena do cidadão.

“(…)”.

“Não contente o constituinte em enunciar tais direitos e elencá-los como prioritários, enuncia a obrigação de o Poder Público garantir a criança e o adolescente contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

“O próprio legislador infraconstitucional veiculou, na linha do consti-

tuinte, normas objetivando ofertar a proteção superior, pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que explicita quais são os direitos fundamentais do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como a forma de garanti-los (direito à vida e à saúde, arts. 7º a 14º; direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, arts. 15º a 18º; direito à convivência familiar e comunitária, arts. 19º a 24º).

"(...). Um dia, talvez, prevalecendo outra mentalidade política, o art. 227 se torne realidade fática e não apenas uma 'aspiração constitucional'" (in Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, 8º vol., São Paulo, Saraiva, 1998, págs. 972/974).

Na intenção de tornar realidade efetiva as prerrogativas das crianças e dos adolescentes, e de retirar do campo da utopia o respeito a esses direitos, a Lei n. 8.069/90, cânone protetor dos indivíduos em desenvolvimento, dispõe:

"Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade".

Seguindo a linha constitucional, não deixou o preceito, ainda, de caracterizar-se como norma quimérica, apesar de tratar-se de direito fundamental e auto-aplicável.

Comentando o dispositivo, Paolo Vercellone, Presidente da Associa-

ção Internacional de Juízes de Menores e de Família, na obra organizada por Munir Cury, Des. Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais, São Paulo, Malheiros, 1992, explica:

"Os princípios afirmados no artigo são três: a) crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais assegurados a toda pessoa humana; b) eles têm direito, além disso, à proteção integral que é a eles atribuída por este Estatuto; c) a eles são garantidos também todos os instrumentos necessários para assegurar seu desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade.

"A primeira regra contém implicitamente a afirmação da plena capacidade jurídica do cidadão menor de idade quanto aos direitos fundamentais. O fato de estar física e psiquicamente imaturo não exclui a perfeita correspondência entre a situação jurídica da criança e do adolescente e a situação jurídica do adulto no que diz respeito aos direitos fundamentais, os quais podem ser identificados basicamente nos direitos da personalidade seja em relação ao Estado, seja em relação aos outros cidadãos.

"A segunda regra reforça a primeira, no sentido de que o legislador afirma a plena compatibilidade entre a titularidade dos direitos fundamentais e a proteção integral. Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas dos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cida-

ções, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra dos adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Em força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles.

“A terceira regra, análoga a outras das Constituições modernas (como o art. 3º, c. 2, da Constituição italiana), posto que liberdade e dignidade são os bens mais preciosos de toda pessoa humana, impõe à coletividade a eliminação de qualquer obstáculo que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impeça o pleno desenvolvimento da pessoa humana” (págs. 17/18, grifamos).

O art. 227 da Carta Magna pode ser considerado um desenrolar do art. 6º da mesma *Lex Mater*, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 26, de 14/2/2000, que trata da proteção à saúde, assim como à maternidade e à infância:

“Art. 6º — São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição”.

Quanto ao direito à saúde, José Afonso da Silva preleciona:

“Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta duas vertentes, conforme anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira: ‘uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado

(ou de terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando à prevenção das doenças e o tratamento delas’. Como se viu do enunciado do art. 196 e se confirmará da leitura dos arts. 198 e 200, trata-se de um direito positivo ‘que exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas (...) de cujo cumprimento depende a própria realização do direito’ (...)” (in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15ª ed. rev., São Paulo, Malheiros, 1998. pág. 312).

De fato, ao Estado incumbe assegurar, seja de forma negativa ou positiva, a saúde do cidadão. Trata-se de um direito social seu, de cumprimento obrigatório pelo Estado, objeto, também, do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que o prevê, juntamente com outras obrigações, como deveres do Poder Público:

“Art. 4º — É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Dalmo de Abreu Dallari, sobre o dispositivo, comenta:

“Dois pontos devem ser, desde logo, postos em evidência nessas diretrizes de âmbito mundial, inspiradoras da legislação interna dos Estados: a exigência de absoluta igualdade de tratamento para todas as crianças,

sem privilégios e discriminações, o que se aplica tanto ao oferecimento de proteção e garantias quanto à imposição de restrições e de medidas disciplinares; são igualmente responsáveis pela criança a família, a sociedade e o Estado, não cabendo a qualquer dessas entidades assumir com exclusividade as tarefas, nem ficando alguma delas isenta de responsabilidade (in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. Organizado por Munir Cury e outros, São Paulo, Malheiros, 1992, pág. 22).

Esta também é a tônica do art. 9º do mesmo Estatuto:

“Art. 9º — O Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”.

Trata-se, aqui, de uma maneira de não extrapolar os limites de uma reprimenda imposta à mãe, ou de uma restrição a um de seus direitos, in casu a liberdade, em relação aos seus filhos, crianças inocentes que nada têm a ver com a necessidade de punição ou segregação de sua genitora.

José Carlos Dias explica:

“Vê-se, desde logo, que muitos dos dispositivos protegem não só os adultos mas, também, a criança e o adolescente. Exemplo de garantia constitucional voltada à proteção da criança, especificamente tem, como outra face, o direito da presidiária de permanecer com seus filhos durante o período da amamentação (art. 5º, L). Não objetiva tal dispositivo garantir somente o direito da mulher, mas também o do filho que faz jus à alimenta-

ção natural do seio materno e a seu carinho e proteção, mesmo porque é também preceito constitucional que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado (art. 5º, XLV)” (pág. 61, grifo nosso).

É que, afastada do amor e carinho maternos, a infanta estaria sendo penalizada em sua educação e desenvolvimento, pois é sabido que, especialmente em tenra idade, as crianças adquirem impressões sobre o certo e o errado, acostumam-se com o ambiente em sua volta e tomam-no como padrão.

É nesta fase que os infantes entranham em seus caracteres o modelo de relacionamento que têm com os pais, seja de amor ou desamor, de contato intenso ou inexistente, e que transportam para a vida toda, com as conseqüências que isso pode ter, conforme ressalta a psicóloga e professora universitária de São Paulo, Dra. Dirce Maria Bengel de Paula:

“A criança reage ao ambiente de forma reflexa no início de sua vida. Estes comportamentos reflexos vão diminuindo de intensidade, o que auxiliará o profissional da área de saúde em seu diagnóstico em relação à normalidade ou patologia neurológica.

“O modo como um bebê é recebido pelo adulto em seus primeiros momentos de vida influenciará seu comportamento futuro no tocante ao estabelecimento de ligações afetivas.

“A criança é totalmente dependente do indivíduo que assume seus cuidados. É através de suas respostas emocionais (choro) e físicas (cólicas) que a criança transmite ao adulto todo o desconforto sentido em relação ao ambiente.

“A ligação inicial da criança com o adulto que dela cuida exige total integração; caso contrário, o adulto não conseguirá entender o comportamento manifesto da criança, impedindo que esta encontre satisfação de suas necessidades.

“Este primeiro período do desenvolvimento infantil é de extrema importância no que concerne às ligações afetivas futuras estabelecidas pela criança, tanto no plano individual quanto no grupal.

“É o protótipo da relação afetiva adulta.

“Se o adulto que dela cuida conseguir ser-lhe continente nos momentos de desconforto, o ambiente passará a ser visto pela criança como um objeto satisfatório, onde as relações estarão sendo sempre ampliadas, e ela investirá mais positivamente no mesmo.

“O aspecto do desenvolvimento cognitivo enfatiza o comportamento de exploração ao ambiente pela criança, ampliando sua percepção e cognição em relação às pessoas e coisas com as quais mantém interação. Imita, repete eventos produzidos acidentalmente, ao mesmo tempo em que desenvolve o conceito de objeto, tão necessário para o estabelecimento de ligações afetivas.

“A criança, quando adquire a noção da constância do objeto afetivo, principalmente em relação à mãe ou substituta da mesma, pode estabelecer com a mesma uma ligação individual.

“Quanto à cognição, as reações do tipo reflexo passam a ser orientadas para metas que possibilitam

uma maior exploração e assimilação do ambiente que circunda a criança.

“O estímulo oferecido pelo ambiente no sentido de auxiliar o alcance dessas metas estabelecidas pela própria criança será percebido por ela como incentivo positivo e a busca de gratidão será mais facilmente alcançada.

“Próximo aos dois anos a criança já tem condições de formar representações mentais de ações passadas, podendo imitá-las e criando novos meios de resolver os problemas encontrados no percurso de realização de uma meta, combinando mentalmente esquemas e conhecimentos anteriormente adquiridos.

“Neste aspecto, o comportamento adulto passa a ser assimilado com maior intensidade como um modelo do mundo que a cerca. A forma como este for assimilado implica em como a criança se comportará numa relação extrafamiliar, e mesmo o modelo introjetado será reproduzido enquanto adulto, evidentemente respeitando suas próprias condições mentais, que lhe são inatas.

“Embora a criança não possa ser vista como uma tábula rasa onde o adulto incrustaria seus desejos, ela é fortemente influenciada pelo meio onde estabelece suas primeiras relações afetivas, por serem estas as primeiras experiências tidas enquanto indivíduo em formação” (in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. Organizado por Munir Cury e outros. São Paulo, Malheiros, 1992, págs. 211/212).

Jason Albergaria concorda, afirmando:



“O direito à compreensão e ao amor está previsto no n. 6 da Carta Internacional da Criança, que assim dispõe:

‘A criança, para o harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, tem necessidade de amor e de compreensão. Deve crescer sob a salvaguarda e responsabilidade dos pais, numa atmosfera de afeição e segurança, material e moral; a criança de tenra idade, salvo circunstância excepcional, não deve ser separada da mãe (...).

“É o fundamento do art. 19 do Estatuto.

“Realmente, a família é o primeiro agente de socialização do ser humano, e a carência de afeto e de amor do lar marcará para sempre o futuro da criança.

“A carência de cuidados maternos perturba o desenvolvimento físico e psíquico do menor, e pode modificar o seu caráter, comprometendo-lhe toda a vida futura, não só quanto ao perigo imediato, a sua mortalidade infantil, como nos casos de patologia social” (in Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Rio de Janeiro, Aide, 1991, págs. 41/42).

Ora, não pode o Estado, a quem incumbe o dever de cuidado, assistência e proteção às crianças, omitir-se diante de tal situação. Não pode ser ele, por intermédio de um de seus Poderes, o Judiciário, o causador de tamanho transtorno à saúde física e mental de um bebê de pouco mais de 7 (sete) meses de idade. Muito menos pode ser o responsável por inculcar na mente de uma criança o ambiente de uma prisão como um mode-

lo de sociedade, por ser o único que conhece.

Cabe ao operador do Direito, tendo em mãos as rédeas constitucionais citadas, dar-lhe a aplicação mais consentânea com as exigências do caso, especialíssimo, fazendo, assim, a justiça, de forma que a utopia de ver-se respeitados os direitos fundamentais do indivíduo, particularmente da criança, assinalada por Thomas Morus e trazida à colação por Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, transmude-se em realidade palpável e justiça manifesta.

É esta a função dos mandamentos constitucionais, de integrar e oferecer a melhor aplicação da lei ao caso concreto, como frisa José Afonso da Silva:

“Jorge Miranda ressalta a função ordenadora dos princípios fundamentais, bem como sua ação imediata, enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais, aditando, ainda, que a ‘ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema’. Isso é certo” (ob. cit., págs. 99/100).

Não pode o Estado, a quem incumbe o dever de assistência, cuidado e proteção das crianças e adolescentes, por seu Poder Judiciário, quedar inerte diante da especialíssima condição em que se encontra a paciente, de forma a concorrer, pela omissão, com a situação de risco de ofensa à integridade física ou mental a que se submete diariamente sua filha,

com os potenciais danos psicológicos que tal situação pode acarretar.

Cabe, assim, ao Poder Judiciário permitir à paciente amamentar sua filha com tranqüilidade, livre do ambiente pernicioso do cárcere, sem, porém, que se furte à eventual aplicação da lei penal e à devida instrução do processo a que responde, mais em atenção à inocente infante do que a si própria, de forma que não se contamine a saúde ou a personalidade da pequena, razão pela qual concede-se-lhe a prisão domiciliar.

3 – Diante do exposto, a Câmara concede a ordem para assegurar à paciente a prisão domiciliar até a data

do julgamento da ação penal a que responde, expedindo-se o competente alvará de soltura, se por al não estiver presa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 6 de junho de 2000.

*Alberto Costa,*  
*Presidente com voto;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

## HABEAS CORPUS N. 00.006205-7, DE SEARA

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Homicídio. Policial militar. Ausência de indícios de autoria. Trancamento da ação penal.*

*Inexistindo nos autos do inquérito policial militar indícios de participação do denunciado nos fatos em apuração, cujo procedimento concluiu pelo seu afastamento do pólo passivo da persecução penal, há de se trancar a ação deflagrada, por ausência de justa causa.*

*Ordem concedida.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.006205-7, da comarca de Seara, em que é impetrante Claudio Gastão da Rosa Filho, sendo paciente Fernando da Silva Cajueiro:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

Cuida-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. Claudio Gastão da Rosa Filho em favor de Fernando da Silva Cajueiro, policial militar estadual, relatando que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, caput, do Código Penal, acusado de participar no cerco promovido para a captura da vítima Luiz da Silva que, dois dias antes dos fatos, havia mata-

do um policial militar, argumentando, em suma, a ausência de justa causa para sustentar a ação penal deflagrada, porquanto o paciente não se encontrava no local dos fatos no momento do crime, conforme os depoimentos coletados no inquérito policial militar que, inclusive, concluiu pela sua exclusão da ação penal, quando o feito ainda se encontrava na Justiça Militar, eis que remetido à Justiça Comum por força da Lei n. 9.299/96.

Argumentou estar comprovado que o paciente não participou do cerco que culminou com a morte da vítima e, portanto, "ausentes todos e quaisquer contornos de razoabilidade e justiça, impõe-se o trancamento da respectiva ação penal, que despeja sobre o paciente insuportável e injusta carga de angústia e humilhações" (fl. 16).

Indeferida a liminar, informou o Dr. Juiz que o paciente, juntamente com outros 12 acusados, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, caput, do CP, porque, no dia 13/8/95, teria participado da busca à vítima Luiz da Silva, na qual esta foi atingida por tiros detonados por policiais militares, indo a óbito, sendo interrogado em 13/4/2000.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

Com razão o ilustre parecerista ministerial, porquanto, ao perscrutar os elementos constantes dos autos, não se vislumbra a participação direta do paciente nos atos que culminaram com a morte da vítima, muito embora tenha comandado a guarnição policial

encarregada da captura de Luiz da Silva que, dois dias antes, abatera a tiros um policial.

Segundo os depoimentos dos policiais que participaram das diligências, foram formados dois grupos para efetuar a busca de Luiz da Silva, e o paciente não estaria no grupamento, com cerca de 12 policiais, que encontrou e acabou abatendo a vítima no mato em que se refugiara, mas em outro grupo que também participava das buscas, em outra parte do matagal. Daí inexistindo indícios que apontem co-autoria, no fato típico, imputável ao paciente, revelando ausência de justa causa para a persecução penal.

Sobre o tema, pertine a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

"Também somente se justifica a concessão de habeas corpus por falta de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. É possível, entretanto, verificar perfunctoriamente os elementos em que se sustenta a denúncia ou a queixa, para reconhecimento da 'fumaça do bom direito', mínimo demonstrador da existência do crime e da autoria, sem o qual há falta de justa causa para a ação penal. Há constrangimento ilegal quando o fato imputado não constitui, em tese, ilícito penal, ou quando há elementos inequívocos, sem discrepâncias, de que o agente atuou sob uma causa excludente da ilicitude" (Código de Processo Penal Interpretado, 6ª ed., Atlas, págs. 841/842).

O paciente, quando ouvido no inquérito policial militar (fl. 39), afirmou que aproximadamente 30 policiais militares foram envolvidos na busca e apenas 12 destes participaram diretamente no confronto com a vítima, e que “tomou conhecimento do fato através do 3º Sgt. Sordi, tendo em vista que na hora do fato encontrava-se em outro setor distante aproximadamente 2.500 (dois mil e quinhentos) metros, tendo apenas ouvido vários disparos de arma de fogo; que após os disparos deslocou-se até as viaturas para inteirar-se dos fatos com referência aos disparos ouvidos; que munido de viatura deslocou-se em direção ao local onde foram efetuados os disparos, encontrando no caminho (no meio do mato) integrantes da equipe citada anteriormente, os quais informaram que a vítima reagiu à prisão, atirando contra os policiais, e nessa troca de tiros resultou a morte da vítima;” versão mantida em seu depoimento em Juízo.

Os policiais militares Élio Paulo Lopes da Silva (fl. 38), Eli Márcio Sordi (fl. 40), José Carlos de Borba (fl. 41), Ivair Antônio Thomaz (fl. 42), Gerson da Silva (fl. 43), Ojair Antônio de Oliveira (fl. 45), Gilmar Augusto Argenton (fl. 46), presentes no local dos fatos, pouco ou quase nada disseram de relevante para o deslinde da questão ora discutida.

Afirmando que havia mais de um grupo de buscas no local, os depoimentos coletados na fase do inquérito policial militar:

Juarez Marques Ferraz consignou que “...após a partida do corpo foram encontrar-se com outros policiais

militares que estavam mais abaixo no morro;” (fl. 44).

Sérgio Afonso Padia da Rosa (fl. 47) relatou que “...foram efetuados alguns disparos para o alto no intuito de chamar os demais policiais militares que se encontravam no mato participando das buscas;” (grifo nosso).

Angelim Antônio da Silva, irmão da vítima, disse que, no dia dos fatos, ajudou na busca de seu irmão e, após encontrá-lo no mato, recolhendo armas em poder deste, “...por solicitação de um policial fardado, que não conhece, afastou-se uns dez metros do local, momento em que ouviu um tiro, tendo continuado a caminhar morro abaixo; que em seguida ouviu vários disparos; que deslocava-se sozinho no momento dos disparos; (...)que após andar uns oitenta metros para baixo, encontrou um grupo de aproximadamente dez policiais militares, e estes solicitaram que o mesmo ficasse nas imediações;” (grifo nosso) (fls. 48/49).

Luís Antônio Vogt declarou que “...juntamente com outros policiais militares, juntaram o corpo já sem vida de Luís da Silva, a sacola e os armamentos e desceram o morro em direção a uma caminhonete que encontrava-se próxima do local; que no meio do trajeto, encontraram outro grupo de policiais militares, e então alguns policiais efetuaram disparos para o alto a fim de chamar a atenção de um grupo que estava mais afastado; que separou-se desse grupo e tomou outro rumo, a fim de buscar a viatura 12-695 que estava atrás de outro morro; que já com a viatura, deslocou-se até a casa de Luís da Silva, que era o ponto

de reunião dos policiais;" (grifo nosso) (fl. 51).

No mesmo sentido, o depoimento de Helder Sideclei Schneider, quando afirmou que "...juntaram o corpo da vítima juntamente com seus pertences e armamento, incluindo também uma espingarda e desceram o morro colocando o corpo em uma caminhonete que estava mais próxima e deslocaram-se para a casa da vítima, onde era o ponto de reunião..." (fl. 52).

João Francisco Sufredini esclareceu que "...por volta do anoitecer estava num grupo de aproximadamente 12 pessoas, juntamente com o Angelim da Silva, irmão do Luíz da Silva, que voluntariou-se para ajudar a encontrar seu Luíz; (...) que depois de alguns poucos minutos desceu até eles a guarnição carregando o Luíz da Silva, seus pertences e armamentos, e que a guarnição efetuou alguns disparos de arma de fogo para o alto sendo então o declarante informado que o Luíz já estava sem vida; que todos desceram o morro e colocaram o corpo do Luíz da Silva numa caminhonete civil que encontrava-se próxima; que o declarante e alguns integrantes do grupo embarcaram na carroceria da caminhonete, junto com a vítima e deslocaram-se até a casa da vítima que era o ponto de reunião das equipes que procediam as buscas; que lá chegando constatou a presença dos Tenentes PM Cajueiro e J. Schmidt juntamente com o Delegado de Seara que assumiu a responsabilidade sobre a vítima e seus pertences;" (grifo nosso) (fl. 50).

Dá para avaliar o sentimento que naturalmente movia os participan-

tes, nas diligências que executavam para prender o homicida, em se tratando de busca de agente que acabara de causar a morte de um colega policial. Basta assinalar que cerca de 30 policiais participavam da empreitada.

Todavia, a par de compor a guarnição que realizava a busca da indigitada vítima, há o indiciativo de que o paciente não integrava o grupo que encontrou Luís da Silva, no momento em que foi abatida a tiros, com 17 perfurações de balas de armas de fogo.

Daí por que o Capitão Danilo Pereira, encarregado da elaboração do inquérito policial militar, concluiu pelo desindiciamento do paciente, nos seguintes termos: "Diante da não participação do 1º Ten PM Fernando da Silva Cajueiro, no cerco final onde ocorreu a morte de Luiz da Silva, desindiciá-lo, em razão de não haver indícios de crime contra o mesmo" (fl. 85), cujo relatório foi homologado pelo Tenente Coronel Flávio Luiz Pansera, Comandante do 2º Batalhão de Polícia Militar (fl. 89).

Em prol do paciente, cita-se:

"Queixa-crime. Ausência de elementos capazes de demonstrar a justa causa à ação penal.

"A inicial de queixa-crime deve vir acompanhada de elementos capazes, em tese, de demonstrar a justa causa ao procedimento penal pela reunião de fatores de convicção do fato e sua autoria" (HC n. 98.004922-9, de Chapecó, rel. Des. José Roberge, DJ de 19/6/98).

"Habeas corpus. Inexistência de qualquer elemento indiciário que aponte a participação da paciente nos fatos descritos na denúncia. Ausência de justa causa para a persecutio crimi-

nis. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal” (HC n. 97.013012-0, de Itajaí, rel. Des. Genésio Nollí, DJ de 11/2/98).

“Habeas corpus — Crime culposo — Co-autoria — Admissibilidade — Empréstimo de veículo pela proprietária (mãe) a menor de idade — Capotagem com graves lesões em acompanhante — Trancamento da ação penal — Falta de justa causa — Ausência de qualquer elemento indiciário que aponte a viabilidade da denúncia — Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal, sem prejuízo do oferecimento de outra peça de acusação com base em novas provas.

‘A denúncia deve necessariamente apresentar-se lastreada em elementos que evidenciem a viabilidade da acusação, sem o que se configura abuso do poder de denunciar, coarctável por meio de habeas cor-

pus’ (RSTJ 29/113)” (HC n. 97.000932-1, de Balneário Camboriú, rel. Des. Paulo Gallotti, DJ de 24/4/97).

Justifica-se, pois, o trancamento da ação penal, por ausência de justa causa para a sua deflagração e, por esses fundamentos, concede-se a ordem.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nollí, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 9 de maio de 2000.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

## HABEAS CORPUS N. 00.007647-3, DE ANCHIETA

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Prevaricação. Funcionário público. Ausência de defesa preliminar. Inteligência do art. 514 do CPP. Nulidade do feito a partir da defesa prévia. Ordem concedida.*

*Constatado que o inquérito policial que embasou a denúncia ofertada contra o paciente, acusado de crime funcional, teve como objeto a apuração de fatos distintos dos imputados, não há falar em prescindibilidade da defesa preliminar prevista no art. 514 do CPP.*

Vistos, relatados e discutidos  
estes autos de Habeas Corpus n.

00.007647-3, da comarca de Anchieta,  
em que é impetrante Clayton Cesar

*Wandscheer, sendo paciente Eliomar José Beber:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

Cuida-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. Clayton Cesar Wandscheer em favor de Eliomar José Beber, relatando que o paciente, delegado de polícia, foi denunciado em 5/7/99 pela prática do crime previsto no art. 319 do Código Penal, pois, ao ser designado para instaurar e presidir procedimentos policiais na Delegacia de Polícia da comarca de Anchieta teria deixado de atender a uma requisição ministerial.

Sustenta a nulidade do feito porque a denúncia foi recebida sem oportunizar ao paciente a apresentação de resposta prévia, nos moldes do art. 514 do Código de Processo Penal, apesar de a questão ter sido alegada e rechaçada pela Magistrada quando de seu interrogatório, realizado em 22/3/2000, o que entende descabido, pois a supressão do prazo de 15 dias para a defesa preliminar, legalmente prevista para os casos de crimes afiançáveis cometidos por funcionário público, não encontra amparo legal, salientando que a declaração prestada pelo paciente na fase policial não dispensa a defesa preliminar, pois não realizada na condição de indiciado.

A autoridade impetrada prestou informações e, em seguida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

Reza o art. 514, caput, do Código de Processo Penal:

“Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias”.

Sobre o tema, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“Antes de o juiz receber formalmente a denúncia, se estiver ela revestida das formalidades legais, deve mandar autuá-la e notificar o acusado para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias. A notificação é devida também ao acusado a quem é atribuída a prática de crime de responsabilidade pelo aditamento da denúncia. Não fazendo distinção a lei, cabe a notificação prévia quer se trate de denúncia lastreada em documentos, quer tenha havido inquérito policial para a apuração dos fatos. Mas o Supremo Tribunal Federal tem decidido em sentido contrário, exigindo-a apenas na primeira hipótese. A notificação é de rigor também quando o denunciado ou querelado tenha sido exonerado ou deixado de exercer o cargo, emprego ou função após a prática do ilícito já que, como se viu, se visa com a medida resguardar também a Administração Pública, tendo em vista a função pública exercida pelo acusado, e não apenas sua pessoa” (grifo nosso) (Código de Processo Penal Interpretado, 6ª ed., Atlas, pág. 653).

In casu, verifica-se que efetivamente não foi o paciente notificado para apresentar defesa preliminar, na conformidade do art. 514 do CPP, justificando a Magistrada a desnecessidade da medida em face do entendimento jurisprudencial de que quando

a denúncia é calcada em inquérito policial, tal procedimento é dispensável.

Todavia, analisando-se os documentos carreados aos autos, verifica-se que o aludido inquérito policial não foi instaurado para apurar o delito funcional pelo qual foi o paciente denunciado, mas diz respeito propriamente ao crime de homicídio do qual este foi encarregado, na condição de delegado de polícia, em que, em tese, teria ocorrido o delito de prevaricação, constando do feito apenas declaração sobre sua atuação no procedimento inquisitorial, não na condição de indiciado, mas de mero declarante.

Inclusive parte das informações prestadas pela autoridade impretada dá conta exata da situação, se não vejamos:

“A inicial acusatória fundou-se nos autos do Inquérito Policial n. 003/98, realizado pela Delegacia Regional de Polícia de São Miguel do Oeste, e que foi instaurado a pedido do Ministério Público desta Comarca, a princípio, para apuração de fatos relativos ao homicídio perpetrado contra o adolescente Elizandro Lollato.

“Encerrado o referido inquérito policial, o Órgão Ministerial entendeu que o ora paciente Eliomar José Beber havia cometido o delito antes indiciado, propondo a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ao paciente (Lei n. 9.099/95, art. 76). Não obstante, ofereceu desde logo denúncia, anotando a impossibilidade da suspensão do processo (Lei n. 9.099/95, art. 89), em face do paciente já contar com outra suspensão” (fl. 20).

Ora, observando-se os precedentes jurisprudenciais sobre o tema,

verifica-se que a situação apresentada nestes autos não guarda similitude com aquelas constantes dos referidos julgados, porquanto nestes houve inquérito policial instaurado com o fito específico de apurar os crimes cometidos por funcionários públicos nessa qualidade, onde foram ouvidos na condição de indiciados e colhidas provas suficientes nesse sentido, o que não ocorreu no presente caso, no qual o douto Promotor de Justiça ofereceu a denúncia calcada em peças extraídas de procedimento policial em que se apurava delito distinto, sendo a ouvida do paciente realizada à revelia dos direitos que revestem os indiciados criminalmente.

Destarte, verifica-se claramente que a supressão do procedimento previsto no art. 514 do CPP prejudicou a ampla defesa do paciente, que alegou a referida nulidade já na primeira oportunidade em que teve acesso aos autos, ou seja, em seu interrogatório, devendo pois ser acatada a argumentação expendida, não para se trancar a ação penal, mas para decretar a nulidade do feito desde o recebimento da denúncia, determinando-se seja o paciente notificado, nos termos do dispositivo mencionado, para, querendo, apresentar a devida defesa preliminar.

Por esses fundamentos, concede-se a ordem para anular o feito a partir do recebimento da denúncia, oportunizando-se ao paciente a apresentação da defesa preliminar, nos moldes do art. 514 do CPP.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nollí, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer,



pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 16 de maio de 2000.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

## HABEAS CORPUS N. 00.007270-2, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Souza Varella**

*Habeas corpus — Prisão preventiva — Justa causa — Fiança — Tipificação — Princípio da confiança no juiz do processo — Constrangimento ilegal inexistente.*

*Ordem denegada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.007270-2, da comarca de Blumenau (1ª Vara) em que são impetrantes José Roberto Batochio, Guilherme Octávio Batochio e Ricardo Toledo Santos Filho, sendo pacientes Dario Bellandini, Thomas Edward Stocks, Richard Kenneth Stocks, Reinaldo Prezotti e Rosana Pierina Silvi Prezotti:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Os doutores José Roberto Batochio, Guilherme Octávio Batochio e Ricardo Toledo Santos Filho ingressam com a presente ordem de habeas corpus em favor de Dario Bellandini, Thomas Edward Stocks, Richard Kenneth Stocks, Reinaldo Prezotti e Rosana Pierina Silvi Prezotti, devidamente qualificados.

Alegam os ilustres impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal imposto aos pacientes, em razão

de decreto de prisão preventiva emanado do Dr. Juiz de Direito da Primeira Vara Criminal da comarca de Blumenau.

A peça vestibular, em longo e brilhante arrazoado, aponta como atos constrangedores, em síntese, a ausência de justa causa para a ação penal e, conseqüentemente, para a prisão cautelar; equívoco na capitulação dada aos delitos, quer seja pela impossibilidade daqueles descritos no artigo 171 do Código Penal e no artigo 2º, inciso IX, da Lei n. 1.521/51, quer seja pela não ocorrência do crime definido no artigo 288, também da Lei Penal; possibilidade de concessão liberatória, mediante fiança; desnecessidade da manutenção dos pacientes sob custódia, sendo ilegal a constrição.

Negada a concessão liminar da ordem pelo despacho de fl. 602, do segundo volume, e dispensada a prestação de informações ante a devida instrução do pedido, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se. O ilustrado Procurador de

Justiça Dr. Hipólito Luiz Piazza, com a acuidade que lhe é peculiar, opina pela denegação, na forma das razões que aponta às fls. 605/610.

O pedido é negado.

Vê-se que os pacientes foram denunciados por crimes de estelionato, formação de quadrilha e contra a economia popular por práticas definidas nos artigos 171 e 288 do Código Penal, e artigo 2º, inciso IX, da Lei n. 1.521/51, descritas minuciosamente no documento deflagrador da ação penal e fotocopiado às fls. 312 a 318, cuja leitura faz concluir que contém a exposição dos fatos tidos como criminosos, com todas as suas circunstâncias e respectiva classificação, nos exatos termos do artigo 41 da Lei Processual.

Constituem-se eles na associação de mais de três pessoas para distribuição à venda de títulos de um denominado Alpha Club, ao preço de R\$ 3.800,00 cada um, restando aos compradores o dever de vender outros de tais títulos e, assim, sucessivamente, formando uma cadeia, em progressão, com altos lucros para os pacientes, estes em número de cinco. A engenhosidade se caracterizaria pela montagem de encenação, por meio de fantasiosas vantagens oferecidas, capazes de gerar encantamento e possibilidade de ganhos fartos, mediante a aquisição da condição de associado, com o mister de angariar outros, firmando contratos evidentemente aleatórios (fls. 402/407 e 489). Os fatos assim descritos têm nítidos contornos de crimes contra o patrimônio, contra a economia popular e contra a paz pública, devidamente tipificados como sendo os do artigo 171 do Código Pe-

nal, do artigo 2º, inciso IX, da Lei n. 1.521/51 e do artigo 288 do Código Penal.

Destarte, em tese, há crimes praticados pelos pacientes, cuja elucidação só é possível pelo devido processo legal.

Por isso que a presente medida se destina, tão-somente, ao exame da legalidade do decreto de prisão preventiva dos pacientes, para concluir-se pela existência, ou não, de constrangimento ilegal, sanável pela via eleita.

Quanto à alegada ausência de justa causa para a prisão, nota-se que ocorre quando o réu é preso preventivamente sem que dos autos conste prova contra o paciente, ao contrário do que pareceu ao juiz que decretou a prisão. Assim, a ilegalidade da coação, por faltar-lhe justa causa, só é de ser reconhecida quando o fato atribuído não tem sanção na lei ou quando o decreto prisional não tem os requisitos da lei. Bento de Faria, Código de Processo Penal, vol. 2º, pág. 243, dá como falta de justa causa não ter o ato de que se queixa o impetrante a sanção da lei, ou não satisfazer os requisitos dela. Nelson Hungria acentuou que “A expressão justa causa, do inciso I do artigo 648, quer dizer causa legítima, e não se confunde com ausência de elementos de convicção” (HC n. 3.795—DF). Por isso que “não é de conceder-se habeas corpus se as alegações envolvem matéria de fato, que tenha de ser apurada em processo” (Pontes de Miranda — História e Prática do Habeas Corpus — pág. 498).

A hipótese sub examine está com fatos definidos e autoria evidente. O decreto prisional de fls. 577/594 es-

triba-se na garantia da ordem pública porque “O caso Alpha Club, afora estar gerando intranquilidade da ordem econômica, devido ao fato das pessoas, que não têm economicidade, estarem buscando toda sorte de empréstimos, depois não conseguindo pagá-los, pelo insucesso na angariação do número ideal de novos associados, também está criando enorme e profunda repulsa social, restando na população o anseio pelo restabelecimento da ordem pública” (fl. 591). Também pela conveniência da instrução criminal e, “Para tanto, registra-se que os associados e outras pessoas, que estão denunciando a trama, sentem-se ameaçados e atemorizados” (fl. 592), conforme os depoimentos de Jackie Emanuelle Krahn, Cátia Stasaitis e Francisco de Assis, referidos no decisor. O terceiro dos requisitos legais, a garantia da aplicação da lei, vem demonstrado quando “Reconhece-se, igualmente, a necessidade da reclusão cautelar dos denunciados para asseguar a aplicação da lei penal, porque nada os prende ao distrito da culpa, ou a qualquer outro lugar (gize-se que o Alpha Club, apesar de arrecadar milhões e milhões de reais pelas várias regiões do País, tem sua sede social em imóvel locado — fls. 141 a 151)” (fl. 593), assim como um dos pacientes, Dario Bellandini, é de nacionalidade italiana, de passagem pelo Brasil, e outros com ligações no Uruguai (fl. 594).

Destarte, preenchidas as exigências contidas nos artigos 41 e 312, este com a redação dada pela Lei n. 8.884/94, ambos do Código de Processo Penal, não há como se reconhecer a inexistência de justa causa para a prisão ou a ilegalidade desta,

ante a presença dos dois elementos básicos para a segregação cautelar: existência do crime e indício suficiente da autoria. Ademais, sobre os fatos denunciados, transcreve-se: “O artigo 312 do Código de Processo Penal só pode ser aplicado na prática de crime que possa causar perturbação à ordem econômica, citando-se, especificamente, os definidos na Lei n. 8.137/90, na Lei n. 7.492/86 e na Lei n. 1.521/51, que prevê os crimes contra a economia popular” (Mirabete — Código de Processo Penal Interpretado — pág. 378).

Clara e precisamente demonstradas, no decreto atacado, a possibilidade jurídica e a necessidade das prisões dos pacientes, não há como tê-lo ilegal ou sem justa causa.

Referentemente ao alegado erro na capitulação dos delitos em razão da impossibilidade dos delitos de estelionato e contra a economia popular, a matéria envolve aprofundado exame da prova, não sendo a presente medida própria para tal. A matéria de ordem fática é de ser apurada no processo criminal, escapando do reduzido âmbito do habeas corpus, que é destinado, única e exclusivamente, ao exame da legalidade da ordem prisional. O mesmo entendimento sobre o crime de formação de quadrilha imputado aos pacientes.

Concluindo, “Não se pode, em sede de habeas corpus, examinar aprofundadamente as provas que dizem respeito ao mérito de uma ação penal com o escopo de trancá-la” (STF — RT 594/458) e “a fundamentação de inexistência de justa causa não se presta à concessão do remédio heróico a não ser quando nem mesmo

em tese o fato constitui crime, ou, então, quando se verificar, *prima facie*, que não se configura o envolvimento do acusado no fato tido como delituoso, independentemente de apreciação de provas capazes de se produzirem no decorrer da instrução criminal" (STJ — RT 668/334).

Quanto ao direito à prestação de fiança, anota-se que o artigo 324, inciso IV, da Lei Processual, ressalva que não será ela concedida quando presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva. Ora, tendo o digno Magistrado concluído, fundamentadamente, pela necessidade da prisão não poderia mesmo arbitrar fiança.

Aliás, há ainda a considerar os termos do artigo 7º da Lei n. 9.034/95.

Por derradeiro, ressalta-se que ambas as Câmaras Criminais deste Tribunal vêm, reiteradamente, decidindo que, em casos tais, vige o princípio da confiança no juiz do processo e "Em matéria de conveniência de decretação de prisão preventiva, deve ser considerado o denominado princípio da confiança nos juízes próximos dos fatos e das pessoas envolvidas no episódio" JTACrimSP 46/86-7).

Assim, denunciados que foram os pacientes como responsáveis pelas práticas delitivas descritas nos artigos 171 e 288 do Código Penal, e arti-

go 2º, inciso IX, da Lei n. 1.521/51, presentes a prova da existência dos crimes e indícios suficientes da autoria, assim como preenchidos os requisitos contidos nos artigos 41 e 312 do Código de Processo, devidamente demonstrados, não há constrangimento ilegal a reparar, mencionando-se o que consta no artigo 324, IV, da Lei Processual.

As condições pessoais dos pacientes não impedem a segregação. É que: "A primariedade, os bons antecedentes e a residência e o domicílio no distrito da culpa são circunstâncias que não obstam a custódia provisória, quando ocorrentes os motivos que legitimam a constrição do acusado" (RSTJ 2/267).

Diante de tais razões, é que a Câmara, unanimemente, denega a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges e emitiu parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 9 de maio de 2000.

*Genésio Nolli,*  
*Presidente com voto;*  
*Souza Varella,*  
*Relator.*

## HABEAS CORPUS N. 98.001684-3, DA CAPITAL

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Adolescentes — Ato infracional — Representação, desde logo, sem oitiva dos envolvidos, seus pais ou responsáveis — Art. 179 da Lei n. 8.069/90 (ECA) — Procedimento obrigatório — Ofen-*

*sa à garantia do devido processo legal — Nulidade — Ordem parcialmente concedida.*

*A cláusula constitucional do devido processo legal garante, em direito processual, que todos os atos, em resposta aos impulsos das partes, devem estar previstos em lei.*

*Viola a garantia do devido processo legal o oferecimento de representação pelo Ministério Público contra adolescentes passíveis infratores, desde logo, sem oitiva destes, seus pais ou responsáveis, quando tal providência é exigida pelo disposto no art. 179 do ECA.*

*O art. 179 do ECA contém norma cogente (“procederá”), que não dispensa a audiência nele prevista; se assim não ocorrer haverá obstáculo a que os menores vejam discutida a possibilidade de obter a remissão ou mesmo o arquivamento do processo.*

*Por isso é “exato que como dominis litis tem o Promotor o seu livre convencimento, mas este, pela própria definição legal da norma do artigo 179, não será completo sem a prévia e ainda que informal oitiva do menor e dos demais envolvidos no ato infracional” (LEX 164/166).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 98.001684-3, da comarca da Capital (Vara da Infância e Juventude), em que é impetrante o Dr. Marco Antônio Schroeder, sendo pacientes G. B. F., V. G. J. e L. E. M.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder parcialmente a ordem, estendendo-a aos demais adolescentes representados não pacientes.

1 — Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado pelo Dr. Marco Antônio Schroeder, forte nos arts. 647 e 654 do CPP, art. 5º, inciso LXVIII da CF, e arts. 110 e 141 da Lei n. 8.069/90, em favor de G. B. F., V. G. J. e L. E. M., a fim de que

sejam excluídos dos autos de apuração de ato infracional a que respondem perante o Juizado da Infância e Juventude da comarca da Capital, por violação ao art. 129, caput, c/c art. 29, ambos do Código Penal, sob o argumento de que não há justa causa para a persecução contra estes, porquanto não tiveram nenhuma participação no evento criminoso narrado na preambular.

Sustentou, outrossim, que não foi cumprido o rito estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, mais especificamente o que preceitua o seu art. 179, bem como não foi apreciado o pedido de aplicação da remissão, requerida por ocasião da defesa prévia apresentada em favor dos pacientes, a qual pode ser aplicada pela

autoridade judicial em qualquer fase processual, a teor do art. 126 do ECA.

Por fim, requereu a concessão da medida liminar para que fossem os pacientes eximidos do compromisso de comparecer no dia 27/3/98, às 14h30min, perante o Juízo singular, para continuidade da audiência de instrução e julgamento do referido feito.

Juntou documentos de fls. 7 usque 34.

Considerando que não se verificou qualquer ilegalidade manifesta ou abuso de poder a ser declarados de plano, foi denegada a liminar (fls. 36 e 37).

Solicitadas as informações, a digna autoridade apontada como coatora prestou-as a fls. 43 e 44, oportunidade em que juntou documentos (fls. 45 a 65).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

2 — O pedido é conhecido, porque próprio, sendo da competência deste Órgão Fracionário Criminal (Ato Regimental n. 18/92, art. 2º).

3 — A ordem é concedida porque se reconhece e declara-se nulidade absoluta da representação, porquanto foi apresentada pelo Ministério Público e recebida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da comarca da Capital sem observância das providências contidas no art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com o qual se ofendeu, efetivamente, a garantia constitucional do devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da

Constituição Federal, do qual o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a motivação e o juiz natural constituem aspectos complementares (José Carlos Barbosa Moreira, Aspectos Processuais Cíveis na Nova Constituição, in Revista de Direito da Defensoria Pública, n. 4, págs. 102/103).

José Afonso da Silva ao descrever as garantias constitucionais individuais escreve, à luz da nova Carta:

“O princípio do devido processo legal entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Magna Carta inglesa: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude da defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o processo, e quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais, conforme autorizada lição de Frederico Marques” (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 9ª ed., t. 2, 1993, pág. 378).

Reconhece-se a evolução da garantia, que passou de caráter simplesmente processual, “destinada na origem a assegurar a regularidade do processo penal”, para um postulado substantivo (substantive due pro-

cess), capaz de condicionar, no mérito, a validade das leis e da generalidade das ações do poder público (Raílda Saraiva, A Constituição de 1988 e o Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro, Rio de Janeiro, Forense, 1992, pág. 62).

Mas, na acepção puramente processual, o devido processo legal impõe "obediência estrita das normas processuais, de forma que o processo penal traduza iguais oportunidades das partes no plano processual, a ampla defesa como todos os recursos inerentes, o contraditório, as demais garantias do juiz natural, publicidade e motivação dos atos judiciais" (Luiz Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho, O Processo Penal em face da Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 1992, pág. 49).

Para garantir o devido processo penal, a ação judiciária deve realizar-se "atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais, quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental, e de sorte a tornar efetiva a atuação da Justiça Criminal, tanto na inflicção e na concretização da pena, ou da medida de segurança, como na afirmação ao *ius libertatis*" (Rogério Lauria Tucci, Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1993, pág. 71).

Ora, como se extrai das peças juntadas pelo impetrante e das informações da Dra. Juíza Substituta em exercício na Vara da Infância e Juventude da comarca da Capital, os menores foram representados diante da comunicação de ocorrência que caracterizaria infração ao art. 129, ca-

put, do Código Penal, sujeitos, portanto, à medida sócio-educativa.

Contudo, não foi previamente cumprido o estatuído no art. 179 do ECA, vez que, com base unicamente em boletim de ocorrência e exame de corpo-delito, a representante do Ministério Público ofertou representação contra os pacientes, sem antes proceder à imediata oitiva dos adolescentes, seus pais ou responsáveis cuidando apenas de registrar o que ouvira dos pais da vítima.

O referido dispositivo, em seu caput, estabelece que:

"Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva, e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas".

Alberto Silva Franco et alii, citando aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, destacam:

"O novo Estatuto da Criança e do Adolescente, abolindo o informalismo anterior, estabeleceu regras cogentes, que não podem ser desobedecidas, iniciando-se o procedimento com a apresentação do menor ao Ministério Público (art. 171), para prosseguimento, arquivamento ou remissão, em fases claramente determinadas, que não podem ser dispensadas ou sacrificadas. A regular tramitação do feito visa a garantir os direitos do inimputável, assegurando-lhe julgamento completo e escoarado" (in Leis Penais e sua Interpretação Jurisprudencial,

São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pág. 352).

Continuando, os autores ressaltam:

“E não é sem razão que o primeiro dispositivo (art. 179) impõe, como diligência obrigatória do Ministério Público, a oitiva do menor, e sendo possível, de seus pais ou responsáveis, vítima e testemunhas. É que do resultado dessa audiência e da avaliação que dela resultar, adotará o Ministério Público, por força do art. 180 do ECA, uma das três providências ali enumeradas, podendo: promover o arquivamento dos autos (I), conceder a remissão (II) ou representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa (III)”.

E acrescentam:

“O estatuto foi concebido como uma verdadeira doutrina dos direitos fundamentais da Criança e do Adolescente, dispondo já em seu art. 1º que a lei que o aprovou tem por objetivo dar ‘proteção integral à criança e ao adolescente’, levando sempre em consideração sua situação peculiar de pessoas em desenvolvimento”.

No tocante à importância do cumprimento do disposto no art. 179 da Lei n. 8.069/90, Roberto João Elias assinala:

“A oitiva informal, que é o primeiro contato com o adolescente, permitirá ao Curador da Infância e da Juventude fazer uma avaliação preliminar do caso, bem como da personalidade do envolvido.

“Com razão, observa Luiz Edmundo Labanca que: ‘A verificação informal, à vista das informações dos antecedentes do adolescente e da im-

portância e gravidade de sua conduta, tornará mais ágil e eficiente a correta aplicação desta lei, haja vista que poderá (art. 126) o MP, ouvido o adolescente, arquivar os autos ou conceder-lhe a remissão em decisão motivada (...)”.

Prosseguindo, leciona:

“Realmente, o referido procedimento é adequado não só porque evita delongas desnecessárias, como também, o que deve ser ressaltado, constrangimentos que poderiam afetar psicologicamente o adolescente inocente ou o que tivesse praticado algum ato sem grande relevância” (in Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 156).

Nesse diapasão vê-se a jurisprudência:

“Menor — Representação — Não recebimento — Admissibilidade — Ausência de oitiva do adolescente — Providência obrigatória — Aplicação do artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente — Recurso não provido.

“Frente à imperatividade do comando do artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a dispensa apressada da audiência nele prevista significará, sem dúvida, obstáculo a que o menor veja discutida a possibilidade de obter remissão ou mesmo o arquivamento do processo” (Apelação n. 17.778-0, de Campinas/SP, rel. Dirceu de Mello, j. em 28/7/94).

No mesmo sentido Apelação n. 17.743-0, do Estado de São Paulo, tendo como Relator Des. Lair Loureiro.



“Ministério Público — Representação — Oferecimento sem a oitiva do menor — Inadmissibilidade — Obrigatoriedade em face do artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente — Representação rejeitada — Recurso não provido.

“É exato, como dominus litis, tem o Promotor o seu livre convencimento, mas este, pela própria definição legal da norma do artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não será completo sem a prévia e ainda informal oitiva do menor e dos demais envolvidos no ato infracional” (Apelação n. 17.781-0, de Campinas/SP, rel. Nigro Conceição, j. em 9/2/95).

“Menor — Representação por prática de ato infracional — Rejeição — Admissibilidade — Promotor que não ouviu prévia, imediata e informalmente o adolescente — Procedimento indispensável para a formação de convicção do Promotor de Justiça — Artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente — Recurso não provido.

“Na busca dos elementos circunstanciais do fato, tendo em vista, principalmente, a possibilidade do Promotor de Justiça de promover o arquivamento dos autos ou conceder, desde logo, a remissão como força de extinguir o processo, não pode ele deixar de entrevistar-se com o menor e com os demais envolvidos” (Apelação n. 19.107-0, de Itu/SP, rel. Ney Almada — j. em 15/12/94).

“Menor. Processo infracional. Nulidade do processo.

“Ciência aos pais ou responsáveis do menor infrator, antes do interrogatório deste, imprescindível, assim

como interrogatório sempre com assistência de defensor constituído ou nomeado pelo Juiz. Ausência de tais cautelas constituem nulidade absoluta, decretável ex officio, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição” (Apelação n. 594132978, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, rel. Des. Pres. Waldemar Luiz de Freitas Filho, j. em 21/12/94).

“Procedimento destinado à apuração de ato infracional praticado por adolescente.

“Nulidade do processo. Ausência de ciência dos pais quanto à representação e ausência de defensor na audiência de apresentação” (Apelação n. 594132078, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, rel. Des. Pres. Waldemar Luiz Freitas Filho, j. em 19/10/94).

“Menor — Declarações — Coilheita pelo Ministério Público — Admissibilidade — Hipótese de medida cogente disposta no art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente — Recurso provido nesse sentido” (Apelação n. 13.534-0, Presidente Prudente/SP, rel. César de Moraes, j. em 31/10/91).

4 — Conclui-se, assim, que a representação oferecida sem observância ao disposto no art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente violou direito dos pacientes de ser previamente oitivados para, só então se for o caso, ser representados; desrespeitou-se, assim, o devido processo legal para o caso em exame, salientando-se que “não se está, por nenhum modo, defendendo a impunidade dos criminosos, nem esta decorre das garantias constitucionais concedidas às partes no processo criminal”

(Saraiva, Railda, ob. cit., pág. 68), mas tornando efetivas as garantias constitucionais em benefício de todos.

5 — Pelo exposto, conhece-se do pedido e concede-se habeas corpus, para anular o processo a partir da representação, inclusive, a fim de que seja cumprido o estabelecido no art. 179 do ECA, prejudicada a análise das demais teses postuladas no writ, estendendo-se a decisão aos demais representados não pacientes, a teor do art. 654, § 2º, do CPP.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Huáscar Viana.

Florianópolis, 17 de março de 1998.

*José Roberge,*

*Presidente com voto;*

*Nilton Macedo Machado,*

*Relator.*

## **HABEAS CORPUS N. 00.002909-2, DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Habeas corpus — Inquérito policial — Autoridade coatora — Delegado de polícia — Autos distribuídos e remetidos ao Ministério Público — Competência declinada pelo juiz de primeiro grau ao Tribunal de Justiça — Conhecimento.*

*Uma vez remetido o inquérito policial a juízo, mesmo antes do recebimento da denúncia, a autoridade coatora passa a ser o juiz, que possui ingerência exclusiva sobre o processo.*

*Habeas corpus — Lei n. 9.099/95 — Autoridade policial — Policial militar — Lavratura de termo circunstanciado — Possibilidade — Indiciamento em inquérito policial por pretensa usurpação de função — Inadmissibilidade diante dos princípios regedores da Lei n. 9.099/95 — Falta de justa causa — Trancamento do inquérito policial — Ordem concedida.*

*A Constituição Federal, ao prever uma fase de consenso entre o Estado e o agente, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, criou um novo sistema penal e processual penal, com filosofia e princípios próprios.*

*Para a persecução penal dos crimes de menor potencial ofensivo, em face do sistema previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais, e dando-se adequada interpretação sistemática à expressão “autoridade policial” contida no art. 69 da Lei n. 9.099/95, admi-*

*te-se lavratura de termo circunstanciado por policial militar, sem exclusão de idêntica atividade do Delegado de Polícia.*

*O termo circunstanciado, que nada mais é do que “um registro oficial da ocorrência, sem qualquer necessidade de tipificação legal do fato”, prescinde de qualquer tipo de formação técnico-jurídica para esse relato (Damásio E. de Jesus).*

*Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Habeas Corpus n. 00.002909-2, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que é impetrante o Dr. Marcello Martinez Hipólito, sendo pacientes Onésio Astor David e Márcio Luiz Cipriani:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem para trancar o inquérito.

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado na comarca de Blumenau, pelo bacharel Marcello Martinez Hipólito, 1º Tenente da PMSC, com atividades na “Assessoria Jurídica do Gabinete do Comando-Geral da Polícia Militar de Santa Catarina”, em favor de Onésio Astor David e Márcio Luiz Cipriani, policiais militares lotados no 10º Batalhão de Polícia Militar sediado em Blumenau, alegando que os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal “em face de indiciamento” (fls. 2) determinado pelo Delegado Regional da 3ª Delegacia Regional de Polícia ao Delegado da 2ª Delegacia de Polícia Civil, imputando-lhes a conduta do art. 4, letra h, da Lei n. 4.898/65 e, posteriormente, a prática das infrações dos arts. 319 e 328 do CP.

Isso porque os pacientes, no dia 8/1/00, deram voz de prisão e lavraram termo circunstanciado e de

compromisso, nos termos dos arts. 69 e 72 da Lei n. 9.099/95 contra o Sr. Darci José Gonçalves, proprietário de um estabelecimento de exposição de galos, diante de notícias de “rinhas” e busca e constatação da existência no local, “de 3 (três) galos com ferimentos e ensangüentados, bem como com acessórios de aço nas patas” (fls. 3), configurando suposta infração ao art. 32 da Lei n. 9.605/98 (praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos).

Segundo o impetrante, “a questão que se apresenta no momento se refere ao conflito hoje existente no sentido da exclusividade ou não da Polícia Civil na atividade de polícia judiciária (diga-se aqui confecção do termo circunstanciado) e qual a autoridade policial a que se refere a Lei n. 9.099/95, em seu art. 65” (fls. 4).

Endereçado o writ ao juízo da comarca de Blumenau, a análise da liminar foi relegada ao retorno das informações, esclarecendo a autoridade policial apontada como coatora que o Inquérito Policial n. 028/00, instaurado contra os pacientes, foi concluído, relatado e encaminhado ao Poder Judiciário em 21/2/00 (fls. 64).

A ilustre Dra. Juíza Substituta decidiu não conhecer da ordem, em razão da incompetência daquele Juízo de primeiro grau (fls. 94/96), reme-

tendo-se os autos a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serratine, opinou pelo conhecimento e denegação do pedido.

Aos autos vieram informações colhidas no Sistema de Automação do Poder Judiciário do Estado, noticiando que o inquérito foi distribuído à 2ª Vara Criminal da comarca de Blumenau, em 25/2/00, sendo recebido em 29/2/00 e remetido ao Ministério Público para manifestação.

É o relatório.

1. No caso peculiar dos autos, há que se reconhecer ser desta Instância a competência para conhecimento da ação constitucional, em face da distribuição, recebimento em Juízo e encaminhamento dos autos de inquérito ao Ministério Público para manifestação.

Isso porque, "em tema de habeas corpus, uma vez remetido o inquérito a juízo mesmo enquanto não recebida a denúncia, a autoridade coatora não é mais do delegado de polícia, mas, sim, do próprio magistrado" (RT 536/271), o qual possui ingerência exclusiva sobre o processo.

2. A controvérsia gerada pela interpretação de alguns dos dispositivos da Lei n. 9.099/95, especialmente no tocante à expressão "autoridade policial" inserta no art. 69 ("a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários"), exige considerações preliminares acerca da criação de um

novo sistema que, na sua essência, é distinta daquele adotado pelo Código de Processo Penal, em vigor desde 1º de janeiro de 1942, para o qual certamente "autoridade policial" é o Delegado de Polícia, a quem compete presidir o inquérito policial.

Antes de mais nada, é preciso pensar o próprio direito como um sistema, aberto e incompleto, porque o conhecimento científico é provisório; dinâmico como a realidade de onde provém, sendo produto histórico e cultural em permanente evolução, sem perder de vista que as normas são partes do todo com o qual se relacionam substantiva e formalmente de modo que, as leis, fazendo parte do ordenamento jurídico, não devem se afastar do contexto geral, devendo com ele harmonizar-se; em outras palavras, "não podemos conhecer a norma sem conhecer o sistema, o todo no qual estão integradas" (Eros Roberto Grau, 2ª ed., SP, Malheiros, 1998, pág. 19).

Ou como afirma com propriedade o Dr. Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

"...apenas com um Código Penal nas mãos não podemos conhecer o Direito Penal de um país, prescindindo do restante da legislação positiva do ordenamento jurídico, porque as decisões políticas traduzem-se em todas as normas jurídicas que se complementam, recortam ou limitam umas às outras como consequência da inadmissibilidade de contradição ética do Direito. As decisões políticas podem ser contraditórias, e de fato muitas vezes o são, mas o ordenamento jurídico há de estar imune a tal contradição, harmonizando-se dentro do contexto

legal” (Princípios Políticos do Direito Penal, 2ª ed., SP, RT, 1999, pág. 202).

3. A expressão “autoridade”, conceituada como “aquele que tem por encargo fazer respeitar as leis; representante do poder público” (Dicionário Aurélio Eletrônico, versão 2.0) é utilizada pela legislação pátria para designar “o poder pelo qual uma pessoa ou entidade se impõe às outras, em razão de seu estado ou situação. É o poder de direito de uma pessoa em virtude de sua especial capacidade de fato” (Goffredo Telles Júnior, Enciclopédia Saraiva do Direito, SP, Saraiva, 1978, vol. 9, pág. 330).

Mas várias são as derivações que se pode dar ao conceito de “autoridade”, de acordo com o prefalado “estado ou situação” e sua “especial capacidade de fato”, dando origem, entre outras, à expressão autoridade policial, indicativa da “pessoa que ocupa cargo e exerce funções policiais, como agente do Poder Executivo, subordinado ao Ministério da Justiça. Tais agentes têm o poder de zelar pela ordem e segurança públicas, reprimir os atentados à lei, ao direito, aos bons costumes” (Enciclopédia Saraiva do Direito, SP, Saraiva, 1978, vol. 9, pág. 351).

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, dispõe quanto à segurança pública:

“Art. 144. 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, através dos seguintes órgãos:

“I — polícia federal;

“II — polícia rodoviária federal;

“III — polícia ferroviária federal;

“IV — polícias civis;

“V — polícias militares e corpos de bombeiros militares.

“§ 1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

“I — apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

“II — prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

“III — exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

“IV — exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

“§ 2º. A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

“§ 3º. A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais (redação dada ao parágrafo pela Emenda Constitucional n. 19/98).

“§ 4º. Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

“§ 5º. Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

“§ 6º. As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

“§ 7º. A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

“§ 8º. Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

“§ 9º. A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do artigo 39.

Daí os conceitos de polícia administrativa (preventiva e inerente aos órgãos da Administração Pública), polícia judiciária (Polícia Civil) e polícia de manutenção da ordem pública (Polícia Militar); enquanto a primeira incide sobre bens ou restringe direitos, as demais agem visando a reprimir a criminalidade, auxiliando a “ação judiciária penal, de competência dos Juízos e Tribunais Criminais”, como preleciona o Dr. Rogério Lauria Tucci (A Lei

dos Juizados Especiais, Porto Alegre, Revista Unidade, ano XIV, n. 27, jul/set-96, pág. 11).

Hely Lopes Meirelles assinalou, citando doutrina internacional moderna, que “se tem distinguido a polícia administrativa geral da polícia administrativa especial, sendo aquela a que cuida genericamente da segurança, da salubridade e da moralidade pública, e esta de setores específicos da atividade humana que afetam bens de interesse coletivo, tais como a construção, a indústria de alimentos, o comércio de medicamentos, o uso das águas, a exploração das florestas e das minas, para as quais há restrições próprias e regime jurídico peculiar” (Direito Administrativo Brasileiro, 18ª ed., SP, Malheiros, 1993, pág. 115); nesta última se insere o controle das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

4. Nesse contexto (e sem embargo dos que defendem a tese de que só o Delegado de Polícia possui competência para lavratura do termo circunstanciado previsto no art. 69 da Lei n. 9.099/95, atendidos os preceitos dos arts. 144 da CF e art. 4º do CPP), como bem ensina Damásio de Jesus, “a Lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais, e que entrou em vigor no dia 26 de novembro de 1995, provocou verdadeira revisão de antigos conceitos e até mesmo de tradicionais dogmas do processo. Assentada em dispositivo específico da CF, deve ser analisada à luz de princípios próprios. Não se trata de um novo rito processual; cuida-se de um novo sistema, com filosofia e princípios próprios. De fato, o art. 98, I, da CF, ao permitir a conciliação entre Estado e autor do fato nas infrações penais de

menor potencial ofensivo, revolucionou a sistemática até então reinante” (Lei dos Juizados Especiais Anotada, 4 ed., SP, Saraiva, 1997, pág. 57).

Além disso, é de fundamental importância colher-se o espírito da Lei n. 9.099/95, que tem como critério orientador na aplicação da lei a informalidade, dando guarida ao princípio da instrumentalidade e afastando o excessivo apego às formas do processo na tentativa de estabelecer mínima injunção do Direito Penal na vida da comunidade.

Isso significa em certos momentos preferir os conceitos do Direito Penal e Processual Penal, de modo a dar preferência a outros posicionamentos que, estando de acordo com o espírito da lei, sejam suficientes para o efeito preventivo do caso; daí por que “os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62 desta Lei e não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo” (Lei n. 9.099, art. 65).

Dessa forma, “visa-se não excluir atos processuais, mas que eles sejam praticados de forma livre para atingir a sua finalidade que é a resolução da lide penal. A adoção do princípio da finalidade, conjugado com os princípios da oralidade, da simplicidade, da economia processual e da celeridade, certamente levará a uma prestação jurisdicional rápida e mais eficiente. Por isso se dispõe na lei que os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para os quais foram realizados. Assim, ainda que não obedecida uma

formalidade legal, se o ato praticado produziu o efeito esperado no processo, realizando a sua finalidade com o atendimento dos critérios previstos no art. 62, será ele considerado válido. Não é declarada sua nulidade em obediência ao princípio da convalidação” (Julio Fabbrini Mirabete, Juizados Especiais Criminais, 2ª ed., SP, Atlas, 1997, pág. 45).

Para Rolf Koerner Júnior, advogado, professor universitário e ex-secretário de segurança do Estado do Paraná, “só conceituar quem seja autoridade policial, para a compreensão da regra do art. 69 da Lei n. 9.099/95 é insuficiente e, nesse passo, a natureza, o objeto e a finalidade do termo circunstanciado, quando entendidos em face do objetivo daquele diploma, é que têm importância e prevalência sobre o conceito daquela, este de há muito elucidado. Polícia Militar exerce função de autoridade policial, e pronto” (O termo circunstanciado é da polícia também, <http://www.neofito.trix.net/front.htm>).

Na verdade, explica o professor:

“A Lei n. 9.099/95 introduziu um novo sistema penal-processual no Brasil. Não se restringe a mais um procedimento especial. Decorre do disposto no art. 98 da Constituição da República, relativamente aos crimes de menor potencial ofensivo. A oralidade, a informalidade informam a nova orientação. Busca-se, quanto mais rápido possível, a solução da matéria. Nessa linha, aboliu-se o inquérito policial, tantas vezes, responsável pela demora da solução jurídica. Houve, sem dúvida, evidente propósito de simplificação. Não só do procedimen-

to judicial. Também do procedimento policial. Instituiu o Termo Circunstanciado, onde de modo resumido se registra a ocorrência. Deliberadamente, insistia-se, na espécie, foi substituído o inquérito policial'.

"É certo, o Juiz e o Ministério Público podem, a fim de ofertar denúncia, oferecer proposta ao acusado e decidir, solicitar esclarecimentos, ou adendo ao Termo Circunstanciado. Não é possível, todavia, transformá-lo em inquérito policial. A distinção entre ambos é a seguinte: o Termo Circunstanciado encerra notícia do acontecido, ou seja, a materialidade, com circunstâncias bastantes para identificação do fato, e as pessoas envolvidas, ou seja, autor do fato definido como delito e as vítimas. O inquérito policial, ao contrário, desenvolve o mesmo fato, todavia, com informações mais pormenorizadas, ricas de pormenores, úteis, tantas vezes, para bem identificar a infração penal. O Termo Circunstanciado se contenta com elementos bastantes para ensejar a aproximação das partes e conciliação. Como se nota, a diferença é normativa, contudo bem definida.

"Nesse aspecto, então, impedir à Polícia Militar que preenchesse e encaminhasse o termo circunstanciado seria um despropósito, mesmo que sob a ótica de normativa constitucional, que não se aplica à espécie. Na verdade, desconsiderada a natureza diferencial entre termo circunstanciado e inquérito policial, quer-se-ia (só) burocratizar esse setor novo da justiça brasileira? Por quê? Só para prestigiar um dos pólos da segurança pública e sacrificar os princípios que, essencialmente, deviam conduzir a ação de autoridades? A ser tão sim-

plório o termo circunstanciado (mero cartão de apresentação de jurisdicionados ao seu juiz natural) por que exigir a sua confecção por agente de autoridade policial civil? Onde, na lei maior, há vedação para isso? Questão de atribuição invadida por uma das polícias não se faz presente; sequer o termo circunstanciado poderia ser impugnado pela via político-jurídica do habeas corpus" (idem).

Sob outro aspecto, Álvaro Lazzarini, em obra anterior à edição da Lei n. 9.099/95 já alertava para a ausência de base científica para o preconceito contra as Polícias Militares brasileiras para o exercício do poder de polícia, sob delegação do Estado, haja vista que os policiais militares possuem plena formação para o regular exercício das atividades de polícia administrativa e de polícia judiciária; ou seja, "a qualificação do órgão policial em civil ou militar não implica, necessariamente, o exercício de atividade de polícia judiciária ou de atividade de polícia administrativa. Ainda, não será o título universitário do agente público que pode qualificar a atividade policial desenvolvida. O que a qualificará em administrativa ou judiciária (isto é, preventiva ou repressiva) será, e isto sempre, a atividade de política desenvolvida em si mesma" (Polícia de Manutenção da Ordem Pública e a Justiça, in *Direito Administrativo da Ordem Pública*, 3 ed., RJ, Forense, 1998, pág. 21).

Ora, deve-se considerar que, "na realidade da vida interiorana brasileira ainda o soldado de polícia, sempre fardado e armado das melhores armas que consegue apanhar — regulamentares ou não — é a encarnação mais presente e respeitada da autori-



dade do Estado, a presunção jurídica é sempre no sentido de que ele age em função do Estado..." (RTJ 75/607).

5. Mas deve-se ir além, para se afirmar que a Lei n. 9.099/95 criou mesmo uma nova fase no processo penal brasileiro, aplicável para os crimes de menor potencial ofensivo e denominada por alguns como "espaço de consenso", simplificando a primeira etapa da persecução penal, não só abolindo o inquérito policial, que foi substituído pelo termo circunstanciado, como também dispondo que a autoridade policial, de regra, não exerce função investigatória ou atividade da polícia judiciária; na verdade, o termo circunstanciado nada mais é do que "um registro oficial da ocorrência, sem qualquer necessidade de tipificação legal do fato, bastando a probabilidade de que constitua alguma infração penal. Não é preciso qualquer tipo de formação técnico-jurídica para se efetuar esse relato" (Damásio de Jesus, ob. cit., pág. 58), o qual não é exclusivo das autoridades policiais em sentido estrito.

Isso não quer dizer que o inquérito policial tenha sido excluído do âmbito da Lei n. 9.099, ou que a função do Delegado de Polícia, como autoridade policial *lato sensu*, tenha perdido importância; ao contrário, tanto isso toma vulto, que se infere do enunciado do art. 69 da Lei n. 9.099/95, que apenas a lavratura do termo circunstanciado será feita pela autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência, não havendo qualquer delegação de competência para proceder investigação criminal ou mesmo "autuação sumária".

Ressalte-se, neste ponto, que sendo o inquérito policial apenas uma das modalidades de investigação criminal (pois, o próprio Código de Processo Penal, no parágrafo único do citado art. 4º, dispõe que "a competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função") nada impede, em não sendo possível a transação, sejam as peças encaminhadas à Delegacia de Polícia para lavratura do auto de prisão em flagrante, servindo o termo circunstanciado posteriormente como mais um elemento para formação da opinião *delicti*, pelo Órgão do Ministério Público.

Não se trata, pois, de substituir o inquérito policial pelo termo circunstanciado, este que deve ser visto como um procedimento anterior, "providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários" para instruir eventual ação penal (Lei n. 9.099, art. 69, caput, parte final), caso a conciliação e transação sejam ineficazes, nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099/95 (havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta).

O colendo Superior Tribunal de Justiça, sempre atento às diretrizes da Lei n. 9.099/95, advindas do comando constitucional, com o objetivo de reduzir a polêmica produzida no seio da comunidade jurídica — sempre relutante em aceitar as transformações —, com vistas a não sacrificar as garantias constitucionais do cidadão, já

tão aviltadas pela violência em nossas mais rotineiras tarefas, já assentou:

“Juizado especial criminal — Termo circunstanciado — Diligência policial — Alcance — RHC — Processo Penal — Lei n. 9.099/95 — Termo circunstanciado — Diligência policial.

“— A Lei n. 9.099 introduziu novo sistema processual-penal. Não se restringe a mais um procedimento especial. O inquérito policial foi substituído pelo Termo Circunstanciado. Aqui, o fato é narrado resumidamente, identificando-o e as pessoas envolvidas. O juiz pode solicitar à autoridade policial esclarecimentos quanto ao TC. Inadmissível, contudo, determinar elaboração de inquérito policial. A distinção entre ambos é normativa, definida pela finalidade de cada um. Tomadas de depoimentos é próprio do inquérito, que visa a caracterizar infração penal. O TC, ao contrário, é bastante para ensejar tentativa de conciliação” (RHC n. 6.249/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 25/2/98, pág. 000123).

Por outro lado, para o Des. Álvaro Lazzarini, “é o Estado que delega autoridade aos seus agentes. O delegado de polícia é o agente que tem a delegação da chefia das investigações de infração penal cometida e de presidir o respectivo inquérito. O constituinte de 1988 e o legislador infraconstitucional não mais quiseram a desnecessária intervenção do delegado de polícia nas infrações de menor potencial ofensivo, salvo nas hipóteses de ser necessária alguma investigação, como apuração da autoria ou coleta de elementos da materialidade da infração. A autoridade decorre do fato de o agente ser policial, civil ou

militar, razão de, na repressão imediata, comum à polícia de ordem pública (militar) e à polícia judiciária (civil), o policial deverá encaminhar a ocorrência ao Juizado Especial, salvo aquelas de autoria desconhecida própria da repressão mediata, que demandam encaminhamento prévio ao distrito policial para apuração e encaminhamento ao juizado competente. Daí concluir pelo acerto do posicionamento daqueles que, diante da filosofia que animou o constituinte e o legislador infraconstitucional para a oralidade, informalidade, economia processual e celeridade do processo, ao policial, militar ou civil, não se deve exigir o seu prévio encaminhamento ao distrito policial e de lá para o Juizado Especial Criminal, prejudicando a atividade da corporação com formalidades burocráticas desnecessárias” (apud Lauro José Ballock, em Aspectos Controvertidos dos Juizados Especiais Criminais, pág. 8).

Damásio E. de Jesus fulmina:

“(…) e) Deste modo, como as autoridades policiais, na linguagem da Lei, só têm o encargo de elaborar o registro da ocorrência, nada impede que tal atribuição seja desempenhada por qualquer agente encarregado da função policial, preventiva ou repressiva.

“O policial militar, ao tomar conhecimento da prática de uma contravenção penal ou de um crime de menor potencial ofensivo, poderá registrar a ocorrência de modo detalhado, com a indicação e qualificação das testemunhas, e conduzir o suspeito diretamente ao Juizado Especial Criminal. Havendo dúvida sobre a incidência da Lei sobre o fato cometido, esta será resolvida na própria sede do

Juizado. A conclusão coincide com a da Comissão Nacional de Interpretação da Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995 (...)” (ob. cit., págs. 59/60).

Realmente, a Comissão Nacional de Interpretação da Lei n. 9.099/95, sob a Coordenação da Escola Nacional da Magistratura e presidida pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do colendo Superior Tribunal de Justiça, na célebre reunião de Belo Horizonte—MG, em 28 e 29.10.95 (em a qual estava presente este subscritor), externou na Conclusão n. 9 que:

“A expressão autoridade policial, referida no art. 69, compreende quem se encontra investido em função policial, podendo a Secretaria do Juizado proceder à lavratura do termo de ocorrência e tomar as providências previstas no referido artigo”.

Essa também já fora a conclusão do Colégio Permanente de Presidentes dos Tribunais de Justiça, na cidade de Vitória—ES, em 19 e 20/10/95: “pela expressão autoridade policial se entende qualquer agente policial, sem prejuízo da parte ou ofendido levar o fato diretamente a conhecimento do Juizado Especial”.

Posteriormente, quando da reunião da Confederação Nacional do Ministério Público, em Brasília—DF (14/12/1995), assentou-se: “1) A expressão ‘autoridade policial’, prevista no artigo 69 da Lei n. 9.099/95, abrangge qualquer autoridade pública que tome conhecimento da infração penal no exercício do poder de polícia”.

Nessa senda o colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu:

“Penal. Processual penal. Lei n. 9.099/95. Juizado Especial Criminal.

Termo circunstanciado e notificação para audiência. Atuação de Policial Militar. Constrangimento ilegal. Inexistência.

“Nos casos de prática de infração penal de menor potencial ofensivo, a providência prevista no art. 69 da Lei n. 9.099/95 é da competência da autoridade policial, não consubstanciando, todavia, ilegalidade a circunstância de utilizar o Estado o contingente da Polícia Militar, em face da deficiência dos quadros da Polícia Civil” (HC n. 7199/PR, rel. Min. Vicente Leal, DJU 28/9/98, pág. 00115).

Daí resulta importante lembrar o Provimento n. 04/99, da egrégia Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, assim fundamentado:

“Considerando que a ‘autoridade policial’ que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários (art. 69 da Lei n. 9.099/95);

“Considerando a necessidade da Justiça de Primeiro Grau conhecer e julgar todas as infrações penais de menor potencial ofensivo, cuja impunidade constitui germe de fatos mais graves;

“Considerando que a imprecisão acerca do conceito de autoridade policial pode prejudicar a investigação de um fato punível, embaraçando o funcionamento de parte da Justiça Criminal (CDOJESC, art. 383, IX);

“Considerando que todo policial, inclusive de rua, é autoridade policial (2ª Conclusão da Reunião de Presi-

dentes de Tribunais de Justiça, Vitória/ES, 20/10/95);

“Considerando que autoridade policial compreende todas as autoridades reconhecidas por lei (9ª Conclusão da Comissão Nacional de Interpretação da Lei n. 9.099/95, da Escola Nacional da Magistratura, Belo Horizonte, 10/95);

“Considerando que a expressão ‘autoridade policial’, prevista no art. 69 da Lei n. 9.099/95 abrange qualquer autoridade pública que tome conhecimento da infração penal no exercício do poder de polícia (1ª Conclusão da Confederação Nacional do Ministério Público, Julio Fabrinni Mirabete, Juizados Especiais Criminais, 2ª ed., SP, Editora Saraiva, pág. 60);

“Considerando que, embora peça híbrida entre o boletim de ocorrência e o relatório do Inquérito Policial (Joel Dias Figueira Júnior e Maurício Antônio Ribeiro Lopes, Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Ed. RT, 2ª ed., pág. 472), nada impede que a autoridade policial responsável pela lavratura do termo circunstanciado ‘seja militar’ (Damásio E. de Jesus, Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, 2ª ed., Editora Saraiva, pág. 53);

“Resolve:

“Art. 1º — Esclarecer que autoridade, nos termos do art. 69 da Lei n 9.099/95, é o agente do Poder Público com possibilidade de interferir na vida da pessoa natural, enquanto o qualificativo policial é utilizado para designar o servidor encarregado do policiamento preventivo ou repressivo.

“Art. 2º — Ressalvando o parágrafo único do art. 4º do Código de

Processo Penal, a atividade investigatória de outras autoridades administrativas, ex vi do art. 144, parágrafo 5º, da Constituição da República, nada obsta, sob o ângulo correicional, que os Exmos. Srs. Drs. Juizes de Direito ou Substitutos conheçam de ‘Termos Circunstanciados’ realizados, cujo trabalho tem também caráter preventivo, visando a assegurar a ordem pública e impedir a prática de ilícitos penais”.

Concluindo: para o procedimento penal previsto na Lei n. 9.099/95, específico na persecução aos crimes de menor potencial ofensivo, na adequada interpretação ampliativo-sistemática da regra do art. 69 da Lei n. 9.099/95, o policial militar, como autoridade policial, pode lavrar termo circunstanciado, sem exclusão de idêntica atividade do Delegado de Polícia, ou servidor competente.

3. Diante do exposto, concede-se a ordem para trancar o inquérito policial instaurado contra os pacientes.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 18 de abril de 2000.

*Álvaro Wandelli,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Nilton Macedo Machado,*  
*Relator.*

## RECURSOS CRIMINAIS

### RECURSO CRIMINAL N. 00.003586-6, DE CANOINHAS

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Processual penal. Réu revel. Suspensão do processo. Inteligência do art. 366 do CPP, com a nova redação da Lei n. 9.271/96.*

*O art. 366 do CPP, na redação imprimida pela Lei n. 9.271/96, é aplicável somente aos fatos delituosos ocorridos antes da vigência desta, por traduzir medida processual que importa também em conseqüências no aspecto material, pois a suspensão do processo movido contra o revel suspende, da mesma forma, o curso do prazo prescricional, em evidente prejuízo ao acusado, por impossibilitar a extinção da punibilidade, encontrando óbice então na regra da irretroatividade prevista no art. 1º do Código Penal (novatio legis in pejus).*

*Recurso provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 00.003586-6, da comarca de Canoinhas (2ª Vara), em que é recorrente a Justiça, por seu Promotor, sendo recorrido Amagildo Moraes:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Cuida-se de recurso criminal interposto pelo representante do Ministério Público contra a decisão do MM. Juiz da 2ª Vara da comarca de Canoinhas que, com fulcro no art. 366 do Código de Processo Penal, determinou a suspensão do processo movido contra Amagildo Moraes, incurso nas sanções do art. 213, c/c art. 224, a,

ambos do Código Penal, decretando-lhe, ainda, a prisão preventiva.

Relata que a citação pessoal do recorrido restou inexistente, determinando-se seu chamamento editalício e, como deixou de comparecer em seu interrogatório, foi-lhe decretada a revelia, nomeando-se defensor dativo que ofereceu a defesa prévia no tri-duo legal.

Aduz que, na audiência para a ouvida das testemunhas de acusação, o Togado suspendeu o processo com fulcro no art. 366 do CPP, o que entende inviável, porquanto a Lei n. 9.271/96, que imprimiu nova redação ao dispositivo mencionado, não se aplica aos delitos cometidos antes de sua edição, pois mais gravosa ao acusado, eis que o sobrestamento do feito, neste caso, provoca automaticamente a suspensão do lapso prescricional, impedindo a extinção da punibilidade.

O defensor do acusado manifestou-se, entendendo que o reclamo manejado pelo representante do Ministério Público almejava a decretação da prisão preventiva do revel, que entende descabida, pois não configurados os pressupostos necessários para tanto.

O MM. Juiz manteve a decisão guerreada pelo despacho de fls. 52/54, no qual sustentou que, apesar de suspender o processo, entende não ser aplicável a suspensão também do prazo prescricional, por ser mais gravosa ao acusado, defendendo a aplicação parcial do disposto no art. 366 do CPP.

Nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

A matéria sob exame já foi objeto de discussão em vários precedentes, estando pacificado o entendimento de que o art. 366 do CPP, com a nova redação imprimida pela Lei n. 9.271, de 17/6/96, é aplicável somente aos processos cujos fatos em apuração tenham ocorrido antes de sua vigência, porquanto traduz medida processual que importa também em conseqüências no aspecto material, ou seja, a suspensão do processo movido contra o revel suspende, da mesma forma, o curso do prazo prescricional, em evidente prejuízo ao acusado, por impossibilitar a extinção da punibilidade, encontrando óbice então na regra da irretroatividade prevista no art. 1º do Código Penal (*novatio legis in pejus*).

Sobre o tema, elucidativa a lição de Damásio E. de Jesus:

“A norma do art. 366, caput, do CPP, na parte em que determina a suspensão do processo, tem natureza processual penal, uma vez que disciplina o ‘desenvolvimento do processo’ (Manzini, Tratado di Diritto Processuale Penal, I:68 e 69). Quando, entretanto, prevê a suspensão do prazo prescricional, é de Direito Penal material. Temos, então, uma disposição mista, impondo princípios de direito substantivo e processual. Quando isso ocorre, prevalece a natureza penal. E assim convém, uma vez que a suspensão do processo gera, fatalmente, o impedimento do decurso prescricional. O Juiz, nos termos da nova legislação, sobrestando o processo, provoca automaticamente a suspensão do lapso prescricional, proibindo que o feito se dirija à extinção da punibilidade. Não se pode, pois, dissociar as duas formas de suspensão, a do processo e a

da prescrição, para se conferir à lei incidência imediata no que tange ao sobrestamento da ação penal (CPP, art. 2º) e efeito retroativo na parte que impõe a suspensão da prescrição (CP, art. 2º, parágrafo único). A suspensão do prazo prescricional em face do sobrestamento da ação penal era desconhecida em nossa legislação. Logo, o artigo 366, nesse ponto, é mais gravoso do que o ordenamento anterior (novatio legis in pejus). Deve ser, por isso, irretroativo por inteiro, não se aplicando às infrações penais cometidas antes da vigência da Lei (CF, art. 5º, XL; CP, art. 2º, parágrafo único). De modo que, praticada a infração penal a partir da vigência da Lei n. 9.271/96, se o réu, citado por edital, não comparecer ao interrogatório, deixando de constituir defensor, ficarão suspensos o processo e a prescrição da pretensão punitiva. As infrações penais anteriores, entretanto, não são atingidas pela Lei nova" (Boletim do IBCCrim. 42/3).

Assim, inevitável reconhecer que, tendo a ação penal instaurada como objeto fatos ocorridos entre junho e agosto de 1995, como consta da denúncia de fls. 6/8 destes autos, não há a possibilidade da aplicação do art. 366 do CPP, na sua atual redação.

O excelso Pretório, sobre o tema, já assentou:

"Penal — Processual penal — Habeas corpus — Réu revel — Suspensão do processo — Suspensão do curso do prazo prescricional — CPP, art. 366, com a redação da Lei n. 9.271/96.

"Impossibilidade de se aplicar a suspensão do processo, quando se

tratar de réu revel, conforme previsto no art. 366, com a redação da Lei n. 9.271/96, deixando de aplicar a regra da suspensão do curso do prazo prescricional, também prevista no mesmo dispositivo legal" (HC n. 74.695/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 11/3/97).

"Lei penal e processual penal no tempo. CPP, art. 366, cf. redação da Lei n. 9.271/96. Suspensão do processo e da prescrição contra revel citado por edital. Incindibilidade da sua aplicação aos processos pendentes.

"Dada a estreita conexão teleológica, na Lei n. 9.271/96, entre a norma processual que determina a suspensão do processo contra o revel citado por edital e a norma penal que, na mesma hipótese, suspende o curso da prescrição, não é possível aplicar a primeira, aos processos pendentes, porque processual e mais favorável, quando impossível aplicar a segunda, penal e menos favorável" (HC n. 76.003/RJ, rel. Min. Sepúlveda Perentez, j. em 18/11/97).

O colendo Superior Tribunal de Justiça consoa do mesmo posicionamento, conforme atestam os recentes julgados abaixo colacionados:

"Mandado de segurança. Recurso ordinário. Penal. Produção antecipada de prova testemunhal. Réu revel. Art. 366 do CPP. Lei n. 9.271/96.

"1. A Lei n. 9.271/96 não se aplica aos crimes praticados em data anterior a sua vigência, por conter norma de natureza penal mais gravosa ao acusado, em face da suspensão do prazo prescricional.

"2. Recurso improvido. Habeas corpus concedido de ofício para deter-

minar o prosseguimento do feito, por não incidente na espécie o artigo 366 do CPP, com a nova redação dada pela Lei n. 9.271/96" (ROMS n. 9.075/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 21/2/2000, pág. 00189).

"Penal e processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Suspensão do processo (art. 366 do CPP, redação dada pela Lei n. 9.271/96). Irretroatividade.

"A suspensão do processo, prevista no art. 366 do CPP (Lei n. 9.271/96), só pode ser aplicada em conjunto com a suspensão do prazo prescricional, razão pela qual é vedada a retroatividade.

"Recurso desprovido" (RHC n. 9.086/MG, rel. Min. Félix Fischer, DJU de 14/2/2000, pág. 00046).

Ainda, farta é a jurisprudência desta Corte de Justiça:

"Suspensão do processo penal — Réu revel citado por edital — Crime praticado antes da vigência da Lei n. 9.271/96 — Inadmissibilidade.

"Aos processos pendentes por crimes cometidos antes de 17/6/96 não se aplicam as disposições da Lei n. 9.271/96, tanto na parte de direito processual (suspensão do processo), como na parte de direito material (suspensão do curso da prescrição), consoante reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça" (Ap. Crim. n. 99.001026-0, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 28/5/99).

"Habeas corpus — Suspensão do processo — Lei n. 9.271/96 — Aplicação a fatos ocorridos antes de sua vigência — Inadmissibilidade — Writ indeferido.

"O disposto no art. 366, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.271/96, não se aplica aos processos relativos a fatos ocorridos antes de sua vigência" (HC n. 98.005297-1, da Capital, rel. Des. Paulo Gallotti, DJ de 26/6/98).

Apesar do duto entendimento esposado pelo Magistrado, diga-se, apenas no despacho de sustentação e não na decisão atacada, no sentido de que apenas o processo deve ser suspenso, e não o prazo prescricional, tal posicionamento afigura-se inviável, entendendo tanto a doutrina como a jurisprudência dominantes que a suspensão do processo apenas pode ser aplicada em conjunto com a suspensão do prazo prescricional, sendo impossível aplicar-se a retroatividade parcial do dispositivo em tela.

Do colendo Superior Tribunal de Justiça apanha-se:

"Processual penal. Revelia. Suspensão do processo e do prazo prescricional. Lei n. 9.271/96. Aplicação retroativa. Impossibilidade.

"— A Lei n. 9.271/96, que deu nova redação ao art. 366 do Código de Processo Penal, embora contenha preceito de direito processual, não pode ser aplicada aos processos que tenham por objeto o julgamento de delitos praticados antes de sua vigência, por dispor também sobre regra mais gravosa de direito penal, como a suspensão do prazo prescricional.

"— É inadmissível a aplicação parcial do mencionado diploma legal, com incidência apenas do preceito pertinente à suspensão do processo, afastando o comando relativo à suspensão do prazo prescricional.



“— Habeas corpus denegado” (HC n. 10.197/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 14/2/2000, pág. 00079).

Por fim traz-se a lume os seguintes precedentes desta Casa:

“Recurso criminal. Inconformismo ministerial contra a decisão que suspendeu o processo, mas não o prazo prescricional, de réu declarado revel, com fundamento na nova redação do art. 366 do CPP, conferida pela Lei n. 9.271/96. Impossibilidade de cisão da norma. Irretroatividade da lei. Não aplicação às infrações penais cometidas antes da sua vigência. Recurso provido para cassar a decisão” (Rec. Crim. n. 98.011072-6, de Correia Pinto, rel. Des. Genésio Noll, DJ de 8/2/99).

“Habeas corpus. Artigo 366 do CPP. Fato ocorrido antes de sua vigência. Inaplicabilidade. Ordem denegada.

“Existindo no mesmo dispositivo, que se materializa processual-

mente, normas mistas de direito material e processual, com prevalência da norma penal anterior mais benigna, aplica-se a lei mais velha, com a ultratividade da regra processual” (HC n. 98.005300-5, da Capital, rel. Des. José Roberge, DJ de 19/6/98).

Por esses fundamentos, dá-se provimento ao recurso para determinar o prosseguimento do feito em seus ulteriores termos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varela, e lavrou parecer, pela doutra Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 25 de abril de 2000.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente com voto;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

## RECURSO CRIMINAL N. 98.004220-8, DE JOINVILLE

**Relator: Des. Torres Marques**

*Júri — Pronúncia — Nulidades afastadas — Alegação de valorização subjetiva da prova — Inexistência — Aplicação do art. 383 do CPP, nesta fase processual — Possibilidade.*

*Falsificação de documento público — Pretendida impronúncia — Atipicidade da conduta — Documento particular — Proviemento — Decisão reformada nesse ponto.*

*Homicídio — Pretendida impronúncia — Impossibilidade — Materialidade comprovada — Presença de indícios de autoria — Requisitos legais necessários para fundamentar a sentença de pronúncia — Aplicação do princípio do in dubio pro societate — Recurso provido em parte.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 98.004220-8, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é recorrente Delminda Sant'Ana, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Câmara Especial, por votação unânime, rejeitar as preliminares argüidas e dar provimento em parte ao recurso para impronunciar a acusada pela infração do art. 297 do Código Penal, mantendo a pronúncia pelo crime previsto no art. 121, § 2º, III, do mesmo Diploma Legal.

Custas na forma da lei.

## I – Relatório

Perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Joinville, Delminda Sant'Ana foi denunciada por infração ao art. 121, § 2º, incs. III (veneno) e IV (mediante dissimulação ou com surpresa da vítima), c/c arts. 299 e 69, todos do Código Penal, pois, segundo consta da denúncia, na manhã do dia 12 de junho de 1988, a denunciada ministrou veneno à vítima Mazico José Duarte — pessoa com a qual já fora casada e na época dos fatos eram separados, embora ainda convivessem sob o mesmo teto —, na forma de inseticida organofosforado, tendo a vítima, logo após a ingestão, sentido dores abdominais, motivo pelo qual foi socorrida por Walter Silva Pickler, que a levou até o hospital e, apesar de ter recebido atendimento médico, veio a falecer.

No dia 1º de junho de 1988, ou seja, antes do ilícito que viria a cometer, a denunciada, sozinha ou com auxílio de pessoa não identificada, falsi-

ficou a assinatura da vítima em termo de transferência de assinatura definitiva de linha telefônica da Telesc, transferindo para o seu nome o telefone n. 0474-27-1523, de propriedade de Mazico José Duarte, levando tal documento para reconhecimento de firma somente após o óbito deste, no dia 17/6/88.

Encerrada a instrução criminal, sobreveio decisão que pronunciou a acusada nas sanções do art. 121, § 2º, incs. III e IV, do Código Penal, para submetê-la a julgamento pelo Tribunal do Júri (fls. 303/307).

Irresignada, a pronunciada interpôs recurso em sentido estrito requerendo que a decisão seja reformada em face da inexistência de indícios da autoria, sustentando que o Magistrado a quo baseou-se em suposições para pronunciá-la.

Contra-arrazoado o recurso, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Procurador Pedro Sérgio Steil, manifestou-se pela declaração da nulidade da sentença de pronúncia em virtude da ausência de fundamentação quanto às qualificadoras (fls. 324/325), o que foi determinado pela Segunda Câmara Criminal, em acórdão da relatoria do Des. Alberto Costa (fls. 329/334).

Remetidos os autos ao primeiro grau, foi proferida nova sentença de pronúncia, na qual a ora recorrente restou pronunciada por infração aos arts. 121, § 2º, inc. III, e 297, c/c 29, todos do Código Penal (fls. 337/341).

Dessa decisão foi interposto novo recurso, tendo a recorrente argüido a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, haja vista que foi denunciada como incurso nas sanções do art. 299 do Código Penal e,

na fase da pronúncia, pronunciada pelo art. 297 do mesmo Diploma Legal. Sustentou, ainda, ter ocorrido nulidade da sentença devido o juiz ter feito uma valoração subjetiva da prova a caracterizar excesso na sua apreciação, o que poderia influenciar a decisão dos jurados. No mérito, asseverou não haver provas nem indícios da autoria, pelo que postulou pela sua impronúncia relativamente ao delito de falsidade documental, bem como de homicídio.

Contra-arrazoado, mencionado recurso foi remetido ao Parquet de segundo grau, tendo o Dr. Procurador supra-referido se manifestado pelo desprovimento do recurso (fls. 358/361).

## II — Voto

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Delminda Sant'Ana pretendendo, em síntese, o reconhecimento da nulidade da sentença por ter o Magistrado valorado subjetivamente a prova, bem como o cerceamento de defesa decorrente da nova definição jurídica dada ao fato, de forma a pronunciar a recorrente por infração ao art. 297 do Código Penal, quando fora denunciada pelo art. 299 do mesmo Diploma Legal. No mérito, requereu sua impronúncia quanto ao delito de homicídio.

Inicialmente, quanto à alegação de nulidade da pronúncia em face de o juiz ter feito uma valoração subjetiva da prova a caracterizar excesso na sua apreciação, o que poderia influenciar a decisão dos jurados, esta preliminar deve ser afastada. Do atento exame do decisum referido vislumbra-se que o douto Togado se limitou a analisar o indispensável para a com-

provação da existência de indícios suficientes da autoria, fazendo uma análise perfunctória da prova trazida aos autos sem, no entanto, apreciar e decidir exaustivamente sobre a prova.

Relativamente a outra prefacial argüida, cumpre asseverar que inexistente óbice à aplicação do art. 383 do Código de Processo Penal, nesta fase processual, uma vez que cabe ao magistrado, em qualquer momento e grau de jurisdição, desde que se restrinja aos fatos narrados na denúncia, dar a correta definição jurídica ao fato.

É da jurisprudência:

“Processo crime — Denúncia — Exposição de fatos que constituem crimes — Classificação — Aplicação do art. 383 do CPP.

“O acusado se defende da imputação de fato descrita na denúncia, independentemente da classificação dada pela acusação; o juiz pode, em estando comprovados fatos descritos explicitamente e que constituem elementares de tipo não classificado, dar definição diversa da contida na exordial (emendatio libelli), ainda que tenha de aplicar pena por mais um crime” (Ap. Crim. n. 34.100, de Itaiópolis, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Assim, não há fundamento para a decretação da nulidade da sentença de pronúncia por valoração da prova ou cerceamento de defesa.

Passo, então, a analisar o pedido de impronúncia em relação ao crime de falsidade material. A conduta típica pela qual a recorrente foi pronunciada encontra-se prevista no artigo 297 do Código Penal, verbis:

“Art. 297. Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro”.

E por documento público, entende-se:

“Documento público é aquele expedido pelo Estado. Vale dizer, é o documento escrito por funcionário público (na acepção amplíssima do art. 327 do Código Penal), no exercício de função definida em lei ou regulamento” (RT 480/285).

Da análise da figura em questão, denota-se que o delito pelo qual foi pronunciada a ora recorrente não se encontra caracterizado. O dispositivo retromencionado refere-se à falsidade material de documento público, enquanto o documento que ora se discute, qual seja, a autorização para a transferência de telefone (fls. 70), configura documento particular.

E, consoante o explicitado anteriormente, urge verificar, ainda, da possibilidade de aplicação do art. 383 do Código de Processo Penal, nessa fase, com o objetivo de se dar a correta definição jurídica ao fato narrado na denúncia.

In casu, importa esclarecer que apesar de o documento em questão ser particular, não se pode falar, também, de falsidade material de documento particular, delito previsto no art. 298 do Código Penal, considerando-se que o objeto da falsificação foi a assinatura do cedente e não o documento, que é verdadeiro, não tendo sofrido qualquer espécie de contrafação total ou parcial.

Da mesma forma, não há que se perquirir acerca do cometimento do crime de falsidade ideológica — delito pelo qual a recorrente foi denunciada

—, cuja conduta encontra-se prevista no art. 299 do Código Penal. Tal circunstância deriva do fato de que apesar de o exame grafotécnico de fls. 70/83 ter atestado que a assinatura da vítima Mazico José Duarte foi falsificada, o outro exame pericial realizado (fls. 171) afirmou que não foi possível a identificação do falsificador de tal assinatura. Dessa feita, comprovada a materialidade, mas ausentes os indícios de autoria, a apelante não pode ser pronunciada pelo mencionado dispositivo.

Nesse diapasão, leciona Julio Fabbrini Mirabete, em sua obra Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., pág. 542:

“Não se convencendo o juiz da existência do crime ou de que haja indício da autoria, o juiz deve julgar improcedente a pretensão punitiva, impronunciando o acusado. A impronúncia é um julgamento de inadmissibilidade de encaminhamento da impugnação para o julgamento perante o Tribunal do Júri”.

E mais adiante cita precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Não pode ser mantida a pronúncia se completamente estéril a prova da autoria do delito, a qual de modo algum ensejaria o acolhimento da acusação pelo Júri” (RT 558/313).

Quanto à matéria, importa esclarecer, por fim, que pela aplicação da emendatio libelli também não se pode enquadrar a conduta da recorrente como infração aos tipos penais previstos nos arts. 304 (uso de documento falso) e 171 (estelionato), ambos do Código Penal.

Para a configuração do crime de uso de documento falso é necessá-

ria a vontade livre e consciente de fazer uso do documento falso como se fosse verdadeiro, sabedor dessa circunstância. E, como no presente feito não restou demonstrado que a recorrente tinha conhecimento de que a assinatura estava falsificada, deve-se aplicar o entendimento de que a ignorância da falsidade exclui o dolo.

Nesse sentido:

“Para que se configure o delito do art. 304 do Código Penal é indispensável o dolo, que consiste na vontade livre e consciente de fazer uso de documento falso ‘conhecendo a sua falsidade’” (RT 513/367).

E ainda:

“Uso de documento falso. Dolo do agente. Exigibilidade da prova. Inocorrência no caso. Absolvição decretada. Recurso provido. A boa-fé do usuário exclui o dolo e portanto o crime de uso de documento falso” (JTJ 172/336).

No que tange ao delito de estelionato, essa figura penal também não restou confirmada. Para a caracterização do delito do art. 171 do Código Penal, deve restar evidenciada, como o próprio tipo exige, “a vantagem ilícita em prejuízo alheio” e isso efetivamente não ocorreu. A acusada era uma das herdeiras da vítima e, portanto, fazia jus à parte de seu patrimônio. Se reconheceu a firma desta e transferiu a linha telefônica para o seu nome, tais valores poderiam ser abatidos de seu quinhão hereditário. Alie-se a isso, o fato de que as filhas do de cujus renunciaram a sua parte na herança em favor de sua mãe, ora acusada, o que por si só desnatura a existência de qualquer prejuízo alheio. Assim, se as herdeiras renunciantes

agora pretendem anular aquela renúncia, alegando terem sido induzidas a erro por sua mãe, devem fazê-lo na via própria, não havendo justificativas plausíveis para se perscrutar acerca do delito de estelionato na sua forma fundamental.

A respeito, interessante reproduzir corpo do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que decidiu caso análogo:

“(...) o estelionato, para configurar-se, exige a obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio: Expressa o legislador o segundo elemento do resultado pela expressão prejuízo alheio. É o dano, que é elemento integrante do crime. No dizer de Tolomei, ele é dado pela diferença entre o valor econômico que o patrimônio da vítima tem depois e em consequência da disposição provocada pelo erro, e o valor econômico que teria se não se tivesse realizado a fraude. Deve ele resultar ou da perda de uma utilidade econômica, ou da falta de sua aquisição, como consequência do erro causado pelo sujeito ativo, à custa do meio fraudulento. Esse dano é de natureza patrimonial, economicamente apreciável. É exato que, na oração do artigo, a lei se limita a falar em prejuízo alheio. Mas dada a classificação do crime e considerada sua objetividade jurídica, esse prejuízo não pode deixar de ser patrimonial. Prejuízo é sinônimo de dano, e como o crime é contra o patrimônio, esse dano há de ser patrimonial.

“Deve também ser efetivo. A consumação do crime supõe um dano realizado contra o patrimônio. O dano potencial não acarreta a consumação: só pode existir na tentativa. Se assim

não fosse, o estelionato seria crime de perigo. Mas ele é crime de dano: exige modificação do mundo exterior, como consequência da ação, lesando o bem jurídico tutelado' (E. Magalhães Noronha, Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 1960, 2º vol., pág. 469)" (Ap. 944.825/1, 14ª C., j. 30/5/95, rel. Juiz Renê Ricupero, in RT 719/463).

Dessa feita, conclui-se acerca da possibilidade da aplicação do art. 383 do Código de Processo Penal, na fase de pronúncia, bem como nesta fase recursal, motivo pelo qual não há que se falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

No entanto, no caso em apreço, tendo em vista que os fatos narrados na denúncia não se encontram tipificados em nenhum dos dispositivos acima mencionados, deve ser impronunciada a acusada pela prática do delito constante no art. 297 do Código Penal, não se vislumbrando hipótese de aplicação do art. 383 do CPP.

Passo agora a analisar o pedido de impronúncia relativamente ao delito de homicídio.

A impronúncia é o meio colocado a disposição do julgador para, não se convencendo da existência de crime ou de indícios suficientes de que seja o réu seu autor, julgar improcedente a denúncia, extinguindo o processo sem julgamento do mérito.

A respeito de tal espécie de decisão, leciona Fernando Capez: "é uma decisão de rejeição da imputação para o julgamento perante o Tribunal do Júri, porque o juiz não se convenceu da existência do fato ou de indícios da autoria. Nesse caso, a acusação não reúne elementos mínimos sequer para ser discutida. Não se

vislumbra nem o *fumus boni iuris*, ou seja, a probabilidade de sucesso da pretensão punitiva" (Curso de Processo Penal, 2ª ed., pág. 538).

Destarte, para que a acusada seja impronunciada, é necessário que não haja prova da materialidade ou indício de autoria. No entanto, a primeira restou evidenciada pelo exame cadavérico de fls. 17, bem como pela perícia de fls. 14/15. Os indícios da autoria, por sua vez, exsurgem de todo o contexto probatório de forma suficiente para ampararem o decreto de pronúncia, tendo em vista que a acusada e a vítima possuíam mau relacionamento e eram constantes as ameaças de morte da primeira em relação à segunda (fls. 257).

Acresça-se a isso o fato de que nessa fase processual o juiz socorrer-se-á ao princípio utilizado por via de exceção no processo penal, qual seja, o *in dubio pro societate*, contentando-se com meros indícios de autoria para pronunciar a acusada, remetendo o julgamento ao Tribunal do Júri.

Nesse sentido, inúmeros são os precedentes desta egrégia Corte, dentre os quais citamos:

"Homicídio — Tentativa — Pronúncia — Indícios da autoria — Requisitos.

"Sendo a provisional mero juízo de admissibilidade da imputação deduzida na denúncia bastam, a teor do disposto no art. 408 do Código de Processo Penal, o convencimento da existência do crime e indícios de que o réu seja o seu autor.

"A menção a indícios teve por fim distinguir nas duas condições da lei, diferentes graus de certeza: a exis-

tência do crime deve ser certa e provada, e a da autoria deve ser provável e configurar-se como simples suspeita razoável que traduz, por outro lado, a probabilidade de ser o réu o autor do crime. Por isto, a decisão de pronúncia constitui juízo fundado de suspeita, não o juízo de certeza que se exige para a condenação, sendo com ela incompatível o provérbio *in dubio pro reo*, pois as eventuais incertezas propiciadas pela prova se resolvem a favor da sociedade (*in dubio pro societate*)” (Recurso Criminal n. 10.085, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

E ainda:

“É suficiente para sustentar a decisão de pronúncia a existência de prova da materialidade do crime e indícios de sua autoria, sendo desnecessária a mesma certeza exigida para a condenação. Qualquer dúvida, nessa fase procedimental, resolve-se em favor da sociedade” (Rec. Crim. n.

98.011458-6, de Curitiba, julgado em 27/10/98, rel. Des. Paulo Gallotti).

### III – Decisão

Ante o exposto, rejeitam-se as preliminares argüidas e dá-se provimento em parte ao recurso para impronunciar a acusada pela infração ao art. 297 do Código Penal, mantendo-se a pronúncia pelo crime previsto no art. 121, § 2º, III, do mesmo Diploma Legal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 19 de maio de 2000.

*Nilton Macedo Machado,*  
*Presidente com voto;*  
*Torres Marques,*  
*Relator.*

## APELAÇÕES CRIMINAIS

### APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.011606-3, DE BRUSQUE

**Relator: Des. Alberto Costa**

*Apelação criminal — Réus denunciados por infração aos artigos 171, caput, e 297 do Código Penal, e condenados nas sanções dos artigos 171, caput, e 304 do Estatuto Repressivo Penal — Recurso defensivo visando à absolvição — Prefaciais: 1) de extinção da punibilidade dos agentes pela prescrição da pretensão punitiva do*

*Estado; 2) de nulidade da sentença por desatendimento ao disposto no artigo 59 do Código Penal; e, 3) de inaplicabilidade do disposto no artigo 383 do Código de Processo Penal — Pleito alternativo de desclassificação do crime de estelionato para o de uso de documento falso — Prefaciais improcedentes — Delitos configurados — Pretensão desclassificatória inadmissível — Condenação mantida — Provimento parcial do recurso apenas para reajustar a reprimenda.*

*— Não se consumando entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, e entre essa e a da publicação da sentença condenatória recorrível, o lapso temporal previsto no artigo 109 do Digesto Penal, não há que se falar em ocorrência de prescrição retroativa.*

*— Ofato de o magistrado sentenciante ter analisado de forma sucinta as circunstâncias ditas judiciais do artigo 59 do Código Penal, e, por considerá-las todas favoráveis aos réus, aplicou-lhes a pena-base no seu mínimo legal, embora tenha adotado os mesmos argumentos para os dois réus, por si só não se erige em causa de nulidade do decisum.*

*— Consoante cediço entendimento doutrinário e jurisprudencial, o réu defende-se do fato narrado na denúncia e não da classificação nela dada ao crime.*

*— Descrevendo a exordial acusatória explicitamente o crime realmente praticado pelo agente, queda facultada ao Togado a aplicação do artigo 383 do Código de Processo Penal.*

*— Configura transgressão aos essentialia dos delitos previstos nos artigos 171, caput, e 304 do Código Penal, em concurso formal, as condutas antijurídicas, típicas penais e puníveis dos agentes que, mediante a utilização de cheques com assinaturas falsificadas, e o uso de carteiras de identidades falsas, ilaqueiam a boa-fé das vítimas, obtendo vantagem ilícita, com inegável prejuízo para aquelas, máxime quando a quantidade de mercadorias adquiridas não é pequena.*

*Ramos de Freitas, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.011606-3, da comarca de Brusque (2ª Vara), em que são apelantes Eduardo Vieira da Silva e Ângelo Eduardo*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, apenas



para ajustar a reprimenda, mantidas as demais cominações da decisão recorrida.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Brusque, 2ª Vara, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Eduardo Vieira da Silva e Ângelo Eduardo Ramos de Freitas, dando-os como incurso nas sanções dos artigos 171, caput, e 297 c/c os artigos 29, 69 e 71, todos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: "(...) no dia 27 de outubro próximo passado (1994), os denunciados Eduardo Vieira da Silva e Ângelo Eduardo Ramos de Freitas, previamente mancomunados e com vontades convergidas para a prática delituosa, chegaram a esta cidade (Brusque), procedentes de Porto Alegre, com o objetivo claro e já programados de lesar o comércio local. Para tanto o denunciado Ângelo veio munido com duas Cédulas de Identidade falsificadas, onde constava a sua fotografia, com os nomes de Eleandro de Souza Feijó, Nazário Antonio da Silva e Carlos Antonio de Oliveira. Além disso, trouxeram os denunciados vários talonários de cheques em branco, da Caixa Econômica Estadual do Rio Grande do Sul, agência Uruguai, Porto Alegre, RS, em nomes de Nazário Antonio da Silva, Clóvis Roberto da Silva Barbosa, Carlos Luiz Reichel, Carlos Antonio de Oliveira e Eleandro de Souza Feijó. Ditos cheques, que apresentam no verso um carimbo falsificado da Central de Guias da Rua Azambuja, chegaram às mãos dos denunciados através de meios ilícitos, pois desapareceram das dependências do estabelecimento bancário e jamais poderiam ser

descontados por serem produtos de atividade ilícita.

"Com os documentos mencionados, inclusive as Cédulas de Identidade falsificadas, os denunciados dirigiram-se ao comércio local, onde conseguiram efetuar compras em algumas lojas, pagando as mercadorias com os cheques obtidos ilicitamente, que eram preenchidos e assinados pelos denunciados, como se fossem a pessoa identificada no cheque como correntista e titular da conta bancária, utilizando-se das facilidades de identificação através dos documentos falsos que portavam. Com o emprego desses meios fraudulentos, conseguiram os denunciados ludibriar a boa-fé dos responsáveis pelos estabelecimentos comerciais e obterem indevida vantagem econômica, uma vez que os cheques dados em pagamento, como já se disse, jamais poderiam ser descontados porque eram produto de atividade ilícita.

"Consta que por volta das 11h30min do mesmo dia, os denunciados adentraram na loja Beach & Country Confecções Ltda., situada na FIP—Feira Industrial Permanente, nesta Cidade, onde escolheram e acabaram adquirindo várias peças de confecções. Para pagamento o denunciado Ângelo, na forma fraudulenta já descrita, preencheu e assinou os cheques ns. 061.996 e 061.997 (fls. 42 do Inquérito), no valor de R\$ 227,78 cada um, falsamente identificando-se como sendo Carlos Luiz Reichel.

"Ainda no dia 27 de outubro, por volta das 14 horas, os denunciados ingressaram no interior da Loja By Oliveira, situada nesta Cidade à Rua

Azambuja n. 377, onde, utilizando-se do expediente já descrito, adquiriram 54 bermudas e oito calças. Novamente para pagamento, desta vez o denunciado Eduardo emitiu na forma fraudulenta descrita o cheque n. 439243 (fls. 39), no valor de R\$ 225,41, identificando-se como sendo Carlos Antonio de Oliveira.

“Por volta das 15 horas do mesmo dia, os denunciados estiveram na Loja Bio Biá, situada na Rua Azambuja n. 199, nesta Cidade, e novamente empregando a fraude mencionada, acabaram adquirindo 32 camisetas. Mais uma vez o pagamento foi efetuado através da emissão fraudulenta, pelo denunciado Eduardo, dos cheques ns. 439.241 e 439.242 (fls. 38) no valor de R\$ 105,87 cada um, que falsamente se identificou como sendo Carlos Antonio de Oliveira.

“Por último, consta que por volta das 15h30min do mesmo dia, os denunciados estiveram no estabelecimento comercial denominado Bees Ind. e Com. de Confecções Ltda, situada nesta Cidade à Rua Azambuja n. 371, onde compraram 28 regatas e 16 camisetas. Novamente para pagamento o denunciado Ângelo emitiu na forma fraudulenta mencionada o cheque n. 254001 (fls. 43), no valor de R\$ 281,52, identificando-se nesta oportunidade como sendo Clóvis Roberto da Silva Barbosa.

“Neste último estabelecimento o balconista desconfiou do carimbo do C.G.A. aposto no verso do cheque e acionou o gerente da Central de Guias que detectou a irregularidade, acabou por sair ao encalço dos denunciados, os quais foram localizados e presos

em flagrante, de posse de todo o produto dos golpes.

“Apurou-se no caderno investigatório, também, que o denunciado Eduardo contando com o concurso de Ângelo e utilizando fotografias suas falsificou ou colaborou na falsificação de três cédulas de identidade, conseguindo criar documentos públicos de identificação em nomes de Nazário Antonio da Silva, Eleandro de Souza Feijó e Carlos Antonio de Oliveira, que identificavam a pessoa dele próprio. Da mesma forma, o denunciado Ângelo, também contando com a colaboração de Eduardo e utilizando fotografia sua, falsificou, ou colaborou na falsificação de duas cédulas de identidade, igualmente possibilitando a criação de documentos públicos de identificação em nomes de Carlos Luiz Reichel e Clóvis da Silva Barbosa, cujos documentos, pelas fotos, utilizadas, identificavam sua pessoa. Desta forma os denunciados mediante regime de colaboração mútua falsificaram ou colaboraram, de qualquer forma, para a falsificação de cinco documentos públicos, cuja falsificação tornou-se apta e capaz de causar prejuízo a outrem, constituindo-se em meio idôneo para enganar indeterminado número de pessoas” (fls. 2/4).

Em alegações finais, o Órgão Ministerial pugnou pela condenação dos acusados às sanções dos artigos 171, caput, e 304, este c/c os artigos 297, 29, 69 e 71, todos do Código Penal.

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Eduardo Vieira da Silva e Ângelo Eduardo Ramos de Freitas às penas de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20

(vinte) dias de reclusão, em regime aberto, e 14 (quatorze) dias-multa, à razão de 1/10 do salário mínimo vigente à data dos fatos, por infringirem o disposto nos artigos 171, caput, e 304 c/c os artigos 29, 70 e 71, todos do Código Penal, e absolvendo-os do delito previsto no artigo 297 do Digesto Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Inconformados, os acusados apelaram objetivando a absolvição, alegando, em preliminar, ter ocorrido a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado. No mérito, afirmam terem sido envolvidos por terceiros e, por serem ingênuos, foram persuadidos a praticar os delitos.

Intimados pessoalmente da sentença condenatória, os acusados constituíram novos defensores que interpuuseram nova apelação, requerendo, em preliminar, a nulidade da sentença por ter o Magistrado a quo, ao aplicar a pena, desatendido o disposto no artigo 59 do Código Penal e por ser inaplicável, in casu, o disposto no artigo 383 do Código de Processo Penal. No mérito, pugnam pela desclassificação do delito de estelionato para o de uso de documento falso, haja vista não restar aquele caracterizado, eis que foram presos, de imediato, ante a desconfiança da balconista que lhes vendeu as mercadorias.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância e foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra do Dr. Hipólito Luiz Piazza, opinou pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

A defesa, inicialmente, argüi a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa. No entanto, consoante ressuma dos autos, esta não se verificou.

Os fatos narrados na exordial acusatória se deram em 27/10/94, tendo aquela peça processual sido recebida em 7/11/94, interrompendo-se aí, pela primeira vez, o curso da prescrição (art. 117, I, do CP), o qual viria ser novamente interrompido em 21/8/96, com a publicação da sentença condenatória recorrível (art. 117, IV, do CP).

Ora, tendo em vista a pena aplicada (2 anos), e levando em consideração que os réus eram menores de 21 anos de idade à data dos fatos, verifica-se que o prazo, para efeito do cálculo prescricional, seria de 2 (dois) anos, incorrentes entre os marcos interruptivos da prescrição acima referidos.

O Superior Tribunal de Justiça, sobre a matéria, assim decidiu:

“Penal. Processual. Prescrição retroativa. Causas interruptivas. Habeas corpus. Recurso.

“1. Se entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, bem como entre essa e a da publicação da sentença condenatória recorrível não transcorreu o lapso de tempo previsto no CP, art. 109, não há que se falar em prescrição retroativa.

“2. Recurso conhecido e não provido” (Recurso de Habeas Corpus n. 7.403—SP, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 1º/6/98).

No que pertine à segunda nulidade, em virtude de o Togado ter desatendido ao disposto no artigo 59 do Código Penal, constata-se a sua im-

procedência, pois o Magistrado sentenciante analisou, mesmo que de forma sucinta, as circunstâncias ditas judiciais e, por considerá-las todas favoráveis aos acusados, aplicou-lhes a pena-base em seu mínimo legal, muito embora tenha adotado os mesmos argumentos para os dois réus, o que por si só não é suficiente para decretar-se a nulidade do decisum.

Ademais, e tanto pelo que mais não fosse, por demais sabido que, aplicada a pena-base em seu mínimo legal, desnecessária a análise fundamentada das circunstâncias judiciais estampadas no artigo 59 do Código Penal.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte: (Ap. Crim. n. 31.443, de Joinville).

Por derradeiro, e quanto à última preliminar de nulidade argüida, à evidência não prospera, haja vista o cediço conhecimento de que o réu se defende do fato narrado na denúncia e não da classificação dada ao crime. No caso sub iudice, a exordial acusatória descreve explicitamente o crime previsto no artigo 304 do Código Penal (uso de documento falso), facultando ao Magistrado a quo a aplicação do artigo 383 do Código de Processo Penal.

Além disso, o Órgão Ministerial, em suas alegações finais, pugnou pela condenação dos acusados às sanções do artigo 304 do Digesto Penal, não havendo, portanto falar, in casu, em cerceamento de defesa.

No mérito, improcede a pretensão absolutória, eis que restou comprovado terem os apelantes transgredido os essentialia dos delitos previstos nos

artigos 171, caput, e 304 do Código Penal, em concurso formal.

Na verdade, a tese absolutória carece de qualquer sustento, à vista mesmo do contexto probatório ameaçado, a demonstrar, de modo claro e inequívoco, as condutas antijurídicas, típicas penais e puníveis dos apelantes, os quais, mediante a utilização de cheques com assinaturas falsificadas, aliada ao uso de carteiras de identidades igualmente falsas, ilaquearam a boa-fé das vítimas, obtendo vantagem ilícita, com enorme prejuízo para aquelas, máxime e em considerando que a quantidade de mercadorias adquiridas não foi pequena.

De fato, a comprovação de terem sido os apelantes os autores dos delitos exsurge dos depoimentos prestados pelas vítimas Vilma Rosin (fls. 20 e 158v.), Francisco Rudolff (fls. 18 e 159) e Geremias de Oliveiras (fls. 10 e 158v.), restando caracterizados, em toda a sua inteireza, os crimes de estelionato e uso de documentos falsos.

Na verdade, de enfatizar que os próprios apelantes, quando oitivados na polícia e em Juízo, confessaram, pormenorizadamente, a prática dos delitos.

Nessa conformidade, não há como acolher o pleito absolutório, e muito menos a pretendida desclassificação do crime de estelionato para o uso de documento falso, pois essa pretensão, em tese, seria viável apenas em tema de consumação delitual, matéria que não é pacífica na jurisprudência e doutrina pátrias, e que se rechaça. Poder-se-ia argumentar — e os apelantes quedaram-se silentes — que a hipótese poderia ser de absor-

ção da falsificação pelo estelionato, ou deste por aquela, ou, ainda, de haver concurso formal entre estelionato e falsificação de documento.

O douto Magistrado sentenciante optou pela existência de concurso formal entre os delitos de estelionato e falsificação de documento público, por praticados de forma simultânea, e da ocorrência de continuidade delitiva no encadeamento de cada uma das duas figuras penais.

No tocante à existência de concurso formal entre falsificação de documento público e estelionato, de registrar tratar-se de entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual a sentença permanece imutável nessa parte. A respeito da posição jurisprudencial sobre o tema, confira-se em Damásio E. de Jesus (Código Penal Anotado, 5ª ed., 1995, São Paulo, Saraiva, págs. 787/788).

De outra parte, não obstante a discrepância doutrinária e jurisprudencial imperante, entende-se inadmissível o reconhecimento da continuidade delitiva, *pari passu* com o concurso formal, pois, como preleciona Cezar Roberto Bitencourt: "A regra geral é que a pena dos diversos crimes sejam somadas (cúmulo material). As exasperações autorizadas do concurso formal e do crime continuado constituem exceções. Admiti-las, uma sobre a outra, contradiria a política criminal benéfica que as inspirou. Há duas orientações: 1ª pode; 2ª não pode (STF, RTJ 117:744). Nossa po-

sição: não pode acumular duas exceções de uma regra geral" (Código Penal Anotado e Legislação Complementar, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 341). No mesmo sentido: Celso Delmanto (Código Penal Comentado, Rio de Janeiro, Renovar, 4ª ed., 1998, pág. 122).

Nessas condições, afastada da dosimetria da pena o acréscimo relativo à continuidade delitiva, e mantidas suas primeira e segunda fases, o aumento decorrente do concurso formal de delitos, que não pode ser outro, senão o fixado pelo Togado, fica mantido em 1/6 (uma sexta parte), isto é, 4 (quatro) meses e 2 (dois) dias-multa, totalizando a reprimenda 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa, cada dia no seu valor mínimo legal.

Por esses motivos, deu-se provimento parcial ao recurso, apenas para ajustar a reprimenda, mantidas as demais cominações da decisão recorrida.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Cesar Abreu, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 18 de agosto de 1998.

*Álvaro Wandelli,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Alberto Costa,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.012486-4, DE URUSSANGA****Relator: Des. Alberto Costa**

*Roubo qualificado pelo emprego de arma e concurso de agentes — Condenação — Apelo defensivo — Pretensão absolutória em virtude do edito condenatório basear-se exclusivamente na prova produzida na fase indiciária — Pleito alternativo visando à decretação da nulidade da sentença, em face da falta de fundamentação relativamente às qualificadoras descritas no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal — Condenação ditada com fundamento na confissão extrajudicial, tomada com as cautelas legais, referendada pelas palavras de co-réus, partícipes da empreitada criminosa, não expiradas por razão de ódio ou do desejo de se eximirem de responsabilidade — Pleito alternativo de nulidade da sentença inadmissível — Rejeição — Condenação mantida — Recurso desprovido.*

*“A confissão policial, não obstante a retratação em Juízo, quando corroborada pelo elenco probatório, e por indícios veementes, produzidos na fase judicial, é bastante para alicerçar um decreto condenatório. Recurso desprovido” (Ap. Crim. n. 32.444, de 23/8/95, DJ 9.203, pág. 6).*

*Se o apelante era o condutor do veículo usado no assalto, mantido a certa distância do estabelecimento bancário da vítima, e arrancou com aquele logo após a saída dos comparsas do interior do banco, não poderia mesmo ter sido reconhecido pelas pessoas que se encontravam dentro do estabelecimento bancário assaltado.*

*Comprovado que o roubo se deu com o emprego de arma e concurso de pessoas, na sentença, o Magistrado deve apenas fundamentar a aplicação do aumento correspondente às qualificadoras, estabelecido entre um terço até metade.*

*Roubo qualificado pelo emprego de arma e concurso de agentes e formação de quadrilha — Recurso ministerial visando à condenação de um dos acusados nas penas dos artigos 157, § 2º, incisos I e II, e 288, caput, do Código Penal, e de outro nas penas do artigo 288, caput, do Código Penal — Presença de prova inconcussa nos autos e que os réus referidos no apelo ministerial tiveram participação ativa nos fatos descritos na denúncia — Sentença reformada nesse ponto — Condenação decretada — Recurso ministerial provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.012486-4, da comarca de Urussanga, em que são apelantes e apelados Jair Dutra Marco e a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, afastar a preliminar de nulidade suscitada no apelo defensivo, e, no mérito, igualmente por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso aforado por Jair Dutra Marco, e prover o apelo da acusação para condenar: a) Jair Dutra Marco nas sanções do artigo 288, caput, do Código Penal; e, b) Jones Antônio Machado nas penas dos artigos 157, § 2º, incisos I e II, e 288, caput, c/c o artigo 29, todos do Estatuto Repressivo Penal, mantidas as demais cominações da sentença recorrida.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Urussanga, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Paulo Tadeu Barbosa Ferreira, Cláudio Adriano Ribeiro, vulgo "Papagaio", Luiz André Ribeiro, Jean Cristian Furtado Torres, José Cardoso de Aguiar, vulgo "Zezinho", Cléber Airton Freitas Teixeira, vulgo "Piaco", Luiz Antônio da Silva e José Manoel Querino, dando-os como incurso nas sanções dos artigos 157, § 2º, incisos I e II, e 288 c/c o artigo 69, todos do Código Penal, porque, segundo descreve a proemial acusatória: "(...) que os denunciados são pessoas dotadas de personalidade altamente criminógena, voltada à prática de crimes violentos contra o patrimônio e que, de muito, se associaram em quadrilha para o fim de cometer cri-

mes, principalmente assaltos a bancos.

"Assim é que, sob a liderança do denunciado Cláudio Adriano Ribeiro, o 'Claudio Papagaio', resolveram realizar ousado assalto à Agência do Banco do Brasil S.A., da cidade de Cocal do Sul—SC, desta Comarca.

"O assalto, levado a efeito em 7 de novembro de 1994, por volta das 9 horas, foi precedido de longo e minucioso planejamento. Tal tarefa coube ao denunciado José Cardoso de Aguiar, o 'Zezinho', que, por várias semanas dedicava-se a observar, estudar, anotar e transmitir, via fone celular, aos demais membros da quadrilha, todos os detalhes do local, hábitos dos funcionários e clientes da Agência assaltada e dos demais policiais e seguranças a ela ligados. Procedeu, enfim, a um minucioso 'levantamento' do local.

"De posse das informações passadas por 'Zezinho', o chefe do bando, 'Cláudio Papagaio', adquiriu de um funcionário da Empresa de Correios e Telégrafos, não identificado nos autos e pela quantia de R\$ 1.000,00 (um mil reais) um uniforme daquela instituição. Feito isso, a quadrilha se deslocou para a cidade de Cocal do Sul—SC, para perpetrar o planejado, ousado e violento assalto.

"Uma vez em Cocal e emprestando-se mútuo apoio e colaboração, lançaram-se à execução da criminosa empreitada

"No dia e hora já declinados, 'Cláudio Papagaio', envergando o uniforme do Correio que adquirira em uma cidade do Rio Grande do Sul, e armado com uma pistola 7.65, dirigiu-se à porta de entrada da agência bancária onde insistia em falar com o

gerente. Diante de tanta insistência o gerente pediu ao segurança que fosse até a porta e identificasse aquele cidadão.

“Com a porta entreaberta, ‘Cláudio Papagaio’ sacou da arma que portava e, agredindo o segurança, forçou a entrada no interior da agência, no que foi seguido, de imediato, pelo comparsa Paulo Tadeu Barbosa Ferreira ou Paulo Tadeu Rosa, o qual, também de arma em punho, gritava: ‘É um assalto; queremos o dinheiro’.

“Ato contínuo, os dois denunciados renderam o gerente, o subgerente e demais funcionários da agência bancária e, sob ameaças de morte ante a mira das armas que mantinham apontadas para eles, os obrigaram a desfazer o segredo do cofre e abrir a porta principal de um compartimento interno onde se encontrava um malote contendo dinheiro, do qual se apossaram.

“Não contentes, e mediante novas ameaças à mão armada, obrigaram o gerente a abrir um segundo compartimento do cofre e ali se apossaram de um segundo malote, também com dinheiro.

“De posse do malote, e mantendo todos em pânico, saíram apressadamente e empreenderam fuga em um veículo Chevrolet, tipo Monza, de cor vinho, ocupado e dirigido por outro comparsa que, como os demais, se dedicavam à tarefa de dar cobertura e segurança à fuga dos companheiros, como o denunciado Luiz Antônio da Silva que recebeu por sua participação a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

“O total de dinheiro assim subtraído atingiu a considerável soma de R\$ 626.900,00 (seiscentos e vinte e seis mil e novecentos reais), que foi, ao depois, partilhada entre os quadri-lheiros que, com seus respectivos quinhões, passaram a adquirir automóveis e outros bens de elevado valor” (fls. 3/5).

O Magistrado a quo, a fls. 107v., decretou a revelia dos acusados Cláudio Adriano Ribeiro e Luiz André Ribeiro, pois, embora citados por edital, não compareceram para o interrogatório.

O Ministério Público, à fl. 181, aditou a denúncia, a fim de serem incluídos nesta peça processual os acusados Jones Antônio Machado, vulgo “Jones Dedão”, e José Dutra Marco, vulgo “Garnizé”.

Durante a instrução criminal, o Dr. Juiz a quo determinou o desmembramento do processo, tendo continuidade em relação aos acusados Jair Dutra Marco e Jones Antônio Machado.

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, absolvendo Jones Antônio Machado com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, e condenando Jair Dutra Marco às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e 40 (quarenta) dias-multa, à razão de 1/2 (metade) do salário mínimo vigente à data do fato, por infringir o disposto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Digesto Penal, e absolvendo-o do delito previsto no artigo 288 do Codex Poenales.

Irresignados, o acusado Jair Dutra Marco e o representante do Ministério Público apelaram. O primeiro



objetiva a absolvição, alegando não restar comprovada a sua participação no delito que lhe é imputado, pois, além de não ter sido reconhecido pelos funcionários do banco onde ocorreu o assalto, a condenação está embasada somente na prova produzida na fase indiciária. Alternativamente, pugna pela decretação da nulidade da sentença, em face da falta de fundamentação em relação às qualificadoras previstas nos incisos I e II do § 2º do artigo 157 do Código Penal.

O Órgão Ministerial requer a reforma do decisum, a fim de serem os acusados Jones Antônio Machado e Jair Dutra Marco condenados nos termos da proemial acusatória, haja vista restar comprovado, nos autos, terem eles sido os autores dos delitos previstos nos artigos 157, § 2º, incisos I e II, e 288 c/c o artigo 69, todos do Código Penal.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Vilmar José Loef, pela baixa dos autos à comarca de origem, a fim de ser o representante do Ministério Público intimado para contra-arrazoar o recurso interposto por Jair Dutra Marco.

Esta egrégia Segunda Câmara Criminal, por acórdão de fls. 702/706, converteu o julgamento em diligência, a fim de ser o Ministério Público intimado para contra-arrazoar o recurso interposto por Jair Dutra Marco.

Cumprida a diligência, os autos retornaram a esta Superior Instância e foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra do Dr. Vilmar José Loef, opi-

nou pelo desprovimento do recurso interposto pela defesa e pelo provimento do Ministério Público, para, alterada a sentença prolatada, serem os réus condenados nos termos da denúncia.

A prefacial de nulidade da sentença, suscitada no apelo defensivo, é afastada nos termos da fundamentação exposta no parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do Dr. Vilmar José Loef, que se adota como razão de decidir, inclusive no que tange ao mérito, cujo parecer vai transcrito, adiante, na forma como segue:

“O recurso interposto pela defesa não merece guarida, e, para expormos nossa opinião, adotaremos o substancial parecer emitido pelo representante do Ministério Público Luis Eduardo C. de O. Souto, encontradiço às fls. 708/713.

‘Ao contrário do que alega o recorrente, a decisão condenatória do apelante não consubstanciou-se exclusivamente no depoimento policial do próprio, e, sim, na análise conjunta deste, corroborado com outros meios de prova.

‘É o único entendimento que se extrai da leitura dos depoimentos prestados por Elenir Marcos (fl. 137), Adroaldo de Souza (fl. 23), Jean Cristian Torres (fl. 49), cujo teor reportamo-nos ao parecer de fls. 663/671, por evitar tautologia, todos, de uma forma ou de outra, indicando a pessoa do recorrente como participe do crime.

‘Interessante anotar a riqueza de detalhes contidos no referido depoimento policial prestado pelo próprio Jair, depoimento este em perfeita sintonia com os diversos depoimentos

acima destacados, mais um forte indício da veracidade do alegado.

‘Cabe destacar o entendimento desta egrégia Câmara Criminal Recursal em decisões pretéritas acerca da matéria em comento:

‘Apelação Criminal n. 96.001460-8, de Blumenau.

‘Relator Des. Álvaro Wandelli.

‘Apelação criminal — Desistência — Procuração com poderes para tanto — Homologação.

‘Assalto à mão armada praticado por cinco agentes — Indícios concludentes — Condenação mantida.

‘A indicação precisa vislumbra da na confissão extrajudicial de comparsas, aliada ao franco desmentido dos álbis apresentados, somando-se ainda aos depoimentos dos policiais que efetuaram as prisões, bem como das vítimas, formam um conjunto indiciário que aponta, iniludivelmente, à confirmação da condenação pela prática de assalto à mão armada.

‘A confissão extrajudicial, regularmente testemunhada, não obstante retratada em Juízo, mas corroborada pelos elementos de prova coletados na fase judicial, é lastro suficiente para a condenação do confitente.

‘Quem afirma um álibi deve comprová-lo sob pena de, não o fazendo, ser nenhum o valor probatório da negativa da autoria’ (JC 59/288, rel. Des. Tycho Brahe) (grifei).

‘E ainda:

‘Em sede de prova, na esfera do direito processual penal, a versão do réu, na fase do inquérito policial, mormente quando confessa a prática do ilícito, pode apresentar-se com contornos de certeza por outros ele-

mentos produzidos no curso da instrução criminal. A sua retratação em juízo, negando o que declara no procedimento preliminar investigatório, não tem a menor significação e nem pode arremeter o magistrado a uma solução absolutória, se o elemento probatório, na sua forma direta e indiciária, ou somente indiciária, estiver a demonstrar que a nova declaração — de negativa da autoria — este último não se compatibiliza’ (Ap. Crim. n. 29.107, de São Francisco do Sul, rel. Des. Napoleão Xavier do Amarante, DJ n. 9.356, de 13/11/95, pág. 21).

‘A confissão policial, não obstante a retração em Juízo, quando corroborada pelo elemento probatório, e por indícios veementes produzidos na fase judicial, é bastante para alicerçar um decreto condenatório. Recurso desprovido’ (Ap. Crim. n. 32.444, DJ n. 9.203, de 23/8/95, pág. 6).

‘Portanto, através de um correto enfoque dos indícios e provas angariadas, fácil concluir-se como inadmissível a hipótese ventilada de violação aos princípios de processo penal e direito penal, como procura fazer crer o recorrente.

‘Finalmente, quanto a alegada falta de fundamentação das hipóteses qualificadas previstas nos incs. I e II do art. 157, § 2º, em que foi enquadrado o apelante pela douta Juíza a quo, da mesma forma não possui pertinência o recurso.

‘Note-se que, ainda que inexistente um tópico próprio e específico para a análise de tais qualificadoras, inegável a conclusão de que tais circunstâncias (a utilização da arma de fogo, bem como o fato de o crime ter-se procedido delito mediante con-

curso de pessoas), restaram sobejamente analisadas, ainda que de forma indireta, conjuntamente com a hipótese do tipo básico, na fundamentação do acórdão, pela análise da autoria e descrição da fase inicial do iter criminoso, conforme se extrai da fundamentação da sentença, v.g. pela leitura do seguinte parágrafo de fls. 644:

‘No tocante à autoria e relativamente aos acusados ora em análise, depreende-se dos elementos de convicção existentes nos autos tenham os fatos se dado sob a liderança de Cláudio Adriano Ribeiro que, após planejamento do delito, inclusive com a aquisição do uniforme padrão dos correios e telégrafos, utilizando-se deste e devidamente armado, teria pessoalmente e em companhia de outro meliante citado como Paulo Tadeu Barbosa dirigindo-se à agência bancária em questão, após encerramento das atividades desta ao público, passando a insistir com a segurança que no local encontrava-se no sentido de conversar com o Sr. Gerente’ (grifei).

‘Note-se na descrição, a referência expressa ao uso de arma por um dos agentes, bem como a co-participação de vários elementos na prática do crime.

‘Por outro lado, da análise do parágrafo destacado na sentença, cedejo o entendimento de que o enquadramento típico na condição de co-autor em delito de roubo qualificado pelo uso de arma de fogo, dispensa que todos os integrantes do grupo tenham utilizado do referido instrumento, face a característica essencial da divisão de tarefas existentes no agir criminoso, por ocasião da realiza-

ção dos atos executórios dos assaltantes.

‘Utilizando-se dos princípios da persuasão racional e livre convencimento, atendendo desta forma ao disposto no inc. III do art. 381 do CPP, exteriorizou a Magistrada, por ocasião da motivação da sentença, desenvolvimento lógico desse raciocínio, fornecendo as razões suficientes que motivaram a decisão exposta no dispositivo final.

‘Portanto, não há o que se falar em nulidade da sentença por ato omissivo ou violação ao contraditório ou ampla defesa’.

‘Analisando, por ora, o apelo ofertado pela representante do Ministério Público Thaís Cristina Scheffer, entendemos merecer guarida, principalmente no que se refere ao delito inculcado no artigo 288 do Código Penal.

‘Do exame perfunctório dos autos se torna nítida a formação de quadrilha, bem como a participação de Jones Antônio Machado nos delitos moldados pela denúncia.

‘O crime de quadrilha é formado por um elemento subjetivo, qual seja, o dolo específico, a vontade direcionada à associação em quadrilha com o fito de praticar crimes. E é isso que ocorre no caso em apreço. Inclusive os próprios envolvidos sustentam tratar-se de uma quadrilha, senão vejamos o depoimento de Jean Cristian Furtado Torres, à fl. 49:

‘...que o declarante tomou conhecimento através de conversas no local de trabalho, que os indivíduos Cláudio de tal, vulgo ‘Papagaio’, Jair Dutra, vulgo ‘Garnizé’, José Guerino, Jonas de tal, vulgo ‘Dedão’, Wagner

de tal e Marcos de tal, vulgo 'Careca' são integrantes de uma quadrilha especializada em assaltos a agências do Banco do Brasil...' (grifo nosso).

"Ademais, o fato de todos estarem sendo processados por delitos semelhantes, como este processo, por exemplo, não pode ser considerado como mera coincidência, pois os detalhes apresentam ligações muito estreitas, podendo, sem dúvida, afirmar que fazem todos parte de um plano arquitetado pelos mesmos aqui denunciados, chefiados por Cláudio Papagaio.

"Extrai-se do depoimento de Jair, às fls. 174/175:

'...que há cerca de 6 meses, data que não pode precisar, passou a integrar o bando de Cláudio Ribeiro, que praticava roubos a bancos no Estado de Santa Catarina e Rio Grande do Sul'.

"Consentâneo esclarecer, que a absolvição de Jones Antônio Machado encontra-se totalmente divorciada das provas coligidas durante a instrução probatória e mesmo a indiciária. É tão flagrante a culpabilidade do agente, sendo inclusive, destacada por vários dos seus comparsas, como encontramos nas alegações prestadas por Adroaldo Almeida de Souza, à fl. 23:

'...que há mais ou menos dois meses ou talvez um pouco mais, o interrogado conheceu Jonas, André e Cláudio, através de Zezinho...; que durante um bom tempo de conversa, o interrogado ficou sabendo que todos eram assaltantes de banco; que alguns dias após o primeiro contato Zezinho disse ao declarante que aqueles

seus amigos iriam 'meter' um banco em Cocal do Sul...' (fls. 717/722).

Em adinículo às considerações postas no parecer Ministerial adotado, enfatize-se ter sido o apelante Jair Dutra Marco o condutor do veículo usado no assalto. Por isso que não reconhecido pelas pessoas que se encontravam no interior do estabelecimento bancário assaltado.

Destarte, demonstrado que o apelante Jair Dutra Marco transgrediu os elementos configuradores do delito previsto no artigo 288, caput, do Código Penal, sua condenação nas sanções impostas pela prática deste delito é de direito. Na mesma forma, comprovado nos autos que o co-réu Jones Antônio Machado participou ativamente dos fatos descritos na exordial acusatória, sua condenação nas penas previstas dos artigos 157, § 2º, incisos I e II, c/c o artigo 29, todos do Código Penal, é decretada, provendo-se o apelo acusatório.

Nesse passo, não sendo inteiramente desfavoráveis os elementos do artigo 59 do Código Penal ao apelante Jair Dutra Marco e Jones Antônio Machado, ao primeiro, pela prática do delito previsto no artigo 288, caput, do Código Penal, fixa-se-lhe a pena-base, no mínimo legal, isto é, de 1 (um) ano.

Da mesma forma, não sendo inteiramente desfavoráveis ao co-réu Jones Antônio Machado os elementos do artigo 59 do Digesto Penal, estabelece-se a pena-base para o crime previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, em 4 (quatro) anos de reclusão. Ausentes agravantes e atenuantes legais. Todavia, presentes as causas de especial aumento de pe-

na consignadas nos incisos I e II do § 2º do artigo 157 do Código Penal, aumenta-se a pena acima quantificada, em 1/3 (uma terça) parte (CP, parágrafo único do art. 68), isto é, de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, totalizando a pena imposta por este crime em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, acrescida da pena de multa, fixada basicamente em 10 (dez) dias-multa e aumentada de 1/3 (uma terça) parte, isto é, de 3 (três) dias, totalizando 13 (treze) dias-multa, cada dia no seu mínimo legal, em face da presença das causas de especial aumento acima referidas. Quanto ao delito previsto no artigo 288, caput, do Código Penal, a pena-base fica fixada no mínimo legal, isto é, em 1 (um) ano de reclusão, mantida definitivamente neste patamar em virtude da ausência de agravantes e atenuantes legais e bem assim de causas de especial aumento ou de diminuição de pena.

Por esses motivos, afasta-se a preliminar de nulidade suscitada no

apelo defensivo, e, no mérito, igualmente por unanimidade de votos, nega-se provimento ao recurso aforado por Jair Dutra Marco, e dá-se provimento ao apelo da acusação para condenar: a) Jair Dutra Marco nas sanções do artigo 288, caput, do Código Penal, e, b) Jones Antônio Machado nas penas dos artigos 157, § 2º, incisos I e II, e 288, caput, c/c o artigo 29, todos do Estatuto Repressivo Penal, mantidas as demais cominações da sentença recorrida.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 18 de abril de 2000.

*Alberto Costa,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.001947-0, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Alberto Costa**

*Crime contra a saúde pública — Narcotraficância — Artigo 12 da Lei n. 6.368/76 — Crack — Condenação — Apelo defensivo visando à desclassificação para o delito previsto no artigo 16 da Lei de Tóxicos — Pretensão alternativa de substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos — Réu surpreendido na posse de expressiva quantidade do material tóxico, 11 (onze) porções, devidamente embaladas — Elementos constantes dos autos que indicam, decisivamente, destinar-se a droga entorpecente ao comércio e não ao uso próprio — Delito do artigo 12 da Lei de Tóxicos devidamente configurado — Pleito alternativo de desclassificação para uso próprio inadmissível — Condenação mantida — Inaplicabilidade das dispo-*

*sições da Lei n. 9.714/98 ao crime de tráfico de entorpecentes — Recurso desprovido — Voto vencido.*

— *A ação do réu externada em oferecer à venda crack para outrem, caracteriza o tráfico de entorpecentes e, conseqüentemente, infração ao disposto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76. E, aperfeiçoada a integração deste delito, inviável torna-se a pretensão desclassificatória.*

— *A contradição nos depoimentos de policiais participantes da diligência de apreensão da droga, encontrável em qualquer tipo de testemunho, não lhes retira o caráter de credibilidade, máxime quando evidenciam firmeza e coerência sobre pontos principais da acusação.*

— *O uso da droga (crack) pelo agente não elide a sua condição de narcotraficante, prevalecendo, no caso, o aforisma jurídico de que o maior (artigo 12) absorve o menor (artigo 16).*

— *“O elevado grau de danosidade do crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins é incompatível com a política criminal descaracterizadora adotada pela Lei n. 9.714/98” (Apelação Criminal n. 99.014047-4, de Santo Amaro da Imperatriz, deste Relator).*

*“À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela ‘Lei das Penas Alternativas’ (Lei n. 9.714/98), não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei n. 8.072/90 — de cunho especial — impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90). Inteligência da Súmula 171 — STJ” (RHC n. 8.620 – Paraná, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julg. 8/6/99, DJU de 16/8/99) (ver Apelação Criminal n. 99.014047-4, de Santo Amaro da Imperatriz, deste Relator).*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Criciúma, 1ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Edson de Jesus, dando-o como

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.001947-0, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que é apelante Edson de Jesus, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

incurso nas sanções do artigo 12, caput, da Lei n. 6.368/76, porque, segundo narra a exordial acusatória: "(...) na noite de 10 de novembro último (1999), por volta das 21 horas e 30 minutos, os policiais militares Bráulio Moraes Neto e Cláudio Miranda encontravam-se, à paisana, fazendo uma 'campana' nas imediações da Lanchonete do Chapecó, sita na Av. Centenário, nesta Cidade, tendo em vista notícias de que, naquele local, famoso nesta Cidade por ser ponto de encontro de drogas, havia comércio de entorpecentes.

"Naquela hora, chegou até o primeiro miliciano o denunciado, e ofereceu àquele, para que o mesmo comprasse, pedras de Crack, substância derivada do Cloridrato de Cocaína, portadora de similar princípio ativo. Simulando aceitar a oferta, o PM Bráulio chamou seu colega Cláudio, para conjuntamente 'comprar' o entorpecente ofertado pelo denunciado, ao que se dirigiram, os três, até um automóvel Fusca, de cor bege, estacionado nas proximidades.

"Ingressando no veículo, já em seu interior, ajustado o preço de R\$ 10,00 (dez reais), o denunciado tirou do bolso uma porção de droga, envolta em recipiente plástico, momento em que, identificando-se os 'compradores' como policiais, lograram prender o denunciado em flagrante-delito, em plena atividade comercial de entorpecentes. Em revista pessoal subsequente, verificou-se que, na verdade, o denunciado trazia consigo, para fins mercantis, o total de 3g (três) gramas de crack, fracionados em 11 (onze) porções, todas já embaladas em plástico, sendo oito embalagens de

cor amarela, duas de cor preta e uma de cor branca" (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, a Dra. Juíza sentenciou, condenando Edson de Jesus às penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, e 50 (cinquenta) dias-multa, por infração ao disposto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

Inconformado, o acusado apelou objetivando a desclassificação do delito para o previsto no artigo 16 da Lei de Tóxicos, pois restou comprovado que a droga apreendida se destinava para uso próprio.

Ademais, afirma que os depoimentos prestados pelos policiais participantes da diligência são contraditórios, não servindo, portanto, para comprovar a prática de narcotráfico.

Alternativamente, requereu a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, pelo desprovimento do recurso.

O recurso não merece ser provido, eis que a prova pericial e testemunhal trazida para o bojo dos presentes autos demonstra de maneira clara e inequívoca, que o material tóxico apreendido em poder do apelante, 3 (três) gramas de crack, fracionados em 11 (onze) porções, devidamente embaladas, destinava-se ao comércio.

Nesse passo, ainda que usuário, mas não viciado no uso da referida substância entorpecente, não há falar em desclassificação do delito descrito

na denúncia, artigo 12 da Lei de Tóxicos, para o tipificado no artigo 16 do mencionado Estatuto Especial Penal, uma vez que plenamente configurado, no caso sub judice, o primeiro.

Quanto à matéria de fundo ventilada no apelo, foi amplamente rebatida nas contra-razões do doutor Promotor de Justiça, Alex Sandro Teixeira da Cruz, que se adota como razão de decidir, e bem por isso vão transcritas em sua fundamentação, na forma como segue:

"2 — Do que se extrai do arrazoado trazido pelo douto defensor do apelante, o recurso centra-se no pleito de desclassificação da tipicidade conferida à ação do mesmo, aduzindo ser a posse do entorpecente destinada a seu próprio consumo, e não para fins comerciais, propugnando pela reclassificação do delito para o art. 16, também da Lei Antitóxicos.

"3 — Concessa venia, o ato decisório não é merecedor de qualquer reparo.

"Antes de mais nada, é de ser mencionado que a materialidade restou devidamente demonstrada. O Laudo Provisório n. 1609/99 (fls. 14) já evidenciara, ab ovo, tratar-se de crack o material apreendido, no que foi referendado pelo Laudo Pericial n. 5280/99 (fls. 34/37), extraído com base no exame químico-legista, o qual atestou, a partir dos testes de Reação do Tiocianato de Cobalto (Reativo de Young), Cromatografia em camada delgada (com uso de sílica gel G Merk) e Microcristalização (com uso de Ácido Cloroplátinico), efetivamente ser a substância Cocaína (o Crack é Cocaína em sua forma básica), causadora de dependência física e/ou

psíquica e enquadrada na proibição contida na Portaria n. 344, de 12/5/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (norma esta complementar às incriminadoras da Lei n. 6.368/76 — normas penais em branco).

"Paralelamente, acerca do delito de narcotraficância, cumpre esclarecer que, em relação ao núcleo trazer (consigo), o art. 12, caput, e o art. 16, ambos da Lei n. 6.368/76, em termos de conduta objetiva, são idênticos entre si. A variação está, justamente, no tipo subjetivo, já que o dolo, no narcotráfico, é vinculado ao repasse da droga a terceiros, enquanto no uso volta-se ao consumo pessoal do possuidor da substância. Como ao julgador é impossível o ingresso no âmago da consciência do infrator, de modo a desvendar através de investigação direta sua real intencionalidade, a técnica utilizada tem sido a análise das variáveis circunstanciais (quantidade, forma de acondicionamento, local onde é encontrada, momento e sua relação com época de especial consumo etc.) e dos elementos probatórios testemunhais, que, em tais casos, assumem contorno de extrema relevância.

"Na hipótese vertente, seguindo-se o norte traçado no art. 37 da Lei Antitóxicos, as circunstâncias que envolveram a apreensão da droga evidenciam sua destinação para fins comerciais.

"Veja-se, em primeira ordem, que os testigos policiais são cristalinamente ao relatar tais circunstâncias. O Sd. PM Bráulio Moraes Neto (fls. 44) refere que:



'(...) no dia dos fatos narrados na denúncia 'nós estava de campana junto a lanchonete Montreal (nome atual da Lanchonete do Chapecó)'; que o depoente estava escorado na entrada do bar, quando apareceu Edson de Jesus e 'me fez umas perguntas, me induzindo, insinuando que tinha droga com ele e que vendia se eu quisesse'; que como o depoente estava de serviço 'inclusive estava atrás de outro elemento, eu disse então quero comprar'; que chamou o parceiro, policial Sd. Miranda, e 'se deslocaram até uns 100 metros dali onde estava estacionado um Fusca', que segundo o acusado era dele; 'aí nós combinamos que 'eu entraria no carro com Edson e meu amigo ficaria olhando para ver se não ficava sujo'; foi então quando o acusado 'tirou a droga do bolso e perguntou quantas pedras eu queria, ele apresentou, tirou a droga do bolso, eu me apresentei como policial e dei voz de prisão'(...).'

"Em idêntica direção correm as palavras do Sd. PM Cláudio Miranda (fl. 45).

'(...) que no dia dos fatos narrados na denúncia, o depoente estava no bar Montreal, acompanhado de seu colega Bráulio, 'onde o Bráulio estava na porta chegou o acusado oferecendo para ele, entorpecente; que o Sd. Bráulio falou para ele que aceitava e me chamou'; que o depoente acompanhou o Sd. Bráulio e o acusado até o veículo, um Fusca; que o Sd. Bráulio 'e ele' entraram dentro do carro, para fechar o negócio; a hora que ele apresentou o entorpecente, o Sd. Bráulio deu voz de prisão para ele (...).'

"Somente tais narrativas, corroboradoras das versões já estampadas quando da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante n. 24/99 (fls. 6/8), seriam suficientes para ensejar a condenação imposta. No entanto, a isto se aliam outras considerações importantes, que reforçam a idéia da destinação mercantil do entorpecente apreendido, a saber:

"a) A primeira é o fato de o réu apelante ser pessoa já envolvida com drogas em um dos bairros da cidade de Criciúma mais problemáticos neste sentido. Isto fica claro ainda nas palavras do Sd. PM Bráulio (fl. 44), quando afirma que sabia-se até então que havia um tal 'Edinho' que vendia droga na localidade de Corda Bamba, e que após a prisão do acusado, ficou-se sabendo que tratava-se do mesmo Edinho, isto referendado pela testemunha de defesa Edivânia Goudinho (fls. 46), moradora do bairro Cristo Redentor, ao dizer que o anterior nome do bairro Cristo Redentor era Corda Bamba, acrescentando ademais que, perguntado o apelido do acusado, respondeu 'nós o chamamos de Edinho'.

"b) A segunda diz respeito ao local onde estava o réu acusado, especificamente a Lanchonete Montreal (antiga Chapecó), conhecido ponto de venda de encontro de traficantes da cidade, e confirmado como tal na menção específica do Sd. PM Bráulio (fls. 44), ao relatar que o bar do Chapecó é conhecido como 'local de uso de droga que eu tenho conhecimento como policial' e freqüentado por pessoas de 'má índole'.

"c) A terceira, e a mais relevante, é o de toda a substância já estar devidamente separada em porções ti-

picamente utilizadas na mercantilização, conhecidas no submundo das drogas como papelotes. Foram encontrados, além daquele 'comercializado' pelo réu apelante com os milicianos, outros 10 (dez) pacotinhos de Crack, todos envoltos em plástico, próprios para a venda.

"In casu consimili, já decidiu o eg. TACrimSP:

'A quantia de 14g de maconha é razoável e suficiente para exteriorizar ato de tráfico. Notadamente se repartida em pacotinhos, denotando o intuito da venda' (TACrimSP – Ap. Cív. n. 196.517 — rel. Juiz Geraldo Gomes — RT 543/382).

"d) A quarta, por fim, é o fato de o réu apelante não haver logrado, em momento algum, evidenciar atividade profissional capaz de lhe sustentar o consumo alegado pela defesa em suas razões. Isto porque, se realmente fosse tal entorpecente destinado a seu uso pessoal, certamente o grau de dependência (não alegada) seria altíssimo, levando à necessidade de demonstração dos meios materiais capazes de sustentar o vício.

"Ao contrário, no interrogatório (fls. 42) alegou o réu apelante ser pedreiro, profissão esta, embora como todas dotada de grande dignidade, sabidamente de parcos rendimentos, notadamente quando ele próprio relata ganhos em torno de três salários mínimos mensais (fls. 17). No entanto, nem mesmo isto conseguiu demonstrar, conquanto o testigo defensivo Adriana Aparecida Serafim (fl. 47), única a abordar o assunto, tenha apenas referido a profissão porque o mesmo chegava sujo em casa, no entanto sem saber prestar qualquer in-

formação sobre o lugar onde o mesmo trabalha.

"Por todos estes fatores, não há qualquer dúvida fosse o entorpecente apreendido destinado à comercialização, impondo-se a condenação do réu apelante nas sanções do art. 12, caput, da Lei n. 6.368/76, como bem entendido pela douta Magistrada a quo.

"Não há, por outro lado, qualquer excludente de tipicidade ou antijuridicidade, que afaste o crime, ou de culpabilidade, que o isente de pena, tampouco excludente objetiva de punibilidade prevista em lei para tal figura delitiva, sendo imperativa, assim, a manutenção do sancionamento imposto em sede de primeiro grau" (fls. 69/74).

De outro lado, não há contrariedade nenhuma nos depoimentos dos policiais que foram oitivados na polícia e em Juízo, e as testemunhas arroladas pela defesa em momento algum sustentaram a tese de negativa de autoria apresentada pelo apelante (fls. 46 e 47).

Por derradeiro, inviável a pretensão do apelante em ser contemplado com a benesse prevista na Lei n. 9.714/98, por reconhecer-se a inaplicabilidade desta aos denominados crimes hediondos, em cujo rol está metido o delito do artigo 12 da Lei de Tóxicos.

Nessa diretiva, os seguintes arestos desta Corte de Justiça: Apelação Criminal n. 99.014047-4, de Santo Amaro da Imperatriz, deste Relator; Recurso de Agravo n. 99.012568-8, da Capital, rel. Des. Genésio Noll; Apelação Criminal n. 99.005560-4, de Criciúma, rel. Des. Souza Varela; e

Apelação Criminal n. 99.021028-6, da Capital, rel. Des. Amaral e Silva.

Em face do exposto, por maioria de votos, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento, vencido o Exmo. Sr. Des. Álvaro Wandelli quanto à aplicabilidade da Lei n. 9.714/98.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, e dele participou, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 6 de junho de 2000.

*Álvaro Wandelli,*

*Presidente p/o acórdão com voto vencido;*

*Alberto Costa,*

*Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Álvaro Wandelli:

Acompanhei o voto do eminente relator quanto à manutenção da condenação, mas restei vencido no entendimento pela aplicabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com a nova Lei n. 9.714/98, no caso em apreço.

Além dos argumentos fundados no princípio da legalidade e da impossibilidade de interpretação da norma penal em prejuízo ao réu, que já bastariam, por si só, para autorizar a substituição da pena privativa pela restritiva de direitos, nos moldes fixados pela Lei n. 9.714/98, ressalve-se a opinião deste relator no sentido da inconstitucionalidade da Lei n. 8.072/90 que veda a concessão de liberdade provisória e progressão de

regime aos condenados pelos crimes que lista.

Há flagrante inconstitucionalidade do dispositivo da Lei n. 8.072/90 que veda a progressão de regime nos chamados Crimes Hediondos (§ 1º, do art. 2º) e, agora, especificamente, a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos nos termos da Lei n. 9.714/98, tanto por ferir o princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, inc. XLVI), ainda mais após a edição da Lei n. 9.455/97, que dispõe sobre o crime de tortura, diante da isonomia entre os crimes reconhecida pela Carta Magna, quanto pela ingerência em nosso sistema do princípio da legalidade e da taxatividade (CF, art. 5º, inc. XXXIX).

A Lei n. 8.072/90, em seu artigo 2º, § 1º, determina o cumprimento integral da pena privativa de liberdade em regime fechado, nos crimes hediondos, na prática de tortura, no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e no terrorismo. Discutível, contudo, a constitucionalidade desse dispositivo, em face do princípio da individualização da pena previsto entre os Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, XLVI, da CF).

Quanto à progressão de regime, é inegável que a grande maioria da jurisprudência, inclusive do nosso Tribunal, entende ser incabível, em se tratando de crime hediondo, sendo que o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela constitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90 (vide HC 69.603 — Plenário, j. 18/12/92, DJU 23/4/93, pág. 6.922).

Em sentido contrário, partidário da tese da inconstitucionalidade do re-

ferido artigo, doutrina Jacques de Camargo Penteado:

“Há muito nos afastamos da pena tarifada. Uma coisa é fixar limites amplos para determinação do regime inicial de cumprimento da pena. Outra, bem diversa, impedir progressão ao regime menos rigoroso depois de descontado certo período e apurado mérito do reeducando. A individualização repele qualquer tentativa de catalogação dos réus. Isto já seria uma medida de cunho generalizante, contrária à intenção individualizadora do Texto Constitucional (Ives e Bastos, ob. cit., pág. 237). Pena individualizada é a fixada pelo Poder Judiciário com determinação da forma inicial e acompanhamento do progresso para, saindo do regime original, aproximar o reeducando da liberdade gradativamente” (Pena Hedionda, in RT 674/286).

O cumprimento da pena em regime fechado, sem possibilidade de progressão, sem dúvida, conduz à antiga concepção da sanção como finalidade unicamente repressiva, com um caráter exclusivamente expiatório e retributivo, contrária à moderna concepção de função socializadora da pena, que consiste em oferecer ao delinqüente o máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes, ao seu ingresso numa vida fiel ou conformada com o dever-ser jurídico-penal, visando à prevenção da reincidência pela colaboração voluntária e ativa daquele.

O sistema progressivo, além de compatível com o consagrado princípio da individualização da pena, tem caráter reeducativo e possibilita ao

condenado, de acordo com o mérito demonstrado durante a execução, promoção a regime menos rigoroso, antes de atingir a liberdade. Por isso, a progressão constitui importante estímulo à ressocialização, o que não ocorre se a pena tiver de ser cumprida em regime integral fechado. Nesse último caso, como diz Jacques Camargo Penteado, “se o virtuoso aguarda recompensa pelo sacrifício, não é lícito esperar regeneração do infrator que não terá apreciado seu mérito eventual” (Pena Hedionda, ob. cit.).

O que se deve ter em mente, e é exatamente este o alcance que se deve empregar à garantia constitucional da individualização da pena, compatível com o atual estágio do Direito Penal, é que a segregação pura e simples do homem do convívio social tem aspecto de mero castigo, quando, hodiernamente, tem-se que o objetivo principal da sanção criminal é a recuperação do delinqüente, e isso só pode ser conseguido pelo emprego inteligente de processos de reeducação, e não apenas isolando-o completamente da sociedade, sem esperança nenhuma até o termo final do tempo de sua condenação.

Não obstante a insistência da jurisprudência amplamente dominante em admitir como constitucional a referida norma, vem tomando corpo sérias movimentações a favor do retorno para todos os crimes do sistema progressivo de execução da pena, ainda mais após a edição da Lei n. 9.455/97, que dispõe:

“7º — O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”.

Imaginando-se, pois, a prática de crime hediondo, como é a tortura, e não por disposição legal, mas por disposição constitucional, instala-se a desigualdade entre os condenados por este crime e os demais, chamados de hediondos, pois, somente para o primeiro incidirá a regra do citado art. 7º.

E, como bem assinalou o eminente ex-Ministro Vicente Cernicchiaro, no julgamento unânime do Recurso Especial n. 140.617—GO, pela 6ª Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça, em 12/9/97, cuja ementa tem o seguinte teor:

“REsp. Constitucional. Penal. Execução da pena. Crimes hediondos (Lei n. 8.072/90). Tortura (Lei n. 9.455/97). Execução. Regime fechado — A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou regime comum, considerando-se inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei n. 8.072/90 conferiu-lhes a disciplina jurídica, dispondo: ‘A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado’ (art. 2º, § 1º). A Lei n. 9.455/97 quanto ao crime de tortura registra no § 1º — 7º: ‘O condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado’. A Lei n. 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei n. 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular, a Lei dos Crimes Hedion-

dos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, progressão de regime”.

E, na 2ª Câmara Criminal do vizinho Estado do Rio Grande do Sul, temos, inclusive, entendimento pela inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, neste particular, em face da Lei n. 9.034/95 (Crime Organizado), que dispõe no seu art. 10 que “os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado”:

“Progressão de regime. Crime hediondo. Norma constitucional que cerceia direitos ou garantias deve ser interpretada restritivamente, inclusive pelo legislador ordinário. O princípio da individualização da pena deve ser observado também na fase de execução, sendo absolutamente ilegítima a consideração do fato delituoso para fins de concessão dos benefícios executórios. A lei de combate ao crime organizado prevê o início de cumprimento da pena, seja qual for o crime decorrente de quadrilha ou bando, em regime fechado, e a recente Lei da Tortura, crime equiparado aos hediondos, autoriza a progressão, com o que esta, diante do princípio isonômico, perdeu a eficácia o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos” (Agrav. rel. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. 7/8/97).

Ou seja, ao crime hediondo, praticado por quadrilha ou bando, incidirá o prefalado art. 10 da Lei n. 9.034/95 e não o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, verdadeiro contra-senso se consideramos a necessária obediência ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade dos atos normativos:

"A incoerência de elementos arbitrários no conteúdo intrínseco da norma em causa evidencia que se atendeu, no processo de sua formal positividade jurídica, a exigência constitucional que impõe ao Estado a observância do princípio da igualdade na elaboração dos atos emanados do Poder Público, respeitando-se, desse modo, com inteira fidelidade, o postulado do substantive due process of law, cuja formulação repele, por inadmissíveis, quaisquer cláusulas ou disposições normativas que caracterize pela ausência do necessário coeficiente de razoabilidade" (RTJ 162/388).

Pelo princípio da legalidade e da taxatividade (não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal — CF, art. 5º, inc. XXXIX) aplicado à execução legal, determina-se que a pena e a medida de segurança sejam executadas na forma prescrita em lei, nem mais nem menos.

Por outro lado, tendo por escopo a norma jurídica, o princípio da taxatividade "significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo suficientemente determinado para uma mais perfeita descrição do fato típico (lex certa). Tem ele, assim, uma função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui uma autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade. Como bem se esclarece, a exigência de determinação se refere não só à descrição das condutas delitivas, mas também à fixação dos marcos ou margens penais, que quando excessivamente amplos colidem com o princípio da legalidade" (Maurício Antônio Ribeiro Lopes, Princípios Políticos do

Direito Penal, 2ª ed., RT, SP, 1999, pág. 83).

Daí concluir-se que a exclusão dos condenados pelos crimes listados na Lei n. 8.072/90 da incidência da norma do art. 44 do Código Penal, fere de morte os mais mezinhos princípios do Estado Democrático de Direito, haja vista que "a gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter da ultima ratio que sua intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e o excesso de poder punitivo" (Maurício Antônio Ribeiro Lopes, ob. cit., pág. 76).

Além disso, não custa lembrar que o jurista moderno, adaptado às condições de seu tempo, pois deve atentar para a proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e, especialmente, no campo do direito da execução penal, "há que colocar-se a interpretação no seu harmonioso campo teleológico, de vistas voltadas para a premiação da recuperação do detento, manipulada em função de fatores reeducacionais diversos, dentre os quais a pena como um todo é condição singular da progressiva brandura prisional, conquistados os seus benefícios a crédito do próprio cumprimento singular e contínuo da penitência a purgar" (RHC n. 1.584—RJ, rel. Min. José Dantas, j. 21/11/91).

No caso em tela, tem-se que a substituição pleiteada é suficiente à prevenção e repressão da conduta in-

criminada e à recuperação do apelante, embora o Magistrado sentenciante, próximo aos fatos, na aplicação da pena, tenha classificado as “conseqüências” e os “motivos desfavoráveis”. Por outro lado, os autos evidenciam que se trata de um caso isolado na sua vida, pois é primário, não registra antecedentes e conduta social desabonadora; a quantidade de estupefaciente encontrada em seu poder é ínfima (3g de cocaína).

Os requisitos estipulados pela nova redação do art. 44 do Código Penal, para substituição da pena privativa de liberdade pelas restritiva de direitos são: a) pena inferior ou igual a 4 (quatro) anos, se o crime for doloso; b) crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não re-

incidente em crime doloso; e d) a suficiência da medida indicada pelo exame da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do condenado.

O apelante preenche todos os requisitos objetivos, pois foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, o crime praticado não se utiliza de violência ou grave ameaça e não é reincidente, como também os subjetivos, já explicitados anteriormente.

Assim, a medida mostra-se suficiente à reprovação e prevenção do crime.

Florianópolis, 4 de setembro de 2000.

*Álvaro Wandelli.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.023380-3, DE ITAJAÍ**

**Relator: Des. Amaral e Silva**

*Penal — Tráfico ilícito de entorpecentes e posse ilegal de arma de fogo — Delitos configurados — Prova — Depoimento de policiais — Validade — Indícios que autorizam juízo seguro da ocorrência de ambos os delitos — Condenação mantida — Pena detentiva — Adequação do regime de cumprimento para o semi-aberto — Pena de multa — Valor do dia-multa — Adequação de ofício — Recurso parcialmente provido.*

*Depoimentos de policiais dando conta da narcotraficância, aliados à apreensão, na residência do agente, de grande quantidade de crack, arma de fogo, balança de precisão e retalhos de plástico próprios para embalar a droga, constituem elementos suficientes à condenação.*

*Para o crime de posse ilegal de arma de fogo, basta a simples posse dentro de casa ou de dependência desta sem o respectivo registro expedido pelo poder público.*

*O regime inicial para o cumprimento da pena de detenção deve ser o aberto ou o semi-aberto, salvo a hipótese de regressão (art. 33, caput, do CP).*

*Considera-se, além da reincidência, a análise das condições previstas no art. 59, caput, do Código Penal.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.023380-3, da comarca de Itajaí, em que é apelante Joaquim Linhares dos Santos, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao apelo para modificar o regime de cumprimento da pena de detenção, adequando o valor do dia-multa para o mínimo legal previsto no art. 38 da Lei n. 6.368/76.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Joaquim Linhares dos Santos foi denunciado como incurso nas sanções do art. 132 do Código Penal, art. 12 c/c o art. 18, III, ambos da Lei n. 6.368/76, art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, e art. 1º da Lei n. 2.252/54.

Regularmente processado, foi absolvido das imputações do art. 132 do Código Penal e art. 1º da Lei n. 2.252/54, restando condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 70 (setenta) dias-multa, no valor individual de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, pela infração ao art. 12 da Lei de Tóxicos (afastada a incidência do art. 18, III, da mesma Lei), e à pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção, mais pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no mesmo

valor individual, por infração ao art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97.

Inconformado, apela da sentença, pleiteando, em síntese, absolvição, sob o argumento de que a propriedade da arma de fogo não restou comprovada, sendo que a casa não lhe pertencia e, no momento da prisão, havia diversas pessoas no local. Em relação ao tráfico, alega não haver prova da autoria, porquanto a droga poderia pertencer a qualquer dos presentes na residência. Afirma que não há evidências de que a droga destinava-se ao comércio. Invoca o princípio da dúvida para descaracterizar os delitos pelos quais foi condenado.

Também, em resumo, diz o Dr. Promotor de Justiça que o elenco probatório é contundente e conclusivo quanto à responsabilidade do réu, pugnando pela manutenção integral da sentença.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

O recurso seguiu os trâmites legais.

## II — Voto

1 — Os delitos restaram comprovados.

Depreende-se dos autos que policiais militares realizavam investigações acerca do tráfico de drogas no bairro Dom Bosco quando lograram



apreender 84,1g (oitenta e quatro grammas e um decígrama) de crack, um revólver calibre 38 e outros apetrechos próprios à traficância no interior da casa onde residia Joaquim Linhares dos Santos, vulgo "Joaquinzinho", meliante conhecido na região, que havia saído da cadeia fazia menos de um mês sob livramento condicional.

O policial Martins Claiton Nunes da Silveira, comandante da operação, descreveu com detalhes os acontecimentos, afirmando que na madrugada do dia 12 de junho de 1999 "perceberam movimentação na casa do já conhecido traficante, vulgo 'Joaquinzinho'". Disse terem abordado um rapaz de bicicleta que havia entrado na residência e saído logo em seguida, o qual de imediato "passou a promover um escândalo e uma tremenda gritaria, ao mesmo tempo em que reagia impedindo que os policiais se aproximassem", sendo que, ao tentar detê-lo, um dos policiais "recebeu um chute e um empurrão do rapaz, que jogou-o contra o muro". Narrou que os demais milicianos, inclusive o declarante, partiram em auxílio ao colega quando "foram vítimas de disparos de arma de fogo vindos do interior da casa do Joaquinzinho", fato que os obrigou a protegerem-se atrás de um muro. Solicitado auxílio pelo rádio, algumas viaturas chegaram ao local, "momento em que a mãe de Joaquinzinho saiu da casa dizendo que podiam entrar que só tinha um lá dentro". Entrando na residência, "foi encontrado no quarto, mais precisamente no guarda-roupas, pelo soldado Barcelos, um pacote contendo crack e uma balança eletrônica" e também, sob o assoalho da cozinha, "um revólver calibre 38, municiado com munição in-

tacta, deflagrada e outras percutidas e não deflagradas". Quanto ao acusado, disse que "tentou refugiar-se no meio de três crianças que estavam na cama". Esclareceu que "o rapaz que foi abordado saindo da residência do autuado, foi identificado como sendo L. L. dos S., sobrinho do autuado, com 14 anos de idade, em cujo poder foi apreendida a importância em dinheiro de R\$ 283,20, dividido em notas pequenas que demonstram ser produto da venda de drogas". Finalmente, afirmou que "nesse ínterim foi detido também outro adolescente, A. L. dos S.", sendo que "referidos adolescentes são reconhecidamente usados pelo autuado para servirem dos chamados 'aviãozinhos', que servem para vender a droga em pequena quantidade, retornando sempre ao fornecedor para se abastecerem".

Diante das evidências, Joaquim Linhares dos Santos foi preso em flagrante.

As declarações dos demais policiais, devidamente compromissados e não contraditados, foram harmônicas e coerentes, todas enfatizando a fama de traficante do agente e impu-tando-lhe a propriedade da droga e da arma.

Depoimentos de policiais merecem fé como o de qualquer outra testemunha.

Julio Fabbrini Mirabete preleciona:

"Não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha" (Processo Penal, 8ª

ed., São Paulo, Atlas, 1998, pág. 306).

Damáσιο E. de Jesus segue o mesmo entendimento:

“A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/64). Assim, como já foi decidido, é ‘inaceitável a pre-conceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório’ (TACrimSP, RT 530/372)” (Código de Processo Penal Anotado, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 167).

Da jurisprudência:

“A prova testemunhal obtida por depoimento de agente policial não se desclassifica na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado; é preciso evidenciar que ele tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas. Precedente” (STF — HC n. 74.522/AC — j. 19/11/96 — rel. Min. Maurício Correa — DJU 13/12/96).

Nesta Corte, idêntico é o entendimento:

“Tóxico — Maconha — Apelação criminal objetivando a absolvição por ausência de provas e, alternativamente, a desclassificação para uso próprio — Impossibilidade ante a prova amealhada — Depoimento de poli-

ciais — Validade — Recurso desprovido.

“Os depoimentos de policiais não podem ser rejeitados só pela condição funcional que exercem, merecendo valor probante se isentos de má-fé ou suspeitas” (Ap. Crim. n. 98.003470-1, de Blumenau, rel. Des. Souza Varella).

“Tráfico de drogas. Art. 12 da Lei n. 6.368/76. Crime caracterizado. Policiais que informados da atividade comercial ilícita do apelante o prendem na posse de certa quantidade de cocaína, devidamente acondicionada (petecas) para o comércio. Depoimentos firmes e harmônicos dos policiais neste sentido. Validade. Réu que declarou não ser usuário de drogas” (Ap. Crim. n. 98.009300-7, da Capital, rel. Des. Genésio Nollí).

Expostos os fatos, passo à análise individual dos delitos pelos quais o apelante foi condenado:

1.1 — Tráfico ilícito de entorpecentes

A materialidade está consubstanciada no Termo de Apreensão (fl. 23), Laudo de Constatação (fl. 24) e Laudo Pericial Definitivo (fls. 54/57), que atestam tratar-se de 84,1g (oitenta e quatro gramas e um decigrama) de cocaína na forma básica, popularmente conhecida como crack, a substância apreendida.

No tocante à autoria, mister analisar as declarações dos envolvidos:

O apelante Joaquim Linhares dos Santos reservou-se o direito de prestar declarações em Juízo, oportunidade em que alegou desconhecer “a existência da droga e da arma”, e que

“não havia na casa retalhos de plástico para embalagem de droga e, também, não havia a balança de precisão apontada na exordial”. Negou ter usado seus sobrinhos como intermediários em transações com a droga, relatando que o menor L. L. dos S. havia chegado um pouco antes dos fatos na casa, vindo “de um carro de lanches das proximidades”, sendo que “a polícia foi na direção do referido menor e o deteve”. Reconheceu que, nesse momento, “foram disparados tiros”, porém não comentou acerca da autoria destes. Afirmou, ainda, que “os dois menores trabalham no Supermercado Tamoyo, na esquina de uma rua próxima, perto da sinaleira”. Por fim, declarou que “não é viciado e nem usuário de drogas” e que “já foi processado inúmeras vezes nessa comarca” (fls. 51/52).

Já o menor L. L. dos S. depôs em duas oportunidades, apresentando versões conflitantes entre si e contraditórias à prestada pelo tio:

Na Delegacia de Proteção à Mulher e ao Menor, para onde foi levado logo após o flagrante, declarou que “estava apenas dando uma volta de bicicleta” quando foi detido. Quanto aos R\$ 283,20 (duzentos e oitenta e três reais e vinte centavos) encontrados em seu poder, afirmou que pertenciam a sua avó, mãe do apelante, que teria recebido sua aposentadoria naquele dia e pedira para que o sobrinho a guardasse. Esclareceu que “nunca participou da venda de drogas com o tio” e que “nunca usou qualquer tipo de drogas”, no entanto reconheceu que Joaquinzinho “já esteve preso numa outra ocasião por vender drogas” (fls. 34/35).

Em Juízo, L. declarou que no momento da prisão “estava saindo de casa para fazer um lanche”. Por outro lado, reconheceu que “a polícia encontrou oitenta e cinco gramas e cinco decigramas de crack na casa, cuja existência o informante desconhecia”, negou a apreensão da balança, no entanto reconheceu a presença dos pedaços de plástico, afirmando que “eram para o informante fazer rabiola para pipa” (fl. 84v.).

O irmão de L., A. L. dos S., que também foi detido na operação, prestou declarações apenas na delegacia confirmando as informações dadas pelo irmão acerca da procedência do dinheiro e dos antecedentes de Joaquinzinho com a narcotraficância. Disse que “nunca vendeu drogas com o seu tio, bem como, também nunca usou qualquer tipo de drogas” (fl. 37).

Por fim, têm-se as declarações de Teresa Alves, mãe de Joaquim e avó dos menores:

No flagrante reconheceu que os policiais entraram em sua casa e “encontraram uma arma e crack”, sendo que “não sabia que havia arma nem droga em sua casa”. Disse que “desconhece sobre seu filho Joaquim vender droga e usar os sobrinhos para tal crime”, no entanto reconheceu que “Joaquim saiu da cadeia a três semanas e não estava trabalhando e nem tem profissão”. Afirmou que “seus netos adolescentes não trabalham e a declarante não lhes deu dinheiro” (fl. 10).

Perante a autoridade judiciária apresentou outra versão para a origem do dinheiro apreendido, dizendo que “fizera um empréstimo bancário e entregara para o menino guardar”. De-

clarou que “o garoto estava saindo de casa para fazer um lanche, por volta das 23h30min, quando a polícia o abordou e encontrou o numerário em poder dele”. Quanto à droga, mudou a versão, asseverando que “a polícia disse que encontrou droga na casa, mas foram os próprios policiais que colocaram o entorpecente porque não gostam do réu”. Afirmou não saber se havia balança de precisão na casa, sendo que “os pedaços de plástico apreendidos na casa eram das crianças para a confecção de pipas” (fl. 83v.).

A primeira contradição a ser analisada refere-se à apreensão do dinheiro em poder de L. L. dos S. Note-se que se tratava de R\$ 283,20 (duzentos e oitenta e três reais e vinte centavos) distribuídos da seguinte forma: quarenta e oito notas de R\$ 1,00 (um real); dez notas de R\$ 5,00 (cinco reais); treze notas de R\$ 10,00 (dez reais); uma nota de R\$ 50,00 (cinquenta reais); três moedas de R\$ 1,00 (um real); duas moedas de R\$ 0,50 (cinquenta centavos); uma moeda de R\$ 0,25 (vinte e cinco centavos); oito moedas de R\$ 0,10 (dez centavos); e três moedas de R\$ 0,05 (cinco centavos) (fl. 33).

Como visto, o menor afirmou que o dinheiro era da aposentadoria de sua avó. Esta, na polícia, disse não ter dado dinheiro algum aos netos, e em Juízo declarou que se referia a um empréstimo bancário.

De se salientar que, se fosse fruto de aposentadoria ou empréstimo bancário, a defesa poderia facilmente comprovar documentalmente tais fatos, o que não fez.

Ademais, independentemente da origem do numerário, é absolutamente inviável pensar-se que viria distribuído em tão variada monta, afigurando-se inadmissível o fato de um adolescente, com apenas 14 (quatorze) anos de idade, sair à noite pela rua para passear ou fazer um lanche com a quantia no bolso, tanto pelo valor nominal, quanto pelo volume que representam 72 (setenta e duas) cédulas e 17 (dezesete) moedas.

O fato constitui forte indício de que o dinheiro era fruto da narcotraficância.

Por outro lado, a versão da mãe do apelante, de que a droga teria sido “plantada” pelos policiais, restou isolada do restante da prova testemunhal, uníssona ao afirmar ter sido encontrada grande quantidade de entorpecente e uma arma.

Some-se a isso a presença de “uma balança eletrônica, marca Tanita, modelo 1479, cor preta, funcionando” e “uma sacola plástica contendo vários retalhos de plástico da mesma textura, comumente usadas para embalagem de pedras de crack ou cocaína” (fl. 23).

Não se diga que os pedaços de plástico destinavam-se à confecção de pipas (desculpa freqüentemente utilizada em casos como tais), pois o Termo de Apreensão de fl. 23 atesta que os retalhos encontrados são da mesma textura do plástico que envolvia a droga apreendida.

Cumprido lembrar que, em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, não há que se exigir prova direta, especialmente com testemunho presencial da mercancia, porquanto uma das principais características de

tal delinquência perversa é a clandestinidade de sua prática, embora notoriamente difundida. É suficiente para a condenação a existência de indícios e circunstâncias que autorizem, indubitavelmente, a certeza da comercialização ilícita.

Prescindível, portanto, que o agente seja flagrado no momento da comercialização, bastando que pratique uma das ações previstas no art. 12 da Lei n. 6.368/76, dentre elas a de "ter em depósito" substância entorpecente.

Anotaram Alberto Silva Franco e outros:

"O crime de tráfico ilícito de entorpecente não exige o dolo específico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de 'ter em depósito, sem autorização'" (STF — HC n. 70.344 — rel. Paulo Brossard — RTJ 149/521)" (Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. 2, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 993).

"Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato da venda da mercadoria proibida.

'Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização' (TJSP — Ac 172.503-3/8 — rel. Jarbas Mazzoni — RT 714/357 e JTJ 170/288)" (op. cit., pág. 979).

"Em tema de entorpecente, a conduta de ter em depósito, sem autorização legal ou regulamentar, a droga proibida, basta para integrar a figura criminosa do tráfico ilícito.

'Vender, em tema de entorpecente, é uma das condutas típicas, e não conditio sine qua non de delito de tráfico ilícito.

'Caracteriza o delito de tráfico ilícito de substância entorpecente, pela inexigibilidade do dolo específico, a conduta típica e exclusiva de ter em depósito, sem autorização legal ou regulamentar, drogas proibidas' (TJRJ — Agr 10/94 — rel. Enéas Machado Cotta — RDTJRJ 24/307)" (op. cit., pág. 980).

Em síntese:

As declarações dos policiais dão conta da notoriedade de Joaquinzinho como traficante;

Foi apreendida grande quantidade de crack guardada ao lado de uma balança de precisão em um dos quartos da residência, bem como encontrados vários retalhos plásticos destinados a embalar a droga em porções menores;

O sobrinho do apelante, menor de idade, foi detido em atitude suspeita, portando dinheiro trocado de origem também duvidosa;

O apelante possui péssimos antecedentes e personalidade voltada para o crime;

Em que pese a negativa de autoria, conservando ou retendo substância entorpecente, comprovada a destinação comercial pelas circunstâncias e indícios já referidos, conclui-se seguramente haver o apelante incidido, mesmo, no crime de tráfico ilícito de entorpecentes, delito permanente.

1.2 — Posse ilegal de arma de fogo

O art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, apresenta multiplicidade de condutas, dentre elas possuir arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo Termo de Apreensão (fl. 23), dando conta haver sido encontrado “um revólver de marca Taurus, calibre 38, cano 4, oxidado, cabo de madeira, com capacidade para seis cartuchos, estando municiado com dois cartuchos intactos, duas cápsulas deflagradas e dois cartuchos percutidos e não deflagrados, com numeração de série 338082, e um cartucho intacto ao lado da arma, revólver este apreendido sob o assoalho da cozinha da casa do conduzido”, bem como pelo Laudo Pericial (fls. 61/66), que atesta a potencialidade lesiva.

A autoria, não obstante a negativa do réu, também ficou demonstrada pelas declarações da mãe, Teresa Alves, que, ao prestar depoimento no flagrante, admitiu que, “na madrugada de hoje, acordou quando seu filho Joaquim, de dentro da residência, disparou dois tiros para a rua, passando os tiros pelo vidro da janela da sala”.

Se a própria mãe do apelante reconheceu que foi ele o autor dos disparos contra os policiais, em que pese o resultado negativo da perícia de resíduos de chumbo em sua mãos (fls. 58/59), o qual, inclusive, motivou a absolvição pelo delito do art. 132 do Código Penal, incontestemente que era ele o possuidor da arma de fogo, devendo responder por tal posse ilegítima, visto não ter o registro competente.

As declarações dos policiais foram uníssonas no sentido de ser o réu o possuidor da arma.

Some-se a isso o fato de o apelante já ter sido condenado anteriormente pela contravenção de porte ilegal de arma de fogo prevista no art. 19 do Decreto-Lei n. 3.688/41 (fl. 40).

Como se vê, há indícios suficientes conduzindo à certeza de que o apelante guardava em sua residência (escondida embaixo do assoalho da cozinha) arma de fogo sem o respectivo registro.

Fernando Capez explica:

“Possuir arma de fogo em casa, sem o respectivo registro.

“O art. 10, caput, incrimina, logo na primeira figura, a posse de arma de fogo. Com a eliminação da elementar ‘fora de casa ou de dependência desta’, fica clara a intenção do legislador em incriminar o agente que venha a possuir arma de fogo dentro de seu domicílio (casa ou local de trabalho) sem o respectivo registro.

“O problema é sério, uma vez que a Lei n. 9.437/97 concedeu prazo de seis meses, a partir de 20 de fevereiro de 1997, portanto já vencido, para que todos os proprietários de armas não registradas procedessem aos respectivos registros. (...) de modo que, tratando-se de infração de perigo presumido ou abstrato, em caso de busca domiciliar e apreensão da arma irregularmente possuída, o proprietário ou possuidor terá que ser encaminhado ao Distrito Policial para instauração do respectivo inquérito policial e arbitramento de fiança (CPP, art. 322, I). A questão é que o agente acabará sendo processado e condenado, a menos que se lhe conceda suspensão condi-

cional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), sem que seja necessário demonstrar a efetiva lesividade de sua conduta ao meio social, dada a clara disposição legal. A ofensividade da conduta foi presumida pelo legislador para todos os casos, pois este somente exigiu que o proprietário detivesse a arma de fogo sem permissão da autoridade competente" (Arma de Fogo: Comentários à Lei n. 9.437, de 20/2/97, São Paulo, Saraiva, 1997, págs. 37/39).

E prossegue o doutrinador:

"A nova lei omitiu a elementar 'fora de casa ou de dependência desta', que constava do texto revogado do art. 19 da Lei das Contravenções Penais. (...) Com a inserção de novas condutas no tipo tornou-se crime possuir arma de fogo dentro de casa ou de dependência desta, sempre que ausente a autorização ou determinação legal ou regulamentar. Assim, se o fato ocorre no domicílio, aperfeiçoa-se o delito de posse ilegal; se fora, o de porte ilegal, ambos punidos com a mesma pena. A diferença é que no primeiro a autorização é o registro, enquanto no segundo o porte, ambos concedidos pela autoridade policial".

Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira explicam:

"O registro da arma de fogo é 'o documento expedido pelo poder público através da autoridade competente, que autoriza a pessoa a possuir uma arma, exclusivamente no interior de sua residência, ou no seu local de trabalho, desde que seja ela a responsável legal ou titular do estabelecimento'" (Lei das Armas de Fogo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pág. 26).

Da jurisprudência:

"Para a caracterização do crime de porte ilegal de arma de fogo, basta a simples posse, sem a devida licença da autoridade competente, sendo irrelevante a intenção dos agentes, posto que se trata de delito de mera conduta" (Ap. Crim. n. 98.010035-6, da Capital, rel. Des. José Roberge).

2 — Por outro lado, verifico que a fixação do regime integralmente fechado para o cumprimento da pena de detenção afronta o disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal.

Note-se que o Dr. Juiz, ao aplicar a pena privativa de liberdade, não distinguiu as reprimendas detentiva e reclusiva, dispondo simplesmente que "a pena privativa de liberdade resta totalizada em 4 (quatro) anos de reclusão e 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção, que deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90), não sendo possível a substituição da sanção corporal por pena restritiva de direitos ou suspensão".

O representante ministerial embargou a decisão (fl. 104v.) visando a corrigir a ambigüidade existente entre o regime inicialmente fechado e sua fundamentação no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, que prevê regime integralmente fechado aos crimes hediondos e equiparados.

Conclusos os autos, o Magistrado acolheu os embargos para fazer constar na sentença: "A pena será cumprida integralmente em regime fechado — Lei 8.072/90" (fl. 106).

Como visto, o regime integralmente fechado estendeu-se também à pena detentiva imposta pelo porte ilegal de arma de fogo, merecendo, nes-

se ponto, ser modificada a r. sentença.

No tocante à pena de detenção, o art. 33, caput, do Código Penal, é claro ao determinar que deverá ser cumprida “em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”.

Por seu turno, os parágrafos do referido artigo estabelecem os critérios a ser utilizados para a fixação do regime inicial de cumprimento das penas de reclusão e detenção:

“§ 2º. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

“a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

“b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

“c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

“§ 3º. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”.

Comentando as disposições do art. 33 e seus parágrafos, Julio Fabbrini Mirabete explica:

“Devem iniciar o cumprimento em regime semi-aberto os condenados reincidentes à pena de detenção, qualquer que seja sua quantidade, e

os não-reincidentes condenados à pena superior a quatro anos (art. 33, caput, segunda parte, e art. 33, § 2º, b). Ainda que reincidente o condenado, diante do art. 33, caput, do CP, não se lhe pode impor inicialmente o regime fechado quando aplicada pena de detenção” (Manual de Direito Penal, vol. 1, 16ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pág. 256).

Adalto Dias Tristão não discrepa:

“Pelo exame detido do § 2º, letras a, b, c, do CP, se conclui que o regime fechado somente se aplica às penas de reclusão.

“Mesmo porque a parte final do art. 33, CP, é expressa ao determinar que ‘...a de detenção, em regime semi-aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado’.

“Portanto, o regime inicial de cumprimento da pena para os apenados com detenção, mesmo reincidentes, não pode ser o fechado” (grifei) (Sentença Criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança, 4ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1998, pág. 76).

Isso posto, incontestemente a impossibilidade de regime fechado para a pena de detenção.

Da jurisprudência:

“Penal. Execução. Pena de detenção. Regime inicial de cumprimento da pena.

“O regime inicial para execução de sanção de infração apenada com detenção é o aberto ou, então, o semi-aberto ressalvada, v.g., a regressão. O fechado está reservado a delitos apenados com reclusão” (STJ —



HC n. 9089/SP — rel. Min. Felix Fischer — j. 27/4/99 — DJU 7/6/99).

Ainda:

“A lei não prevê o regime inicial fechado para a pena detentiva; só na hipótese de regressão o réu condenado a esse tipo de pena privativa de liberdade poderá ser recolhido em regime fechado” (RT 691/315).

E mais:

“Em se tratando de pena detentiva, ainda que caracterizada a reincidência, a imposição inicial do regime fechado é vedada, a teor do art. 33, caput, do CP” (RT 735/591).

No caso, o Dr. Juiz não considerou a reincidência do réu (certidões de fls. 39/42) na fixação da reprimenda, sendo defeso considerá-la nesta Instância em face da ausência de recurso por parte da acusação, evitando-se assim a *reformatio in pejus*.

Por outro lado, deve-se levar em conta a análise dos requisitos do art. 59, caput, do Código Penal, os quais foram todos desfavoráveis (motivando a exacerbação da pena-base), destacando-se ainda que, como visto, dentre os vários antecedentes criminais do réu (fls. 39/42) há um específico de porte ilegal de arma de fogo que, à época, ainda configurava a contravenção penal prevista no art. 19 do Decreto-Lei n. 3.688/41.

Este o entendimento da Suprema Corte:

“O juiz, ao estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena, deverá compatibilizar o disposto no art. 33, caput, e seu parágrafo 2º, do Código Penal, com o caput do art. 59 e inciso III, do mesmo Código” (HC n.

72361/SP — rel. Min. Carlos Velloso — j. 29/8/1995, DJU 22/9/95).

Também:

“A determinação do regime inicial de cumprimento de pena depende não apenas das regras do caput do art. 33 e seu parágrafo 2º, mas também de suas próprias ressalvas, conjugadas com o caput do art. 59 e inciso III” (RHC n. 64970/RJ — rel. Min. Sydney Sanches — j. 20/10/87, DJU 20/11/87).

Sopesadas tais considerações, entendo que o regime de cumprimento da pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção pela infração ao art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, deve ser o semi-aberto.

3 — O valor do dia-multa merece adequação. O Dr. Juiz inobservou a regra estabelecida na Lei de Tóxicos.

Em se tratando de tráfico, o valor do dia-multa deve ser estabelecido de acordo com o artigo 38 e seus parágrafos 1º e 3º da Lei n. 6.368/76, que prevê valores diversos dos do artigo 49, § 1º, do Código Penal.

Já se decidiu:

“A fixação do valor do dia-multa em sede de delitos de tóxicos segue os parâmetros do artigo 38, §§ 1º e 3º, da Lei n. 6.368/76 (lei especial) e não a sistemática dos artigos 49 e 60, caput, do Código Penal” (Ap. Crim. n. 32.087, da Capital, rel. Des. Alberto Costa).

4 — Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso para modificar o regime de cumprimento da pena de detenção, adequando o valor do dia-multa para o mínimo legal previsto no art. 38 da Lei n. 6.368/76.

### III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Deram provimento parcial ao recurso para modificar o regime de cumprimento da pena de detenção e adequaram o valor do dia-multa para o mínimo legal previsto no art. 38 da Lei n. 6.368/76.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Genésio Nolli e Souza Varela. Lavrou parecer, pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 13 de fevereiro de 2001.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.000183-2, DE ITAJAÍ

**Relator: Des. Amaral e Silva**

*Processual e penal — Tráfico ilícito de entorpecentes — Prova — Testemunho de policiais que efetuaram a diligência — Indícios e circunstâncias que convencem da autoria — Pretendida a desclassificação para o art. 16 da Lei n. 6.368/76 — Impossibilidade — Recurso parcialmente provido.*

*A simples guarda do entorpecente, cuja destinação comercial é comprovada por indícios e circunstâncias, basta à configuração do delito, não se exigindo seja o agente flagrado no momento da comercialização.*

*“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais — especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório — reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal” (STF).*

*Hipótese em que foram encontrados na casa do apelante objetos próprios para o narcotráfico, tais como plásticos cortados para embalar a droga.*

*O fato de o agente ser viciado não descaracteriza o narcotráfico, haja vista que na maioria dos casos os dependentes também traficam, isso para manter o vício.*

*Vistos, relatados e discutidos  
estes autos de Apelação Criminal n.*

*01.000183-2, da comarca de Itajaí, em  
que é apelante Luciano Jacó Palhano,*

*sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, para reduzir a pena para 4 (quatro) anos de reclusão.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Luciano Jacó Palhano restou condenado à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa, no valor individual de R\$ 0,61 (sessenta e um centavos), por infração ao art. 12, c/c o art. 18, III, ambos da Lei n. 6.368/76.

Inconformado com o teor da r. sentença, recorre, pleiteando a absolvição, “diante dos policiais não terem nenhuma prova no sentido de que o acusado traficava; diante de não terem prendido nenhum viciado que tenha dito ter comprado droga do acusado; diante da acusação não provar a denúncia nos termos do artigo 156 do CPP; diante das dúvidas e incertezas”. Alternativamente, pleiteia desclassificação para o artigo 16 da Lei n. 6.368/76.

Também em resumo, diz o representante do Ministério Público que a sentença deve ser mantida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

### **II — Voto**

1 — O tráfico restou comprovado.

A materialidade vê-se consubstanciada nos termos de apreensão de fls. 28/29, laudos de constatação provisórios de fls. 30/31 e laudo pericial de fls. 70/74.

A autoria restou evidenciada pelos depoimentos dos policiais que efetuaram a diligência que culminou com a apreensão da droga.

Em virtude de denúncias de que Luciano Jacó Palhano comercializava drogas juntamente com Raquel Polônia Rodrigues (que restou condenada na Apelação Criminal n. 00.010028-5), policiais militares, munidos de mandado de busca e apreensão, dirigiram-se à residência de Raquel, onde também se encontrava o apelante, que conversava com uma terceira pessoa. Revistando a casa, foi encontrada, no interior da geladeira, uma latinha de “Nescau” contendo 3 (três) buchas médias de crack. Apreenderam, ainda, um “baseado” de maconha na estante da sala, uma sacola com vários pedaços de plástico cortados para embalagem da droga e uma faca sobre a mesa da cozinha com resíduos de substância parecida com crack.

Em juízo, o policial Martins Claiton Nunes da Silveira assim descreveu a diligência:

“Que o depoente, pelo que se lembra, a acusado(a) tinha apenas consigo o dinheiro; que o depoente revistou a casa e, dentro da geladeira, num pote de Nescau, encontrou três pedras de crack; que, na mesa da residência, encontraram uma faca com

vestígios de crack e, também na mesa, tinha vestígios de crack; que sobre a mesa o depoente também encontrou plásticos para embalar a droga; que, com o acusado Luciano, também foi encontrada uma quantia em dinheiro; que, apreendida a droga, o acusado Luciano nada falou e a acusada Raquel alegou que a droga pertencia a ele; (...) que o depoente, nas diligências que fez, várias vezes viu pessoas entrando na residência para comprar droga" (fl. 78v.).

Também sob o crivo do contraditório, o policial Hélio Alexandre do Amaral esclareceu:

"Que há bastante tempo a polícia investigava a casa da acusada; que, durante as investigações, já foram feitas várias prisões na casa, mas o tráfico nunca parava; que os policiais viam constantemente pessoas e veículos na residência para comprar droga; que, depois que o marido da acusada Raquel foi preso por tráfico de drogas, o acusado Luciano começou a frequentar a casa" (fl. 79).

E a policial Tatiana Maria dos Santos:

"Que a depoente quando estava de serviço observava a movimentação da casa dos acusados; que faziam rondas normais, mas que algumas vezes ficavam parados próximo à residência para coibir; que a depoente quando ficavam parados com a viatura observou que o acusado Luciano é quem vendia as drogas" (fl. 84v.).

O apelante não aponta qualquer justificativa capaz de tisonar de má-fé os depoimentos dos policiais, merecedores de crédito, como qualquer outra pessoa, especialmente porque aliados à forma como a droga

foi apreendida e às declarações do réu, que não nega a propriedade das substâncias entorpecentes, apenas se justifica dizendo que era para uso próprio.

É cediço: o depoimento do policial merece credibilidade como o de qualquer outra pessoa, não podendo ser desacreditado tão-somente em razão do cargo por ele exercido.

Doutrina e jurisprudência são pacíficas ao afirmar que declarações de policiais, isentas de má-fé, constituem importantes elementos de prova, merecendo crédito.

Na lição de Julio Fabbrini Mirabete:

"Mas não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha" (Processo Penal, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, pág. 303).

No mesmo sentido o entendimento da Suprema Corte:

"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais — especialmente quando prestado em juízo sob a garantia do contraditório — reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal" (STF — HC n. 73.518/SP — rel. Min. Celso de Mello — j. 26/3/96 — DJU 18/10/96).

Nesta Corte:

"Os depoimentos de policiais civis que, devidamente compromissados e não contraditados, narraram em

juízo as circunstâncias do flagrante com detalhes e coerência, dando ênfase ao fato de ter sido o agente flagrado na posse do estupefaciente e a negativa de usuário, têm valor probatório suficiente para condenação.

“O testemunho de policial não pode ser rejeitado só pela sua condição funcional; suas declarações devem ser consideradas como as de qualquer testemunha, especialmente se não contraditadas, e não invocada suspeição posterior, sem apresentação de motivos suficientes” (Ap. Crim. n. 99.010904-6, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“É assente na doutrina e jurisprudência que os depoimentos dos policiais, quanto aos atos de diligências, prisões e apreensões, devem merecer credibilidade como qualquer outro. O simples fato de serem servidores públicos não invalida, por si só, as suas declarações, não se podendo presumir que os informes prestados em testemunhos ou em documentos oficiais têm por vil escopo inculpar inocentes” (Ap. Crim. n. 99.003612-0, de Laguna, rel. Des. José Roberge).

Aliados aos depoimentos dos policiais há outros indícios que caracterizam mercancia.

Além da apreensão da própria droga (27,5g — vinte e sete gramas e cinco decigramas — de crack, e um cigarro de maconha), foram encontrados pedaços de plástico destinados à embalagem da droga, além de uma calculadora e um telefone celular e a quantia de R\$ 141,00 (cento e quarenta e um reais) em dinheiro. Havia, ainda, uma faca com resíduos de crack.

Em juízo, o apelante admitiu:

“Que o interrogando fazia uns 20 dias que diariamente ia na casa da acusada Raquel porque tinha se separado da esposa e a mãe tinha falecido; que o interrogando afirma que usava a droga na casa da acusada Raquel e ela às vezes também usava droga; que quando a polícia chegou na residência o interrogando escondeu a droga, mas os policiais acabaram apreendendo; (...) que o interrogando nega que estivesse vendendo droga na casa da acusada Raquel” (fl. 51v.).

Conservando ou retendo a substância entorpecente no local onde residia, comprovada a destinação comercial pelas circunstâncias e indícios já referidos, conclui-se seguramente que o apelante, em associação com Raquel, praticava a narcotráfica, delito permanente.

2 – No tocante à circunstância de ser o réu dependente (dependência leve, demonstrada no Exame de Dependência Toxicológica de fls. 98/110), nada impede seja também narcotraficante, por isso que, lamentavelmente, os viciados, em regra, também traficam.

Anotaram Alberto Silva Franco e outros:

“A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade’ (TJSP — HC n. 42.229-3 — rel. Onei Raphael — RJTJSP 101/498)” (Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. 2, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, pag. 1.004).

“Narcotráfico — ‘Embora o réu seja viciado em Alfacan, a prova de-

monstra que o mesmo fazia distribuição da droga em sua residência, com o que vai confirmada a sentença que o condenou por tráfico' (TJRS, AC 69.106.948-8, rel. Nério Letti, RJTJRS 154/141)" (op. cit., pág. 1.005).

É entendimento neste Tribunal:

"O fato de ser viciado no uso de cocaína em grau leve não tem o condão de desnaturar o delito de tráfico, vez que, no mais das vezes, os traficantes também são viciados, utilizando-se da revenda para angariar fundos como meio de sustentar o seu próprio vício" (Ap. Crim. n. 98.009528-0, de Joinville, rel. Des. Álvaro Wandelli).

3 — Observo que no interrogatório o apelante confessou, mas a digna Juíza não reconheceu a atenuante. Assim, mantidas as demais cominações da sentença, reduzo a pena compensando os 6 (seis) meses da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Em face da qualificadora (art. 18, III, da Lei n. 6.368/76)

mantenho a agravação em 1/3 (um terço), concretizando a pena em 4 (quatro) anos de reclusão.

4 — Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso, para reduzir a pena para 4 (quatro) anos de reclusão.

### III — Decisão

Acompanharam o voto de relator. Deram provimento parcial ao recurso, para reduzir a pena para 4 (quatro) anos de reclusão.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 6 de março de 2001.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.022063-0, DE PALHOÇA

**Relator: Des. Genésio Nolli**

*Apelação criminal — Nulidade inexistente — Agente preso em flagrante — Requisição para o interrogatório — Desnecessidade de citação por mandado — Falsidade material não demonstrada — Tipificado o delito de falsidade ideológica — Conduta não descrita explícita ou implicitamente na denúncia — Mutatio libelli — Inviabilidade na segunda instância — Inteligência da Súmula 453 do STF — Absolvição — Recurso provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.022063-0, da comarca de Palhoça (1ª Vara), em que é apelante Paulo*

*César de Oliveira, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

Acordam, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para absolver o apelante.

Custas de lei.

Na comarca de Palhoça (1ª Vara), Paulo César de Oliveira foi condenado à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, por infração ao art. 298 do Código Penal.

Inconformado com a decisão, apelou Paulo César de Oliveira objetivando preliminarmente a nulidade do processo e, no mérito, a absolvição, porque os atos preparatórios não são puníveis ou, alternativamente, a redução da pena.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu conhecimento e desprovimento.

É o relatório.

A preliminar de nulidade não prospera.

A jurisprudência já sedimentou o entendimento de que a requisição do réu supre a falta de citação, nos casos em que ele estiver preso em razão do flagrante, em face do disposto no art. 360 do CPP.

Nesse sentido:

“Processual penal. Recurso em habeas corpus. Crime de homicídio qualificado. Ação penal. Nulidades processuais. Alegação.

“Estando o réu preso, a citação por mandado é prescindível, bastando a requisição para o interrogatório”

(STJ – RHC n. 5.185, rel. Min. Anselmo Santiago).

“Processual penal. Citação.

“Réu preso em flagrante, requisitado e interrogado pelo juiz, ocasião em que teve pleno conhecimento da acusação.

“A ausência de citação por mandado, nessa hipótese, não é causa de nulidade, salvo se demonstrada e comprovada a existência de prejuízo” (STJ — REsp n. 51.077 — rel. Min. Assis Toledo — j. 26/8/96 — DJU 21/11/94).

E ainda:

“Habeas corpus — Paciente preso em flagrante — Alegação de nulidade no mandado de citação, por omissão de formalidades essenciais que deveriam revestir o ato — Paciente devidamente citado e interrogado.

“Estando o réu preso por força de prisão em flagrante, a falta de sua citação para comparecer ao interrogatório não macula o ato. A sua requisição à autoridade competente é o suficiente. Artigo 360 do CPP. A presença do réu no interrogatório afasta o vício da nulidade citatória” (Habeas Corpus n. 99.001065-1, de Brusque, deste Relator).

Assim, afasto a preliminar argüida.

No mérito, o recurso é provido.

A conduta típica descrita no art. 298 contém dois verbos. O primeiro é falsificar — que significa criar materialmente, fabricar, formar, contrafazer o documento — no todo ou em parte ou acrescentar algo em escrito inserindo dizeres em espaço em branco. O segundo é alterar o documento verdadeiro, excluindo termos, acrescentando

dizeres, substituindo palavras (Julio Fabbrini Mirabete).

A prova produzida nos autos demonstra que o agente na realidade não alterou qualquer documento, na verdade o conteúdo é que é falso, ou seja, as declarações neles constantes é que não são verdadeiras.

Celso Delmanto estabelece a seguinte diferença entre falsidade material e ideológica:

“Na falsidade material, o que se frauda é a própria forma do documento, que é alterada, no todo ou em parte, ou é forjada pelo agente, que cria um documento novo. Na falsidade ideológica, ao contrário, a forma do documento é verdadeira, mas seu conteúdo é falso, isto é, a idéia ou declaração que o documento contém não corresponde à verdade”.

Para Julio Fabbrini Mirabete “distingue-se o falso ideológico do material porque neste o agente imita a verdade, através de contrafação ou alteração, enquanto naquele o documento é perfeito em seus requisitos extrínsecos, em sua forma, e emana realmente da pessoa que nele figura como seu autor ou signatário, mas é falso no seu conteúdo, no seu teor, no que diz ou encerra. Uma coisa é criar materialmente o documento ou parte dele, outra é declarar um juízo inverídico em lugar da verdade em documento que, materialmente, é verdadeiro. Concerne a falsidade ideológica ao conteúdo, e não à forma (RT 513/367). Assim, enquanto na falsidade material o crime é apurado pelo exame do escrito para se verificar se houve contrafação ou alteração, na ideológica somente pode ser constatado pela verificação dos fatos a que

se refere o documento” (Manual de Direito Penal, 5ª ed., Atlas, 1991, pág. 240).

Já se decidiu:

“Distinção entre falsidade material e a ideológica. Enquanto na primeira o exame do escrito para se verificar se houve contrafação ou alteração, na segunda, somente pode ser constatado pela verificação dos fatos a que se refere o documento” (Apelação Criminal n. 30.067, de Cunha Porã, rel. Des. Cláudio Marques).

A carteira de identidade juntada aos autos é um documento público e não particular. Assim, mesmo que houvesse falso material não caracterizaria o delito do art. 298, configuraria sim o do art. 297 (falsificação de documento público). Todavia, não há prova nos autos de que a identidade foi efetivamente falsificada ou alterada pelo apelante.

A confissão extrajudicial do recorrente deixa claro que este de posse de uma certidão de nascimento — que não está juntada aos autos — foi até o órgão competente e requereu a segunda via da “sua identidade” — apresentando-se como Paulo César Albertine — alegando para tanto que a havia perdido.

Portanto, o documento é materialmente perfeito, inexistente qualquer adulteração posterior a sua expedição. O conteúdo das declarações existente no documento é que é falso.

A declaração e o registro de perda de documentos e objetos (fls. 22 e 23) também não foram falsificados ou alterados materialmente pelo autor; o conteúdo dos documentos é que não é verdadeiro.



Da mesma forma os documentos de fls. 24 e 25.

Assim, não existindo o falso material, é inviável a manutenção da sentença prolatada.

A denúncia descreveu o delito de falso material que não restou comprovado. A falsidade ideológica não está descrita explícita ou implicitamente na exordial acusatória, impondo-se a absolvição do recorrente porque a Súmula 453 do STF veda expressamente a ocorrência do mutatio libelli na segunda instância.

É da jurisprudência:

“Receptação dolosa — Desclassificação em segunda instância — Inadmissibilidade — Inteligência do art. 617 do CPP e da Súmula 453 do STF — Absolvição.

“Se a denúncia imputou ao agente a prática de receptação dolosa (art. 180, caput, do CP), sem aludir, explícita ou implicitamente, às elementares da receptação culposa e o juiz não tomou as providências do disposto no art. 384 do CPP (mutatio libelli), não pode o Tribunal ad quem condená-lo por receptação culposa, em face da proibição contida no art. 617 do CPP, reforçada pela Súmula 453 do STF, devendo, por conseguinte, ser decretada a absolvição do agente.

‘Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida explícita

ou implicitamente na denúncia ou queixa’ (STF, Súmula 453)” (Apelação Criminal n. 98.005542-3, de Chapecó, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

E também:

“Receptação dolosa — Continuidade delitiva — Anemia probatória no tocante ao conhecimento por parte dos apelantes da origem criminosa dos produtos adquiridos — Variação extensa entre os preços pagos e os valores reais dos objetos — Receptação culposa tipificada — Nova definição jurídica dos fatos (mutatio libelli) — Crime não descrito na denúncia — Inteligência do art. 384 do CPP — Impossibilidade em segunda instância — Exegese da Súmula 453 do STF — Absolvição que se impõe” (Apelação Criminal n. 97.013045-7, de Itajaí, rel. Des. Jorge Mussi).

Ante o exposto, rejeita-se a preliminar e dá-se provimento ao recurso para absolver o apelante com fulcro no art. 386, inciso VI, do CPP.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Genésio Nollí, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 16 de maio de 2000.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Genésio Nollí,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.000187-2, DE SÃO JOAQUIM****Relator: Des. Genésio Nolli**

*Apelação criminal — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Inocorrência — Exclusão das qualificadoras (motivo torpe e dissimulação) — Inviabilidade.*

*“Não se pode falar em decisão contrária à prova dos autos se os jurados apreciaram os elementos probantes e firmaram seu convencimento, adotando a versão que lhes pareceu mais convincente” (RT 590/405; 626/290).*

*A vingança, decorrente de ressentimento reprimido, que impele o réu ao cometimento do crime, caracteriza o motivo torpe a que se reporta o artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal.*

*A dissimulação usada pelo apelado para ocultação da intenção hostil e acometer a vítima de surpresa, dificultando-lhe a defesa, caracteriza a qualificadora do § 2º, inc. IV, do CP, pois o criminoso age com falsas mostras de amizade, ou de tal modo que a vítima, iludida, não tem motivo para desconfiar do ataque e é apanhada desatenta, indefesa.*

*Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.000187-2, da comarca de São Joaquim (2ª Vara), em que é apelante Miguel Odair Ventura, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Na comarca de São Joaquim (2ª Vara), Miguel Odair Ventura foi condenado à pena de 15 (quinze) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática de homicídio duplamente qua-

lificado (CP, art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c art. 61, I).

Inconformado com a decisão, apelou objetivando a anulação do julgamento por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, ou, alternativamente, a exclusão das qualificadoras.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu conhecimento e desprovimento.

É o relatório

Não há como prosperar o recurso defensivo.

A materialidade delitiva ficou comprovada pelo auto de exame cadavérico de fl. 17.

A autoria também é certa. Em que pese a negativa do recorrente, não há como negar que este foi o autor do delito.

A prova amealhada durante a instrução processual demonstra, estreme de dúvida, que o recorrente, dissimuladamente, atraiu a vítima para fora da pizzaria e, movido por vingança, desferiu-lhe uma facada na região peri-umbilical (fl. 9), causando-lhe a morte (fl. 17).

A testemunha Otávio César Lima, delegado de polícia, ao ser ouvido em Juízo, afirmou à fl. 166: “que não chegou a tomar formalmente o depoimento da vítima, porquanto esta, logo após receber os ferimentos descritos no laudo pericial de fl. 9, foi internada, vindo a falecer 2 dias após, ainda no hospital onde se encontrava; que, porém, teve oportunidade de conversar com a vítima no hospital e lembra-se ter ela descrito os fatos de forma sucinta, porquanto o seu estado de saúde naquele momento era precário; que, entretanto, a vítima identificou o acusado, a quem chamava de ‘Miguelão’, e quanto ao motivo da agressão pronunciou uma única palavra: ‘cagüetagem’ (...)” (grifei).

A mãe da vítima em seu depoimento, fl. 169, confirma que presenciou o delegado inquirir seu filho: “que no dia seguinte, já no quarto, chegou a visita do delegado Otávio, o qual perguntou a seu filho sobre os fatos, tendo este dito que o autor da agressão tinha sido um tal de ‘Miguelão’, a quem não conhecia, porquanto este

teria acusado o seu filho de ‘alcagüete’ (...)”.

Luiz Antônio Palma Melo disse que: “conhecia o acusado aqui presente de vista, porquanto o mesmo, eventualmente, freqüentava a pizzaria, no entanto antes do fato e após o retorno do depoente à pizzaria não percebeu a presença de Miguelão no recinto, uma vez que a casa estava cheia e o depoente estava atendendo; que no trajeto entre a pizzaria e o Corpo de Bombeiros, Alex informou ao depoente que havia sido esfaqueado pelo Miguelão, não dizendo, entretanto, as razões que deram origem à agressão (...)” (fl. 168).

No mesmo sentido são os depoimentos de Francisco Assis da Silva (fls. 170/171), Fabiano Ribeiro (fls. 172/173), Laerte Goularte do Amaral (fl. 174) e Paulo Sérgio Souza (fls. 202/203), todos imputando ao apelante a autoria do delito.

A versão apresentada pelo apelante não tem respaldo na prova produzida e está isolada nos autos.

Portanto, é inegável que o recorrente foi o autor do homicídio, em face das provas produzidas.

Ademais, havendo nos autos provas sérias que justifiquem a posição adotada pelos jurados, não há como ser anulada a decisão por manifestamente contrária à prova dos autos.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte de Justiça:

“Júri — Homicídio — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Legítima defesa afastada — Veredicto mantido.

“Não age em legítima defesa o agente que, sem ser agredido mesmo injustamente, provoca e mata a vítima.

“Não é contrário à prova dos autos, muito menos manifestamente, o veredicto dos jurados que encontra sólido fundamento na versão que afasta as teses defensivas e opta pela condenação do agente. Até mesmo quando apoiado em prova fraca o decismum deve ser mantido” (Apelação Criminal n. 98.008499-7, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Ou ainda:

“Júri — Tentativa de homicídio — Caracterização — Legítima defesa — Excesso doloso — Duas versões — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Inocorrência — Veredicto mantido.

“Somente há decisão manifestamente contrária à prova dos autos quando se apresenta de todo absurda, chocante e aberrante de qualquer elemento de convicção colhido no decorrer do inquérito, da instrução ou do plenário; tal decisão, destituída de qualquer fundamento ou base no processo, não se confunde com aquela que opta por uma das versões apresentadas, mesmo que apoiada em prova suspeita ou fraca.

“Encontrando o veredicto dos jurados suporte em uma das versões existentes nos autos, verossímil e com lastro em declarações de testemunhas inquiridas, impossível reconhecê-lo como manifestamente contrário à prova dos autos” (Apelação Criminal n. 99.010425-7, de Xanxerê, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

A tese defendida pela defesa, de lesão corporal seguida de morte, não merece acolhida.

Consta do auto de exame de corpo-delito, fl. 9, que a vítima foi atingida por instrumento perfurocortante na região peri-umbilical.

Assim, pelas circunstâncias em que o crime ocorreu e localização em que foi desferido o golpe de faca, abdômen, é lícito presumir que o agente visava à morte da vítima, ou, no mínimo, assumiu o risco de produzir o resultado.

Note-se, ainda, que não existe a causa superveniente relativamente independente alegada pela defesa, pois o óbito ocorreu por hemorragia aguda, resultado natural do ferimento produzido pelo agente.

O art. 13 do Código Penal determina que todo o evento que concorreu para a produção do resultado lesivo é causa; adotando, assim, a chamada teoria da equivalência dos antecedentes, pela qual tudo o que contribui para o resultado é causa.

Para Julio Fabbrini Mirabete “não se distingue entre causa (aquilo que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos, seja positivamente a título de instrumento ou meio, seja negativamente, afastando os obstáculos). As forças concorrentes equivalem-se e sem uma delas o fato não teria ocorrido (*conditio sine qua non*). Todos os fatos que concorrem para a eclosão do evento devem ser considerados causa destes. Basta que a ação tenha sido condição para o resultado, mesmo que tenham concorrido para o evento outros fatos, a ação é causa, e o agente é causador dele”.

E complementa:

“Para que se possa reconhecer se a condição é causa do resultado, utiliza-se o processo hipotético de eliminação, segundo o qual causa é todo antecedente que não pode ser suprimido in mente sem afetar o resultado” (Manual de Direito Penal, 15ª ed., SP, Atlas, vol. 1, 1999, pág. 111).

E arremata:

“Não se elimina a relação de causalidade pela existência de uma concausa (preexistente, concomitante ou superveniente)” (op. cit., pág. 111).

Nelson Hungria discorrendo sobre o tema asseverou:

“A equivalência dos antecedentes causais é um irrefutável dado de lógica, e nada impede que seja reconhecido na esfera jurídico-penal, desde que se não confundam a causalidade objetiva e a causalidade subjetiva (culpabilidade), a imputatio facti e a imputatio juris. Se o reconhecimento do nexu causal entre a ação ou omissão e o resultado coincidissem com o juízo de culpabilidade, a teoria da equivalência seria, no terreno do direito penal, evidentemente impresentável, pois autorizaria, para efeito da imputatio juris ou da punibilidade, uma regressão infinita às condições antecedentes. No caso do homicídio, por exemplo, não escaparia à sanção penal nem mesmo o fabricante da arma com que foi o crime praticado.

“A teoria em questão é a preferível dentre todas as formuladas sobre a causalidade física, pois serve a uma solução simples e prática do problema. A pergunta — quando a ação ou omissão é causa do resultado?, ela responde de modo preciso e categóri-

co: a ação ou omissão é sempre causa quando, suprimida in mente (‘processo de eliminação hipotética’, na frase de Thyren), o resultado in concreto não teria ocorrido. Mas a causalidade física não é, nem podia ser o único pressuposto da punibilidade; acha-se esta, igualmente, subordinada à culpabilidade do agente. Após a averiguação de um evento penalmente típico na sua objetividade, tem-se de apurar, não somente se foi causado por alguém, mas, também, se o agente procedeu dolosa ou culposamente. O requisito da culpabilidade é, sob o prisma jurídico-penal, um corretivo à excessiva amplitude do conceito de causa (no sentido puramente lógico). Assim, no exemplo acima figurado, o fabricante da arma ofensiva não é penalmente chamado a contas pelo resultado ‘morte’, pois este não lhe pode ser psiquicamente imputado a título de dolo ou culpa” (Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo II, RJ, Forense, 1958).

In casu, verifica-se que, suprimido o golpe de faca efetuado pelo apelado contra a vítima, ela não seria internada no hospital nem ocorreria a hemorragia que a levou à morte, restando claro, portanto, que o processo hemorrágico que levou à morte a vítima é corolário lógico da ação (facada) perpetrada pelo agente.

Assim, não há superveniência de causa relativamente independente no surgimento de hemorragia aguda durante o tratamento das lesões sofridas por vítima de facada.

Inviável a exclusão das qualificadoras pretendida pela defesa, como bem observou o douto Procurador de

Justiça, no seu parecer, que adoto como razões e transcrevo:

“Concernente ao motivo torpe, entendemos que, igualmente, não está de modo algum dissociado do elenco de provas, pois a mãe da vítima e o delegado, em seus depoimentos (fls. 165 e 168), respectivamente, registraram ter ouvido a vítima agonizante dizer que o motivo do delito foi ‘cagüetagem’, ou seja, delação.

“Damásio E. de Jesus, in Direito Penal, 2º vol., pág. 67, 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, sobre o tema esclarece:

‘Motivo torpe é o moralmente reprovável, demonstrativo de depravação espiritual do sujeito. Torpe é o motivo abjeto, desprezível’.

“No caso em exame, constata-se que o apelante foi motivado pela vingança, sentimento repudiado pelo senso comum, e que demonstra a inversão dos valores que compõem a personalidade do agente, principalmente quando este sentimento é despertado por uma ação louvável da vítima, que ousou delatar o tráfico ilegal de entorpecentes praticado pelo apelante, ajudando, assim, a combater este terrível mal, que muito contribui para a disseminação da criminalidade.

“Já se decidiu:

‘A vingança, o ódio reprimido, que levam o agente à prática do crime, configuram motivo torpe a que alude o art. 121, § 2º, I, do CP’ (RT 560/323).

“Também não merece reparo a decisão do Tribunal do Júri quanto à qualificadora da surpresa, correta-

mente reconhecida e provada nos autos.

“Os numerosos depoimentos amealhados no processo demonstram, de maneira inequívoca, que o apelante, pessoa conhecida da vítima, valendo-se da confiança desta e dissimulando amizade, atraiu-a para fora do restaurante e lá repentinamente desferiu o golpe fatal.

“Assim decidi o Pretório Catarinense:

‘Homicídio qualificado — Dissimulação — Qualificadora com lastro na prova — Pronúncia.

‘Dissimulação é a ocultação da intenção hostil para acometer a vítima de surpresa, dificultando-lhe a defesa; o criminoso age com falsas mostras de amizade, ou de tal modo que a vítima, iludida, não tem motivo para desconfiar do ataque e é apanhada desatenta, indefesa’ (RC n. 9.449, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“No caso, a vítima em nenhum momento poderia supor que a pessoa com quem bebia cerveja e conversava amigavelmente, planejava esfaqueá-la. Tal subterfúgio impediu qualquer reação da vítima”.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 29 de fevereiro de 2000.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente;*  
*Genésio Nolli,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.001128-2, DE SÃO FRANCISCO DO SUL**

**Relator: Des. Genésio Nolli**

*Apelação criminal — Latrocínio — Negativa de autoria — Chamada de co-réu — Indícios veementes — Delito caracterizado — Condenação mantida.*

*As palavras de menor co-autor podem também servir de meio probatório, mormente em situação de onde se extrai não haver qualquer possibilidade de vingança ou inimizade entre ambos.*

*“Os indícios concludentes autorizam um decreto condenatório, quando por eles se alcança o máximo de probabilidade de haver o agente cometido o crime ou de ter dele participado” (Azevedo Franceschini, in *Jurisprudência, TACrimSP*, 3º vol., pág. 406).*

*Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.001128-2, da comarca de São Francisco do Sul (2ª Vara), em que é apelante Eduardo Luis Branco, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso e, de ofício, excluir da condenação a reincidência.

Custas de lei.

Na comarca de São Francisco do Sul (2ª Vara), Eduardo Luis Branco foi condenado à pena de 21 (vinte e um) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração

ao art. 157, parágrafo 3º, parte final, do Código Penal.

Inconformado com a decisão, apelou objetivando a absolvição por falta de provas quanto à autoria do delito.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu conhecimento e desprovimento.

É o relatório.

Não procede o recurso interposto.

A materialidade e autoria do delito estão comprovadas, estreme de dúvida, pela prova colacionada durante a instrução processual. Não há como negar que o apelante e a adoles-

cente mataram a vítima com o objetivo único de subtrair-lhe o dinheiro que trazia consigo.

A adolescente A. R. R. afirmou que: "(...) no dia 13/5/97, por volta das 2 horas da madrugada, a informante ligou para o ponto de táxi, acionando o taxista Sebastião Rosendo Pereira, para que o mesmo se dirigisse até a clínica para fazer uma corrida; que ligou do orelhão da igreja; que logo em seguida o taxista chegou onde foi solicitado pela informante e estava acompanhada de Eduardo, para que os levassem até a localidade da Roseira, nesta cidade; que no trajeto a informante sentou-se ao lado da vítima e Eduardo posicionou-se no banco traseiro, atrás do motorista; que chegando na localidade supracitada, Eduardo que estava posicionado no banco de trás, com o uso de uma cordinha de nylon, passou no pescoço da vítima e o enforcou, sendo que o veículo neste momento estava parado; que a vítima desmaiou e a informante passou para o banco traseiro e Eduardo colocou a vítima no acento do carona, reclinando o banco; que em seguida Eduardo dirigindo o veículo, dirigiram-se até a Ponte Monte de Trigo; que retiraram a vítima do veículo, colocando-a na cabeceira da ponte e em seguida Eduardo de posse de um punhal, que estava no interior do veículo desferiu uma facada na região jugular da vítima; que em seguida após ferir a vítima na região do pescoço, o corpo desta foi arremessado no rio; que informa que no momento que Eduardo desferiu a facada, a vítima não esboçou qualquer reação; que em seguida movimentaram o veículo um pouco mais para frente, fechando-o, saindo a pé (...)" (fl. 41).

Em Juízo, A. R. R. confirmou o seu depoimento na fase policial asseverando que: "(...) quando parou o carro, o acusado passou uma cordinha de nylon em volta do pescoço do taxista e apertou; não sabe dizer se naquele momento o taxista morreu, mas declara que ele perdeu completamente os sentidos; (...) Eduardo foi dirigindo o táxi até uma ponte no Monte Trigo; parou o carro, retirou o corpo da vítima. Eduardo fechou novamente o carro e pediu para a depoente não olhar (...) Eduardo contou para a informante que ele perfurara o pescoço da vítima com uma faca. Eduardo jogou o corpo da vítima no rio. Os membros do corpo da vítima não foram amarrados (...)" (fl. 106).

Sobre o valor da palavra do co-réu, oportuno lembrar a lição de Altavilla:

"O interrogatório do acusado pode, também, ter valor probatório em relação a outro personagem do crime: se o acusa, temos a chamada do co-réu".

E acrescenta:

"A clássica chamada do co-réu implica a confissão da responsabilidade por parte de quem a faz. Por conseguinte, a primeira condição necessária para que ela seja verdadeira, é que verdadeira seja a confissão; a segunda é que não seja inspirada em razões de ódio e a terceira é que não mascare o escopo oculto de atenuar a responsabilidade própria. De um modo geral, pode, portanto, afirmar-se que, quando concorrem estas três condições, a chamada do co-réu é um elemento probatório de confiança" (Psicologia Judiciária, Coimbra, 1959,



trad. de Fernando Miranda, vol. III, págs. 177/178).

Para Espínola Filho “devem as acusações de um dos co-réus ser atendidas, na avaliação em conjunto da prova, para estabelecimento da ingerência que, no crime, tiveram outras pessoas, desde quando se verifique não ser a única preocupação do réu interrogado lançar a culpa para os outros, com o intuito de excluir, ou diminuir a sua responsabilidade própria” (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, vol. 3º, pág. 39).

Note-se que a adolescente admitiu a sua participação na execução do delito, e não foi demonstrado pela defesa que há entre eles qualquer inimizade ou desavença que pudesse macular tal depoimento.

Nesse sentido é a jurisprudência:

“No processo criminal a imputação do co-réu somente tem valia probatória quando é confirmada por outros elementos de convicção. Não se pode reconhecer como prova plena a imputação isolada do co-réu para suporte de um veredicto condenatório, porque seria instituir-se a insegurança no julgamento criminal, com possibilidade de erros judiciários” (RT 410/316).

Aldair José Cercal disse em seu depoimento (fl. 89): “quando viu por volta de 3 horas o carro de Hercílio por lá passar e reconheceu tal carro já que é o único táxi daquela cor e marca, Versailles, existente nesta cidade; que dito veículo passou em alta velocidade, calculando o depoente em torno de 100km/h e pelo que viu, no banco ao lado do motorista, aparentava ter duas pessoas ou uma pes-

soa bem grande, aparentava que a pessoa estava sentada, meio de lado, de frente para o motorista, não notando se havia alguém sentado ou não no banco traseiro; que referido veículo seguia na direção Centro—Enseada; (...) que a pessoa que viu sentada no banco ao lado do motorista, aparentava estar encostada na porta (...)”.

Ademais, o depoimento da irmã do apelante, em que afirma que Eduardo dormiu em sua casa na noite dos fatos, em face da proximidade do parentesco, deve ser apreciado com ressalvas. Afinal, nenhuma outra pessoa viu o apelante entrar ou sair da casa de sua irmã naquela noite. O marido desta não foi arrolado como testemunha pela defesa, para que pudesse confirmar que o recorrente estava na sua casa no momento em que chegou do trabalho por volta das 7 horas. Portanto, não há como reputar provado o álibi.

É da jurisprudência que “o álibi deve ser comprovado por quem se propõe demonstrá-lo, a falta de sua comprovação faz certa a presença do apelante no cenário do crime ou na participação dele” (Ap. Crim. n. 98.007262-0, de Rio Negrinho, rel. Des. Alberto Costa).

A prova testemunhal também confirma que a vítima possuía dinheiro naquela noite e este não foi encontrado (depoimentos de fls. 65, 86 e 87). Além do dinheiro foram subtraídas do veículo uma calculadora e a faca que foi encontrada com a menor.

Registre-se, ainda, que os indícios são considerados meios de prova e estão definidos no artigo 239 do CPC que dispõe: “considera-se indício a circunstância conhecida e provada

que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Julio Fabbrini Mirabete assevera que: “diante do sistema de livre convicção do juiz, encampado pelo Código, a prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como se atesta na Exposição de Motivos, em que se afirma não haver hierarquia das provas por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a qualquer outra (item VII). Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade, são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado” (in Processo Penal, 5ª ed., Atlas, 1996, pág. 314).

Nesse sentido:

“Os indícios concludentes autorizam um decreto condenatório, quando por eles se alcança o máximo de probabilidade de haver o agente cometido o crime ou de ter dele participado” (Azevedo Franceschini, in Jurisprudência, TACrimSP, 3º vol. pág. 406).

Assim, inviável um decreto absolutório, uma vez que da prova produzida se extrai que a vítima foi morta pelo apelante e pela menor A., com o objetivo único de subtrair-lhe o dinheiro que trazia, caracterizando o delito de latrocínio (art. 157, § 3º, parte final, do CP).

A sentença prolatada merece pequeno retoque no que tange à pena aplicada, para excluir a agravante da reincidência.

A reincidência é a prática de novo crime, após haver sido definitivamente condenado por crime anterior, no país ou no exterior (art. 63 do CP).

A certidão de fl. 129 demonstra que o recorrente foi condenado por roubo qualificado pelo resultado lesão grave em 29/5/1998, estando a decisão aguardando trânsito em julgado.

Nessas circunstâncias a condenação pelo roubo não pode ser considerada para efeitos de reincidência, pois a prática do delito sub judice não foi posterior a da condenação anterior.

A culpabilidade do agente é intensa, pois agiu com dolo intenso, asfixiando e esfaqueando a vítima já indefesa. Os antecedentes não são bons, registram uma condenação anterior por roubo, e dois processos em andamento por furto, conforme certidões de fls. 127 e 129. A conduta social e a personalidade do agente também não são boas, uma vez que o agente é usuário de drogas, não trabalha e vive da prática de crimes contra o patrimônio. O motivo, as circunstâncias e as conseqüências são normais ao tipo violado. O comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do delito.

Assim, analisadas as circunstâncias judiciais (CP, art. 59), fixo a pena-base em 21 (vinte e um) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos, que torno definitiva por não haver nos autos circunstâncias legais ou causas especiais de aumento ou diminuição de pena.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso e, de ofício, exclui-se a agravante da reincidência.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2000.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente;*  
*Genésio Nollí,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.018000-0, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Jorge Mussi**

*Ação penal pública incondicionada — Crimes contra os costumes praticados com abuso do pátrio-poder — Actio poenalis intentada pelo Órgão Ministerial — Legitimidade do Parquet a quo para a propositura — Desnecessidade de representação ou comprovação da miserabilidade — Inteligência do art. 225, § 1º, II, do CP — Eiva afastada.*

*Excesso de prazo — Demora para o oferecimento das razões finais pelo Ministério Público — Art. 500 do CPP já cumprido — Prisão agora decorrente de sentença condenatória — Alegação superada.*

*Nulidade — Juntada de documento nas alegações finais — Possibilidade — Exegese dos arts. 231 e 400 do CPP — Defesa que, ademais, teve ciência do conteúdo acostado ao processado — Prefacial rejeitada.*

*Crimes de atentado violento ao pudor cometidos contra menores de 14 anos com abuso do pátrio-poder — Agente que por várias vezes praticou com as vítimas atos libidinosos, diversos da conjunção carnal — Palavras harmônicas e consonantes dos ofendidos — Amparo nas demais declarações constantes nos autos — Negativa de autoria inconsistente — Contexto probatório suficiente para a prolação de edito repressivo — Absolvição impossível — Condenação mantida.*

*Crime continuado — Infrações praticadas com homogeneidade de condutas, modo de execução e lugar que caracterizam a figura fictícia descrita no art. 71 do CP — Reconhecimento do concurso material repellido.*

*Regime prisional — Delitos de atentado violento ao pudor — Violência ficta (art. 214, c/c art. 224, a, do CP) — inexistência de lesão corporal grave ou morte — Tipificação simples — Necessidade de incidência da qualificadora do art. 223 do CP para enquadrar os ilícitos no rol dos crimes hediondos — Possibilidade de progressão — Pena que deve ser cumprida em regime inicialmente fechado — Inocorrência da aplicação do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 — Precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ — Aplicação monocrática acertada.*

*Recursos defensivo e ministerial improvidos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.018000-0, da comarca da Capital (2ª Vara), em que são apelantes e apelados a Justiça, por seu Promotor, e Edenilson Ramires Messa, e apelado o Assistente da Acusação:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, negar provimento ao recurso defensivo e, por maioria de votos, improver o apelo ministerial.

Custas legais.

1 — Na comarca da Capital (2ª Vara Criminal), Edenilson Ramires Messa foi denunciado como incurso nas sanções do art. 214, caput, c/c arts. 224, alínea a, e 71 (22 vezes), todos do Código Penal, sendo 10 (dez) vezes em concurso de agentes (art. 29 do CP), porque, conforme se infere da peça vestibular de fls. 2 e 3:

“No ano de 1985, Maria Cristina Teixeira da Cunha recebeu judicialmente, sob forma de ‘guarda e responsabilidade’, o menor C. E. P., nascido aos 13/11/81, à época com 3 anos de idade.

“Algum tempo depois, Maria Cristina passou a viver maritalmente

com o denunciado Edenilson Ramires Messa, com quem teve dois filhos, O. L. da C. M. (nascido em 28/5/91) e Y. DE C. da C. M. (nascida em 28/12/94), vindo a família a residir nesta cidade.

“Quando C. E. contava com 5 anos de idade, o denunciado passou a constrangê-lo para que permitisse que ele (denunciado) passasse suas mãos no ânus e pênis do menor com fim lascivo. Posteriormente, após este completar 12 anos de idade, o denunciado constrangeu, mediante violência e grave ameaça, a que C. E. permitisse que Edenilson praticasse o coito anal, além de introduzir o dedo no ânus da criança.

“Não satisfeito e sempre visando ao prazer sexual, no início do ano de 1998, durante o período em que Maria Cristina saía para a escola, no interior da residência, neste Município e Comarca, o denunciado determinava que C. E. efetuasse coito anal com o filho O. L. da C. M., enquanto permanecia olhando para satisfazer sua lascívia. Tal fato deu-se por pelo menos 10 (dez) vezes.

“Nestas mesmas oportunidades, bem como em outras, o denunciado constrangeu, mediante violência e grave ameaça, o menor O. L. da C. M.,

seu filho, a que permitisse que ele (denunciado) realizasse coito anal. Da mesma forma, estas ações monstruosas foram praticadas por mais de 10 (dez) vezes.

“Deste modo, durante aproximadamente 10 (dez) vezes diretamente e outras 10 (dez) indiretamente, em relação à vítima O. e 2 (duas) vezes com a vítima C. E., em vários dias, Edenilson praticou, mediante violência, mesmo que presumida e graves ameaças, atos lascivos contra o pudor das vítimas, mesmo com seus pedidos insistentes acompanhados de choro de dor, causando comprometimentos na região anal dos menores, já que introduzia o pênis e dedo.

“Vale ressaltar que esta situação hedionda somente cessou quando a mãe de O. procurou ajuda médica porque a criança estava evacuando nas roupas e chorava de dor na região”.

Durante o feito foi deferido pedido de admissão ao feito (despacho de fls. 148v.) e, concluída a instrução criminal, Edenilson Ramires Messa restou condenado à pena de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, com relação à vítima C. E. P.; ao cumprimento de 10 (dez) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, no tocante ao ofendido O. L. da C. M.; totalizando a sanção privativa de liberdade em 18 (dezoito) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, negada qualquer substituição ou o sursis; e declarada a incapacidade para o exercício do pátrio poder, referente ao seu filho (art. 92, II, do CP); tudo por infração ao art. 214, caput, c/c arts. 224, alínea a, 226, inciso II, 62, inciso II, e 71, todos do Estatuto Repressivo,

e em concurso material quanto as duas vítimas (art. 69 do CP); sendo-lhe, ainda, negado o direito de apelar em liberdade.

Inconformados com a prestação jurisdicional entregue, o Órgão Ministerial e o réu recorreram, tempestivamente e com fundamento no art. 593, inciso I, do Código de Processo Penal, pretendendo, o primeiro, o reconhecimento da figura do concurso material, relativo à coação que o acusado exerceu nos crimes de atentado violento ao pudor cometidos por C. E. P. contra a vítima O. L. da C. M.; concomitantemente, por se tratar de crimes hediondos, requereu a fixação do regime integralmente fechado, uma vez que a sentença determinou que este apenas assim se iniciasse.

Contra-arrazoado o recurso ministerial, a defesa do acusado, nas razões do apelo, postulou, em preliminar, a anulação do processo, porque: a) a mãe (representante) do ofendido O. L. da C. M. apesar de declarar-se pobre, quando ouvida, relatou que tinha renda mensal de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), o que afasta a legitimidade do Ministério Público para intentar a ação penal; b) houve excesso de prazo no oferecimento das alegações finais por parte daquele Órgão; e c) o Assistente da Acusação juntou documentos a destempo. No mérito, requereu a sua absolvição, com base na tese da negativa de autoria, não se podendo dar crédito às declarações desarmônicas do menor C. E. P., aduzindo, ainda, que não existe prova pericial nos autos dando conta da materialidade delitiva, motivos pelos quais pugnou pela reforma da sentença condenatória.

Rebatido o recurso defensivo, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela conversão do julgamento em diligência, a fim de que o Assistente da Acusação fosse intimado para se pronunciar a respeito dos apelos interpostos.

Acolhido (despacho de fl. 288) e cumprido o determinado (fls. 291 e 292), o feito retornou a esta Superior Instância, onde o Parquet ad quem opinou pelo conhecimento dos recursos; improvimento do da defesa e provimento parcial do apelo ministerial, para que seja determinado para o cumprimento da pena o regime integralmente fechado.

É o relatório.

2 – No tocante à nulidade de ilegitimidade do Ministério Público para intentar a ação penal, aventada pela defesa, sorte não lhe assiste.

A defesa traz nas razões o argumento de que a mãe e/ou responsável pelas duas vítimas percebe pensão mensal de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), salientando que houve inclusive admissão ao feito (fl. 148v.), tendo portanto condições de arcar com as despesas judiciais e que por isso não podem subsistir o atestado de pobreza e a representação acostados aos autos (fls. 22 e 23, respectivamente), motivo pelo qual alegou que a ação é nula, uma vez que o Órgão Ministerial é parte ilegítima para a sua propositura, eis que deveria ser privada e não pública.

Todavia, ainda que comprovada a viabilidade financeira da mãe/representante dos ofendidos em assumir as despesas processuais, deve-se ter em mente que a presente ação é

pública incondicionada, haja vista o disposto no inciso II do § 1º do art. 225 do Código Penal, ou seja, no caso de cometimento de crime contra os costumes com abuso do pátrio-poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, o delito será apurado mediante ação pública incondicionada, não exigindo representação ou atestado de miserabilidade.

Na hipótese em tela, restou soberbamente comprovado que o acusado é pai da vítima O. L. da C. M. (certidão de fl. 45), bem como convivia em concubinato com a responsável pelo outro menor ofendido, C. E. P. (Termo de Guarda e Responsabilidade de fl. 47), exercendo sobre ambos o pátrio-poder indicado no dispositivo suso mencionado, colocando-se na posição de pai, eis que tinha o dever de guardá-los e não infelicitá-los.

Em caso análogo, o colendo Superior Tribunal de Justiça bem acentuou:

“Atentado violento ao pudor — Vítimas menores de 14 anos — Agente que vive em concubinato e que pratica o crime contra a própria filha e também contra outra criança nascida da união de sua mulher com o primeiro amásio, que estava sob sua guarda — Hipótese de ação penal pública — Inteligência do art. 225, § 1º, II, do CP” (RT 702/408).

No Estado do Mato Grosso assim se decidiu quanto ao embate dos tipos de ação penal nos crimes contra os costumes:

“No delito de estupro se procede mediante queixa. Todavia, admitte-se a ação pública nos crimes agravados pelo resultado, nos que forem cometidos com abuso de pátrio-poder,

ou tendo o réu a qualidade de padra-  
to, tutor, ou, ainda, se se encontrar,  
em relação à vítima, como pessoa de  
qualquer forma responsável por ela”  
(RT 586/343-4).

No mesmo sentido extrai-se jul-  
gado do Estado de São Paulo:

“A lei penal, ao referir-se, no  
art. 225, § 1º, II, às exceções à regra  
da ação penal privada, nos crimes se-  
xuais, abrange também o padrasto,  
não porque seja o representante legal  
da ofendida, mas por atender a lei à  
situação de autoridade de fato que  
tem ele sobre o menor. A razão do dis-  
positivo, portanto, surge claramente: a  
proteção do incapaz — menor ou in-  
terdito — amplamente assegurada pe-  
la ação pública. É ela o recurso mais  
seguro que o legislador possui, para  
evitar a impunidade, no caso do delin-  
qüente ter autoridade legal ou de fato  
sobre o ofendido” (RJTJSP 20/410).

Impossível, assim, negar à  
ação o caráter que impõe o art. 225,  
§ 1º, inciso II, do Código Penal, no  
qual se atesta inequivocadamente a  
legitimidade do Ministério Público pa-  
ra incondicionalmente intentar a actio  
poenalis, razão pela qual afasta-se a  
nulidade aventada pela defesa do  
acusado.

3 – No tocante à segunda eiva  
argüida pela defesa do réu, que se re-  
fere ao excesso de prazo no ofereci-  
mento das razões finais por parte do  
Ministério Público, salientando que o  
acusado ficou segregado por mais  
tempo do que o permitido em lei, ra-  
zão também não lhe socorre.

É sabido, consoante dispõe o  
art. 500 do Código de Processo Pe-  
nal, que, finda a instrução criminal, se-  
rá aberta vista às partes para no prazo

de 3 (três) dias apresentarem as ale-  
gações finais. Cediço também que a  
ausência de tal peça causa evidente  
prejuízo, tanto para a defesa quanto  
para a acusação, eis que é nesta  
oportunidade que se expõe as razões  
do que se está postulando.

In casu, notório que o Órgão  
Ministerial ofertou suas alegações fi-  
nais a destempo, uma vez que lhe foi  
aberta vista em 20/4/99 e estas foram  
apresentadas somente em 6/5/99. Po-  
rém, este fato — mera irregularidade  
—, por si só, jamais poderá acarretar  
vício processual como apontado pela  
defesa do réu, muito menos constituir  
excesso de prazo e constrangimento  
ilegal por estar o acusado segregado,  
eis que já encerrada a instrução crimi-  
nal, e segundo proclamado na melhor  
doutrina “deixa de existir a ilegalidade  
da coação, mesmo se ultrapassado tal  
prazo, se a instrução probatória se en-  
cerrou (...). É o Enunciado 52 do STJ:  
‘Encerrada a instrução criminal, fica  
superada a alegação do constrangi-  
mento por excesso de prazo’, quer o  
feito se encontre na fase de alegações  
finais, do artigo 500, quer esteja na fa-  
se de diligências, do artigo 499” (Julio  
Fabbrini Mirabete, in “Código de Pro-  
cesso Penal Interpretado”, 5ª ed., São  
Paulo, Atlas, 1997, pág. 844).

A jurisprudência deste Tribunal  
de Justiça é unânime neste sentido,  
leia-se:

“Habeas corpus. Alegado cons-  
trangimento ilegal por excesso de pra-  
zo na formação da culpa. Instrução  
que se encontra na fase do art. 500 do  
CPP. Inteligência da Súmula 52 do  
STJ.

“Consoante a Súmula 52 do  
STJ, não se configura coação ilegal

por excesso de prazo na formação da culpa se a instrução criminal já está encerrada, aguardando tão-somente a apresentação das alegações finais" (HC n. 96.007314-0, de Ponte Serrada, deste Relator, j. em 17/9/96).

E mais, nesse mesmo diapasão:

"Habeas corpus. Processo em fase de alegações finais. Sentença que se avizinha. Alegação de excesso de prazo que encontra-se superada. Precedentes jurisprudenciais. Ordem denegada" (HC n. 97.004919-6, de Criciúma, rel. Des. Genésio Nollí, j. em 3/6/97).

Em hodierno julgado o colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu:

"Recurso em habeas corpus — Excesso de prazo — Sentença condenatória — Recurso prejudicado.

"— O possível excesso de prazo ocorrido para a conclusão da instrução criminal encontra-se superado em virtude de já haver sido proferida sentença condenatória.

"Recurso prejudicado" (ROHC n. 9.030, Rio de Janeiro, rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 8/2/2000).

Nessa linha vide também Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 9.178, de São Paulo, do mesmo Relator, julgado em 22/2/2000.

Segundo porque o feito já foi sentenciado, encontrando-se agora em grau de recurso, sendo que sua prisão, nesta oportunidade, é decorrente de outro motivo, isto é, da prolação de decreto condenatório, no qual fundamentadamente foi negado ao acusado o direito de apelar em liberdade "por vigorarem os motivos nortea-

dores do decreto de custódia preventiva" (fl. 29).

Portanto, inviável acolher-se o presente pleito.

4 – Finalmente, a nulidade processual ventilada também no recurso defensivo, em que se reclama que houve juntada de documento intempestivamente por parte do Assistente da Acusação, efetivamente não subsiste.

Realmente, quando da apresentação das razões finais pelo Assistente da Acusação foi acostado aos autos parecer psicológico relativo à família das vítimas (fl. 201). Em seguida foram ofertadas as alegações finais da defesa.

Ora, o sistema processual penal brasileiro, à exceção dos procedimentos especiais referentes aos crimes julgados pelo Tribunal do Júri, permite a juntada de documentos em qualquer fase do processo (arts. 231 e 400) (vide Julio Fabbrini Mirabete, obra já citada, pág. 309).

A propósito, do Supremo Tribunal Federal colhe-se:

"(...).

"A legislação processual penal admite a ampla possibilidade jurídica de os sujeitos processuais produzirem, em juízo, a prova documental por eles reputada pertinente e adequada à demonstração da verdade real (CPP, arts. 231 e 400) (...)" (RTJ 146/210).

Ainda sobre a possibilidade da juntada de documentos em qualquer fase processual, cita-se:

"As partes poderão em qualquer fase do processo apresentar documentos. Assim dispõe o art. 231 do



CPP, que obedece ao objetivo de apuração da verdade que o processo tem. São os documentos meios de prova e, conseqüentemente, cuida a lei que esta não fique prejudicada por prazos e atos próprios para sua apresentação” (RT 565/283).

Com a juntada do referido parecer, não houve qualquer modificação dos fatos descritos na exordial acusatória e, ademais, no presente caso, obedeceu-se ao contraditório, tendo sido dada oportunidade à defesa para manifestação na fase de alegações finais.

Assim, rechaça-se a nulidade apontada.

5 – Pertinente ao mérito, não procede o recurso defensivo quando pretende a absolvição do acusado, sustentada na negativa de autoria, eis que do caderno processual inexistia dúvida de que o réu praticou os delitos pelos quais restou condenado.

Ressumbra do processado que os crimes vieram à tona porque a vítima O. L. da C. M., filho do acusado, apresentou alguns problemas de fundo psicológico e físico, os quais foram percebidos pela sua mãe e na sua escola. Levado à psicóloga, a profissional desconfiou que a criança estava sofrendo abuso sexual, assim, sua mãe com ele conversou, tendo o menor lhe contado que, mediante ameaça, seu pai e C. E. P. (vítima que convivia no mesmo lar) praticavam com ele atos libidinosos, sendo este último forçado a fazê-los pelo próprio acusado. Completamente surpresa e chocada com o ocorrido, a mãe de O. L. da C. M. registrou ocorrência na Delegacia de Polícia, dando azo, então, à de-

núncia e à conseqüente instauração da ação penal em tela.

A materialidade delitiva, embora desnecessária nestes tipos de delitos, uma vez que na grande maioria não deixam vestígios, está devidamente perfectibilizada no Boletim de Ocorrência de fl. 14, registrado pela representante das vítimas, constando que seu filho sentia dores e levado ao médico este atestou que O. L. da C. M. havia sido molestado sexualmente; no Exame Pericial de Atentado Violento ao Pudor de fl. 20, descrevendo “hiperemia discreta em região posterior de borda anal” e relato de outro médico constatando que houve “dor anal interna com eritema perianal e dilatação pronunciada da circunferência”; nas receitas de fls. 25 e 54; no Boletim de Ocorrência de fls. 26 e 27, demonstrando as ameaças feitas pelo réu; nas certidões de fls. 45 e 46, atestando que as vítimas eram menores de 14 (quatorze) anos à época dos delitos; e no Laudo Pericial de fl. 58, descrevendo que, com relação a O. L. da C. M., a “eliminação voluntária de fezes poderia ser decorrente de trauma por coito anal”.

No que concerne à autoria dos crimes, em que pese o fato de o réu tê-la negado em todas as oportunidades em que foi ouvido (fls. 40, 41, 133 e 134) – sob o argumento de que jamais cometeria tais crimes contra as vítimas e que provavelmente está sendo acusado falsamente pela sua esposa porque não estavam “se entendendo bem” —, data venia, restou claramente comprovada no processado.

Os depoimentos prestados pelos ofendidos são firmes e coerentes, os quais, vítimas da luxúria pervertida

do acusado com pátrio-poder, não conseguiram mais se manter silentes perante àquelas atrocidades, acabando por revelar de forma uníssona e detalhada o que vinha acontecendo no interior do lar, vejamos-se:

"(...) que, C. E. forçou o informante a fazer sexo anal com ele; (...) que, informa também que não é só seu irmão que faz isto com ele; que, afirma que seu pai também faz e para fazer também batia no informante; que, afirma que eles faziam quando a mãe estava no colégio no horário da noite; que, afirma que seu pai olhava quando o irmão fazia; que dizia para o informante que batia mais se chorasse; que, mesmo quando o pai olhava seu irmão continuava fazendo; que afirma que sentia dor no ânus (...)" (O. L. da C. M., fase policial, fl. 30).

"(...) que desde os 5 anos de idade, passou a ser molestado sexualmente pelo companheiro de sua tutora, de nome Edmilson Ramires Messa; que Edmilson, aproveitava-se do informante, passando a mão em seus órgãos genitais, sempre que sua tutora saía de casa, que, o informante não gostava da situação e pedia para que Edmilson parasse, sendo que Edmilson lhe batia e dizia que não era para dizer nada a sua tutora; que, aos 12 anos de idade, o informante foi obrigado a manter relações anais com Edmilson, além do que colocava o dedo em seu ânus; que, quando o informante tinha aproximadamente 10 anos, nasceu O. L. DA C. M., filho de Edmilson e sua tutora; que, 6 meses atrás Edmilson obrigou o informante a manter relações anais com O., agora com 7 anos de idade; que, Edmilson segurava O. para que o informante pudesse penetrá-lo; que, o informante

não queria fazer isto, mas possuía muito medo de Edmilson, que dizia que iria matá-lo; que, o informante já presenciou Edmilson colocando o dedo no ânus de seu filho O. (...) que, Edmilson batia muito no informante e no O., sempre os ameaçando de morte, caso contassem alguma coisa para a sua tutora e mãe; que, o informante tem muito medo de voltar para casa se Edmilson continuar morando lá; que, quando Edmilson mantinha relações anais com o informante ou seu filho, costumava trancar a casa e colocar o som bem alto, para que os vizinhos não escutassem os gritos (...)" (C. E. P., fase administrativa, fls. 32 e 33).

"(...) que a partir dos cinco anos de idade, em determinada ocasião quando estava sozinho em sua residência juntamente com o acusado, este passou a lhe acariciar com conotação sexual; que o acusado passava as mãos nos órgãos sexuais do declarante e no seu ânus; que tais fatos ocorreram com bastante frequência (...) que quando o declarante tinha aproximadamente doze anos de idade, o acusado manteve relações anais com o declarante, introduzindo o pênis do mesmo no ânus do declarante; (...) que o acusado ameaçava o declarante de morte e dizia que a Justiça no Brasil não funcionava; que o acusado falava ainda que se o declarante contasse para sua mãe, lhe colocaria na rua e lhe mataria; que o acusado conseguiu manter relações anais completas com o declarante (...) que em determinado dia, o declarante chegou mais cedo da escola e encontrou o acusado acariciando o menor O.; que o O. estava com a calça completamente abaixada e o acusado estava passando as mãos no órgão genital e

no ânus do mesmo; que além disso, esfregava o pênis no ânus do menor, chegando a introduzir um pouco; que o menor estava chorando; que o som naquele momento estava bastante alto; que o declarante tentou sair, mas foi pego à força pelo acusado; (...) que o declarante foi obrigado a manter relações anais com o menor O., o qual tinha aproximadamente seis anos (...) que o acusado batia muito no declarante (...) chamava o declarante de 'fresco e viado'; que neste dia, o declarante presenciou o acusado introduzindo o dedo no ânus de O.; que no início quando era pequeno, o declarante chamava o acusado de pai, porém após ser molestado, nunca mais o fez; que no dia antes mencionado, o menor O. estava chorando muito (...) que os fatos vieram à tona, porque em determinada ocasião, durante uma viagem da família para Uruguaiana/RS, onde estavam o acusado, a Sra. Maria Cristina e os dois filhos legítimos, sendo que em certo ponto, o menor O. passou a ter sangramento pelo ânus e não conseguia segurar as fezes (...)” (C. E. P., em Juízo, fls. 153 e 154).

C. E. P. foi representado criminalmente em autos apartados (fls. 52 usque 92), e ao ser inquirido reafirmou os fatos, deixando bem claro que o acusado abusava sexualmente tanto dele quanto do menor O. L. da C. M. (fl. 84).

E a vítima O. L. da C. M. ficou tão chocada e com tantas seqüelas que, quando compareceu perante a autoridade judicial para contar os fatos, apenas relatou que seu pai “lhe batia e lhe surrava”, passando a chorar compulsivamente e não conseguiu mais responder às perguntas que lhe foram feitas, sendo encerrado o ato,

haja vista o menor não possuir condições de continuar (fl. 155).

A mãe da vítima O. L. da C. M. narrou os fatos em consonância com as palavras do ofendido, afirmando em ambas as fases procedimentais que o réu há muito cometia abusos sexuais contra seus filhos, inclusive contra E. C. P., e as graves conseqüências causadas pelas atrocidades por ele perpetradas, leiam-se:

“(...) passou a notar que seu filho O., ao chegar o anoitecer ficava nervoso, inquieto e perguntava se poderia dormir no quarto com a declarante, mas dormia no sofá, e depois no piso; que, a declarante esclarece que seu filho não queria mais comer e que não segurava mais as fezes; que levou o mesmo ao médico para ver o que estava acontecendo, pois perguntava para o filho o que estava acontecendo e ele começava a chorar; que, quando levou no médico e pediu para fazer um exame em todo o corpo, o médico não fez e achava que fosse vermes; que, a declarante já estava assustada pois seu filho estava só na pele e osso; que, a declarante afirma que como seu filho não falava e só chorava, perguntou para o seu filho adotivo C. E. o que estava acontecendo, e este dava risada e dizia que O. chorava à toa e que estava ficando ‘viadinho’ (...) passou a levar seu filho para uma Psicóloga para pedir ajuda; que, há cerca de uma semana passada seu filho passou a reclamar de que não agüentava mais de dor no corpo e dizia que tinha um furúnculo; que afirma que pediu para ver o furúnculo e seu filho não deixou e disse que não era furúnculo e sim machucado; que, afirma que durante este tempo seu filho continuava não conseguindo se-

gurar as fezes; que, a declarante resolveu dar banho nele para ver e se espantou quando viu o ânus do filho todo machucado; que, afirma que há cerca de uma semana passada quando estavam viajando para Uruguaiana para visitar os familiares de seu marido, seu filho O. resolveu contar o que estava acontecendo; que, seu irmão C. E. batia nele e fazia sexo anal com ele; e proibia que contasse para alguém caso contrário apanharia mais ainda; (...) ao fazer exame no IML, o médico diagnosticou violência sexual e que não conseguia segurar as fezes; que, afirma que quando ainda se encontrava em Uruguaiana, após ter ido ao médico disse para seu filho contar para o Advogado tudo o que estava acontecendo, que então podiam mandar o C. E. embora; que, seu filho retrucou porque só o E.; que, a declarante perguntou se havia mais alguém envolvido e ele disse que sim e que era seu pai; que, disse ainda que seu pai também batia nele e fazia a mesma 'coisa' que o E. fazia (...)" (grifamos) (fase investigatória, fls. 28 e 29).

"(...) que o menor O. sempre foi uma criança alegre, sendo que a partir dos seis anos de idade, aproximadamente, começou a mudar; que o referido menor começou a pedir para dormir no quarto junto com a declarante e, em determinadas situações, chegava até a dormir no chão da sala, para não ir para o quarto da declarante; que além disso, o menor se negava a comer e ia dormir sempre muito tarde, às vezes por volta das 5h da manhã; que começou a brigar com os colegas, a fugir do colégio e se desinteressar pelos estudos, chegando a dar 'um branco nele'; que desaprendeu a ler e

a escrever (...) que a declarante recebeu orientações da diretora da escola e procurou uma psicóloga, numa clínica no bairro Estreito, nesta cidade; que a referida psicóloga chegou a mencionar que o menor, pelos desenhos que fazia, estava sobre forte pressão psicológica e que estava provavelmente sofrendo violência sexual; (...) que começou a notar que o menor O. não conseguia segurar as fezes; (...) que em determinada ocasião a família fez uma viagem, no mês de setembro/98; que durante o trajeto, o menor O. não conseguiu se sentar direito no banco do veículo, sempre reclamando de dor; (...) que quando estavam em uma cidade do Estado do Rio Grande do Sul, Carazinho, pararam para dormir e a declarante perguntou para o menor o que ele tinha, tendo este respondido que estava com furúnculo; que a declarante lavou o menor, percebeu que seu ânus estava dilatado e a pele estava esfolada; que no dia seguinte, levaram o menor a um médico em Uruguaiana/RS, que constatou as lesões anais; que ainda no hotel em Carazinho/RS, enquanto o acusado não estava no quarto, a declarante perguntou ao menor O., o que havia acontecido; que o menor então esclareceu que C. E. tinha machucado o mesmo; que a declarante então insistiu dizendo que C. E. não iria mais bater no menor e não estaria em casa quando voltasse; que então o menor perguntou para a declarante se só C. E. não iria mais lhe bater e 'fazer a coisa'; que então o menor contou que o acusado também 'fazia coisa' e ainda batia para não contar para a declarante (...) que de vez em quando o menor O. desanda a chorar e grita enquanto está dormindo (...) que quando fala-

ram para o menor O. que teria que prestar declarações na data de hoje, o mesmo teve diarreia (...) que enquanto estava estudando as crianças, inclusive o menor C. E., ficavam aos cuidados do acusado (...) que no início o menor C. E. era uma criança muito boa 'e lá pelas tantas', mudou completamente; que passou a ser uma pessoa desagradável, com péssimo desempenho escolar e costumeiramente brigava muito com o acusado e contrariava a todos" (em Juízo, fls. 156/158).

Em consonância com o suso transcrito, têm-se os depoimentos da Conselheira Tutelar, a qual, informada do ocorrido, relatou que, em encontro com a vítima O. L. da C. M., esta "estava sem vontade de falar no assunto e parecia não querer lembrar de nenhum fato que lhe ocorreu, pois falou que não iria falar mais nada para quem ele não conhecesse", narrando os fatos da mesma forma que foram contados pela mãe do ofendido (fase investigatória, fl. 49; e fase judicial, fl. 160).

A Psicóloga Andréia Isabel Giacomozzi, perante a autoridade policial, declarou que antes dos fatos virem à tona atendeu clinicamente ao ofendido O. L. da C. M. e a sua mãe e que, diante do exposto por esta e pelas sessões que o menino participou, chegou à conclusão de que ele estava sendo molestado sexualmente, sendo que este resultado foi-lhe traduzido pelos estudos feitos no comportamento da criança, em que se pôde perceber que estava envolto de violência, medo e revolta, entre outras coisas (fl. 56 e verso). Acrescentou esta testemunha que o menor não tinha condições psicológicas de falar a respeito

do assunto, demonstrando ter muito medo de que alguém estivesse ouvindo, ocasião em que comentou ser imprescindível um acompanhamento psicológico de O. L. da C. M., de C. E. P. e do próprio acusado (no contraditório, fls. 182 e 183).

Não fosse isso, há nos autos as declarações do vizinho do acusado e das vítimas, que além de salientar que o comportamento da família era muito estranho, afirmou que algumas vezes "o som era ligado em volume exagerado" (fase policial, fl. 55; e no contraditório, fl. 159).

Assim, não se pode pôr em dúvida os fatos contados pelos ofendidos e pela ex-amásia do réu, mesmo porque se percebe que, além de relatarem o modus operandi do acusado para saciar sua lascívia, deixaram transparecer o profundo sentimento de mágoa, dor e desespero que nutrem pelo algoz, bem característico de quem sofre estes tipos de abuso.

Destarte, não restam quaisquer dúvidas acerca dos crimes perpetrados pelo réu, porquanto as palavras das vítimas, aliadas aos demais elementos de convicção, são bastantes para um edito condenatório.

Com base na negativa de autoria, alegou o defensor, para obter a absolvição do réu, que: as declarações da mãe das vítimas não merecem credibilidade porque esta mentiu ao dizer que era pobre; não há vestígios dos delitos; o ofendido C. E. P. prestou três depoimentos diferentes, sendo o verdadeiro autor dos atentados, querendo, por isso, incriminá-lo; a testemunha Mauro, vizinha do réu, só falou do acusado nada mencionando sobre a mãe das vítimas; não hou-

ve lesão inexistindo assim qualquer delito; que os ofendidos não sabem ao certo o número de vezes que ocorreram os atos; a vítima O. L. da C. M. negou os fatos em Juízo; não há testemunhas de visu; destacando, por fim, as condições pessoais favoráveis ao réu.

Contudo, vê-se que as declarações tanto da vítima C. E. P. quanto da sua responsável não recaíram em contradições que importem em descrédito. A contrario sensu, os depoimentos demonstraram harmonia em detalhes narrados na fase policial e judicial, caracterizando a impossibilidade de qualquer tipo de imaginação fantasiosa, em razão da idade ou qualquer orientação prévia no sentido de incriminar o réu para afastá-lo do lar. O fato de o filho do acusado em Juízo nada declarar contra o acusado no tocante à violência sexual, por si só, não tem o condão de desconstituir a acusação, bem como invalidar seu depoimento prestado na polícia. Ele assim procedeu por estar efetivamente traumatizado e assustado com todo o acontecido.

Acerca da validade dos depoimentos das vítimas menores, nos crimes de natureza sexual, assim tem decidido maciçamente os Tribunais:

“Prova — Declarações da ofendida — É de se acolher a declaração da vítima, embora ainda criança, por conformar-se com indícios outros capazes de dar-lhe plena credibilidade” (TJRS — AC — rel. Gilberto Corrêa — ADC n. 6.299).

Concernente ao mesmo tema colaciona-se julgado do Estado de São Paulo:

“Irrelevante o fato de se tratar de declarações de menor de pouca idade, uma vez que coerentes os relatos, harmônicos com o restante das provas e confortados por depoimentos das testemunhas adultas” (RT 652/276).

No mesmo prisma extrai-se da jurisprudência catarinense:

“Nos delitos contra os costumes, normalmente clandestinos, a palavra das vítimas goza de presunção juris tantum, sempre que firme, coerente e com o apoio nos autos (...)” (JC 67/381, rel. Solon d’Eça Neves).

Também nesse diapasão, colhe-se:

“Apelação criminal. Estupro. Delito caracterizado por padrasto contra enteada de 14 anos. Valor das declarações da ofendida. Crime continuado. Sentença confirmada. Nos crimes contra os costumes, quase sempre praticados clandestinamente, a palavra da vítima assume papel relevante” (JC 58/411, rel. Paulo Gallotti).

Desta colenda Câmara cita-se:

“Atentado violento ao pudor. Crime em regra praticado às ocultas. Narrativa da vítima coerente com as circunstâncias. Condenação mantida.

“Os crimes contra os costumes são, via de regra, praticados às escondidas, conseqüentemente as declarações da ofendida devem ser recebidas como forte valor probante, mormente quando encontram sustentação nos demais elementos dos autos” (Ap. Crim. n. 27.334, de Orleans, rel. Des. José Roberge).

Ainda, na mesma alheta, apresenta-se:

“Estupro — Prova — Depoimento da vítima — Validade — Declarações de fundamental importância para a elucidação da ocorrência.

“Os delitos de natureza sexual são, rotineiramente, praticados na clandestinidade, cercado o agente ativo de todas as cautelas e cuidados, presentes, tão-somente os personagens participantes da cena chocante. Bem por isso que, na palavra da ofendida, de fundamental importância para a elucidação da ocorrência, é que se haverá de encontrar socorro para a evidenciação da verdade, ou não, da imputação. Se não desmentida, se não se revela ostensivamente mentirosa ou contrariada, o que cumpre é aceitá-la, sem dúvida. Pois, na verdade, não se compreende ponha-se a vítima a, inescrupulosamente, incriminar alguém, atribuindo-lhe falsa autoria, sem que razões se vislumbrem para tanto” (RT 718/389).

E como também se extrai da jurisprudência supracitada, irrelevante se não há testemunhas de visu, vez que estes tipos de crimes quase sempre são cometidos às escondidas.

Inócua também a alegação de que não houve vestígios dos delitos, eis que é inadmissível afirmar que o ilícito definido no art. 214 do Código Penal possa ser incluído no elenco daqueles que necessariamente deixam seqüelas físicas. A ausência destas, “em muitos casos, é, ao contrário, a regra geral, como ocorre, p. ex., na cópula anal preambular, no coito interferencial, na fellatio e na irrumatio in ore, e no osculum illicebrosum, no toque ou afago das partes pudendas, na heteromasturbação etc.” (RT 607/304). Ademais, do Laudo Pericial

realizado na vítima O. L. da C. M. Retira-se a ocorrência de trauma anal que pode ter sido causado pelo coito (fl. 58).

E o fato de de a testemunha Mauro, vizinho do acusado, apenas se referir a ele, não comentando sobre a mãe das vítimas, nada muda no desfecho condenatório, eis que quem foi indiciado e processado foi o réu e não a sua amásia, que juntamente de seus filhos sofreu pelos bárbaros delitos por ele perpetrados.

Quanto à inexistência dos crimes, haja vista a ausência de lesão corporal nos ofendidos, impossível excluir-se a responsabilidade do acusado, eis que os elementos constitutivos do atentado violento ao pudor cingem-se no cometimento de atos libidinosos, diversos da conjunção carnal, praticados mediante violência ou grave ameaça. Então, se o apelante praticou tais atos com as vítimas, menores de 14 (quatorze) anos, a violência é presumida, não se exigindo para a configuração do crime o resultado de lesão física. Esta, se ocorrer, simplesmente qualifica o ilícito, sua ausência não descaracteriza, em hipótese alguma, a tipicidade da conduta reprovável. Além disso, destaca-se que os crimes foram cometidos mediante grave ameaça, uma vez que o réu batia nas vítimas e dizia que as mataria caso contassem a alguém, o que restou comprovado pelas palavras dos ofendidos, que ficaram impossibilitados de oporem-se aos desejos libidinosos de seu próprio pai, homem violento, que lhes ameaçava seguidamente, prometendo-lhes a morte e ofensas à integridade física, razão pela qual não havia como evitar

ou oferecer resistência aos desejos incestuosos do acusado.

Assim, pouco importa as condições pessoais favoráveis apontadas pela defesa do acusado, eis que a negativa de autoria restou solteira nos autos, sendo, porque não dizer, um verdadeiro exercício de ficção. Ainda que se quisesse prestigiar esta absurda versão, o ônus da prova na forma estabelecida no artigo 156 do Código de Processo Penal caberia ao apelante.

Ora, diante de tantos elementos circunstanciais, não há o que se discutir quanto à prática dos delitos de atentado violento ao pudor pelo acusado, eis que os autos estão fartos de provas de que o réu, mediante ameaças e violência, constrangia seu filho e seu "enteado", de criança até a adolescência, a manter atos libidinosos, sustentando sua tara sexual, razão pela qual se afasta a pretensão de absolvição suplicada pela defesa.

Bem se conhece o quão são trágicas as conseqüências destes tipos de delitos, fazendo-se necessária a manutenção do decreto condenatório do acusado nas sanções do art. 214, caput, c/c arts. 224, alínea a, 226, inciso II, 71 e 69, todos do Código Penal.

6 — Concernente ao quantum da pena irrogada, nenhum reparo está a merecer o decisum como pretendido no recurso ministerial.

Pretende o Ministério Público que seja reconhecido o concurso material e não a continuidade delitiva, nas ações do acusado em obrigar que seu enteado praticasse coito anal contra o seu filho.

Porém, constata-se que estas condutas foram da mesma espécie, cometidas no mesmo local, e quase todas com o mesmo *modus operandi*, autorizando, assim, o reconhecimento da ficção benéfica do crime continuado, disposta no art. 71 do Codex Penal.

No tocante ao assunto, destaca-se a ensinança de Celso Delmanto:

"A semelhança ou conexão temporal (período de tempo entre os crimes), espacial (igualdade de lugares), modal (identidade de métodos ou participantes) e outras devem ser vistas como circunstâncias cuja presença leva a concluir pela continuidade, embora a ausência de algumas delas não exclua a existência do crime continuado. Entendemos que se deve averiguar a existência ou não da continuidade delituosa pela apreciação daquelas circunstâncias como um todo, pois formam um conjunto, e não pelo exame separado de cada uma delas, porquanto, singularmente, não possuem valor decisivo" (in "Código Penal Comentado", pág. 114).

A jurisprudência é extensa e não discrepa, veja-se:

"O conjunto das circunstâncias relacionadas no texto legal é que informa o critério de aferição da continuação criminosa. Isoladamente, nenhuma delas é decisiva (...)" (JUTACrim 65/64).

Veja-se desta colenda Corte de Justiça:

"(...).

"O direito positivo eliminou do conceito de crime continuado a unidade de ideação, contentando-se com a unidade exterior da conduta do agente, deduzida das condições objetivas



expostas no art. 71, caput, do CP” (Recurso de Agravo n. 178, de Taió, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 16/12/91).

Por outro lado, não se pode perder de vista que o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado tem como propósito primordial de política criminal impedir excessos decorrentes do acúmulo material das penas.

Nesse prisma, extrai-se do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

“A fórmula do crime continuado não traduz um conceito de lógica científica, mas um puro critério de política criminal, evitando-se uma inadequada cumulação das penas contra o agente, posto que neste caso não possa identificar um criminoso habitual” (RJTAMG 4/299).

Atentando-se, portanto, aos fatos descritos nos autos, é inegável que as condutas subseqüentes do apenado, diante das circunstâncias, estavam revestidas do principal traço característico da continuidade delitiva, qual seja, o aproveitamento das mesmas relações e oportunidades, para concretização dos demais crimes, ou seja, ele agiu num único contexto, obedecendo praticamente ao mesmo *modus operandi*.

Os delitos tiveram, assim, origem num mesmo ímpeto criminoso, numa mesma ideação, devendo-se, na hipótese, considerar como fatores preponderantes à caracterização da continuidade delitiva o local onde os crimes foram cometidos, a forma de execução destes (que também foram praticamente idênticas), e, ainda, o lia-

me psicológico que ligou os atos criminosos.

Forçoso concluir-se, portanto, que os delitos cometidos contra a vítima O. L. da C. M. foram em continuidade delitiva, o que obriga o reconhecimento da ficção jurídica, disposta no art. 71 do Código Penal.

Nesse passo, nega-se provimento ao recurso ministerial quanto à pretensão da aplicação do concurso material, eis que os atos praticados pelo réu, diante das condições de lugar e maneira de execução, enquadram-se dentro da ficção do crime continuado.

7 — Por outro lado, também não merece provido o inconformismo do Ministério Público, o qual postulou a modificação do regime prisional de inicialmente fechado para que seja assim cumprido integralmente, sob o argumento de que se trata de delito hediondo.

Muito embora fortes os argumentos expendidos pelo Órgão Ministerial, fundamentados, inclusive, em decisões deste Sodalício, ressalta-se que recentemente o Excelso Pretório e o colendo Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, passaram a admitir que os delitos de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) e de estupro (art. 213), quando cometidos na forma simples (caput), ou seja, sem lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 223 e seu parágrafo único), não fazem parte do rol dos crimes hediondos.

Portanto, quando o apenado for condenado por crime de atentado violento ao pudor contra vítimas menores de 14 (quatorze) anos, em que a violência é presumida — art. 214, c/c art.

224, a, ambos do CP –, não estando tal capitulação enquadrada no art. 1º da Lei n. 8.072/90, o qual lista quais crimes são hediondos, tem o réu o direito de cumprir a pena imposta em regime inicialmente fechado, bem como a sua progressão.

Consoante consignado na decisão monocrática, a Suprema Corte de Justiça em caso idêntico ao dos autos assim decidiu:

“— Habeas corpus. 2. Atentado violento ao pudor e crime hediondo. Regime de cumprimento da pena. 3. Hipótese enquadrada nos arts. 214 e 224, letra a, e não nos arts. 214 e 223, caput, e parágrafo único, todos do Código Penal. 4. Para que o atentado violento ao pudor possa ser classificado como crime hediondo, nos termos da Lei n. 8.072/1990, art. 1º, inciso VI, é necessário que do fato resulte lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 214 combinado com o art. 223, caput e parágrafo único). 5. Não se podendo, desse modo, enquadrar o crime a que condenado o paciente (CP, arts. 214 e 224, letra a) como hediondo, ut Lei n. 8.072/1990, o regime de cumprimento da pena a que foi condenado somente pode ser o inicialmente fechado e não o regime fechado durante o período integral de sua duração. 6. (...) cabe, aqui, deferir o habeas corpus, porque o crime de atentado violento ao pudor, pelo qual condenado o paciente (CP, arts. 214 e 224, letra a), não se enquadra entre os delitos hediondos, ut art. 1º, inciso VI, da Lei n. 8.072/1990, visto que do fato não resultou nem lesão corporal grave nas vítimas, nem morte (art. 214, em combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único, do Código Penal). 7. Habeas corpus deferido pa-

ra garantir ao paciente a progressão no regime de cumprimento da pena, que se há de ter, tão-só, como inicialmente fechado” (HC n. 78.305-4, de Minas Gerais, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 8/6/99, publ. no DJU de 1º/10/99).

A jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça não discrepa, veja-se:

“Penal. Atentado violento ao pudor. Forma simples. Classificação como crime hediondo. Divergência.

“— O Supremo Tribunal Federal, analisando a controvérsia instaurada sobre o alcance da Lei n. 8.072/90, proclamou o entendimento de que o atentado violento ao pudor praticado sem violência real situa-se fora do rol dos crimes hediondos, admitindo-se o cumprimento da pena no regime inicial fechado (HC n. 78.305—MG, relator Ministro Néri da Silveira).

“— Precedente desta Sexta Turma (HC n. 10.260 — SP, relator Ministro Fernando Gonçalves)”.

“— Recurso especial conhecido” (REsp n. 210.690, de Rondônia, rel. Min. Vicente Leal, j. em 7/10/99).

Também daquela Corte de Justiça, cita-se:

“Penal. Habeas corpus (EC n. 22/99). Crimes contra os costumes. Violência presumida. Art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90).

“A violência ficta, tanto no atentado violento ao pudor como no estupro, não está arrolada no art. 1º da Lei n. 8.072/90, razão pela qual, aí, não incide a restrição do § 1º do art. 2º da mesma Lex (Precedentes do STF e do STJ).

“Writ concedido” (HC n. 9.608, de São Paulo, rel. Min. Félix Fischer, j. em 2/9/99, publ. no DJU de 11/10/99).

Do mesmo Relator, colhe-se sobre os crimes contra os costumes onde a violência é ficta:

“Penal. Estupro presumido. Presunção. Dolo e consentimento. Art. 224, alínea a do Código Penal. Majoramento do art. 226, inciso III, do CP.

“(…)”.

“IV – O estupro ficto não é crime hediondo visto que não arrolado no art. 1º da Lei n. 8.072/90. Inaplicável, ao referido delito, a restrição insculpida no art. 2º, § 1º da Lex Specialis. (Precedente aplicável do Pretório Excelso).

“Recurso conhecido e parcialmente provido” (REsp n. 192.346, do Distrito Federal, j. em 19/8/99, publ. no DJU de 13/9/99).

Também navegando nessa direção, colaciona-se julgado mais recente daquela Casa:

“Penal. atentado violento ao pudor. Violência ficta. Regime prisional. Habeas corpus.

“1. A violência ficta, no atentado violento ao pudor, não está expressamente arrolada na Lei n. 8.072/90, art. 1º. Fica afastada, assim, a restrição à progressão de regime, prevista naquela Lei, art. 2º, § 1º.

“2. Habeas corpus conhecido, pedido indeferido. Ordem concedida, de ofício, para converter o regime prisional para o inicialmente fechado, permitida a progressão” (HC n. 11.144, do Distrito Federal, rel. Edson Vidigal, j. em 14/3/2000, publ. no DJU de 3/4/2000, pág. 161).

Por derradeiro, transcreve-se decisão deste Tribunal:

“Apelação criminal — Estupro e atentado violento ao pudor.

“(…)”.

“Atentado violento ao pudor praticado sem violência real — Forma simples — Não configuração do caráter hediondo — Possibilidade de cumprimento da pena em regime inicialmente fechado (...)” (Ap. Crim. n. 99.002675-2, de Seara, rel. Des. Torres Marques, j. em 21/3/2000).

Então, estes julgados entendem que, por não estar explícita a capituloção da presunção da violência (art. 224, a, do CP) no art. 1º da Lei n. 8.072/90, não pode ser considerado hediondo o crime de atentado violento ao pudor cometido contra menor de 14 (quatorze) anos, no qual, salienta-se, não houver lesão corporal grave ou morte.

Não fossem tais precedentes, há de se convir que tanto a doutrina como a jurisprudência alertam à gravidade que é alguém cumprir a penalidade imposta em regime integralmente fechado. Leia-se o entendimento exposto por Alberto Silva Franco, in “Crimes Hediondos: notas sobre a Lei n. 8.072/90”, 2ª ed., São Paulo, Revisita dos Tribunais, 1992, pág. 111:

“O § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 estabelece que a pena aplicada, pela prática de crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins e de terrorismo, será cumprida integralmente, em regime fechado. Esta afirmação incisiva, embora suavizada, em seguida, pelo disposto no art. 5º do mesmo diploma legal, que torna possível a concessão de livramento

condicional ao condenado que tenha cumprido dois terços da pena, desde que não seja reincidente específico, constitui um pesado gravame para o apenado que apresentar tal qualificação subjetiva já que, nessa hipótese, terá de cumprir a pena privativa de liberdade num único regime penitenciário, ou seja, o regime fechado”.

Do corpo do judicioso voto prolatado nos autos do Habeas Corpus n. 11.144, do Distrito Federal, rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 14/3/2000, do Superior Tribunal de Justiça, colaciona-se que nenhuma “pena, no sistema constitucional vigente, e também em razão dos compromissos internacionais do Brasil no tema dos direitos humanos, tenha que ser cumprida integralmente no regime fechado”, intitulando tal repreensão de “aberração jurídica” que “adoece o processo civilizatório”.

Continuando, destaca que:

“O sentido de toda a pena é a recuperação do condenado, de modo a que possa depois voltar normalmente à sociedade e a ela se reintegrar como pessoa capaz de cumprir deveres e usufruir direitos, de exercer uma profissão, liderar uma família, criar e educar os filhos, ser cidadão. O cumprimento da pena deve, enfim, ter caráter dinâmico, tendo em vista os objetivos da execução penal”.

Assim, em face do caráter sociológico da pena, bem como das condições da atual conjuntura penitenciária brasileira, e, especialmente, em virtude das hodiernas decisões dos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, e por política criminal, há reconhecer que o

apenado tem direito a futuramente progredir de regime prisional.

Desse modo, não merece guarida o recurso ministerial, devendo o regime prisional, para o cumprimento da pena irrogado na sentença, ou seja, o inicialmente fechado, ser mantido.

8 — Diante do exposto, nega-se provimento aos recursos.

Participaram do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, que votou no sentido de negar provimento ao recurso da defesa e dar provimento parcial ao recurso da acusação, para fixar o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena, e, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado. Lavrou o parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydkis.

Florianópolis, 11 de abril de 2000.

*Alberto Costa,*  
*Presidente;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite:

A Lei n. 8.072/90, no seu artigo 1º, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.630/94, define os crimes hediondos, referindo-se no inciso VI, ao atentado violento ao pudor, da seguinte forma: “atentado violento ao pudor (artigo 214 e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único)”.

O artigo 214, caput, define a conduta típica “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se

pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. Por sua vez, o artigo 223 define as formas qualificadas: “Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave” e “Se do fato resulta a morte”. Desde o advento da referida lei, na redação primitiva do seu artigo 1º, a doutrina e a jurisprudência consideraram como hediondo o atentado violento ao pudor, na sua forma simples.

Recentemente, vem tomando corpo, na jurisprudência, orientação de que o referido crime não deve ser enquadrado como hediondo, pois a ele não se refere o artigo 1º, inciso VI, da lei pertinente, e sim às formas qualificadas.

Para nós, em que pese o respeitável posicionamento, não é possível, da análise do contido na legislação, chegar a tal entendimento, haja vista a existência da conjunção “e” — “atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único)”.

Diferente a interpretação seria se na redação não existisse a conjun-

ção referida — art. 214, combinado com o art. 223, caput, e parágrafo único.

Além disso, é estranho que o legislador, se pretendesse excluir a forma simples, não usasse o mesmo critério quando se referiu ao homicídio qualificado, e não usando a mesma forma que seria homicídio (art. 121 e sua combinação com o § 2º, incisos I, II, III, IV e V).

E o estupro, na sua forma simples, é crime hediondo?

Por certo, logo não será considerado como tal, haja vista a identidade de redação entre um e outro — “estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único)” e “atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único)”.

Essas as razões pelas quais votei vencido, dissentindo da douta maioria.

*Maurílio Moreira Leite.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.019469-8, DE CHAPECÓ**

**Relator: Des. Jorge Mussi**

*Tribunal do júri — Homicídio consumado e tentado em concurso de agentes — Teses defensivas trazidas por ocasião da contrariedade ao libelo não submetidas à apreciação do conselho de sentença — Cerceamento de defesa evidenciado — Nulidade absoluta — Exegese da Súmula 156 do STF — Julgamento anulado referentemente ao primeiro acusado.*

*“O não questionamento de tese formulada pela defesa, além de caracterizar cerceamento de um direito constitucionalmente assegurado, importa em nulidade insanável do julgamento em que o*

*mesmo ocorreu” (Ap. Crim. n. 18.187, de Curitiba, rel. Des. Tycho Brahe).*

*Legítima defesa — Corpo de jurados que nega a necessidade dos meios mas admite a moderação — Inexistência de contradição — Votação que prosseguiu com a indagação quanto ao excesso de-fensionis — Precedência, contudo, da quesitação quanto ao excesso doloso — Manifesta ofensa ao princípio da ampla defesa e ao enunciado da Súmula 162 do STF — Veredito eivado de vício insanável — Precedentes — Nulidade do julgamento do segundo acusado declarada.*

*Negada a necessidade dos meios empregados na legítima defesa, se deve indagar ao Júri tanto do excesso doloso quando do culposo, orientando a Súmula 162 do STF pela “precedência do quesito referente à qualificação culposa do excesso, mais favorável à defesa” (STF — HC 76237/MG)*

*Recurso defensivo provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.019469-8, da comarca de Chapecó (1ª Vara), em que são apelantes José Pompeu e Volmar de Souza e Oliveira, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso de José Pompeu para anular o julgamento, e, por maioria de votos, dar provimento ao recurso de Volmar de Souza e Oliveira, para que seja submetido a novo julgamento.

Custas na forma da lei.

1 — Na comarca de Chapecó (1ª Vara), José Pompeu, vulgo “Kiko”, restou denunciado nas sanções do art. 121, caput, c/c art. 14, inciso II, e art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c art. 29, todos do Código Penal, e Volmar

de Souza e Oliveira, vulgo “Nego”, foi dado como incurso nas penas do art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c art. 29, todos do Estatuto Repressivo, porque, segundo narra a exordial acusatória de fls. 2 a 4:

“...Na noite do dia 11 de maio de 1997, como era de costume, realizava-se um baile no local conhecido como ‘Bailão Águia Branca’ situado no loteamento Sereno Soprana, nesta cidade de Chapecó.

“Por volta das 22 horas daquela data, no interior do salão, teria surgido uma escaramuça envolvendo os frequentadores, entre eles a vítima Naum Jarbas Santos.

“Como ‘seguranças’ daquela festividade, estavam trabalhando, além dos acusados José Pompeu e Volmar de Souza e Oliveira, mais as pessoas nominadas como ‘Salsicha’, ‘Beber’, ‘Canape’ e ‘Alemão’, os quais logo trataram de intervir e, de maneira

violenta, expulsaram diversas pessoas daquele recinto, praticamente 'jogando-as para fora'.

"Já na rua, em frente ao dito 'Bailão Águia Branca', o acusado José Pompeu, fazendo uso de um revólver (Taurus), cal. 38, animus necandi, efetuou disparo contra Paulo Roberto de Moura Toledo, atingindo-o, de raspão, na altura do rosto. Enquanto Paulo Roberto corria e procurava abrigar-se, José disparou de novo seu revólver contra ele (quando estava de costas), alvejando-o na nádega esquerda, verificando-se assim que, a intenção do referido denunciado, era matar a vítima e, só não concretizou seu intento delituoso, por circunstância alheia à sua vontade, notadamente, pela fuga empreendida pelo lesado.

"Depois de terem sidos disparados os tiros contra Paulo Roberto, a vítima Naum Jarbas Santos, presente no local e, vendo a cena, procurou apaziguar os ânimos, mas os 'seguranças do bailão' não estavam satisfeitos, tanto que, o denunciado José Pompeu, com o mesmo revólver usado contra Paulo, 'à queima-roupa' desferiu dois tiros contra Naum, atingindo-o no ombro direito, fazendo com que o projétil transfixasse pulmão direito, fígado e baço, prostrando-o ao solo. Com essa última vítima já caída ao chão e indefesa, aproximou-se o denunciado Volmar de Souza e Oliveira, o qual, armado e munido de uma faca, só para conferir, desferiu um golpe contra a mesma, atingindo-a na região peitoral esquerda.

"Em conseqüência das lesões sofridas (tiros e facada), a vítima Naum veio a falecer por choque hipovolêmi-

co (anemia aguda), como demonstra o laudo cadavérico de fls. 7.

"Os acusados, agindo com vontade deliberada e consciente, prestando-se mútuo apoio e assistência, de qualquer forma, contribuíram para a morte da vítima Naum, agindo com motivo fútil mostrando despreço pela vida humana, ante banal desentendimento dentro do salão de bailes. Os denunciados, no seu agir, também ceifaram a vida da vítima fatal, mediante recurso que lhe dificultou e, ou impediu qualquer defesa...".

Finda a fase do *judicium accusationis*, foram os acusados pronunciados: José Pompeu, nas sanções do art. 121, caput, c/c art. 14, II, e art. 121, caput, c/c art. 29, caput, do Código Penal; e Valmor de Souza e Oliveira, nas penas do art. 121, caput, c/c art. 29, caput, também do Código Repressivo, sendo determinada suas submissões a julgamento pelo Tribunal de Júri, decisão que transitou em julgado para ambos os réus, conforme certidão de fls. 150, e para a acusação.

Apresentado o libelo crime acusatório e sua contrariedade, José Pompeu e Volmar de Souza e Oliveira foram submetidos a julgamento pelo Conselho de Sentença, restando condenados ao cumprimento da pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto (em colônia agrícola), por infração ao art. 121, caput, c/c art. 29 do Código Penal, concedendo-lhes o direito de recorrer em liberdade.

Inconformados com a sentença prolatada, ambos recorreram, a tempo e com fulcro no art. 593, inciso III, letra d, do Código de Processo Penal, pretendendo a nulidade do julgamento

porque: a) referentemente a Volmar, houve contradição nas respostas ao 1º quesito (legítima defesa), e o quesito do excesso doloso precedeu o culposo, prejudicando a defesa; b) quanto a José Pompeu, porque não foram submetidas ao Júri as teses propostas em sua defesa, eivando o julgamento de vício. Por fim, argumentam que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos ao condená-los pela morte de Naum, nos termos expostos nas razões de fls. 245 a 248.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, onde se manifestou a douta Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de se negar provimento ao recurso aforado por Volmar de Souza e Oliveira e se dar provimento ao recurso ajuizado por José Pompeu, a fim de que seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal de Júri, relativamente ao homicídio consumado (vítima Naum).

É o relatório.

2 — De início, ressalta-se que embora tenha a petição apelatória se referido tão-somente à alínea d do inciso I do art. 593 do Código de Processo Penal — decisão manifestamente contrária à prova dos autos —, nas razões foi feita expressa menção à ocorrência de nulidade posterior à pronúncia ocorrida no julgamento de ambos os recorrentes, pelo que nesses dois aspectos é de ser conhecido o recurso.

3 — No mérito, no tocante ao acusado José Pompeu, referentemente à morte de Naum Jarbas dos Santos, o julgamento deve ser anulado porque, afastada a tese de negativa de autoria, não foi quesitada a legíti-

ma defesa própria, de terceiro e/ou a ocorrência de homicídio privilegiado, expressamente mencionadas quando da contrariedade ao libelo.

Há, na espécie, nulidade insanável que prejudica o exame da alegada ocorrência de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, e que deve ser declarada, a teor da Súmula 156 do Supremo Tribunal Federal, por ter ocorrido supressão de quesito obrigatório, consoante se verá adiante.

Verifica-se, pelo questionário de fls. 214 a 222 e pelo termo de resposta aos quesitos de fls. 223, este devidamente assinado pelo Juiz Presidente e pelos Jurados, que o Júri respondeu aos quesitos formulados sobre a tese de negativa de autoria, no entanto não houve formulação de quesitos no tocante às demais teses defensivas, consistentes na ocorrência de legítima defesa própria e de terceiro e ocorrência de homicídio privilegiado.

Tais teses foram expressamente requeridas na contrariedade ao libelo acusatório, que descansa a fls. 159, em que foi consignado:

“Contrariando ao libelo crime acusatório de fls. 151/152, diz José Pompeu, por seu defensor constituído, o seguinte:

“a) 1ª Série, com referência à vítima Naum Jarbas dos Santos, provará que os fatos ocorreram de forma diversa ao contido na denúncia e narrativa do libelo crime acusatório;

— que agira em legítima defesa própria e de terceiros, logo após injusta provocação da vítima (...).”



Houve ofensa direta ao art. 484, III, do CPP, que assim preceitua:

“Art. 484. Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras:

“(…)”

“III — se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal, inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude”.

Como leciona Julio Fabbrini Mirabete, na obra *Processo Penal*, 4ª edição, São Paulo, Atlas, 1995, págs. 523 e 524:

“Segundo o art. 484, III, se o réu apresentar na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal. A precedência dos quesitos de defesa sobre os demais é obrigatória. Segundo a Súmula 162 do STF, é absoluta a nulidade do julgamento pelo júri quando os quesitos de defesa não precedem os das circunstâncias agravantes”.

“(…) A correta formulação dos quesitos nessa fase está ligada e fundida com o princípio constitucional da ampla defesa (...)” (destacamos).

Verifica-se ainda que este acusado confessou, tanto na polícia, a fls. 38, quanto nas duas oportunidades

em que foi ouvido pela autoridade judiciária, às fls. 64/65, e em Plenário, a fls. 208, que foi o autor do disparo, mas que agira calcado na excludente de criminalidade disposta nos arts. 23, II, e 25 do Código Penal.

E, como leciona Ada Pellegrini Grinover et alli, na obra *As Nulidades no Processo Penal*, 6ª ed., São Paulo, RT, 1998, pág. 269:

“(…) é indispensável que o questionário seja completo, incluindo indagações sobre todas as teses da acusação, constantes do libelo, e sustentadas pela defesa no plenário, assim como os denominados quesitos obrigatórios, necessariamente formulados de ofício pelo juiz, por imposição legal (art. 484, parágrafo único, III e IV, CPP), ou porque decorrentes da resposta dada a outro quesito.

“O interrogatório é, também, fonte do questionário. Por isso, o juiz presidente deve formular de ofício quesitos que decorram da defesa pessoal do acusado (...)”.

Assim, inexistindo quesito que deveria, conforme a lei, ser formulado e levado à consideração do Conselho de Sentença, evidente a nulidade do julgamento, pois flagrante o cerceamento de defesa daí derivado, bem como a afronta à garantia constitucional da ampla defesa.

Nessa convergência:

REsp — Processual penal — Júri — Questionário — Quesito da defesa — Ordem — O CPP, no art. 484, disciplina a formulação dos quesitos. O primeiro versará sobre o fato principal, de conformidade com o libelo; em segundo, formular-se-ão os quesitos próprios da tese da defesa. As qualificadoras serão indagadas posterior-

mente" (REsp n. 80611/RO — rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro — DJU de 4/8/97, pág. 34.899).

"Determina o art. 484, III, do CPP que o juiz presidente do Tribunal do Júri deve formular quesitos sobre todo fato ou circunstância que, por lei, isente o réu de pena, exclua o crime ou o desclassifique, imediatamente após os do fato principal" (TJSP — Rel. Mendes Pereira — RT 515/347).

E, de nosso Tribunal:

"O não questionamento de tese formulada pela defesa, além de caracterizar cerceamento de um direito constitucionalmente assegurado, importa em nulidade insanável do julgamento em que o mesmo ocorreu" (Ap. Crim. n. 18.187, de Curitiba, rel. Des. Tycho Brahe).

"Júri. Defeito de questionário. Nulidade. 'É absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, por falta de quesito obrigatório' (Súmula 156 do Supremo Tribunal Federal)" (Ap. Crim. n. 30.284, de Canoinhas, deste Relator, de 15/4/94).

In casu, mesmo não tendo as partes feito qualquer reclamação ou anotação na própria ata quanto ao fato, o julgamento deve ser anulado, posto que viciado por nulidade absoluta, e posterior à pronúncia, que deve por isso ser declarada pelo Tribunal, assim que verificada, e principalmente porquanto não excede os limites temáticos do recurso de apelação deduzido, não incidindo, assim, em julgamento extra petita.

Nesse sentido, da jurisprudência desta Corte de Justiça:

"Júri — Nulidade — Deficiência dos quesitos.

"A deficiência dos quesitos (= falta de quesitos), que não se confunde com a simples formulação irregular dos mesmos, é nulidade absoluta prevista no parágrafo único do artigo 464 do CPP, acrescentado pela Lei n. 263/48, não estando sujeita à preclusão pela ausência de oportuna alegação" (Ap. Crim. n. 31.666, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado, de 15/8/95).

Tem-se ainda, de julgado mais recente do mesmo relator, que:

"O vício na quesitação insere-se dentre as várias hipóteses possíveis de nulidades posteriores à pronúncia.

"A falta de quesito obrigatório, que não se confunde com a simples redação irregular, é causa de nulidade absoluta do julgamento, não se acobertando pela preclusão diante da ausência de protesto na oportunidade prevista no art. 472 do CPP" (Ap. Crim. n. 99.009386-7, de Tijucas, de 10/8/99).

4 — Quanto ao acusado Volmar de Souza e Oliveira, o julgamento deve igualmente ser anulado, e também por violação ao princípio constitucionalmente albergado da ampla defesa.

Dos quesitos formulados sobre a tese da legítima defesa e levados à votação pelo Conselho de Sentença — fls. 221 — infere-se que o 29º indaga se o acusado praticou o fato em defesa própria. A resposta foi positiva, por quatro votos a três. Da mesma forma foram positivas as respostas quanto à atualidade (por 6 a 1) e injustiça (por 7 a 0) da agressão da qual se defendeu o acusado.

Porém, respondendo ao 33º quesito, por seis votos contra um, os jurados entenderam que os meios empregados na repulsa não eram necessários, e, no 34º, por seis votos favoráveis contra um, admitiram que o acusado usou moderadamente dos meios empregados.

Mister salientar, nesse passo, que não houve contradição nas respostas aos quesitos 33º e 34º, como argumenta a defesa em suas razões de apelo, pois o sujeito que, encontrando-se inicialmente em estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de direito ou em legítima defesa, ultrapassa os limites da justificativa, responde, nos precisos termos do parágrafo único do art. 23 do Código Penal, pelo excesso, doloso ou culposo, este que pode derivar do emprego de meio desnecessário ou da imoderação na repulsa ou de ambos.

Aliás, constitui entendimento pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que negada pelo Júri a necessidade dos meios utilizados na repulsa à agressão (como aconteceu), ou mesmo admitida esta mas negada a moderação no seu emprego (na hipótese consideraram os jurados que o acusado usou moderadamente dos meios empregados), ou ambas, impõe-se, sob pena de nulidade, consultar o corpo de sentença sobre o elemento subjetivo determinador do excesso.

Nessa direção, do Colendo Supremo Tribunal Federal:

“Júri. Legítima defesa. Excesso.

“Sendo pela negativa a resposta ao quesito sobre a necessidade dos

meios, impõe-se prosseguir na votação, a fim de se questionar a respeito do excesso. Orientação esta confirmada pelo Pleno do STF (HC n. 53.850 e RE n. 83.153, Sessão de 6/10/76).

“Recurso extraordinário conhecido e provido” (RECR n. 84.944/PR — rel. Min. Bilac Pinto — RTJ 82/271).

“Júri. Legítima defesa. Excesso.

“Negada pelo conselho a necessidade os meios, devem, ainda assim, ser questionados a moderação stricto sensu e o elemento subjetivo determinador do excesso. Suprimidos tais quesitos, por haverem sido considerados prejudicados, anula-se o julgamento.

“Habeas corpus deferido” (HC n. 53849/SE — rel. Min. Xavier Albuquerque — RTJ 76/732).

Em idêntica orientação, de nosso Tribunal cita-se:

“Tribunal do júri — Homicídio tentado — Legítima defesa putativa — Corpo de jurados que nega a necessidade dos meios mas admite a moderação — Demais quesitos julgados prejudicados — Obrigatoriedade de indagação quanto ao excesso — Nulidade do julgamento — Precedentes do STF e desta Corte de Justiça — Recurso provido” (Ap. Crim. n. 98.015451-0, de Correia Pinto, deste relator, de 15/12/98).

Na esteira da orientação dos Tribunais pátrios, passou-se, então, a indagar sobre o excesso dos meios empregados, nos precisos termos do parágrafo único do art. 23 do Código Penal, contudo, em flagrante ofensa ao princípio da ampla defesa, primeiramente quesitou-se quanto ao exces-

so doloso, tendo o Conselho de Sentença, por seis votos a um, entendido que o acusado excedeu dolosamente os limites da legítima defesa, razão pela qual o Juiz Presidente julgou prejudicado o quesito subsequente, referente ao excesso culposo.

Sabe-se, pela orientação dada pela doutrina e jurisprudência, não se pode confundir a figura do excesso culposo (exasperação no modus da reação) com o conceito de crime culposo em sentido estrito, pelo que, desacolhida a necessidade dos meios empregados na reação à suposta agressão, impunha-se primeiramente o questionamento do excesso culposo, até porque, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, “é absoluta a nulidade do julgamento pelo Júri, quando os quesitos da defesa não precedem aos das circunstâncias agravantes” (Súmula 162 do STF).

Já se decidiu, nesse diapasão:

“Inadmissibilidade da prece-dência do excesso doloso sobre o culposo — TJSP — Colocar o quesito de excesso doloso à frente do culposo no questionário é violar o mandamento constitucional de ampla defesa, ocasionando certamente vício na vontade dos jurados que afirmaram a legítima defesa, só achando-a excessiva, tendo sua soberania violada pela volta à imputatio juris inicial, condenando o réu, com a afirmação do excesso doloso” (JTJ 160/317).

De recente julgado do Supremo Tribunal Federal, orientando nesse mesmo vértice, retira-se:

“Júri. Quesitos da legítima defesa. Excesso culposo ou doloso. Acolhido o entendimento de que, ne-

gada a moderação da defesa, se deve indagar ao Júri tanto do excesso doloso quanto do excesso culposo, a orientação da Súmula 162 tenderia a indicar a precedência do quesito referente à qualificação culposa do excesso, mais favorável à defesa” (HC 76237/MG — rel. Min. Sepúlveda Per-tence — DJU de 25/9/98, pág. 11).

Do Supremo Tribunal Federal, sufragando esse entendimento, tem-se ainda:

“Júri. Quesitos. Ordem de formulação.

“(…)”

“Se fora afirmativa a resposta quanto a ter agido o réu em defesa própria ou de terceiro, caberia esclarecer o júri se houvera excesso culposo em tal defesa” (HC 68193/DF — rel. Min. Aldir Passarinho — DJU de 7/6/91, pág. 7.709).

“1. Tribunal do júri. Formulação dos quesitos referentes à legítima defesa.

“Negado pelo conselho de jurados o uso dos meios necessários, cabe perguntá-lo sobre o excesso culposo.

“2. Orientação que ultimamente prevalece no Supremo Tribunal em votação majoritária.

“3. Precedentes da corte” (RECR n. 84708/RS — rel. Min. Antônio Neder — RTJ 84/573).

“Alegada a legítima defesa, ainda que os jurados respondam negativamente ao quesito relativo ao uso dos meios necessários, faz-se mister, sob pena de nulidade do julgamento, que se manifestem sobre a moderação ou excesso culposo” (rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 101/1.135).

"1. Negado pelo Júri o quesito concernente à necessidade dos meios empregados pelo agente, ainda assim devem ser questionadas a moderação e a natureza do excesso culposo no encerramento da seriação dos quesitos da legítima defesa.

"2. Nulidade absoluta do julgamento, pelo Júri, por falta de quesito obrigatório (Súmula 156).

"3. Tratando-se de defeito no questionário que pode levar o Conselho de Sentença a erro, mesmo não argüido na Sessão do Júri, impõe-se a declaração da nulidade do julgamento, para que outro se realize, ficando prejudicada a tese relativa à nulidade da sentença por vício na fixação da pena.

"4. Precedentes.

"5. Habeas corpus deferido para anular o julgamento do Tribunal do Júri, por vício de quesitação, determinando que outro seja realizado" (HC 73477/RJ — rel. Min. Maurício Corrêa — DJU de 6/9/96).

A jurisprudência do nosso Sodalício navega no mesmo norte, leia-se:

"Quesito relativo à tentativa de homicídio — Omissão do excesso culposo, após negada a necessidade dos meios — Nulidade absoluta — Novo júri decretado" (Ap. Crim. n. 18.089, de Caçador, rel. Des. Aloysio de Almeida Gonçalves).

Ou então:

"Homicídio. Júri. Legítima defesa. Quesitos. Sua omissão relativamente ao excesso culposo. Nulidade do julgamento.

"Nas respostas aos quesitos da legítima defesa, negado o uso dos meios necessários, deve, ainda as-

sim, ser questionado o pertinente ao excesso culposo' (JC 14/464).

"(...)" (JC 44/421).

"Homicídio qualificado. (...) Ausência de indagação sobre o elemento subjetivo do excesso. Nulidade absoluta. Súmula 156 do STF. Apelo provido para anular o julgamento.

"(...).

"Tendo o Conselho de Sentença acolhido a tese da legítima defesa, impõe-se a quesitação acerca do excesso culposo e doloso, a teor do constante do inciso III, do art. 484 do CPP, com nova redação determinada pela Lei n. 9.113/95. Considerando o Juiz Presidente prejudicadas tais indagações, o julgamento fica eivado de nulidade absoluta, conforme preceituado pela Súmula 156 do STF" (Ap. Crim. n. 97.007869-2, da Capital, rel. Des. José Roberge, de 11/11/97).

Dessa forma, a precedência da votação do quesito relativo ao excesso doloso sobre o culposo, que em razão da resposta afirmativa dos jurados foi julgado prejudicado, além de ferir o princípio constitucional da ampla defesa e o enunciado da Súmula 162 do STF, acarretou manifesto prejuízo à defesa de Volmar, dado que o Colegiado Popular manifestou sua vontade de forma equivocada, haja vista a inversão na ordem das perguntas, tornando nulo o julgamento no tocante a este réu.

E tal mácula deve ser declarada por este Tribunal, vez que, além de alegada pela parte nas razões de recurso, cuida-se de vício insanável, ao teor do contido no art. 564, inciso III, alínea k, e em seu parágrafo único, do Código Instrumental Repressivo, e ainda porque se trata de matéria não

sujeita à preclusão, já que não está enumerada em nenhuma das hipóteses do art. 572 daquele mesmo Diploma Processual.

5 — Diante de todo o exposto, a Câmara conhece do recurso interposto em favor dos réus e lhes dá provimento para anular o julgamento, por inobservância ao disposto no inciso III do art. 484 do Código Instrumental Repressivo, e às Súmulas 156 e 162 do STF, determinando sejam a outro os apelantes submetidos, prejudicado o exame da alegada ocorrência de decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Presidiu o julgamento este Relator e dele participaram, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, e, com voto vencido, quanto ao provimento do apelo de Volmar de Souza e Oliveira, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 18 de abril de 2000.

*Alberto Costa,*

*Presidente para o acórdão;*

*Jorge Mussi,*

*Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado:

Com vênha da douta maioria votei pelo não provimento do recurso de Volmar de Souza e Oliveira porque os quesitos foram propostos na ordem correta, conforme se constata do questionário de fls. 220/222 sendo que, no que tange à tese defensiva da legítima defesa, após o reconhecimento do excesso na moderação (34º quesito) o Conselho de Sentença foi

indagado sobre o excesso doloso, antes do quesito relativo ao excesso culposo.

Isso porque, deixando-se de formular e submeter aos senhores jurados o quesito do excesso doloso, subtrai-se do Júri a oportunidade de completar o julgamento porque, acatada de início a tese da legítima defesa, cabe-lhe primeiramente analisar se o réu excedeu dolosamente os limites da excludente; tal omissão impossibilitaria ao Conselho de Sentença observar integralmente a ação do agente (elemento subjetivo do excesso), uma vez que por não ter agido com moderação, restaria evidenciado o excesso.

Dessa feita, cabia realmente aos senhores jurados saber se ele agiu com excesso doloso ou culposo; indagando somente sobre o excesso culposo, o qual deve ser questionado somente depois de definir-se o Júri sobre o excesso doloso, acarretaria, aí sim, sem sombra de dúvida, vício insanável no julgamento.

Nesse aspecto, Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Ruy Stoco esclarecem:

“Os quesitos relativos ao excesso doloso e ao excesso culposo, sugeridos no item em exame, são de cogente formulação no questionário a ser apresentado aos jurados, pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri, sempre que se argúa a superação dos limites de qualquer das excludentes de ilicitude” (Teoria e Prática do Júri, Doutrina, Roteiros Práticos, Questionários, Jurisprudência, 7ª ed., SP, RT, 2000, pág. 535).

O mesmo insigne Adriano Marrey elucida que “o excesso, por força do parágrafo único do art. 23 do CP,

deve ser analisado subjetivamente, não apenas sob o enfoque do dolo, mas também sob o prisma da culpa em sentido estrito.

“É indispensável, portanto, em face do vigente texto legal, verificar antes de mais nada se o excesso foi doloso, ou melhor, se o agente, valendo-se da situação vantajosa de defesa em que se achava, excedeu-se conscientemente” (ob. cit., pág. 531).

Julio Fabbrini Mirabete ensina sobre o tema:

“Quanto às excludentes, contrariando-se orientação anterior, tem-se sustentado que devem ser formulados, após o reconhecimento do excesso, dois quesitos, um sobre o excesso culposo, outro sobre o excesso doloso (...). Na esteira desse entendimento, pela Lei n. 9.113 de 16/10/95, deu-se nova redação ao inc. III do art. 484 determinando-se a inclusão obrigatória de quesitos relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude” (Código de Processo Penal Interpretado, 7ª ed., SP, Atlas, 2000, pág. 1.040).

Ora, havendo o réu alegado a excludente da legítima defesa, real, própria ou putativa, como é o caso dos autos, do respectivo questionário haverá de constar quesito relativo ao excesso doloso — “de obrigatória formulação, a vista do que dispõe o artigo 23 do CP” (RT 713/333).

Assim, resulta que é imprescindível a formulação e apresentação de quesitação relativa ao excesso doloso antes da indagação do excesso culposo; sua ausência gera a nulidade absoluta do julgamento, nos termos do parágrafo único do art. 564

do CPP (= deficiência dos quesitos), como vem decidindo a Jurisprudência Catarinense:

“Tendo o Conselho de Sentença acolhido a tese da legítima defesa, impõe-se a quesitação acerca do excesso culposo e doloso, a teor do constante do inciso III do art. 484 do CPP, com a nova redação determinada pela Lei n. 9.113/95. Considerando o Juiz Presidente prejudicadas tais indagações, o julgamento fica eivado de nulidade absoluta, conforme preceituado pela Súmula 156 do STF” (Ap. Crim. n. 97.007869-2, rel. Des. José Roberge, j. em 11/11/97).

Ainda:

“Os quesitos relativos ao excesso doloso e ao excesso culposo são de cogente formulação no questionário sempre que se argua no Conselho de Sentença a superação dos limites das excludentes de ilicitude, em face do disposto no parágrafo único do art. 23 do CP” (RT 630/290).

E, mais precisamente:

“Tribunal do júri. A partir da entrada em vigor da Lei n. 9.113/95, que alterou o disposto no art. 23, parágrafo único do Código Penal, ao apreciar a tese da legítima defesa, tornou-se obrigatória, sob pena de nulidade, a formulação de quesitos relativos aos excessos doloso e culposo, nesta ordem, quando os jurados negam a necessidade dos meios empregados pelo agente ou sua moderação. Nulidade reconhecida. Recurso provido para anular o julgamento, determinando que a outro seja o réu submetido, prejudicado o exame do segundo fundamento recursal” (Ap. Crim. n. 99.005595-7, de Araranguá, rel. Des. Genésio Nollí, j. 1º/6/99).

Essas as razões pelas quais votei em divergência de meus ilustres pares.

Florianópolis, 18 de abril de 2000.

*Nilton Macedo Machado.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.020677-7, DE JOINVILLE**

**Relator: Des. Jorge Mussi**

*Processual penal — Citação — Certidão do oficial de justiça dando conta de que cientificou pessoalmente o acusado — Fé pública — Presunção de veracidade não elidida por prova em contrário — Meras conjecturas que não têm o condão de nulificar o certificado pelo meirinho — Não comparecimento do réu à audiência de interrogatório — Revelia decretada — Regularidade — Nulidade afastada.*

*Advogado constituído da co-ré nomeado como defensor dativo do revel — Acusada que imputou a propriedade do estupefaciente e a responsabilidade criminal a este — Réu varão que, por sua vez, negou que o entorpecente lhe pertencesse — Evidente colidência de defesas — Antagonismo patenteado — Prejuízo demonstrado — Manifesto cerceamento de defesa — Mácula processual reconhecida.*

*“A nomeação de um só defensor para réus com defesas colidentes torna manifestamente nulo o processo, a partir desse momento, nulidade absolutamente insanável, por ferir o princípio constitucional da plenitude da defesa, quiçá a maior e mais significativa dentre todas as garantias individuais asseguradas pela Carta Magna” (RT 478/315).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.020677-7, da comarca de Joinville (1ª Vara Criminal/Execuções Penais), em que são apelantes Estela Rúbia Martins e Alessandro Budal, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, rejeitar a primeira preliminar e, acatan-

do a segunda, declarar nulo o processo em relação a Alessandro Budal, mantida sua prisão, determinando, outrossim, o sobrestamento do recurso de Estela Rúbia Martins, para posterior julgamento.

Custas legais.

1 – Na comarca de Joinville (1ª Vara Criminal), Estela Rúbia Martins e Alessandro Budal foram denunciados como incurso nas sanções dos arts. 12 e 14, ambos da Lei n. 6.368/76,



porque, consoante se infere da peça vestibular de fls. 2 e 3:

“Consta no incluso Inquérito Policial que, em data de 27 de julho de 1998, por volta das 17 horas, na Rua Oceano Atlântico, nesta cidade de Joinville, os denunciados Estela Rúbia Martins e Alexsandro Budal foram flagrados, na própria residência, guardando farta quantidade de substância entorpecente.

“Constata-se que os denunciados ao serem abordados pela autoridade policial, tentaram evadir-se da residência, sendo presa somente a denunciada Estela em estado de flagrância.

“A droga apreendida, consistente em 8 pacotinhos de crack (9 gramas), 16 pacotinhos de cocaína (83,31 gramas), 12 pacotinhos de maconha (17,1 gramas), mais 1 ‘torrão’ de maconha (345,1 gramas).

“Verifica-se, diante das circunstâncias do caso, que os denunciados estavam associados para o cometimento do crime de tráfico de drogas”.

Não tendo Alexsandro Budal comparecido para ser interrogado, foi decretada sua revelia (Despacho de fls. 60v.).

Concluída a instrução criminal, foi julgada parcialmente procedente a denúncia para condenar os acusados: a) Alexsandro Budal à pena de 4 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, negada qualquer substituição, e ao pagamento de 65 dias-multa, cada qual no valor mínimo estabelecido no art. 38 da Lei de Entorpecentes; e b) Estela Rúbia Martins ao cumprimento de 4 anos e 8 meses de reclusão, também em regime integralmente fechado, afastada a

substituição disposta no art. 44 do Código Penal, e pagamento de 65 dias-multa, no valor acima estipulado, decretada, ainda, a perda do dinheiro apreendido, ambos por infração ao art. 12, c/c art. 18, inciso III, da Lei Específica. Foi-lhes negado o direito de apelar em liberdade.

Inconformados com a prestação jurisdicional entregue, recorreram de próprio punho, tempestivamente, sendo Estela Rúbia Martins também por seu defensor, nos termos do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal.

A defesa de Alexsandro Budal, na suas razões, requer, preliminarmente, a nulidade do processo, com a conseqüente expedição de alvará de soltura, em face do excesso de prazo na formação da culpa: a) alegando que a decretação da revelia foi irregular, vez que o acusado não foi devidamente citado para ser interrogado; b) sustentando a existência de colidência de defesas, haja vista ter sido nomeado como defensor de Alexsandro o mesmo da co-ré, que imputou a ele a autoria do delito pelo qual restou condenado; c) por não ter sido seu advogado intimado da expedição de carta precatória encaminhada à comarca de São Francisco do Sul para oitiva de testemunhas da acusação. Sustentou, ainda, a imprestabilidade dos laudos periciais acostados, sob o argumento de que não há a qualificação de um dos peritos, como determina o art. 159 do Estatuto Processual Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 8.862/94, o que bem demonstra a ausência de comprovação da materialidade delitiva. No mérito, aventou que o flagrante foi forjado e a inexistência de nexos causal entre a apreensão da

droga e qualquer conduta do acusado, haja vista a droga não lhe pertencer, devendo, por isso, ser absolvido, eis que não há prova suficiente nos autos para ensejar um decreto condenatório. Alternativamente, colimou pela exclusão da causa de especial aumento prevista no art. 18, III, da Lei de Entorpecentes, alegando que não se caracterizou qualquer associação entre os denunciados, nem mesmo eventual. Por derradeiro, requereu a substituição da pena privativa de liberdade pelas dispostas no art. 44 do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 9.714/98.

Contra-arrazoado o recurso de Alexsandro, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição e, intimada a defesa de Estela (edital de fls. 193), esta deixou transcorrer in albis o prazo para arrazoar seu apelo perante este Tribunal (certidão de fls. 194).

Rebatido o recurso de Estela, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela conversão do julgamento em diligência, a fim de que fosse nomeado novo defensor para a apelante.

Acolhida a solicitação ministerial (despacho de fls. 204) e cumprido o determinado, foram apresentadas as razões recursais da recorrente, em que postulou a sua absolvição, com base na tese da negativa de autoria (art. 386, IV, do CPP), fundada no fato de a droga não lhe pertencer, mas sim ao seu ex-companheiro e de não residir na casa onde esta foi apreendida, havendo, no mínimo, dúvidas sobre o seu envolvimento com o entorpecente (art. 386, VI, do CPP). Caso assim não se entenda, pugnou pela exclusão da majorante descrita no art. 18,

III, da Lei n. 6.368/76, uma vez que nenhuma associação mantinha com o co-réu, o qual, inclusive, proibia-lhe a entrada em sua residência.

Com as contra-razões, os autos foram com vista à ilustre Procuradoria-Geral de Justiça, tendo esta opinado pelo conhecimento dos recursos e pelo provimento do de Alexsandro, para anular-se o processo em relação a este, desde a apresentação da defesa prévia, inclusive, por colidência de defesas, concedendo-se habeas corpus de ofício para que seja posto em liberdade, se por al não estiver preso, por excesso de prazo na formação da culpa, negando-se, contudo, provimento ao apelo de Estela.

É o relatório.

2 — Primeiramente, quanto às nulidades processuais aventadas quando das razões de apelo de Alexsandro Budal, a referente ao defeito de citação há que ser afastada.

Dispõe o art. 357 do Código de Processo Penal:

“São requisitos da citação por mandado:

“I — Leitura do mandado ao citando pelo oficial e entrega da contrafé, na qual se mencionarão o dia e hora da citação;

“II — Declaração do oficial, na certidão, de entrega de contrafé, e sua aceitação ou recusa”.

Julio Fabbrini Mirabete comenta os requisitos da execução do mandado de citação, esclarecendo que:

“(…) Deve o executor efetuar a leitura do mandado ao citando e entregar-lhe a contrafé, que é a cópia integral do mandado, assinada pelo oficial. Nela o oficial deve registrar o dia e

a hora da citação. Lido o mandado e entregue a contrafé, o executor deve lavrar certidão no próprio mandado, na qual deve mencionar o dia e a hora em que se realizou o ato citatório, bem como se houve aceitação ou recusa por parte do citando. Essa certidão é a prova da realização do ato, pois o oficial de justiça possui fé pública, que só pode ser afastada por robusta prova em contrário. Vale a certidão pelo que dela constar, não abrangendo aqueles fatos e circunstâncias que omitiu a despeito da exigência contida no dispositivo. Há nulidade da citação se não for mencionada a leitura do mandado, a entrega da contrafé e a aceitação ou não do citando. A certidão falha, deficiente, bloqueada, incompleta vicia o processo. Não é exigida, porém, apesar da praxe forense, a aposição do 'ciente' do citado no original do mandado" (Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, pág. 456, destacamos).

Segundo Fernando Capez:

"Uma vez citado, fica o réu vinculado à instância, com todos os ônus daí decorrentes. Em decorrência dessa vinculação, o acusado deverá comparecer quando citado, bem como toda vez em que for intimado. Sua inércia em atender ao chamado denomina-se contumácia, que significa ausência injustificada. O efeito imediato da contumácia é a revelia, ou seja, 'o processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao Juízo' (CPP, art. 367, com a redação dada pela Lei n. 9.271/96)

(...)" (Curso de Processo Penal, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 502).

E, compulsando os autos, infer-se que descansa a fls. 47 o mandado de citação do apelante, no qual consta o endereço que Alexsandro declinou quando ouvido na fase investigatória (depoimento de fls. 25/26 e boletim individual de fls. 27).

O Oficial de Justiça, que tem fé pública, procurando o acusado no endereço declinado no mandado, e cumprindo as exigências do art. 357 do CPP, certificou que citou "o acusado Alexsandro Budal por todo o conteúdo do mesmo mandado", o qual ciente ficou de que foi designado o dia 31/8/1997, às 17h, para ser interrogado, sendo que este "recusou-se a passar seu ciente" (fls. 48).

Não comparecendo para ser interrogado, embora validamente citado, foi decretada a sua revelia, como era de rigor (despacho de fls. 60 verso).

Sustentam os defensores do réu que o Oficial de Justiça "provavelmente" certificou o fato "falsamente", sequer tendo ido até o local indicado no mandado, pois entendem que caso para lá se houvesse dirigido, teria o dever de prender Alexsandro, uma vez que pendia contra ele mandado de prisão preventiva expedido pelo Juízo da 1ª Vara Criminal, e também porquanto os Oficiais de Justiça que posteriormente se dirigiram ao endereço indicado no mandado em questão certificaram que há tempo o réu não mais residia naquele local (fls. 72 verso e 76 verso).

Ora, o Oficial de Justiça se dirigiu ao endereço indicado no mandado e enunciado pelo próprio acu-

sado quando inquirido pela autoridade policial, como já salientado, e evidentemente não prendeu o ora apelante naquela oportunidade porque não cumpria mandado de prisão, mas sim de citação, sendo que meras suposições, sem respaldo probatório, não são de molde a macular a certidão do meirinho.

Igualmente não se pode suspeitar do certificado a fls. 48 tão-somente por terem outros oficiais de justiça que para aquele endereço se dirigiram posteriormente, a fim de cumprirem outros mandados, afirmado que o acusado lá não mais residia, mormente porquanto da certidão de fls. 72 verso, infere-se que, não obstante informações de vizinhos e da Sra. Ivonete Budal no sentido de que o réu estaria foragido, foi deixada a “contrafé, pois este costuma ir ao endereço indicado para levar compras e dinheiro para seus dois filhos que ali residem”.

Com efeito, impossível dar-se guarida às argumentações defensivas, posto que não passam de meras conjecturas, ilações sem qualquer suporte em prova concreta, e que por isso não têm o condão de afastar a presunção de veracidade do conteúdo da certidão exarada pelo Oficial de Justiça, serventuário da justiça cujas declarações dentro dos autos gozam de fé pública.

Em situações análogas, nosso Tribunal já deixou assentado:

“Revisão criminal. Nulidade de citação. Inocorrência. Oficial de Justiça que comparece ao endereço constante no mandado — fornecido pelo revisando quando interrogado na fase policial —, e não encontra o acusado. Certidão que esclarece tal fato. Vali-

dade. Fé pública do serventuário que deve prevalecer sobre meras alegações” (JC 54/490).

“Processo crime — Citação por edital — Réus não encontrados nos endereços por eles indicados — Certidão do oficial de justiça — Presunção de veracidade — Endereços não comprovados — Nulidade inócurren-te (...)” (Apelação Criminal n. 97.011925-9, de Criciúma – rel. Des. Paulo Gallotti).

Nos precisos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, incumbia ao apelante fazer prova de suas afirmações, não bastando meras suspeitas, ou suposições, ou conjecturas, para elidir a presunção de veracidade de que goza a certidão de fls. 48. Não as fazendo, conclui-se que a decretação da revelia se deu de forma regular, pelo que perfeito está o processo.

Afasta-se, dessa forma, qualquer possibilidade de anulação do feito quanto a este tópico.

3 — Relativamente à segunda mácula processual argüida, derivada da colidência ou antagonismo de defesas, melhor sorte socorre ao apelante.

Nosso Tribunal já assentou que “somente ocorre nulidade de processo decorrente de defesa de co-réus por único patrono quando há colidência de defesas, seja pela acusação mútua entre os réus ou por conflito entre as versões apresentadas pelos mesmos” (Ap. Crim. n. 98.017062-1, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, de 23/2/1999), exatamente o que aconteceu na hipótese que se apresenta.

Estela Rúbia Martins e Alessandro Budal estão sendo acusados de guardarem ou terem em depósito “farta quantidade de substância entor-

pecente” e de estarem “associados para o cometimento do crime de tráfico de drogas” (denúncia — fls. 2 e 3).

Ouvida por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, na presença de seu então advogado, Dr. Adilson Caetano Buzzi, Estela Rúbia Martins textualmente afirmou que a droga pertencia a Alexsandro e não a ela (fls. 10).

Já Alexsandro Budal, quando inquirido na fase investigatória, acompanhado do seu então procurador, Dr. Vânio José Correa Viana, negou ser o proprietário do material entorpecente encontrado, que não usava e nem vendia drogas (fls. 25/26).

Citados pessoalmente para comparecer à audiência designada para os seus interrogatórios, Estela apresentou-se perante a autoridade judiciária na data aprazada, quando imputou a infração ao co-réu, Alexsandro Budal, oportunidade em que disse ter defensor constituído na pessoa do Dr. Vânio José Correa Viana (fls. 60).

Alexsandro Budal, por seu turno, não compareceu em Juízo, motivo pelo qual foi-lhe decretada a revelia (fls. 60 verso), e nomeado o Dr. Vânio José Correa Viana, mesmo da co-ré, como seu defensor dativo (fls. 62).

Na seqüência, foi o advogado de ambos os acusados intimado de tal nomeação e para que apresentasse no prazo legal defesa prévia em favor de Alexsandro, bem como da expedição de carta precatória à comarca de São Francisco do Sul para inquirição de testemunhas de defesa residentes naquela Comarca (fls. 73 e certidão de fls. 74).

No prazo de lei, o defensor nomeado ofereceu a defesa prévia em favor do réu varão (fls. 75/76).

Certo que o defensor nomeado, percebendo o antagonismo entre as teses defensivas dos acusados, logo após o oferecimento das alegações preliminares, peticionou renunciando ao seu munus, “por haver conflito de defesa com a acusada pela qual este advogado foi constituído” (fls. 77), pelo que se nomeou novo defensor a este acusado.

Porém, como apropriadamente asseverou o Procurador de Justiça ofi- ciente, Dr. Hipólito Luiz Piazza:

“Ora, muito embora o julgador a quo tenha procurado afastar o vício, nomeando outro defensor ao réu após a suscitação do conflito de defesas, isto provocado pelo profissional que até então exercitava ambas as defesas, na verdade o fez já quando a instrução criminal se encontrava em fase adiante, sem ter propiciado nova defesa prévia ao réu, ficando ele com as mesmas testemunhas indicadas na anterior defesa prévia, diga-se, nula.

“Se tal não bastasse para invalidar o procedimento em relação ao réu, observa-se que da expedição da carta precatória ao Juízo de São Francisco do Sul — ouvida das testemunhas de acusação — apenas o Dr. Vânio José Correa Viana, justo o defensor impedido de patrocinar a defesa do réu Alexsandro Budal, foi cientificado daquela providência. Observa-se que sequer, quando da ouvida de uma das testemunhas, naquele Juízo, somente oficiou a defesa da ré, não havendo sido indicado qualquer defensor para o réu-apelante (vide fls. 94/96)” (fl. 224).

Da jurisprudência, retira-se:

“Colidentes as defesas, não pode um único advogado assistir os réus na tomada de depoimento por precatória, implicando tal fato evidente cerceamento de defesa, a impor a anulação do feito” (TACrimSP, RE n. 445/410).

Continuando, salienta o parecerista:

“E, no mesmo diapasão, e até mais grave, quando das outras testemunhas ouvidas (termo de fls. 101/105), diante da ausência do defensor da ré Estela Rúbia, foi nomeado defensor ad hoc para ambos os envolvidos, na pessoa da Dr. Edna Addison Westphalen, descurando-se do antagonismo existente.

“Portanto, entendemos ter ocorrido cerceamento de defesa, consoante suscitado nas razões de apelo, devendo a instrução criminal ser anulada, em relação ao apelante Alexsandro Budal, a partir, inclusive, da defesa prévia” (fls. 224).

De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Acusação e Defesa ocupam, no Processo Penal, o mesmo plano jurídico. Ambas integram aquele triângulo formal da Justiça a que se refere Beling: nas bases, a Acusação e a Defesa; no vértice, como órgão superpartes, o Juiz. Assim como a acusação, a defesa do acusado é uma atividade essencial no processo, porque tutela e ampara a liberdade e os direitos individuais. Por isso que o art. 133 da Constituição proclama ser o advogado indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (Código de Processo Penal Comenta-

do, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1998, vol. 1, págs. 468/469, grifamos).

Na continuidade, discorre sobre a importância da defesa, dizendo:

“(…) Tão imprescindível é a defesa que a nossa Carta Magna proclama no art. 5º:

‘LIV — Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

‘LV — Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’;

“A defesa é pois, necessária. Como bem diz Tornaghi, o Estado procura fazer justiça, e ele não poderá estar certo de tê-la feito e, portanto, não tranquilizará o homem de bem, se não der ao acusado a mais ampla defesa. Tão necessária é ela que o legislador, estadeando a garantia mandamental, sancionou com pena de nulidade insanável a não-nomeação de Defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de Curador ao menor de 21 anos (CPP, art. 564, III, c)” (ob. cit., págs. 460/470, o grifo é nosso).

Discorrendo acerca da natureza jurídica e da função do Defensor, conclui o mestre:

“Qual a natureza jurídica do Defensor? Trata-se apenas de representante do imputado. A sua função, ensina Frederico Marques, é a de assistir tecnicamente o réu e a de representá-lo no processo.

“Função do Defensor: Na irrepreensível lição de Manzini, é a de apresentar ao Juiz tudo quanto, legitimamente, possa melhorar a condição processual do imputado e que possa

honestamente contribuir para dirimir ou diminuir sua imputabilidade ou sua responsabilidade.

“Carrara já dizia que ‘a defesa não é apenas de ordem pública secundária, mas de ordem pública primária, uma vez que a sociedade tem tanto interesse na defesa do acusado, por necessitar não de uma pena que recaia sobre qualquer cabeça, mas da punição do verdadeiro culpado’. Por isso mesmo, advertia o mestre: ‘o réu não pode renunciar à própria defesa, devendo-se, mesmo contra a sua vontade, designar uma pessoa que seja capaz de patrocinar a sua causa e impor suas razões, a fim de fazê-lo absolver, se inocente, e reduzir à justa medida a sua punição, se, malgrado seu, é culpado’ (Programma del corso di diritto criminale, Firenze, 1925, §§ 978 4 e 979)” (ob. cit., pág. 470, des-tacamos).

Nessa esteira, não se pode conferir aos acusados defensor único, quando apresentam versões antagônicas sobre o fato delituoso, como ocorre na hipótese sub judice, sob pena de se incorrer em nulidade absoluta, por ofensa ao princípio da ampla defesa.

Na lição de Ada Pellegrini Grinover:

“A nomeação de um só defensor para réus que apresentem versões antagônicas para os fatos apontados como delituosos sacrifica irremediavelmente o direito de defesa.

“Ao defensor, nesses casos, cumpre recusar a nomeação única, alertando o juízo quanto à impossibilidade de defender com eficiência acusados com interesses conflitantes. Se tal não ocorrer, o juiz, ao sentenciar,

deve anular o processo a partir da nomeação do defensor, regularizando a situação. A nulidade, no caso, surge como absoluta, não havendo que perquirir a respeito da ocorrência do prejuízo. E, sendo assim, será decretada em qualquer fase do procedimento. O mesmo aplica-se ao advogado constituído pela parte.

“Sempre se entendeu que o desempenho de uma única defesa técnica para acusados em posições conflitantes é causa de nulidade absoluta: RTJ 32/49 e 42/804; RT 217/78, 302/447, 357/375, 371/44, 399/289 e 423/397” (As Nulidades no Processo Penal, 6ª. ed. rev. e atual., RT, São Paulo, 1997, págs. 84 e 85).

Julio Fabbrini Mirabete, por seu turno, ensina que:

“Pode ocorrer também nulidade no processo pelo conflito de defesas existente entre co-réus assistidos por um defensor, pois tal situação pode acarretar prejuízo para um deles ou, mesmo, para ambos (...)” (Processo Penal, 6ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, pág. 341).

A nulidade, nesses casos, não decorre simplesmente do fato de um único advogado promover a defesa de vários acusados, mas sim da existência de conflito irremediável entre os argumentos apresentados pelos réus, pois é claro que a ampla justificativa a favor de um deles implica, necessariamente, em dar menor ênfase às explicações dadas pelos demais.

No caso em tela, certamente o Juízo a quo nomeou a Alexsandro o mesmo advogado de Estela porquanto foi ele quem acompanhou o réu varão quando de sua inquirição pela au-

toridade policial, como se vê de fls. 25/26.

Contudo, diante das declarações da ré, que tanto na fase policial quanto em Juízo imputou ao acusado varão a propriedade do material tóxico apreendido e, assim, toda a responsabilidade criminal, quando aquele a teria negado expressamente na fase investigatória, única oportunidade em que, ouvido, não se poderia ter procedido dessa forma.

Restou evidenciada, destarte, a absoluta nulidade do processo, diante da colidência de defesas dos acusados.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal já deixou assentado:

“Processo — Colidência de defesas — Réus defendidos pelo mesmo advogado — Inadmissibilidade — Alegações incompatíveis, vez que, reconhecida a autoria do delito por um deles, com incriminação quanto ao co-réu, este nega os fatos — Cerceamento de defesa quanto a este último — Nulidade decretada somente com relação a ele” (RT 661/362).

No mesmo norte vertem as decisões dos demais Tribunais do País:

“A nomeação de um só defensor para réus com defesas colidentes torna manifestamente nulo o processo, a partir desse momento, nulidade absolutamente insanável, por ferir o princípio constitucional da plenitude da defesa, quicá a maior e mais significativa dentre todas as garantias individuais asseguradas pela Carta Magna” (TACrimSP — RT 478/315).

“A defesa técnica, vertente da garantia constitucional da ampla defesa, perde seu cunho operacional se

um mesmo advogado vem a atuar em relação a dois ou mais réus que sustentam a realidade de situações de fato e de direito antagônicas, uma vez que o conflito de interesses interrompe a atividade defensiva, transformando a incompatibilidade em carência da própria função, já que a defesa comum se tornaria ineficiente em relação aos acusados” (TACrimSP — RJD 32/335).

“Ampla defesa. Inadmissível é exercício da defesa comum, se gritante a incompatibilidade das afirmações dos co-réus onde, a pretexto da auto-defesa, fizeram incriminação recíproca” (TACrimSP – RT 723/604).

Há, porém, que se atentar, como já se decidiu, que “no exame da existência de nulidade pela colidência de defesas, o magistrado deverá verificar, no caso concreto, se a nulidade aproveitará todos os co-réus ou somente a alguns”, e na hipótese que se apresenta, a nulidade não alcança a ré Estela, que foi bem defendida por seu advogado constituído, devendo o processo ser anulado tão-somente em relação a Alexandro, a partir da nomeação do dativo, inclusive.

4 – É mantida a prisão de Alexandro Budal, porquanto evadiu-se do distrito da culpa assim que citado, dando ensejo à sua revelia, razão pela qual necessária a sua manutenção no cárcere, para assegurar a aplicação da lei penal e para a conveniência da instrução criminal.

5 – Diante do exposto, a Câmara conhece dos recursos defensivos, afasta a primeira preliminar argüida pela defesa de Alexandro Budal e, acatando a segunda, declara nulo o processo, a partir das fls. 62 (nomea-



ção do defensor dativo), inclusive, mas apenas em relação a este acusado, mantida sua prisão e prejudicada a análise do mérito de seu recurso, determinando, outrossim, o sobrestamento do julgamento do apelo interposto por Estela Rúbia Martins.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Jus-

tiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 16 de maio de 2000.

*Alberto Costa,*  
*Presidente com voto;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.021171-1, DE PALHOÇA**

**Relator: Des. Jorge Mussi**

*Processual penal — Narcotráfico — Sentença condenatória — Ausência de análise da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos — Possibilidade, ante a redação dada pela Lei n. 9.714/98 ao art. 44 e seguintes do CP — Mera irregularidade — Réu que, ademais, não requereu a substituição em alegações finais, nem se insurgiu contra tal fato em seu recurso — Princípio da economia processual que deve ser observado — Desnecessidade de conversão do julgamento em diligência — Preliminar aventada pela Procuradoria-Geral da Justiça afastada.*

*Dosimetria — Sursis — Possibilidade de concessão em delitos considerados hediondos — Condenado que sofre de doença degenerativa dos tecidos da face (granulomatose de Wegener) — Mal que, à falta de tratamento médico adequado, pode levá-lo à morte — Grave problema de saúde — Razões humanitárias que justificam o deferimento do benefício legal — Exegese da parte final do § 2º do art. 77 do CP, com a redação conferida pela Lei n. 9.714/98 — Suspensão condicional da reprimenda deferida, na modalidade especial (art. 78, § 2º, do CP) — Recurso defensivo provido.*

*“Os preceitos jurídicos não são textos encruados e adamantinos, destacados da vida como poças d’água que a inundação deixou nos terrenos ribeirinhos; mas, ao revés, princípios vivos que, ao serem estudados e aplicados, têm de ser perquiridos na sua gênese, compreendidos na sua ratio e interpretados em seu verdadeiro senti-*

*do social e humano” (Helena Fragoso — Comentários ao Código Penal).*

*Pena — Adequação, de ofício, do valor do dia-multa, conforme os ditames do art. 38 e seus parágrafos da Lei de Tóxicos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.021171-1, da comarca de Palhoça (2ª Vara/Fazenda Pública), em que é apelante Waldenei Waldir dos Santos, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, afastar a preliminar argüida pela Procuradoria e, no mérito, prover o recurso e conceder o sursis humanitário, na forma especial, conforme o disposto nas letras b e c do § 2º do art. 78 do CP, adaptando, ainda, de ofício, o valor do dia-multa de acordo com os ditames estabelecidos pelo art. 38 e parágrafos da Lei n. 6.368/76.

Custas legais.

1 — Na comarca de Palhoça (2ª Vara), Waldenei Waldir dos Santos, vulgo “Bagre”, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76, porque, conforme se depreende da exordial acusatória de fls. 2 a 4:

“1 — No dia 23 de abril de 1999, por volta das 14h30min, policiais civis da Delegacia de Polícia da comarca de Palhoça dirigiram-se à residência do denunciado, localizada na R. Valdir João dos Santos, s/n, Rio Grande, Palhoça, Santa Catarina, com o fim de dar cumprimento ao mandado de busca domiciliar (fls. 15), apurando assim informações de que na residência referida no mandado era praticado o trá-

fico ilícito de substâncias entorpecentes.

“2 — Ao chegarem lá os policiais encontraram o denunciado Waldenei Waldir dos Santos acompanhado de sua esposa e mais um casal de amigos, os quais mediante solicitação dos policiais saíram da casa, enquanto era procedida a busca domiciliar realizada por dois policiais acompanhados de Cristiane Pereira da Silva, esposa do denunciado.

“3 — Realizada a busca nos bens que o denunciado guardava em casa, dentre os que restaram apreendidos pela autoridade policial (termo de apreensão) fls. 11, destacam-se os seguintes:

‘1. 2 (dois) cachimbos vulgarmente conhecidos por ‘maricas’;

‘2. 1 (uma) colher de sopa inox (que estava suja com um pó branco);

‘3. 1 (uma) colher inox pequena, para efetuar medidas;

‘4. 1 (um) frasco de plástico, cor marrom, tampa branca com a inscrição Prompt Desintegration, contendo em seu interior 27 ‘papelotes’ de um pó branco assemelhado à cocaína;

‘5. 1 (um) frasco de plástico, envolvido com fita isolante, tampa vermelha;

‘6. 2 (dois) invólucros brancos, contendo em seu interior certa porção de um pó branco assemelhado à cocaína;

‘7. 1 (uma) máscara de filtro de papel para pó;

‘8. 2 (dois) pares de luvas plásticas;

‘9. 10 (dez) pedaços de plástico de cor branca em forma arredondada destinados a acondicionar substâncias tóxicas’.

“Realizada a análise provisória sobre o material apreendido (laudo de constatação provisória — fls. 13), verificou-se que se tratava de 20,5 gramas de cocaína, substância entorpecente capaz de causar dependência física e/ou psíquica, de uso proscrito no Brasil, segundo o disposto na Portaria n. 344/98, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

“O denunciado além de ser viciado no uso de cocaína, confirmou estar se valendo do material apreendido em sua guarda para entregá-lo de qualquer forma para consumo, visto que por uns seis meses já vem vendendo as substâncias apreendidas”.

Concluída a instrução criminal, restou condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, negado o sursis, e ao pagamento de 50 dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à data dos fatos, por violação ao art. 12 da Lei de Entorpecentes, sendo-lhe negado ainda o direito de apelar em liberdade.

Irresignado com o teor do decidido, recorreu, tempestivamente e com fundamento no art. 593, I, do Código de Processo Penal, pretendendo tão-somente a concessão do sursis humanitário, haja vista o quadro clínico que apresenta.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta Superior Instância, manifestando-se a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça pela conversão do julgamento em diligência, a fim de que fosse analisada a possibilidade da aplicação da Lei n. 9.714/98; caso assim não se entenda, opinou pelo provimento do recurso e, de ofício, pela adequação do valor do dia-multa, conforme estabelecido no art. 38 da Lei n. 6.368/76.

É o relatório.

2 — Inicialmente, afasta-se a necessidade de retorno dos autos à origem, para que se manifestasse o Juízo a quo acerca da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade imposta por restritiva de direitos.

Não obstante filiar-se à corrente que entende possível a aplicação da substituição regulada pelo art. 44 do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 9.714/98, aos delitos erigidos à categoria de hediondos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, como o em que foi condenado o apelante, não foi isso requerido pela defesa quando de suas alegações finais, em que pretendia, como agora, tão-somente a concessão do sursis humanitário, diante da gravidade do estado de saúde de Waldenei.

Em outra oportunidade, analisando caso semelhante, esta Câmara já deixou assentado, em aresto da minha lavra, assim ementado:

“Apelação criminal. Acidente de trânsito. Lesões corporais culposas. Decisão que não analisa, antes do sursis, a possibilidade ou não da concessão da pena substitutiva de multa.

Exegese dos arts. 59, IV, e 60, § 2º, do CP. Conversão do julgamento em diligência requerida pelo Ministério Público para que seja a decisão complementada na origem. Réu que nada arguiu em sua peça recursal. Rejeição da preliminar. Retorno dos autos à Procuradoria-Geral da Justiça para que sobre o mérito se manifeste" (Ap. Crim. n. 31.465, de Itajaí, deste Relator, j. em 3/2/95).

Do corpo do acórdão, que serve como luva ao caso sub judice, retira-se o ensinamento do Exmo. Sr. Des. Rogério Lemos, que julgando a Apelação Criminal n. 30.279, de Ponte Serrada, com o brilhantismo que sempre lhe foi peculiar, assim justificou:

"Embora tenha esta Câmara, em diversas oportunidades, à unanimidade sufragado o entendimento esposado pelo eminente parecerista, um fato de magna importância exige que a matéria seja repensada.

"O acusado, único recorrente no feito, em nenhum instante de sua manifestação recursal, que busca a absolvição, deixou entrever inconformismo com o não exame pelo Magistrado — quanto à possibilidade, a anteceder a concessão da suspensão condicional da pena —, de aplicação da alternativa de substituição da pena corporal por restritiva de direitos e multa, consoante estabelece o art. 44, incisos e seu parágrafo único.

"À defesa competia alegar o prejuízo. Não o fez. E conformando-se, é de se entender que neste aspecto aceitou a solução da sentença.

"Daí a inexistência de prejuízo a desautorizar a declaração de nulida-

de, conforme estabelece o art. 563 do CPP.

"De se consignar que a egrégia Primeira Câmara Criminal, deste Tribunal, ao enfrentar a mesma matéria, nas Apelações Criminais n. 27.244, de Lages, e 27.601, de Campo Erê, rechaçou-a.

"Ademais, resta a indagação. E se no mérito assistir razão ao recorrente, a ponto de concretizar-se a absolvição, o princípio da economia processual não deve prevalecer?

"Também a egrégia Primeira Câmara já consagrou:

'Aplicação do artigo 59, IV, do CP — Não cumprimento pelo Magistrado a quo — Preliminar argüida pelo Ministério Público de segundo grau — Rejeição' (Ap. Crim. n. 29.543, de São Joaquim, rel. Des. Marcio Batista).

"E do corpo do acórdão se extrai:

'Não se discute que o disposto no artigo 59, IV, do Diploma Penal, se constitui em direito subjetivo do acusado, contudo, entende a Câmara, escorada em precedentes, que a não apreciação da matéria no Juízo a quo só se transforma em nulidade quando aventada a tempo e modo pelo acusado e não apreciada pelo Magistrado sentenciante' (fls. 2).

"Vide também Ap. Crim. n. 29.296, de Gaspar, rel. Des. Marcio Batista".

Assim, e por economia processual, pois realmente entendo que o apelante está a merecer a concessão da suspensão condicional do processo, nos moldes requeridos em suas razões recursais, preferível apreciar-se o mérito do apelo a remeter à ori-

gem o processo, a fim de que fosse suprida a irregularidade apontada.

Dessa forma, afastado a prejudicial levantada pela Procuradoria-Geral da Justiça.

3 — No mérito, pretende o apelante tão-somente que lhe seja concedida a suspensão condicional da pena, diante de sua precária situação de saúde.

Como se cuida de condenado por crime considerado hediondo, há que se analisar primeiramente a possibilidade de sua concessão.

Não é demais lembrar, nesse passo, o ensinamento deixado por Heleno Fragoso, na sua obra Comentários ao Código Penal:

“Os preceitos jurídicos não são textos encruados e adamantinos, destacados da vida como poças d’água que a inundação deixou nos terrenos ribeirinhos; mas, ao revés, princípios vivos que, ao serem estudados e aplicados, têm de ser perquiridos na sua gênese, compreendidos na sua ratio e interpretados em seu verdadeiro sentido social e humano”.

E parece que o Superior Tribunal de Justiça, dando vida à lição do mestre, tem admitido o deferimento de sursis nesses casos, leia-se:

“A suspensão condicional da pena, desde que satisfeitos os requisitos do art. 77 do CP, pode ser deferida ao réu que praticou crime considerado hediondo, à falta de expressa vedação legal” (REsp n. 15.1769/PR — rel. Min. José Arnaldo da Fonseca — 5ª Turma — j. em 2/6/98).

“Penal. Lei n. 8.072/1990 (...) Crime hediondo. Sursis. Possibilidade de concessão. Inexistência de incom-

patibilidade com a norma que determina o cumprimento integral da pena em regime fechado.

“1. Inexistindo na Lei n. 8.072/1990 norma expressa a vedar a concessão de sursis, não pode o intérprete lançar mão de interpretação extensiva ou dilatória para suprimir o benefício.

“2. Não há, também, incompatibilidade lógica entre o sursis e a norma do art. 2º, § 1º, já que inexistente qualquer relação entre regime de cumprimento de pena e este instituto.

“3. O que importa para a suspensão condicional da pena é o preenchimento dos seus requisitos legais estabelecidos no Código Penal, independentemente do regime prisional imposto.

“(…)” (REsp n. 91.851/MG — rel. Min. Edson Vidigal — 5ª Turma — j. em 10/12/96 — DJU de 24/2/97, pág. 3.356).

Comentando a possibilidade de deferimento da suspensão condicional da pena nos crimes hediondos ou a eles equiparados, o Exmo. Sr. Dr. Nilton Macedo Machado, Juiz de Direito Substituto, em artigo sobre “A Lei n. 9.714/98, os Crimes Hediondos e de Tráfico de Entorpecentes”, com propriedade assinalou:

“Bem por isto, anteriormente à Lei n. 9.714/98, diante da ausência de proibição expressa na Lei n. 8.072/90, já se concedia a suspensão condicional da execução da pena (sursis) aos condenados por crime hediondo mesmo que praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, como nos casos de estupro na modalidade tentada (quando a pena ficava no patamar de dois anos de reclusão), valendo lem-

brar que no colendo Superior Tribunal de Justiça já se o admite pacificamente (vide RSTJ, 109/306, citando RTJSP 134/417; RT 676/298 e RT 719/312), destacando-se precedente recentíssimo, no HC n. 7.919/SP (98/0063715-0), rel. Min. Félix Fischer, publicado no DJU de 22/2/99, pág. 00114:

‘Penal e processual penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Estupro tentado. Aumento do art. 9º da Lei n. 8.072/90. Sursis.

‘I — o acréscimo de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/90 somente se aplica na eventualidade de lesão corporal grave ou morte. Precedentes.

‘II — Desde que preenchidos os requisitos legais, a serem verificados via de cognição mais ampla, o sursis pode ser concedido em caso de ilícito penal qualificado de hediondo.

‘Precedentes’.

‘No Tribunal de Justiça de Santa Catarina também já se decidia nesse sentido (Apelações Criminais ns. 33.175, de São Carlos, rel. Des. Álvaro Wandelli, — j. em 28/8/95, in DJ n. 9.355, de 10/11/95, pág. 12, e 97.003588-8, de Mafra, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 10/6/97).

‘Especificamente em crimes contra a saúde pública, na espécie tráfico ilícito de entorpecentes, para que não se diga da inexistência de precedente, não fossem os argumentos já expendidos, registra-se valioso julgado concessivo de sursis em rara hipótese de reconhecimento de tentativa (com o que a pena ficou em quantum que admitia a suspensão trazendo a obrigação de ser examinada sua concessão ou não), da lavra do emi-

nente Des. José Roberge, com a seguinte ementa:

‘Crime contra a saúde pública. Artigo 12, parte final (adquirir sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar) da Lei de Tóxicos. Autoria e materialidade comprovadas.

‘Tentativa. O réu exauriu os atos de execução, e não meros atos preparatórios, não chegando ao seu final, por circunstâncias alheias a sua vontade, haja vista que o destinatário que seria mera peça no esquema, assustado com a quantidade do remédio e a qualidade comunicou à polícia.

‘Recurso pretendendo a absolvição, ou, alternativamente, a desclassificação do delito para estelionato na sua forma tentada. Impossibilidade. Incabível a desclassificação pretendida, pois a verdadeira intenção do agente, não era obter vantagem em prejuízo de outrem, mas sim, o fornecimento, sem nota fiscal, dos medicamentos controlados pelo Ministério da Saúde, evitando a fiscalização.

‘Concessão do sursis. Admissibilidade. A lei que define o crime hediondo não inibe a concessão do benefício. Não se pode dar interpretação extensiva, a refletir analogia in mallam partem, de forma a afligir a situação do condenado. O que o dispositivo em análise veda é a anistia, a graça, o indulto e a progressão de regime, mas não o sursis. Se tal fosse, estaria explícito na redação do texto legal, não se podendo dar a ele uma interpretação virtual’ (Ap. Crim. n. 33.846, de São José, j. 16/4/96).

‘Do corpo do acórdão traz-se a fundamentação garantista do benefício por falta de proibição expressa na

norma incriminadora, aplicável como luva à hipótese em exame:

‘No que pertine à concessão do benefício do sursis, esclarece-se que o recorrente foi condenado por infração ao artigo 12, porém na sua forma tentada (...).

‘Por último, data venia ao entendimento do ilustre Procurador de Justiça, o sursis é de ser concedido. Satisfeitos os pressupostos subjetivos e objetivos do artigo 77 e seus itens, do Código Penal, não é o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, óbice a sua concessão:

‘A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado’.

‘Sem qualquer filiação, a alegada inconstitucionalidade do dispositivo, devidamente improcedente, tantas vezes proclamada pelas Cortes Superiores, a razão está simplesmente na não vedação da concessão do sursis no dispositivo em questão.

‘É que ‘não existe qualquer norma penal que defina a possibilidade da concessão ou não do benefício em decorrência da classificação do crime cometido’. Assim, a lei que define o crime hediondo não inibe a concessão do sursis. Não se pode dar, in casu, interpretação extensiva, ‘a refletir analogia in mallam partem, de forma a afligir a situação do condenado. Tal se mostra intolerável perante um sistema que prestigiou sensivelmente a presunção de inocência e a plenitude da defesa, razão pela qual, a teor do disposto no artigo 697 do Código de Processo Penal, deve o juiz se pronunciar a respeito da concessão do sursis’ (Renato Nalini — RT 676/298). O que o dispositivo em análise veda é a anis-

tia, a graça, o indulto e a progressão de regime, mas não o sursis. Se tal fosse, estaria explícito na redação do texto legal, não se podendo dar a ele uma interpretação virtual. O regime, até que ultime a sentença, com seu total cumprimento, é o fechado, o que significa dizer que se as condições que forem impostas não restarem devidamente cumpridas, resultando rescindido o sursis, o réu será recolhido ao regime fechado” (Artigo veiculado no site O Neófito — .com.br).

4 — Vencida essa questão, merece provimento o recurso, a fim de conceder-se ao apenado o sursis humanitário, nos precisos termos do art. 77, § 2º, parte final, com a redação conferida pela Lei n. 9.714/98 que acrescentou ao nosso ordenamento jurídico a possibilidade de suspender-se condicionalmente a pena não superior a 4 anos, quando razões de saúde assim o justificarem.

E dos autos extrai-se a necessidade do deferimento da benesse, pois desde o início da ação penal os graves problemas de saúde do réu foram informados à autoridade judiciária que, diga-se, sempre conduziu a situação com a cautela devida e, objetivando o resguardo da integridade física de Waldenei, determinou a realização de exames médicos, internações e tratamento ao denunciado.

Extrai-se do caderno processual que, antes mesmo da homologação do flagrante, o Promotor de Justiça foi procurado, em seu gabinete, pela irmã do réu, Lourdes Santos Rios, que informou ser ele pessoa “extremamente doente, portador de mal degenerativo que já lhe causou a perda da membrana da palatina, ex-portador de tuber-

culose e toxicoplasmose, submeteu-se recentemente (há quatro meses) a cirurgia de antrectomia e vagotomia (extração da parte anterior do estômago e do nervo 'vago'), e tem histórico de hemorragia digestiva" e que "tais fatos, relativos a sua saúde, podem se agravar em decorrência da abstinência de drogas a que está sujeito e, ao que parece, já apresenta edema na região abdominal" (fls. 39).

Diante dessa situação posta, o Ministério Público houve por bem noticiar o Juízo e requerer à autoridade judiciária que fossem procedidos os exames médicos necessários em Waldenei, para que fosse "resguardado seu estado de saúde" (fls. 40), o que lhe foi deferido (fls. 41 e 42).

Sobreveio, nesse interim, pedido da defesa para que o réu fosse submetido a tratamento, em regime de internação, no Instituto São José, pois, além de dependente de drogas, estava sofrendo de problemas respiratórios (fls. 43/44).

Com vista ao Órgão Ministerial, este assim se manifestou:

"A situação de saúde física e mental do indiciado é gravíssima e não há recurso financeiro da família para suportar os custos da internação particular.

"Para que não haja risco para o indiciado, especialmente nas suas funções gástricas, pois pessoa portadora de moléstia grave palatar e estomacal, exigindo dieta específica e especial, requeremos seja imediatamente determinada a internação do mesmo na unidade para toxicômanos do Hospital Psiquiátrico Colônia Santana, devendo o nosocômio informar sobre a situação de saúde do paciente, assim co-

mo o nível de dependência e prognóstico de tratamento" (fls. 46), o que foi acolhido pela autoridade judiciária (fls. 48 e 49), permanecendo o réu internado por 21 dias na Unidade de Dependência Química da Colônia Santana.

O médico responsável, por ocasião da internação e depois da alta hospitalar, frisou a necessidade da continuidade do acompanhamento ambulatorial e da participação do acusado em grupos semanais de autoajuda, tais como o Alcoólicos Anônimos ou o Narcóticos Anônimos, "por um período de 2 anos após a alta médica, para prevenção de recaídas" (fls. 57 e 66).

Ainda no curso da instrução criminal foram realizados outros exames médicos, para acompanhamento da evolução clínica da doença de Waldenei, e internações para cuidados médicos, sendo que, em razão de requerimento ajuizado por seu advogado após a prolação da sentença condenatória, encontra-se internado desde 18 de outubro de 1999, no Hospital Santa Teresa, localizado em São Pedro de Alcântara, "para tratamento adequado as suas necessidades", por ordem do Juízo a quo (fls. 138, 139 e 140).

Com efeito, dos laudos médicos de fls. 142 e 144 se têm notícia de que o apelante sofre de "Granulomatose de Wegener = granulomatose respiratória necrotizante", "doença que leva à necrose dos tecidos da face", "necessitando de acompanhamento especializado permanente e cuidados especiais" (fls. 144), bem como do uso de "medicamentos controlados" (fls. 142), merecendo registro que, consoante o atestado médico de



fls. 128, a falta do tratamento necessário "poderá levá-lo à morte".

E, conforme apropriadamente observou o representante do Parquet ad quem, Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho:

"Não obstante a Lei de Execuções Penais assegurar assistência médica ao preso enquanto durar o cumprimento da pena (art. 14), sem muito esforço chega-se à conclusão de que nosso sistema carcerário não possui estrutura necessária para dispensar os cuidados exigidos pelo estado de saúde do recorrente, cuja gravidade foi constatada por dois membros do Ministério Público, cumprindo notar, ainda, que Waldenei Waldir dos Santos foi encaminhado, em 15/10/1999, para tratamento de urgência no Hospital Santa Teresinha (fls. 141), não existindo nos autos notícia de sua posterior alta" (fls. 158).

Na obra *Penas Alternativas — Comentários à Nova Lei n. 9.714, de 25 de Novembro de 1998, que altera dispositivos do Código Penal*, Juruá Editora, Curitiba/PR, 1999, o Juiz de Direito Catarinense Jorge Henrique Schaefer Martins, tratando do benefício conferido pela novel lei, e que ora se almeja, explica:

"A inserção de uma nova frase, em complemento aos dizeres do § 2º do art. 77 do Código Penal pode parecer sem importância.

"Todavia, os efeitos que decorrerão dessa nova previsão são de largo espectro.

"Hodiernamente, é bastante comum que os réus estejam infectados com o vírus do HIV, daí advindo diversas conseqüências.

"As condições carcerárias, como se sabe, são as piores, não existindo verba suficiente para a alimentação dos presos, que dizer para medicá-los. Além disso, impor-se a quem se encontra em tal situação prestação de serviços gratuitos, por exemplo, como determina o art. 78, § 1º, do CP, esbarra em dificuldades: falta de condições físicas para o exercício do trabalho e preconceito da população em geral para quem esteja acometido de tal enfermidade.

"Previu-se, então, uma maneira mais branda de impor-se ao agente que se encontre nessa ou em outra condição análoga, forma de prestar contas pelo crime praticado.

"Terá, por conseguinte, extrema validade, ao permitir aos Juízes que imponham condições compatíveis com o estado de saúde do infrator, não o sujeitando a penas que não estejam de acordo com sua higidez física" (fls. 155/156 — o grifo é nosso).

Sobre o tema, ensina ainda Julio Fabbrini Mirabete:

"Por razões humanitárias, a Lei n. 9.714, de 25/11/98, que alterou vários dispositivos do Código Penal, introduziu mais uma hipótese para o cabimento do sursis ao condenado a pena não superior a quatro anos, possibilitando seu deferimento em caso de razões de saúde que justifiquem a suspensão. Estando provado nos autos, portanto, que o acusado é portador de moléstia incurável, como a Aids, ou grave, inabilitante etc., pode o Juiz conceder a mercê, justificada que está a medida" (*Código Penal Interpretado*, São Paulo, Atlas, 1999, pág. 435).

Estando presentes os requisitos para a concessão da novel benesse pretendida, e levando-se em conta que o recorrente é primário, não registrando antecedentes, e todas as circunstâncias do art. 59 l<sup>he</sup> são favoráveis, suspende-se a pena privativa de liberdade imposta por quatro anos, e, como é impossível in casu o apelante reparar o dano causado pela disseminação de drogas na sociedade, bem como porquanto são-lhe favoráveis todas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, como dito, impõe-se-lhe as condições dispostas no § 2º do art. 77, alíneas b e c, quais sejam: proibição de ausentar-se da Comarca em que reside, sem autorização do Juiz, comparecimento mensal e obrigatório ao Juízo para informar e justificar suas atividades, bem como o andamento de seu tratamento médico.

5 — Por derradeiro, concernente à pena, de ofício é de se adaptar o valor do dia-multa irrogado ao réu pelo cometimento do delito de tráfico de entorpecente, uma vez que aplicado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo da infração, nos ditames do Código Repressivo, portanto, e, como se sabe, "o valor da pena pecuniária nos crimes previstos na Lei n. 6.368/76 deve obedecer ao disposto no art. 38, da mesma lei, e não ao previsto no Código Penal" (Ap.

Crim. n. 97.001384-1, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Nilton Macedo Machado, publ. no DJSC n. 9.837, de 22/10/97, pág. 9).

6 — Por todo o exposto, a Câmara conhece do recurso defensivo, dando-lhe provimento para conceder a Waldenei Waldir dos Santos a suspensão condicional da pena que lhe foi imposta pelo prazo de 4 (quatro) anos, com as condições de proibição de ausentar-se da Comarca em que reside, sem autorização do Juiz, bem como a obrigação de comparecer mensalmente ao Juízo para informar e justificar suas atividades, assim como o andamento de seu tratamento médico, e, de ofício, adaptar-se o valor do dia-multa de acordo com o mínimo previsto no art. 38, e seus parágrafos, da Lei n. 6.368/76.

Participaram do julgamento, com voto vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Nilton Macedo Machado, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 11 de abril de 2000.

*Alberto Costa,*  
*Presidente;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.003297-2, DE ITAJAÍ**

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Furto qualificado pelo arrombamento. Pleito absolutório fulcrado na insuficiência de provas. Depoimento policial em consonância com demais elementos probatórios suficientes à condenação.*

*Disparo de arma de fogo em local habitado. Inteligência do art. 10, § 1º, III, da Lei n. 9.437/97. Agente preso em flagrante. Apreensão da arma e reconhecimento por parte da vítima. Concurso material mantido. Pena exacerbada. Redução. Recurso parcialmente provido.*

*O flagrante é a certeza visual do delito, quanto mais tendo a arma sido apreendida em poder do agente e posteriormente reconhecida pela vítima.*

*“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais, especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-la pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal” (HC n. 74.608-0/SP, rel. Min. Celso Mello, DJU n. 69, de 11/4/97, pág. 12.189).*

*Há concurso material de delitos quando o agente pratica furto seguido de disparo de arma de fogo em local habitado, inocorrendo concurso formal, vez que os referidos crimes não resultam de uma única ação, mas de atos distintos, com individualidade jurídica própria.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.003297-2, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é apelante Renato Batista, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para minorar a pena.

Custas de lei.

Perante o Juízo da comarca de Itajaí, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Renato Batista, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, I, do Estatuto Penal, e art. 10, § 1º, III, da Lei n. 9.437/97, em concurso material.

Colhe-se da vestibular acusatória:

“No dia 28 de outubro de 1999, em horário incerto, na Rua Estefano José Vanolli, n. 515, Bairro São Vicente, nesta Cidade e Comarca, o denunciado Renato Batista, mediante arrombamento de uma porta e da quebra de vidros, adentrou na residência de Altamir José da Luz, de onde subtraiu o revólver da marca Taurus, calibre 32, n. 882.920, quatro pares de meias infantis, uma gargantilha de ouro, uma bolsa de viagem, uma jaqueta jeans, um agasalho de nylon e uma camisa masculina.

“Momentos após, quando já havia se desfeito de parte da res furtiva, o denunciado passou a disparar referida arma de fogo em plena via pública,

ou seja, na Rua Rodolfo Kucker, o que ocasionou a chamada da Polícia Militar e a sua conseqüente prisão em flagrante.

“Em seu poder foi apreendido o citado revólver com um projétil deflagrado. No terreno da casa n. 156, onde se achava o denunciado, ainda foram apreendidos outros 5 (cinco) projéteis do mesmo calibre, todos deflagrados” (fls. 2/3).

Instruído o feito, sobreveio a sentença que julgou procedente a denúncia, condenando Renato Batista a 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime semi-aberto, e à pena pecuniária de 35 dias-multa, fixada em 2/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao disposto no art. 155, § 4º, I, do Código Penal; e, 1 ano e 2 meses de detenção, em regime aberto, e à pena pecuniária de 25 dias-multa, fixada em 2/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 10, § 1º, III, da Lei n. 9.437/97, nos moldes do art. 69 do Código Penal. Foi-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

Inconformado, apelou o réu, sustentando a insuficiência de provas para sua condenação, eis que fundadas apenas em depoimentos de policiais militares, pouco esclarecedoras e divergentes entre si. Alegou ainda que não pode subsistir a condenação pelo delito capitulado no art. 10, § 1º, III, da Lei n. 9.437/97, pois não houve qualquer apuração pericial a respeito. Por fim, requereu a aplicação do concurso formal disposto no parágrafo único do art. 70 do Estatuto Penal.

Com as contra-razões, os autos alçaram a esta Corte, onde a dou- ta Procuradoria-Geral de Justiça ma-

nifestou-se pelo provimento parcial do apelo, para, tão-somente, ajustar a pena referente ao delito descrito no art. 155, § 4º, I, do Código Repressivo.

É o relatório.

O pleito absolutório não encontra respaldo nos autos.

Impende observar que a materialidade do delito está fartamente comprovada pelos termos de apreensão e de reconhecimento e entrega de parte dos objetos subtraídos da casa da vítima (fls. 12 e 31), bem como pelo laudo pericial em arma de fogo (fls. 21/22) e pelo laudo pericial realizado no local do furto (fls. 25/26).

Não há qualquer dúvida quanto à autoria imputada ao réu, visto encontrar-se suficientemente comprovada no caderno processual, destacando-se o depoimento da vítima bem como dos policiais que efetuaram o flagrante.

Veja-se a declaração da vítima Altamir José da Luz perante a autoridade judiciária:

“que o informante no dia dos fatos não se encontrava em sua residência, chegando por volta das 21 horas, quando constatou que havia sido vítima de furto e arrombamento, tendo em vista que haviam quebrado o vidro da janela e de uma porta, encontrando também a casa com as paredes todas sujas de sangue; que noticiou o fato à polícia, dizendo que havia sido furtado, entre outros bens, um revólver; que após vinte minutos, a polícia retornou à casa do informante e após este foi até a delegacia e reconheceu como sua a arma que lhe foi exibida; que na delegacia, o informante notou que o acusado já havia sido medicado, porém estava com a mão toda en-

faixada; que o acusado aparentava estar drogado naquela ocasião; que além do revólver, foi subtraído do informante os demais objetos descritos na denúncia, porém até esta data nada foi encontrado" (fl. 51).

Solidificando a versão da vítima, colhem-se os depoimentos dos policiais Ademir Alcebíades Candido e Rodrigo Rafael Lorenzon, respectivamente:

"que o depoente se encontrava de serviço e viu o acusado em uma rua desta Cidade disparar uma arma na via pública, razão pela qual o deteve; que em seguida apareceu no local uma pessoa, afirmando que o acusado havia saído do seu imóvel, pulando o muro; que esta pessoa não era a vítima do furto narrado na denúncia; que indo até a casa daquela pessoa encontraram o revólver calibre 32, que lá estava, no quintal, próximo a lavanderia; que constatou-se que aquela arma foi utilizada pelo acusado para fazer os disparos anteriormente noticiados; que depois de algum tempo compareceu na delegacia a vítima do furto, apresentando queixa, quando foram até a casa da mesma e lá notaram a presença de sangue, por várias partes da casa; que o acusado estava machucado, sangrando nos braços e tendo vários cortes no corpo quando foi detido; que a vítima do furto disse que os fatos teriam ocorrido naquele mesmo dia; que a vítima do furto identificou a arma apreendida e que estava em poder do acusado como sendo a sua; (...) que havia indícios que a arma tinha sido utilizada recentemente, em virtude do cheiro de pólvora" (fl. 49v.).

"que no dia dos fatos narrados na denúncia o depoente estava de serviço e foi chamado para atender uma ocorrência que noticiava disparos de arma de fogo em via pública; que chegando ao local, encontraram o acusado e em seguida a arma que estava escondida no quintal de uma residência particular; que naquela residência, havia marcas de sangue; que após a vítima do furto comunicou a ocorrência, e foram até o local e constataram o arrombamento, tendo em vista que os vidros estavam quebrados; que foi exibido o revólver encontrado e a vítima do furto o reconheceu como sendo de sua propriedade e disse que o mesmo havia sido subtraído naquela tarde; que constataram que a casa da vítima do furto estava toda suja de sangue; que o acusado apresentava vários machucados no corpo e estava sangrando quando foi detido" (fl. 50).

Dessarte, mostram-se irrefutáveis os delitos perpetrados pelo acusado, tanto pela palavra da vítima, quanto pelas declarações prestadas pelos policiais, todas harmônicas e coerentes entre si.

Firmando o conjunto probatório, suficientes foram as perícias realizadas durante o processo, vez que confirmaram o arrombamento da residência e os vestígios deixados pelo réu (fls. 25/26), bem como a eficácia do revólver que se encontrava em perfeito funcionamento, podendo ser usado para a deflagração de disparos (fls. 21/22). Acrescenta-se, ainda, que nesse laudo verificou-se a presença de "manchas de sangue ressecado" na arma, convergindo para a situação em que o apelante foi encontrado, ou

seja, com ferimento em um dos dedos de sua mão direita (laudo fl. 19).

Vale destacar que é pacífico o entendimento pretoriano, no sentido de que o depoimento de policial tem o mesmo valor probatório atribuído às pessoas não pertencentes aos cargos da polícia civil ou militar, desde que isentos de má-fé ou suspeição.

Diz a jurisprudência:

“Os funcionários da polícia merecem, em seus relatos, a normal credibilidade dos testemunhos em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição. Enquanto isso não ocorra e desde que não defendem interesse próprio, mas agem na defesa da coletividade, sua palavra serve a informar o convencimento do julgador” (RT 668/275).

Ou então:

“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais, especialmente quando prestado em juízo, sob garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-la pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal” (HC n. 74.608-0/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU n. 69, de 11/4/97, pág. 12.189).

Esta Corte adota o mesmo entendimento:

“O policial, civil ou militar, não está impedido de depor tão e só em razão da condição funcional que ostenta, sendo pacífico o entendimento pretoriano no sentido de que o depoimento desse servidor público tem o mesmo valor probante atribuído às pessoas não pertencentes aos quadros da polícia civil ou militar, se isen-

to de má-fé ou suspeita, como no caso” (Ap. Crim. n. 27.838, de São José, rel. Des. Alberto Costa, DJ de 13/3/92).

Evidenciadas a autoria e a materialidade do delito, juntamente com a culpabilidade do apelante, não há falar em insuficiência de provas, muito menos na falta de exame pericial para configurar o delito disposto no art. 10, § 1º, da Lei n. 9.437/97, pois que os elementos contidos nos autos formam um conjunto sólido suficiente a ensejar o edito condenatório.

Por outro lado, merece reparo a decisão guerreada no que concerne às penas aplicadas, porquanto revelam-se exacerbadas.

Quanto ao crime de furto, fixa-se a pena-base em 2 anos e 8 meses de reclusão e 20 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, posto que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP lhe são desfavoráveis. Na segunda fase, diante da atenuante da menoridade (art. 65, I, do CP), reduz-se em 6 meses de reclusão e 10 dias-multa, totalizando, por definitivo, a pena privativa de liberdade em 2 anos e 2 meses de reclusão, e a pena pecuniária de 10 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Fixa-se o regime semi-aberto (art. 33, § 3º, do CP) para o início de cumprimento da pena imposta.

Quanto ao crime descrito no art. 10, § 1º, III, da Lei n. 9.437/97, fixa-se a pena-base em 1 ano e 4 meses de detenção, e a pena pecuniária de 15 dias-multa, correspondente a 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, em face das desfavorá-

veis circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Na segunda fase, em face da atenuante de menoridade (art. 65, I, do CP), diminui-se 3 meses e 5 dias-multa, perfazendo, por definitivo, o montante de 1 ano e 1 mês de detenção, e 10 dias-multa de pena pecuniária, cada qual na razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Fixa-se o regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c, do CP) para o início de cumprimento da pena violada.

No tocante à pleiteada aplicação do parágrafo único do art. 70 do Código Penal, outrossim, é insubsistente. Conforme se revela nos autos, as condutas delituosas resultaram perfeitamente distintas, visto que duas foram as ações perpetradas pelo apelante, não permitindo, desse modo, a aplicação do referido artigo.

Por esses fundamentos, dá-se provimento parcial ao recurso, para, tão-só, minorar a reprimenda imposta ao acusado.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 25 de abril de 2000.

*Genésio Nollí,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.008431-0, DE TIMBÓ**

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Furto qualificado pelo concurso de agentes e receptação. Autoria e materialidade comprovadas. Confissão dos acusados. Conhecimento da origem criminosa dos objetos subtraídos. Condenação mantida.*

*Comprovadas a autoria e materialidade do delito de furto, bem como o dolo que norteou a conduta dos apelantes, seja pelas confissões, todas harmônicas e coerentes entre si, seja pela apreensão da res furtiva, inviável a absolvição, confirma-se o edito condenatório.*

*Furto qualificado. Privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal. Valor da res furtiva acima do salário mínimo. Inadmissibilidade.*

*Qualificado o furto pelo concurso de agentes, torna-se incompatível o reconhecimento da figura privilegiada (§ 2º do art. 155 do*

*CP), independentemente do valor da coisa e da primariedade do agente.*

*Recursos desprovidos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.008431-0, da comarca de Timbó (2ª Vara), em que são apelantes Gilberto Ricardo, Mauro Borba, Carlos da Silva, Inês Ferrari Bertolini e Osmar Bertolini, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento aos recursos.

Custas de lei.

O representante do Ministério Público da comarca de Timbó ofereceu denúncia contra Carlos da Silva, Mauro Borba e Gilberto Ricardo, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, IV, do Estatuto Penal, e art. 26, b, da Lei n. 4.771/65, e Osmar Joaquim Bertolini e Inês Ferrari Bertolini, como incurso nas sanções do art. 180 do Código Penal, e art. 26, h, da Lei n. 4.771/65.

Extrai-se da peça vestibular:

“No dia 3 de maio do corrente ano, por volta das 18 horas, os denunciados Carlos da Silva, Mauro Borba e Gilberto Ricardo dirigiram-se até a localidade de Rio Ada, Rio dos Cedros, nesta Comarca onde, adentrando nas propriedades das vítimas Walter Muller e Carmelo Mengarda, subtraíram, para si, 133 cabeças de palmito (sendo 67 da vítima Walter e 66 de Carmelo), avaliadas em R\$ 226,10 (fl. 5), sem a devida licença da autoridade competente.

“Ato contínuo, os denunciados, de posse da res furtiva, dirigiram-se até a cidade de Rio dos Cedros onde venderam palmitos aos também denunciados Inês Ferrari Bertolini e Osmar Joaquim Bertolini, proprietários de uma fábrica de industrialização de palmitos in natura, os quais, mesmo sabendo de sua origem ilícita e, por isso, não exigindo a exibição de licença do devedor, outorgada pela autoridade competente e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto, até o final do beneficiamento, adquiriram-nos pelo preço de R\$ 1,70 por vidro já industrializado” (fls. 3/4).

Instruído o feito, sobreveio a sentença que condenou Carlos da Silva, Mauro Borba e Gilberto Ricardo, cada qual à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa, equivalente a 1/30 do maior salário mínimo vigente ao tempo do crime, por infração ao disposto no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal. Inês Ferrari Bertolini e Osmar Bertolini resultaram condenados, cada qual à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa, no valor de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao artigo 180, caput, do Código Penal. Com base no art. 46 do Código Penal, foi-lhes substituída a pena privativa de liberdade pela prestação de serviços à comunidade, no total de uma hora de tarefa por dia de condenação, devendo ser prestados, no máximo, por sete horas semanais, no Hospital de Rio dos Cedros.



Os réus foram, ainda, absolvidos da contravenção penal da Lei n. 4.771/65, com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Inconformados, os apenados recorreram alegando os seguintes fatos e fundamentos:

Gilberto Ricardo e Mauro da Borba objetivam a absolvição, alegando a falta de provas. Requerem, também, a desclassificação da qualificadora inserida no inciso IV do art. 155, § 4º, do Código Penal, qual seja, o concurso de agentes e, por fim, postulam a aplicação da figura privilegiada do § 2º do art. 155 do Código Penal.

Inês Ferrari Bertolini e Osmar Bertolini pleiteiam a absolvição, ante a ausência de provas para ensejar a condenação.

Carlos da Silva requereu a absolvição e, alternativamente, a transformação da pena de prestação de serviços à comunidade pela pena de multa, no seu mínimo legal.

Após as contra-razões, os autos subiram a esta Corte, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

A pretensão absolutória dos apelantes é infundada, porquanto as provas coligidas são mais do que suficientes para alicerçar a condenação.

Concernente ao crime de furto qualificado pelo concurso de agentes, encontra-se perfeitamente caracterizado no caderno processual, tanto a materialidade, conforme termo de apreensão (fl. 9), quanto a autoria, diante das confissões dos apelantes, senão vejamos:

Extrai-se do depoimento de Carlos da Silva:

“Que no dia 4 de maio do corrente ano foi convidado, em sua casa, por Mauro Borba para com ele ir cortar palmitos; que Mauro lhe disse que lhe pagaria 10,00 (dez) reais por dia e presumiu logo que Mauro iria furtar palmitos pois o conhecia e outras vezes foi convidado; que como se encontrava sem dinheiro desta vez resolveu ir; que foram juntos também os irmãos Gilberto e ‘Miminha’ (Ricardo); que todos sabiam que o destino era ir furtar palmitos; que foram juntos no veículo de Mauro, um fiat fiorino 147 de cor amarela (...) que no mesmo dia ainda furtaram cerca de 20 cabeças de palmitos e pernoveram ali mesmo no mato; que no dia seguinte furtaram ainda mais cento e treze cabeças que foram transportadas no veículo do Mauro e vendidas para Osmar Voltolini, não sabendo dizer por quanto” (sic) (fl. 17).

Mauro Borba afirmou:

“Que no dia quatro de maio do corrente ano, por volta de 13 horas o declarante foi até a casa de sua ‘sogra’ na localidade de Rio Herta e lá juntou-se com Carlos da Silva e Vilmar Ricardo, e como já se fazia acompanhar de Gilberto Ricardo, disse a todos que iria cortar palmitos onde fosse possível; que todos o acompanharam de livre e espontânea vontade e então se dirigiram com o veículo de sua propriedade até a localidade de Rio Ada; que quem sabia e indicava o caminho era Gilberto; que lá chegando viram que havia um palmital em mato desconhecido; que como o veículo teve um pneu furado resolveram cortar palmitos ali mesmo; que o declarante veio a

consertar o pneu e os demais ficaram cortando palmitos e acabaram pernoitando no mato (...) que por volta das 18 horas carregaram os palmitos furtados e seguiram para o Rio dos Cedros (sede) a fim de vendê-los para Osmar Bertolini" (fl. 20).

Colhe-se, também, as declarações de Gilberto Ricardo:

"Que é verdadeira a imputação constante da denúncia (...) que na data descrita na denúncia, se deslocaram até a localidade de Rio Ada, município de Rio dos Cedros, nesta Comarca, juntamente com os acusados Carlos da Silva, Mauro Borba e seu irmão Vilmar Ricardo, a fim de realizar uma pescaria; que quando retornavam passaram por uma propriedade, na qual vicejava determinada quantidade de palmito; que ao constatar a existência de palmitos, o acusado Mauro sugeriu aos demais ocupantes do veículo para subtrair algumas peças; que os demais acusados aceitaram a proposta formulada e adentraram na propriedade, abatendo as quantidades de palmito descritas na denúncia, transportando-as para o interior do veículo" (fl. 56v.).

Assim, comprovadas a autoria e materialidade do delito de furto, bem como o dolo que norteou a conduta dos apelantes, seja pelas confissões, todas harmônicas e coerentes entre si, seja pela apreensão da res furtiva, inviável a absolvição, devendo ser mantido o edito condenatório.

No que pertine ao afastamento da qualificadora de concurso de agentes, melhor sorte não assiste aos apelantes.

Sendo o delito de furto realizado por duas ou mais pessoas, é regra

a aplicação da qualificadora prevista no inciso IV do § 4º do art. 155 do Estatuto Repressivo, dado o seu caráter objetivo.

No caso em apreço, está claramente comprovado o animus de subtrair a coisa alheia, bem como a pluralidade de agentes no cometimento da subtração.

Extrai-se da jurisprudência:

"O fundamento da qualificadora do § 4º, IV, do art. 155 do CP reside na diminuição da possibilidade de defesa do bem quando o mesmo é atacado por mais de uma pessoa. Em consequência, para o seu reconhecimento não há necessidade de qualquer indagação quanto ao elemento subjetivo, isto é, se houve ou não acordo de vontades, bastando a verificação quanto ao número de atacantes" (JTACRIM 50/89).

Portanto, é de manter-se a qualificadora em tela, inculpada no inciso IV do § 4º do art. 155 do Código Penal.

Uma vez caracterizado o furto qualificado pelo concurso de agentes, torna-se incompatível o reconhecimento da figura privilegiada do § 2º do art. 155, independentemente do valor da coisa e da primariedade do agente.

De qualquer sorte, mesmo afastada a qualificadora, outro óbice haveria, em face do valor da res subtraída, que, de acordo com o Auto de Avaliação de fl. 11, registrou-se a quantia de R\$ 226,10, ultrapassando o patamar de 1 salário mínimo vigente na época.

A jurisprudência tem firmado que:

"Apesar de ser o réu tecnicamente primário, o alto valor da res fur-

tiva, correspondente a três vezes o maior salário mínimo vigente ao tempo do evento, obsta à utilização do preceito contido no § 2º do art. 155 do CP” (RT 645/328).

Esta egrégia Corte entende que:

“Furto qualificado e furto privilegiado.

“A figura do furto qualificado é incompatível com o furto privilegiado, até por uma questão de topografia eis que o benefício do § 2º somente alcança o caput do artigo.

“As exceções que a Jurisprudência vem admitindo exigem minuciosa análise de caso a caso no afã de poupar delinqüente primário, violador eventual de objeto de restrito valor, das conseqüências malélicas do cárcere” (Ap. Crim. n. 28.857, de Porto União, rel. Des. José Roberge, DJ de 23/6/93).

Ou:

“Quando a soma das coisas subtraídas excede ao valor de um salário mínimo vigente ao tempo do fato, resulta impossível reconhecê-lo como privilegiado (art. 155, § 2º, do CP), porque inócidente o requisito do ‘pequeno valor’” (Ap. Crim. n. 99.005685-6, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 8/6/99).

E mais:

“É unânime o entendimento neste Tribunal quanto à impossibilidade do reconhecimento da figura do furto privilegiado (art.155, § 2º, do CP) em sede de crime qualificado” (Ap. Crim. n. 98.007691-9, de Videira, rel. Des. Genésio Noll, DJ de 30/4/99).

Na lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“O furto privilegiado, ou furto mínimo, ou de pequeno valor, tem como requisito indispensável ser o agente primário, ou seja, que não tenha contra si, na época do crime, sentença condenatória transitada em julgado. Não é necessário, portanto, para se afastar o privilégio, que o agente seja reincidente.

“O segundo requisito é ser a coisa subtraída de pequeno valor que, no conceito assentado da jurisprudência, não ultrapasse a importância de um salário mínimo na época do fato” (Código Penal Interpretado, Atlas, São Paulo, 1999, pág. 913).

Na Suprema Corte entende-se que:

“Tendo sido qualificado o crime de furto (art. 155, § 4º, do CP), torna-se impossível o benefício do § 2º do mesmo artigo, ainda que de pequeno valor a res furtiva. Precedentes do STF” (STF — SP— rel. Francisco Rezek — RT 640/390).

Também:

“Criminal. Furto privilegiado e furto qualificado. É firme a jurisprudência do STF no sentido de que não é cabível dar-se o privilégio do § 2º do art. 155 do CP, em sendo o crime qualificado. Se é certo, assim, que o furto foi considerado como qualificado, não é possível, mesmo sendo o bem subtraído de pequeno valor, que se faça a aplicação da regra do aludido dispositivo da lei penal. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido, para restabelecer-se a sentença de 1ª Instância” (RTJ 123/360).

Denota-se, portanto, inadmissível o reconhecimento da figura privilegiada, visto que ausentes seus requisitos.

O recorrente Carlos da Silva objetiva, também, seja transformada a pena restritiva de direitos aplicada, concernente à prestação de serviços à comunidade, em apenas pena de multa, no seu mínimo legal.

No entanto, não tem cabimento tal pedido, porquanto está explícito no § 2º do art. 44 do Código Penal que quando a pena privativa de liberdade for superior a 1 ano ela pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa, simultaneamente, ou por duas penas restritivas de direitos.

Como o recorrente foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, descabe a substituição apenas por pena de multa, devendo, desse modo, ser rechaçada a pretensão defensiva.

Referente à receptação dolosa perpetrada pelos recorrentes Osmar Joaquim Bertolini e Inês Ferrari Bertolini, é de ser mantida a condenação, porquanto fartamente comprovada nos autos a autoria deste ilícito.

A própria acusada Inês Ferrari Bertolini, em seu depoimento na fase judicial, confessou parcialmente o delito:

“é verdadeira em parte a imputação que lhe é feita (...) No dia e hora dos fatos descritos na denúncia, a interroganda encontrava-se em sua residência quando lá apareceram alguns indivíduos, não sabe precisar quantos, pois já estava escuro, os quais ofereciam certa quantidade de palmito ‘in natura’ à venda. Devido a insistência dos mesmos a interroganda disse a eles que deixassem os pal-

mitos ali que no outro dia passassem para acertar o preço com o seu marido que não se encontrava em casa naquela ocasião. Alega que já havia comprado palmitos de outros colonos da região (...) No dia seguinte pela manhã a polícia esteve em sua casa acompanhada de Mauro Borba, a quem já conhecia de vista, oportunidade em que veio a saber que o palmito ali deixado era proveniente de furto (...) A fábrica de conservas da interroganda e de seu marido não tinha licença do Ibama para industrialização do palmito, o que faziam ilegalmente” (sic) (fl. 44v.).

Corroborando a versão apresentada, tem-se as declarações de Mauro Borba, Gilberto Ricardo e Vilmar Ricardo, respectivamente, dando conta da veracidade dos fatos:

“(…) que por volta das 18 horas carregaram os palmitos furtados e seguiram para o Rio dos Cedros (sede) a fim de vendê-los para Osmar Bertolini; que chegando na residência de Osmar foram atendidos pela esposa do mesmo que de imediato aceitou comprar os palmitos furtados; que Osmar e sua esposa sabiam da procedência ilegal dos palmitos, inclusive foram até aquele local furtar por indicação do próprio Osmar (...) que é do seu conhecimento que Osmar Bertolini e sua esposa possuem uma fábrica de conservas de palmitos furtados; que o declarante é sabedor que também recentemente a fábrica do Osmar sofreu uma fiscalização do Ibama e mesmo assim continua com a atividade (...) que Osmar sempre lhe pagou por produção, ou seja, por vidro ao valor de R\$ 1,70 por vidro; que sempre cortou palmitos por incentivo do

Osmar e sua mulher" (sic) (fls. 20 e 20v.).

"Que em seguida se deslocaram até a residência da acusada Inês, situada no município do Rio dos Cedros, para quem venderam todos os palmitos subtraídos, cujo preço da transação deveria ser pago no dia seguinte" (fl. 56v.).

"que de posse do palmito subtraído retornaram ao município de Rio dos Cedros, efetuando a entrega ao receptor Osmar Bertolini, o qual tinha conhecimento da origem ilícita do mesmo; que o acusado Osmar sempre comprava palmitos furtados pelos demais acusados; que o acusado Osmar, inclusive, fornecia veículo para os autores do furto perpetrar subtração de palmito; que o depoente estava presente quando da entrega dos palmitos na casa dos receptores; que quando da entrega dos palmitos na casa dos receptores ali se encontravam a acusada Inês e uma outra pessoa desconhecida, mas não era o acusado Osmar; que quando fizeram a entrega do palmito, ainda informaram à Sra. que recebeu os palmitos que a polícia estava ao encalço dos mesmos" (fl. 85).

Mister ressaltar que, mesmo negada a autoria do crime pelo acusado Osmar, em seu depoimento de fl. 45, estão presentes todos os elementos configuradores da receptação, na sua forma dolosa, não havendo o que reformar na sentença hostilizada.

São desta Corte os seguintes precedentes:

"Em tema de receptação, não se exige prova direta da ciência da origem criminosa, é suficiente a posse de coisa, produto de furto, competindo ao possuidor comprovar a origem lícita do bem" (Ap. Crim. n. 99.007688-1, de Videira, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 13/7/99).

"Penal — Receptação dolosa — Índícios firmes e capazes de convencer da vontade livre e consciente de adquirir produto de furto — Regime inicial de cumprimento de pena — Recurso desprovido — Precedentes jurisprudenciais.

"Na receptação, havendo prova segundo a qual o agente não podia ignorar a origem criminosa, o delito é punido a título de dolo" (Ap. Crim. n. 98.000223-0, de Criciúma, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 11/5/98).

Por esses fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 13 de junho de 2000.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.008215-6, DE SÃO JOSÉ****Relator: Des. Souza Varella**

*Apelação criminal — Estupro praticado pelo padrasto da vítima — Declarações da ofendida corroboradas pelas provas contidas nos autos — Decisão mantida.*

*Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.008215-6, da comarca de São José, em que é apelante Valmir João de Melo, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

Valmir João de Melo restou condenado à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão por infração ao artigo 213, caput, c/c o artigo 226, ambos do Código Penal.

Inconformado, apelou objetivando a absolvição, ou, alternativamente, a diminuição da pena aplicada, em virtude do artigo 28, § 2º, do Código Penal, e a exclusão do aumento de pena previsto no artigo 226, II, do mesmo estatuto.

Contra-arrazoados, os autos subiram e, nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso.

De fato, a r. decisão deve ser mantida.

Primeiramente, tem-se a confissão extrajudicial do acusado (fl. 11), que não negou ter mantido relações sexuais com a ofendida, porém com o consentimento desta.

Todavia, as declarações, firmes e coerentes, da vítima harmonizando-se perfeitamente com as informações prestadas por sua mãe e pelas testemunhas arroladas, provam ao contrário, deixando as alegações do apelante isoladas nos autos.

Realmente, a ofendida ao ser ouvida na fase policial, fl. 9, narrou de forma detalhada todo o desenrolar delituoso: "...a declarante estava dormindo quando acordou com ele tapando sua boca e a levou para o quarto dele e em seguida amarrou as mãos da declarante para trás, tirou as roupas da declarante e em seguida tirou a cueca que usava; que jogou a declarante na cama e em seguida disse 'agora é a nossa vez de ter um filho' e foi para cima da declarante..."; tendo afirmado, ainda, que o acusado a ameaçou com um facão que se encontrava em cima do armário.

As informações da menor são confirmadas por sua mãe, que perante a autoridade policial (fl. 8) declarou que sua filha lhe contou que o padrasto a tinha estuprado, e inclusive que já há algum tempo ele vinha assediando a menina, sendo que a declarante estava disposta a pegar o marido em flagrante, porém não conseguiu.

O depoimento da testemunha L. B. dos S., à fl. 38, confirma a versão apresentada pela ofendida: "...que a

vítima, contou à depoente que o denunciado tapou a boca com um lençol, ameaçou com um facão caso ela não se entregasse; que a vítima contou que manteve relações sexuais com o denunciado; que já anteriormente o denunciado havia tentado com a M. A., mais ela fugia...”.

Portanto, pode-se vislumbrar claramente que as palavras da vítima menor são corroboradas pelas provas coligadas aos autos, o que permite um juízo de certeza e como é sabido, nos crimes contra os costumes, a presença de testemunhas é rara tornando as informações da ofendida de grande valia na análise da prova.

É da Jurisprudência:

“Apelação criminal — Estupro — Violência ficta — Prova suficiente.

“Nos crimes de estupro, geralmente cometidos sem testemunhas, não obstante menor, as declarações da vítima, quando coerentes com o restante da prova, são bastantes para embasar um decreto condenatório — Recurso desprovido” (Ap. Crim. n. 31.753, de Joinville, rel. Des. Solon d’Eça Neves, j. em 30/8/94).

Ademais, o desespero da pequena vítima foi tanto, diante da violência sofrida, que ela mesma dirigiu-se até a delegacia do seu bairro para relatar o acontecido e somente estando lá é que telefonou para sua mãe.

No tocante ao pedido da defesa, de excluir a causa especial de au-

mento de pena prevista no artigo 226, II, do Código Penal, não há como acolher tal pretensão, pois, se o acusado é casado com a mãe da vítima, automaticamente exerce autoridade sobre ela, sendo correta a aplicação do referido dispositivo legal.

Igualmente sem razão a defesa, quando pede a aplicação do artigo 28, inciso II, do Código Penal, porque tal artigo só beneficia o agente que “por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”, o que não é o caso do acusado, já que no laudo de sanidade mental e dependência toxicológica, de fls. 48/53, atestou ser ele plenamente responsável com relação ao delito que praticou, bem como entendia perfeitamente o caráter ilícito deste.

Assim, ante o exposto, a Câmara, unanimemente, nega provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nollí e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 28 de março de 2000.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente com voto;*  
*Souza Varella,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.006454-6, DA CAPITAL****Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Roubo — Concurso de agentes e emprego de arma — Concurso material com seqüestro — Conduta dos agentes como meio para consumação do roubo — Advento da Lei n. 9.426/96 — Suficiência de provas — Depoimento de co-réu — Validade — Palavra da vítima — Participação de menor importância — Tentativa — Critério de diminuição — Arrependimento eficaz inócidente — Crime continuado específico — Adequação da pena.*

*Não se configura o crime de seqüestro quando a vítima permanece em poder do agente apenas como meio para concretizar o roubo ou para retardar a comunicação do crime; a partir da vigência da Lei n. 9.426/96, tal circunstância foi incluída como causa de aumento no inciso V do § 2º do art. 157 do CP.*

*As palavras do comparsa podem também servir de meio probatório, mormente em situação da qual se extrai serem sempre parceiros na prática de outros crimes, e não se alegou qualquer possibilidade de inimizade ou vingança entre ambos.*

*Em crime de roubo, a palavra da vítima tem validade probatória, especialmente quando corroborada por prova testemunhal e confissões prestadas pelos envolvidos na fase policial, embora retratadas parcialmente em juízo.*

*Para a caracterização do roubo não importa o fato de a arma estar ou não descarregada, porquanto o que deve ser levado em conta é o constrangimento causado à vítima, de modo a impedir ou diminuir qualquer reação, por temor a ameaça de dano iminente.*

*No crime de roubo em concurso de agentes, respondem pela violência todos aqueles que agiram dolosamente no sentido de seu emprego, pouco importando qual tenha sido a atuação específica de cada um deles.*

*Para que se reconheça a minorante do arrependimento eficaz é necessário que o agente desenvolva atividade positiva para evitar a consumação do crime, o que não acontece quando a tentativa decorre de circunstâncias alheias à sua vontade.*

*Não se reconhece participação de menor importância na conduta do agente que, motivado, indica a seus comparsas o lugar pro-*



*pício à prática de roubo, fornece-lhes material apropriado e dá-lhes cobertura durante e depois da ação criminosa.*

*A redução especial da pena, na tentativa (e que se opera na terceira fase da dosimetria — art. 68, caput, CP), deve levar em conta o maior ou menor caminho percorrido pelo agente em direção à consumação do crime, desvinculada das circunstâncias judiciais e legais; assim, a diminuição será maior quando abortada a ação delitosa no seu limiar e menor quando próxima da consumação.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.006454-6, da comarca da Capital (3ª Vara), em que são apelantes e apelados a Justiça Pública, por seu Promotor, Guilherme Riggenbach Veríssimo Ribeiro, Marcelo André Rogovski e Darli Rosa da Silva Júnior:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos, negar provimento aos interpostos por Guilherme Riggenbach Veríssimo Ribeiro e Marcelo André Rogovski e pelo Ministério Público (quanto a este último vencido o Des. Relator, que votou pelo seu provimento parcial para reconhecer a ocorrência de dois crimes de roubo consumados) e dar provimento parcial ao de Darli Rosa da Silva Júnior para adequar a reprimenda para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença.

Custas na forma da lei.

Na comarca da Capital (3ª Vara Criminal), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Marcelo André Rogovski, como incurso nas sanções dos arts. 157, § 2º, incisos I e II (duas vezes), e 148, na forma do art. 69, todos do Código Penal;

Darli Rosa da Silva Júnior, nas sanções dos arts. 157, § 2º, incisos I e II (duas vezes), 157, § 2º, incisos I e II, c/c 14, inciso II, e 148, na forma do art. 69, todos do Código Penal; e Guilherme Riggenbach Veríssimo Ribeiro, como incurso nas sanções dos arts. 157, § 2º, incisos I e II, 157, § 2º, incisos I e II, c/c 14, inciso II, ambos c/c o art. 69, todos do Estatuto Penal Repressivo, porque, segundo se infere da exordial acusatória:

“Do roubo e seqüestro praticado por Darli e Marcelo

“No dia 26/2/97, por volta das 20h15min, Carlos Cesar de Souza se encontrava dentro de seu veículo Fiat/Tempra, placa MAR 1022, estacionado na Rua Almirante Lamego, bairro Centro, neste município e comarca, quando foi surpreendido pelos denunciados Darli e Marcelo (termo de reconhecimento fls. 21/22 do Inquérito Policial), os quais abordaram-no empunhando armas de fogo, empregando contra a vítima grave ameaça, unidos que estavam visando o assechoreamento alheio.

“Assim que, os agentes renderam a vítima, deixando evidente tratar-se de assalto, ingressaram no referido automóvel partindo em direção ao continente, levando consigo, sempre

sob a mira de arma de fogo, Carlos César de Souza.

“Desta forma, os denunciados Marcelo e Darli privaram a liberdade de ir e vir da vítima, mediante seqüestro, mantendo-a temporariamente em seu poder.

“No bairro Capoeiras, ainda neste município, os meliantes pararam o automóvel e revistaram a pasta da vítima, encontrando, dentre outros objetos(referidos no B.O. de fl. 3), um cartão de crédito ‘Federal Card’. Mais uma vez, mediante emprego de arma e incessantes palavras intimidativas, os assaltantes obtiveram a senha bancária de Carlos.

“Em seguida, colocaram a vítima no porta-malas do automóvel e se dirigiram até o Shopping Itaguaçu, Barreiros/São José, local em que sacaram, do Banco 24h, R\$ 1.000,00 (mil reais) em dinheiro da conta corrente da vítima. Ato contínuo, retornaram ao Estreito, sempre subjugando a liberdade de Carlos Cesar, sem lhe oportunizar qualquer possibilidade de reação.

“Na Rua Santos Saraiva, no continente, os denunciados Darli e Marcelo, sempre ligados entre si no intento criminoso e cada qual desempenhando suas tarefas, abandonaram o veículo deixando a vítima presa no interior do bagageiro do automóvel e subtraindo, dentre outros objetos, uma agenda eletrônica, uma HP 12C, R\$ 100,00 (cem reais), carteira, talonários de cheques, bem como a quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais) anteriormente sacada do Banco 24h.

“No dia seguinte, Darli, em razão da amizade e confiança mantida com Guilherme, contou-lhe sobre as

facilidades encontradas e o sucesso conseguido na prática criminosa perpetrada contra Carlos Cesar de Souza, oportunidade em que Guilherme ficou impressionado e sentiu-se estimulado a praticar crimes da mesma natureza, aderindo, voluntariamente, aos outros comparsas visando planejar, auxiliar, participar e executar crimes nesta Capital.

“Do roubo praticado por Darli e Guilherme

“No dia 6/3/1997, por volta das 23h30min, os denunciados Darli e Guilherme, dando azo ao instinto criminoso e previamente acordados, eis que Guilherme chegou a levar uma ‘pasta colegial’ para camuflar a arma, rondaram a Rua Anita Garibaldi, bairro Centro, neste município e comarca, com fito de praticar um roubo, usando da mesma técnica empregada contra a vítima Carlos Cesar de Souza.

“Foi assim que Darli abordou a vítima José Mauro Lopes Pereima (Termo de Reconhecimento fl. 18 do Inquérito Policial) que se encontrava dentro de seu veículo recentemente estacionado na Rua Saldanha Marinho, neste município e comarca, empunhando a arma de fogo trazida por Guilherme, com a qual exerceu sobre aquele grave intimidação, inclusive encostou-a na cabeça da vítima, dando mostra evidente de sua vontade em subtrair objetos de sua(vítima) propriedade, enquanto Guilherme, como combinado, permanecia nas redondezas dando cobertura e incentivando a ação direta de seu comparsa.

“Todavia, o crime deixou de se consumir, por circunstâncias alheias à vontade dos agentes (Darli e Guilherme), eis que alguém, não identifi-

cado, do outro lado da rua, interpelou no momento. Fato este que deu causa a que Darli disparasse um tiro contra a vítima José Mauro, sendo que o projétil atingiu-lhe a cintura e saiu pela nádega, causando-lhe lesão grave.

“Tamanha era a participação de Guilherme neste ilícito, que acompanhou seu comparsa na fuga, sendo que momentos após se separarem Darli entrou em contato telefônico com aquele, comentando sobre o ocorrido.

“Do roubo praticado por Darli, Marcelo e Guilherme

“Mesmo assim aquele insucesso não fez com que os ladrões deixassem de prosseguir com a senda criminosa, tanto que, mediante acerto prévio, o denunciado Guilherme planejou toda a atividade criminosa que seria empreendida no dia 7/3/1997, tendo como alvo o patrimônio da vítima Sandra Mara Bubniak, residente na Av. Trompowski, n. 271, ap. 301, Centro, neste município e comarca.

“Depois de investigar o modo de vida da família da vítima Sandra e encontrar o melhor momento para a execução do crime, já que residia no mesmo condomínio, Guilherme ‘convocou’ Marcelo e Darli a praticar, em conluio criminoso, outro assalto à mão armada contra a vítima mencionada.

“A ousadia de Guilherme foi tamanha que forneceu a chave da portaria, meias finas, luvas e vestimentas aos seus comparsas, para que estes ingressassem no edifício, não fossem reconhecidos e não deixassem impressões digitais enquanto ele, Guilherme, ficaria em seu apartamento para vigiar o movimento de pessoas de modo a evitar a descoberta. Além

disso, Guilherme prestou informação a respeito de que teria que aguardar a vítima sair e retornar do prédio, já que estava com outras pessoas em sua casa, o que, diga-se, foi feito.

“Dado o sinal, em seguida, Marcelo e Darli se dirigiram até o hall do 3º andar e aguardaram a chegada da vítima Sandra e, tão logo esta saiu do elevador, foi rendida pelos denunciados, que empregaram contra si grave ameaça, utilizando-se de armas de fogo.

“Já dentro de seu apartamento, a vítima foi amordaçada e mantida no quarto, enquanto Marcelo e Darli separavam e escolhiam os objetos que seriam subtraídos.

“Tal situação intimidativa permaneceu por mais de uma hora, momento esse suficiente para que os agentes levassem todos os objetos até a garagem e os colocassem no automóvel da própria vítima (referidos no Termo de Apreensão de fls.10/13), VW/Golf, que lá se encontrava.

“No instante em que colocavam alguns últimos objetos no veículo, para fuga, foram surpreendidos pela presença de Sérgio Veríssimo Ribeiro e sua esposa, pais do denunciado Guilherme, que chegavam naquele momento à garagem do edifício e estranharam a atitude suspeita dos denunciados, tendo Marcelo empreendido fuga na posse de bens de propriedade da vítima, enquanto Guilherme e Darli ficaram no apartamento daquele” (fls. 2/9).

Processados regularmente, restaram condenados:

— Darli Rosa da Silva Júnior, às penas de 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regi-

me semi-aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c art. 71, ambos do Código Penal;

— Marcelo André Rogovski, às penas de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c art. 71, ambos do Código Penal;

— Guilherme Rigggenbach Veríssimo Ribeiro, art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c art. 71, ambos do Código Penal, às penas de reclusão de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semi-aberto, por infração ao art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c arts. 14, inciso II, parágrafo único, e 29, todos do Código Penal.

Inconformados com o decisorio, apelaram: a) o representante do Ministério Público, colimando a reforma da sentença para condenar os réus nos termos da denúncia, como seja: incluir também o crime de seqüestro cumulado com o primeiro roubo; condenar Guilherme Rigggenbach Veríssimo Ribeiro como co-autor na tentativa de roubo de que foi vítima José Mauro Lopes Pereira e, ainda, quanto a este crime, que a diminuição da pena se proceda no mínimo de 1/3; por fim, o reconhecimento de que o roubo de que foi vítima Sandra Mara Bubniak consumou-se, com adequação das penas; b) Darli Rosa da Silva Júnior, insurgindo-se em relação ao quantum de aumento aplicado pela continuidade delitiva, tendo em vista seus antecedentes imaculados, e o arrependimento eficaz; c) Marcelo André Rogovski, pugnando pelo reconhecimento da participação de menor im-

portância, afastamento da condenação da causa de aumento do emprego de arma porque estaria sem munição e diminuição da reprimenda pelo reconhecimento da tentativa no máximo legal; d) Guilherme Rigggenbach Veríssimo Ribeiro, requerendo absolvição, ao argumento da negativa de autoria, insurgindo-se quanto à imputação isolada de co-réu (art. 386, IV, do CPP), inexistindo provas idôneas para a condenação (art. 386, VI, do CPP).

Com as contra-razões, os autos subiram a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Pedro Sérgio Steil, opinou pelo provimento parcial da apelação ministerial, para que seja reconhecida a consumação do roubo de que foi vítima Sandra Mara Bubniak Custódio; provimento parcial também à apelação do acusado Darli, reduzindo o aumento da pena decorrente da continuidade delitiva; e desprovimento aos recursos de Guilherme e Marcelo.

É o relatório.

Os recursos são conhecidos, porque próprios e tempestivos.

Sem olvidar para a série de crimes descritos na denúncia, desde logo impende afirmar que restaram comprovados:

— Um roubo consumado praticado contra a vítima Carlos Cesar de Souza, por Darli e Marcelo, em concurso de agentes e com uso de arma, não se reconhecendo crime de seqüestro autônomo, porque a circunstância foi erigida como causa de especial aumento (inciso V do § 2º do art. 157 do CP, pela Lei n. 9.426/96); não houve também arrependimento eficaz

e o dinheiro da vítima não foi recuperado.

— Um roubo tentado, circunstanciado pelo uso de arma, praticado apenas por Darli (há indícios não seguros da participação de Guilherme), de que foi vítima José Mauro Lopes Pereima, com redução máxima de 2/3 (considerando que apenas foi praticada a violência para iniciar a subtração — foi beneficiado porquanto não houve incidência do aumento especial do § 2º do art. 157 do CP — em face da arma).

— Um roubo tentado, circunstanciado pelo concurso de agentes e uso de armas, praticado por Darli, Marcelo e com participação efetiva de Guilherme, de que foi vítima Sandra Mara Bubniak Custódio (o relator restou vencido neste ponto, pois entende que o crime foi consumado), sem arrependimento eficaz e afastada participação de menor importância.

Em relação a todos os crimes, foi reconhecida a continuidade delitiva específica, mas aplicou-se o critério objetivo no aumento da pena do crime mais grave, adequando-se a pena imposta a Darli Rosa da Silva Júnior.

Diante deste resumo, apreciam-se os recursos, iniciando pelo de Guilherme Riegenbach Veríssimo Ribeiro, por postular absolvição, enquanto o do Ministério Público, em relação a ele, busca sanção mais severa.

I — Recurso de Guilherme Riegenbach Veríssimo Ribeiro

A prova contida no processo é robusta e inquestionável quanto à autoria atribuída ao apelante assim como à materialidade do crime, apoiada principalmente nas confissões extrajudiciais dos co-réus, não obstante re-

tratação parcial em Juízo, aliadas aos fortes indícios que dimanam dos autos, indicados nas palavras das vítimas e especialmente da autoridade policial que conduziu as investigações.

Neste ponto, transcrevem-se como razão de decidir as bem-lançadas razões desfiladas pelo Dr. Alexandre d'Ivanenko na sentença apelada, como seguem:

“A autoria, por sua vez, não é de reconhecimento tão fácil como as duas já analisadas, já que partimos da negativa do acusado, porém os autos dispõem de indícios e elementos suficientes para o reconhecimento da co-autoria do acusado, em concurso de pessoas com os outros dois acusados, na qualidade de mentor, aderindo voluntariamente às condutas daqueles. É sabido que as declarações do primeiro momento do desvendar dos fatos assumem papel preponderante na análise das provas, de vez que os agentes estão estonteados com a revelação dos seus segredos ilícitos e, surpresos, deixam fluir a verdade fática. Preso em flagrante delito, Darli relatou à autoridade policial, na presença de familiares e defensor, versão verdadeira dos fatos. Do mesmo modo, Marcelo ofereceu relato fiel dos fatos quando ouvido na fase indiciária, sendo que ambos incluem Guilherme como co-autor (agente indireto) desta conduta que lhe é atribuída, em concurso de pessoas. Posteriormente, já presos, passado o abalo emocional do momento inicial, retornando à realidade, tomados de vergonha, em relação à situação, seus amigos e familiares e assediados pelos familiares e defensor de Guilherme, vêm Darli e Marcelo, a Juízo, nos respectivos interroga-

tórios negar todos os fatos e isentar Guilherme das acusações. Porém, na oportunidade dos interrogatórios, percebi o grande nervosismo dos três acusados e o esforço que faziam para mentir, tanto é que às 21h45min (fl. 219), Darli, muito nervoso, declarou que era o único culpado, isentando os dois outros. Ainda mentia, o que era facilmente percebido. Tanto é que, posteriormente, foram reinterrogados (Marcelo e Darli) a pedido, oportunidade em que Marcelo voltou a relatar a verdade dos fatos e Darli, parcialmente, pois insistiu em inocentar Guilherme. Pessoalmente, intimamente, pelo contato que tive durante toda a instrução, com os acusados, pelas suas reações, versões, posso concluir que tudo começou por Darli, que envolveu Marcelo e também a Guilherme, porém estes dois últimos aderiram voluntariamente ao primeiro e suas justificativas não prestam, não servem para isentá-los de pena. Anoto, também, que era perceptível o arrependimento dos acusados Darli e Marcelo e revolta do acusado Guilherme não por ser um injustiçado, mas pelo constrangimento, legal, que estava passando. Este, Guilherme, com certeza é de má índole. Temos até então, a negativa de Guilherme, as declarações iniciais de Darli e Marcelo, envolvendo Guilherme, a retratação de ambos em Juízo, a nova confissão de Marcelo, consignando a participação de Guilherme e a manutenção da retratação de Darli, no que se refere a Guilherme. Estes elementos colacionados até o momento, por si só, a meu sentir, já são suficientes para concluir-se pela co-autoria deste acusado. Porém, há mais. Vejamos: — A respeito do interrogatório de Guilherme, é oportuno

consignar o esforço que o mesmo fazia em seu interrogatório para sustentar a mentira em não reconhecer a presença de Marcelo no local dos fatos e de que não conhecia o mesmo, quando os autos já apresentavam exaustivos elementos de que Guilherme já havia reconhecido a presença de Marcelo no local, quando prestaram declarações na polícia. Porém, em dado momento reconheceu estes dois aspectos, porque, e aliás, não tinha como negá-los. Por que, então, querer negá-los? — Com relação aos depoimentos das testemunhas, que adiante serão transcritos, considerando os mesmos, sob este aspecto que estamos abordando, existem depoimentos que confirmam a participação de Guilherme nos fatos, a exemplo o depoimento de José Arão (fl. 348), quando consigna que o pai de Guilherme acusava Darli como autor do roubo e Guilherme o defendia; o depoimento de André Manoel (fls. 350/353), que não deixa dúvidas da participação de Guilherme — depoimentos incisivos. Outros depoimentos positivavam a co-autoria de Guilherme através das contradições originárias das tentativas mentirosas de constituir álibi em favor de Guilherme na noite dos fatos; a facilidade de se entrar no prédio, em razão de defeito na fechadura da porta de entrada — pai de Guilherme síndico; outros, ainda, de defesa, confirmam a presença de Darli e Marcelo na frente do prédio, conversando rapidamente com Guilherme, fato que vem corroborar as confissões dos outros dois acusados. O próprio marido da vítima ouviu no dia seguinte aos fatos os pais de Guilherme mencionarem uma arma. De outra parte, constituem fortes indícios, que defi-

nem, de uma vez, a participação de Guilherme, aliados aos elementos já mencionados, os fatos de que os objetos deixados por Darli no apartamento de Guilherme simplesmente sumiram, entre eles, parte da res — celular, arma etc.; a preocupação excessiva de familiares e amigos da família de Guilherme em tentar isentá-lo da acusação, buscar um falso internamento em clínica psiquiátrica etc. Enfim, concluo que resulta incontestável a participação de Guilherme nestes fatos, na qualidade de co-autor" (fls. 578/579).

Acrescente-se que as palavras dos comparsas (especialmente Darli) podem servir de meio probatório, mormente em situação como a dos autos, da qual se extrai serem amigos, não se alegando qualquer possibilidade de inimizade ou vingança entre ambos até aquele dia, mormente porque a justificativa de que Darli e Marcelo teriam inventado a história para incriminar Guilherme porque os pais deste não os ajudaram não resiste sequer a uma análise superficial dos autos.

Não houve qualquer combinação entre Darli (preso logo depois dos fatos) e Marcelo (preso no domingo à noite) quando das confissões prestadas perante a autoridade policial (pode ter havido posteriormente, antes dos interrogatórios em juízo, mas com a finalidade de excluir Guilherme).

Como, então, explicar que tenham prestado declarações idênticas, incriminando aquele de quem se diziam amigos, somente porque os pais dele não os teriam ajudado, se até aquele momento ainda não se sabia da extensão do envolvimento de Guilherme?

Sobre este tema (chamada do co-réu) destacam-se como oportunas as lições da doutrina que se encaixam à hipótese, especialmente do Dr. C. J. A. Mittermayer:

"Mas se o legislador recusasse absolutamente qualquer valor ao depoimento do cúmplice, privar-se-ia gratuitamente de um meio, único em mais de um caso, de convencer o verdadeiro culpado em negar os fatos; é, pois, com razão que o direito comum na Alemanha admite esta espécie de prova, que ordinariamente há contra ela" (Tratado de Prova em Matéria Criminal, traduzido por Alberto Antônio Souza, 2ª ed., RJ, 1909, pág. 296).

Espínola Filho escreveu que sempre se tem entendido devem "as acusações dos co-réus ser atendidas, na avaliação em conjunto da prova, para estabelecimento da ingerência que no crime tiverem outras pessoas, desde quando se verifique não ser a única preocupação do réu interrogado lançar a culpa para os outros, com o intuito de excluir, ou diminuir a sua responsabilidade própria" (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, vol. 3º, pág. 39).

A lição de Altavilla também é cotejada:

"O interrogatório do acusado pode, também, ter o valor probatório em relação a outro personagem do crime: se o acusa, temos 'a chamada do co-réu'".

E prossegue:

"A clássica chamada do co-réu implica em confissão da responsabilidade por parte de quem a faz. Por conseguinte, a primeira condição necessária para que ela seja verdadeira é que verdadeira seja a confissão, a

segunda é que não seja inspirada em razões de ódio e a terceira é que não mascare o escopo oculto de atenuar a responsabilidade própria. De modo geral, pode, portanto, afirmar-se que, quando concorrem estas três condições, a chamada do co-réu é um elemento probatório de confiança” (Psicologia Judiciária, Coimbra, 1959, trad. de Fernando Miranda, vol. 3º, pág. 177).

Além das palavras dos amigos, críveis e que encontram suporte nos elementos indiciários, tem-se os depoimentos da vítima Sandra Mara Bubniak Custódio e seu marido (quando ouviram diálogo travado no apartamento do apelante sobre a utilização ou não de arma), assim como do Delegado de Polícia que conduziu as investigações e que culminaram por apontar Guilherme como o mentor e organizador das atividades realizadas por Darli e Marcelo.

Por outro lado, na hipótese em exame não se pode falar sequer em simples participação ou mero auxílio, porque se comprovou claramente a efetiva atividade dos agentes, exercendo cada um atos típicos do crime de roubo, pois enquanto os co-réus Darli e Marcelo entraram no apartamento de Sandra com ela dominada e, mediante ameaças com o uso de armas, subjugaram-na e subtraíram os objetos, Guilherme tinha providenciado chave para acesso, roupa para Darli e esperava em seu apartamento, dando cobertura, tanto que para lá foram levadas algumas coisas que foram escondidas em seu roupeiro (cartões de crédito, cheques e telefone celular), estas que não foram encontradas não obstante a autoridade policial tenha lá chegado por indicação de

Darli (esses bens, aliás, nunca mais foram vistos e também em razão deles o relator entendeu que o crime foi consumado = subtração consumada).

Dessa forma e porque no crime de roubo, em concurso de agentes, havendo violência ou grave ameaça pouco importa qual tenha sido a atuação específica de cada um, respondem pela violência todos os partícipes que agiram dolosamente no sentido de seu emprego (RT 482/390).

É da jurisprudência consolidada deste Tribunal de Justiça, a propósito do concurso de agentes, que “no concurso delinqüencial não se faz mister que todos os participantes consumem atos típicos de execução para ser alguém co-responsabilizado; basta que se constate haja colaborado para o evento, auxiliando (física ou moralmente), instigando, prestigiando ou encorajando (em certas ocasiões a simples presença voluntária) a atuação dos executores diretos” (JC 69/518).

Somente se poderia cogitar do reconhecimento de “participação de menor importância”, para fins do disposto no § 1º do art. 29 do CP, se fosse o caso de culpabilidade simples ou secundária, perfeitamente dispensável e que, se não prestada, não impediria a realização do crime, o que não é o caso dos autos, diante das atividades positivas desempenhadas por Guilherme, bem demonstradas na sentença apelada.

Nesse sentido, precedente da lavra deste relator, na Apelação Criminal n. 30.806, de Itajaí.

De outra Corte, em hipótese parecida:



“Inadmissível falar-se de participação de menor importância na conduta do agente que, motivado, indica a seus comparsas o lugar propício à prática de roubo ou daquele que utilizando-se de seu veículo os transporta e com eles participa do crime” (TACrimSP, RJD 16/150).

De outra sorte, as tentativas operadas pela incansável defesa de Guilherme no intuito de incutir insegurança no espírito do julgador, encartando aos autos fotografias das dependências do edifício, palco parcial dos acontecimentos, são infrutíferas, primeiro porque os fatos foram bem descritos pelos co-réus e não se pode concluir, nestes autos, que Marcelo não seja um simplório jovem interiorano, envolvido pela esperança de lucro fácil.

Ao depois, porque a circunstância de que a porta de entrada estava com defeito e qualquer um teria acesso fácil ao prédio é insignificante, diante da relevante participação de Guilherme, na direção da operação contra a vítima Sandra: indicando o melhor local para o roubo, estudando o horário propício e hábitos da vítima, fornecendo objetos para camuflar o delito (roupas e luvas) e escondendo alguns objetos que nunca mais foram encontrados.

Por fim, a “escaramuça, armada por designios urdidos e inconfessáveis de terceiros” (fl. 608), não restou em momento algum dos autos comprovada.

De outra parte, por que os vizinhos, que até então tinham Guilherme como um jovem de boa família, estudante e de boa índole, incapaz de enveredar pelos caminhos do crime, te-

riam inventado a história da arma, que disseram ter escutado? Ainda mais se levarmos em conta a indagação de quem seriam esses terceiros, com capacidade e motivos para incriminar, diga-se, novamente, um rapaz de boa família, estudante, atleta, que não se tem razões para supor possuir inimigos.

Certo é que o Judiciário não deve compactuar com a eventual violência que pode às vezes ter sido utilizada em delegacias de polícia, fruto não dos anos de arbítrio e prepotência, mas quem sabe do despreparo e má remuneração dos que são obrigados a propiciar segurança à coletividade; agora, daí a afirmar implicitamente que poderiam ter urdido trama contra Guilherme, já é um pouco demais.

Sua condenação tem lastro na prova e, no entendimento do relator, caberia reconhecimento de que o crime foi consumado.

## II — Recurso do Ministério Público

1. Do roubo e seqüestro praticado por Darli e Marcelo contra a vítima Carlos Cesar de Souza. Concurso material entre roubo e seqüestro.

A matéria ante as várias posições adotadas na doutrina e jurisprudência não tem sido pacífica.

Em uma primeira análise, quando consumado o roubo e a vítima é mantida desnecessariamente em poder do agente, vale dizer, quando já atingido, há muito, o objetivo patrimonial, resta configurado o seqüestro como figura delituosa autônoma.

Nesse sentido:

“Tendo os réus, após consumir roubo de veículo da vítima, trancan-

do-a no porta-malas de outro carro, suprimindo-lhe a liberdade de locomoção, configura-se o crime de seqüestro, em concurso material com o roubo, resultando inaplicável a absorção daquele por este" (Revisão Criminal n. 2.811, de Curitiba, j. em 29/5/96).

No entanto, quando o seqüestro é condição indispensável à conclusão do roubo, como na hipótese, não há falar em crime autônomo, porquanto "não se configura o crime de seqüestro se inexistente intenção de privar a vítima de sua liberdade de locomoção, permanecendo esta em poder do agente como meio para concretizar delito de roubo ou para retardar sua comunicação à autoridade" (TJSP — RT 666/261).

Não fosse isso, as condutas foram praticadas em março de 1997, após o advento da Lei n. 9.426/96, que acrescentou ao § 2º do art. 157 do Código Penal o inciso V como circunstância especial para aumentar a pena "se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade".

Nesse ponto vale transcrever as lições de Alberto Silva Franco e outros, em seu Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, vol.1, t. II, 6ª ed., RT, São Paulo, 1997, pág. 2.538:

"A nova causa de aumento do inc. V do § 2º do art. 157 do CP deu ênfase, conforme a Exposição de Motivos ao Projeto de Lei enviado ao Congresso Nacional (Mensagem n. 784, in Boletim do Instituto de Ciências Criminais n. 33, pág. 6) e de que resultou a Lei n. 9.426/96, à circunstância de que, nos roubos praticados, em centros urbanos, além da violência ou grave ameaça, a vítima é mantida subjugada em poder do agente, por

algum tempo, até horas, restringindo a sua liberdade, como acontece, por exemplo, com roubos a pessoas que se dirigem a caixas automáticas de bancos e são obrigadas a fazer várias retiradas em estabelecimentos diversos sob coação do agente".

E conclui, após fazer a distinção entre a causa de especial aumento inserta pela Lei n. 9.426/96 e o crime autônomo de seqüestro: "a nova hipótese de roubo agravado objetiva, em verdade, excluir a possibilidade de ocorrência da figura típica do seqüestro — admitida em alguns julgados — se o agente restringiu, por maior tempo, no processo de concretização do roubo, a liberdade da vítima" (ob. cit., pág. 2.538), o que é o caso dos autos.

Por isso, não há como reconhecer o crime autônomo de seqüestro, pois haveria mesmo a causa de especial aumento do inciso V do § 2º do art.157 do CP, não cogitada na sentença.

2. Do crime de roubo tentado contra a vítima José Mauro Lopes Pereira. Pretendida condenação de Guilherme Riegenbach Verissimo Ribeiro e aumento da pena com aplicação da diminuição mínima (parágrafo único do art.14 do CP).

Como bem afirmou o ilustre Magistrado sentenciante, não há prova suficiente (nos autos) para condenação de Guilherme pela prática do crime de tentativa de roubo contra a vítima José Mauro Lopes Pereira, a um, porque a vítima, nas duas oportunidades em que foi inquirida (fls. 80 e 362), informou que foi abordada por uma pessoa (Darli). A dois, porque a confissão de Darli, nesse ponto, não foi confirmada em Juízo e nenhuma outra

prova contra Guilherme foi produzida, no que se refere a essa imputação.

O máximo que se poderia dizer é que há indícios mínimos de ter Guilherme participado da empreitada criminosa, contudo o indício deve ser sempre subordinado à prova, “porque não pode subsistir sem uma premissa, que é a circunstância indiciante, ou seja, uma circunstância provada; e o valor crítico do indício está em relação direta com o valor intrínseco da circunstância indiciante. Quando esteja esta bem estabelecida, pode o indício adquirir uma importância predominante e decisiva no juízo” (Eduardo Espínola Filho, Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, v. III, pág. 130).

E este último não é o caso dos autos, porquanto nenhuma circunstância anterior ao crime pode ser tida como premissa, ou prova, de que Guilherme acompanhava Darli na prática da conduta criminosa apontada, sendo perigosa a afirmação do Ministério Público de que a participação de Guilherme nesse crime é evidente, porque são vagas e imprecisas as informações as quais não podem ser apontadas como fatos concretos capazes de conduzir a conclusão definitiva pela condenação.

A absolvição de Guilherme em relação a esse crime era mesmo a medida que se impunha pois, como afirmava Heleno Cláudio Fragoso, não é possível fundar sentença condenatória em prova que não conduza à certeza, acrescentando que “este é um dos princípios basilares do processo penal em todos os países democráticos. (...) A condenação exige a certeza e não basta, sequer, a alta probabilidade, que é apenas um juízo

de incerteza de nossa mente em torno à existência de certa realidade. Que a alta probabilidade não basta é o que ensina Walter Stree, em sua notável monografia *In dubio pro reo*, 1962, 19 (Eine noch so grosse Wahrscheinlichkeit genügt nicht)” (Jurisprudência Criminal, 3ª ed., vol. 2, n. 446, pág. 806).

Nesse sentido este egrégio Tribunal de Justiça já decidiu que “no processo criminal, máxime para condenação, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio” (Ap. Criminal n. 29.991, da Capital, deste relator, j. em 16/8/93).

3. Sobre o quantum de diminuição da pena (parágrafo único do art. 14 do CP), o Magistrado justificou minuciosamente a razão pela qual fez incidir em 2/3 (dois terços) consignando, na fundamentação, que “as outras duas reconhecidas tentadas, ou seja, a de 6/3/1997 — vítima José M. L. Pereira, porque não chegou a ocorrer o arrebato” (fl. 575).

Como é sabido, a diminuição de um a dois terços prevista no parágrafo único do artigo 14 do Código Penal deve ser feita de acordo com o maior ou menor caminho percorrido pelo agente, ou seja, quanto mais o sujeito se aproxima da consumação menor deve ser a diminuição da pena — 1/3 (um terço) —; quanto menos ele se aproxima da consumação maior deve ser a atenuação — 2/3 (dois terços).

É que, consoante ensinamento deixado por Heleno Cláudio Fragoso, e adotado pelo tribunais, “a redução da pena regula-se pelas circunstâncias da própria tentativa e não pelas circunstâncias do crime, as quais devem ser consideradas na fixação da pena-base. Os critérios a serem aqui considerados são os que se referem à quantidade física da tentativa (Carrara), que está em função dos atos executados e do resultado obtido, em sua maior ou menor proximidade da consumação” (Lições de Direito Penal, Parte Especial, José Bushatsky, pág. 264).

Ora, no caso dos autos, a vítima foi surpreendida por Darli, havendo interferência de terceiros, “provavelmente um grito, segundo as declarações da vítima, fl. 362” (fl. 575), sem que seu patrimônio tivesse sido sequer tocado pelo meliante (houve mero início da execução), o que justifica plenamente a redução de 2/3 (dois terços), pois somente a parte primeira do iter criminis foi percorrida.

Ademais, quanto ao argumento de que a vítima sofreu lesões corporais graves, em virtude do tiro disparado por Darli, tem-se que a denúncia imputou a este e a Guilherme a conduta descrita no caput do art. 157 do Código Penal, na sua forma tentada (o que foi acolhido pela sentença e agora não pode ser alterado, em face do disposto no art. 617 do CPP), quando, na verdade, se houvesse prova da gravidade da ofensa física, poder-se-ia cogitar mesmo do crime de tentativa de latrocínio (art. 157, § 3º, 1ª parte), ou até tentativa de furto com lesões corporais de natureza grave.

Sobre a última hipótese, ensina Julio Fabbrini Mirabete:

“A consumação do roubo impróprio ocorre com a violência ou grave ameaça, desde que já ocorrida a subtração. Não se consumando esta, tem-se entendido que o agente deverá ser responsabilizado por tentativa de furto e lesões corporais, em concurso (RT 495/341, 513/433, 527/322, 548/310; JTACrimSP 62/250 e 302). Não se poderia falar, assim, em tentativa de roubo impróprio, uma vez que este somente pode existir se a coisa já foi subtraída, ou seja, se já foi ela colocada fora da esfera da disponibilidade da vítima” (Manual de Direito Penal, 6ª ed., Atlas, São Paulo, 1992, pág. 214).

Nenhum objeto foi subtraído da vítima, que nem mesmo ficou sabendo como e do que seria roubada, e as lesões foram produzidas para garantir a impunidade do agente, sobrevivendo em fuga. Mas registra-se que não há comprovação material da ocorrência de lesões corporais, leves ou graves (sa-be-se que houve).

Diante do exposto, a diminuição da pena no máximo pela tentativa em relação ao roubo tentado contra a vítima José Mauro Lopes Pereima deve ser mantida (roubo tentado como corolário lógico do princípio da correlação entre a denúncia e a sentença).

4. Consumação do roubo praticado por Darli, Marcelo e Guilherme contra a vítima Sandra Mara Bubniak — não há dúvida que Darli e Marcelo foram surpreendidos pelos pais de Guilherme na garagem do edifício, no momento em que estavam carregando os objetos roubados do apartamento da vítima Sandra, tendo Marcelo

empreendido fuga enquanto alguns objetos como cartões de crédito, cheques e telefone celular não foram apreendidos.

A ocorrência caracterizou, segundo entendimento pessoal do relator, sem dúvida alguma, diante da jurisprudência dominante, consumação de roubo qualificado pelo concurso de agentes e uso de arma (art. 157, § 2º, I e II, do CP), e não simples tentativas, como entendeu a doutra maioria que, assim, manteve a classificação dada pela sentença apelada, argumentando-se que os bens não saíram da esfera de vigilância da ofendida, pois surpreendidos os roubadores ainda na garagem do prédio.

Quatro são as teorias que procuram caracterizar o momento consumativo do furto e, conseqüentemente, aplicam-se, nesse particular, ao roubo: a) a teoria da *contrectatio*, para a qual a consumação se dá pelo simples contacto entre o agente e a coisa alheia; b) a teoria da *apprehensio* (para outros, *amotio*), segundo a qual se consuma esse crime quando a coisa passa para o poder do agente; c) a teoria da *ablatio*, que tem a consumação ocorrida quando a coisa, além de apreendida, é transportada de um lugar para outro; e d) a teoria da *illatio*, que exige, para ocorrer a consumação, que a coisa seja levada ao local desejado pelo ladrão para tê-la a salvo.

Em detida análise dos sistemas na Alemanha, Espanha e Itália, com invocação de ilustres doutrinadores, observa o eminente Ministro Moreira Alves, relator do RE n. 102.490, que "todos eles salientam que para consumir-se o furto (e também o roubo)

basta que o agente faça cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa, passando a tê-lo. E se o ladrão já se encontra em fuga, ainda que perseguido logo após o roubo, ele obviamente já consumou o crime, pois é indiscutível que fez cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa (que, por isso mesmo, tenta, por si ou por terceiro, retomá-lo), tendo-o para si" (RTJ, vol. 135/161).

Da ementa do acórdão citado:

"Roubo. Momento de sua consumação. O roubo se consuma no instante em que o ladrão se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência.

"Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição — não fosse a legitimidade do desforço imediato — seria ato de turbação (ameaça) à posse do ladrão.

"Recurso extraordinário conhecido e provido".

Ainda do Supremo:

"A consumação do crime exige que a coisa seja subtraída da esfera de posse e vigilância do dono, mas não que se torne tranqüila a detenção pelos autores do fato. Conquanto perseguidos estes em seguida ao fato, e afinal detidos, não se trata de mera

tentativa" (ac. un., 2ª Turma, LEX 40/376).

Ora, consta dos autos que a vítima ficou imobilizada no apartamento enquanto os ladrões foram à garagem para fugir com os bens subtraídos e, enquanto lá estavam, ela conseguiu libertar-se e chegou ao apartamento onde estava Guilherme, que evitou chamar a polícia, até que seus pais chegaram com Darli, o que significa dizer que Sandra perdeu, por aqueles momentos, contato e vigilância com seus bens, ainda mais daqueles que nunca mais logrou encontrar.

5. No caso específico dos autos, como decorre da prova, os crimes de roubo foram praticados em três ações distintas: primeiro Darli e Marcelo roubaram da vítima Carlos Cesar de Souza; depois, Darli tentou roubar José Mauro Lopes Pereima; e, por fim, Darli, Marcelo e Guilherme tentaram roubar de Sandra Mara Bubniak Custódio.

Assim, tendo havido três crimes de roubo em três ações distintas e com modos de execução diferentes, em primeiro lugar não caberia reconhecimento da continuidade delitiva, por ausência da identidade moral; mas, reconhecida e sem recurso para excluí-la, a continuidade delitiva é aquela prevista no parágrafo único do art. 71 do CP, com a denominação de continuidade específica, sendo os crimes tentados (vítimas José Mauro e Sandra) havidos (porque praticados em curto espaço de tempo, nas mesmas condições) como continuação do primeiro e consumado (vítima Carlos Cesar).

A propósito da inovação do parágrafo único do art. 71 do CP, trazida

pela Lei n. 7.209/84, observou Celso Delmanto, em Código Penal Comentado, 4ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, pág. 123:

"Crimes contra interesses jurídicos pessoais, sendo diversas as vítimas: antes da Lei n. 7.209/84, duas posições se estabeleceram: a) a chamada liberal, baseada no dispositivo do antigo art. 51, § 1º, do CP, que não exigia homogeneidade de vítimas; b) outra dita ortodoxa e que se fundamenta em teoria alemã, entendendo que só há possibilidade em crimes contra a mesma vítima. O autor destes comentários filiava-se à primeira posição (a), mas a questão não era tranqüila na doutrina nem na jurisprudência. O próprio STF, ao mesmo tempo em que admitia a continuidade no crime de roubo contra vítimas diferentes (por maioria de votos), não a aceitava no homicídio. Agora, com a reforma de 1984, não mais pode haver dúvida alguma. Mesmo que os crimes atinjam bens pessoais de vítimas diferentes, pode haver crime continuado (exs. em homicídio, aborto, lesões corporais dolosas, roubo, seqüestro, etc.). Todavia, quando os crimes que alcançam bens personalíssimos de vítimas diversas são praticados com violência física ou grave ameaça à pessoa, não receberão o tratamento do crime continuado comum, mas sim o do crime continuado específico (parágrafo único deste art. 71), que pode ser punido com maior rigor".

A jurisprudência também navega no mesmo rumo:

"Prova — Confissão extrajudicial — Harmonia com os demais elementos colhidos na instrução — Valor pro-

batório reconhecido inobstante posterior retratação em júízo.

“Crime continuado específico — Delitos praticados com grave ameaça à pessoa — Irrelevância de terem alcançado bens personalíssimos de vítimas diversas — Restrição não feita pela lei, e que não pode obstar o reconhecimento da continuidade — Inteligência e aplicação do art. 71, parágrafo único, do CP” (TJMG — RT 670/315).

Portanto, em se tratando de continuidade específica (três crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência à pessoa), em consonância com o parágrafo único do art. 71 do CP, deve-se aplicar a pena do crime mais grave (no caso dos autos aquele consumado), aumentada de 1/5 (um quinto), que é o mínimo possível, considerando-se o número de infrações (dois crimes em continuação ao primeiro — vide Damásio de Jesus, Código Penal Anotado, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 1994, pág. 198) e as condições pessoais dos agentes, diante da possibilidade de recuperação dos jovens até agora meliantes.

III — Recurso de Darli Rosa da Silva Júnior

1. Inaceitável sua pretensão de reconhecer-se arrependimento eficaz (a confissão) na ação criminosa contra a vítima Sandra, posto que só não chegaram a consumir o roubo por claras circunstâncias alheias às suas vontades, como se afirmou acima consoante voto da douta maioria.

Arrependimento eficaz, segundo o art. 15 (parte final) do Código Penal, ocorre quando o agente, voluntariamente, “desiste de prosseguir na

execução ou impede que o resultado se produza”.

Julio Fabbrini Mirabete, comentando o dispositivo, afirma que “é imprescindível, para a caracterização do arrependimento eficaz, que a ação do agente seja coroada de êxito; que efetivamente impeça ele a consumação” (Manual de Direito Penal, 3ª ed., Atlas, São Paulo, 1987, vol. I, pág. 162), o que efetivamente não é o caso dos autos, porquanto o apelante não executou nenhum ato voluntário visando a impedir a atuação dos comparsas ou mesmo a consumação do crime, pois foi obstado apenas e tão-somente diante da inesperada chegada dos pais de Guilherme à garagem.

Quando muito, poder-se-ia considerar sua conduta positiva na análise do art. 59 do CP e abonar-lhe a confissão reconhecida, mas a pena-base já foi fixada no mínimo legal.

2. No mais, o inconformismo resume-se contra o aumento de 1/3 (um terço) sobre a pena aplicada, considerando-se a continuidade delitiva, o que deve ser adequado para 1/5 (um quinto), como anotado na análise do recurso ministerial.

Com efeito, o quantum do aumento em relação à continuidade delitiva foi exacerbado porquanto, em sendo três os crimes (um mais dois), o aumento seria de 1/5 (um quinto) sobre a pena do mais grave, segundo o critério objetivo em face do número de crimes, adotado nesta Corte em seguimento às lições de Damásio de Jesus (ob. cit.), assim como de Celso Delmanto, tendo este, ao comentar o art. 71 do Código Penal, afirmado que “o melhor critério é o que se baseia no

número de infrações ou de condutas ilícitas cometidas, como parâmetro para o aumento de um sexto até dois terços" (Código Penal Comentado, 4ª ed., Renovar, RJ, 1998, pág. 124).

Resta, portanto, adequar-lhe a reprimenda.

— Tendo sido fixada a pena final pelo crime mais grave em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão (mínimo — 4 anos na base mais mínimo de 1/3 pelas circunstâncias — concurso de agentes e uso de armas), foi aumentada de 1/3 (um terço) quando o correto seria 1/5 (um quinto) pela continuidade delitiva, com o que a pena resulta em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença.

IV — Recurso de Marcelo André Rogovski

1. Busca-se exclusão do aumento pertinente ao uso de armas, porque não se teria provado sua utilização ou estava desmuniada aquela por ele portada.

Ora, não resta a menor dúvida que a vítima Sandra foi intimidada por armas empunhadas por Darli e Marcelo, tendo este confessado que a jogou fora ao mar em Navegantes (fl. 37) e sua alegação de que estava descarregada é imprestável para o afastamento da causa de aumento, pois seu fundamento está no poder de intimidação da vítima, com a anulação ou diminuição da sua capacidade de resistência, o que pode ocorrer com emprego de arma descarregada e até mesmo arma de brinquedo (RTJ 32/961) — vide, deste relator, a Apelação Criminal n. 30.806, de Itajaí, já citada e de cuja ementa extrai-se:

"A qualificadora do emprego de arma resulta caracterizada quando a vítima fica intimidada, anulada ou diminuída sua capacidade de resistência, pouco importando esteja a arma muniada ou descarregada e seja, até mesmo, de brinquedo" (in DJE n. 8.961, de 6/4/94 — ps.: em vez de qualificadora, leia-se causa de aumento).

Ainda da jurisprudência:

"Para a caracterização do roubo não importa o fato de estar ou não descarregada a arma, porquanto o que deve ser relevado é o constrangimento causado à vítima, de modo a impedir qualquer reação, por temor a ameaça de dano iminente" (TARS — RT 620/359).

A esse respeito é bom lembrar que a vítima Sandra afirmou que "encontrou duas pessoas, que tinham uma meia fina de mulher, envolta no rosto, que prejudicava um pouco a identificação dos mesmos, sendo que os dois elementos portavam cada um deles uma arma de fogo, sendo que a depoente pôde identificar que uma das armas era pequena e prateada, enquanto a outra era um pouco maior e escura, no entanto a depoente não pôde identificar o calibre das mesmas, porque não conhece armas; que a depoente ao ver os dois elementos naquela situação no corredor assustou-se e deu um grito, sendo que um dos elementos se aproximou dela (depoente), colocou a mão em sua boca, dizendo que era para ficar calada que eles não iam machucá-la".

Elucidativo, a propósito, o seguinte julgado do egrégio Superior Tribunal de Justiça, de que foi relator o eminente Min. Vicente Cernicchiaro:



“A majorante traduz mensuração da culpabilidade. Quando se refere ao emprego de arma para a execução do crime, pune-se mais severamente porque o agente vence a resistência, intimida a vítima, produz medo, gera pavor, tolhe ou imobiliza o sujeito passivo. A arma (sentido próprio ou impróprio), em si mesmo, revela-se secundária. Fundamental é a consequência no ânimo do sujeito passivo. O revólver, em contexto de ameaça, ensinam as máximas da experiência, por sua natureza, é idôneo a abalar a defesa da vítima. A conclusão decorre da natureza das coisas. Assim, tal idoneidade persiste ainda que as cápsulas estivessem, anteriormente, deflagradas. Em tal circunstância, para afastar o recrudescimento da sanção, cumpre ser comprovado não haver influído no ânimo da vítima” (RSTJ 32/412).

2. Pretende, também, reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 1º do artigo 29 do Código Penal (participação de menor importância), o que não tem o menor fundamento.

Pelas próprias palavras do apelante na fase investigatória, foi ele quem levou a arma utilizada no assalto no apartamento da vítima Sandra, ficando de “carcereiro enquanto que Darli se encarregava de apanhar os objetos de grande valor” (fls. 35/37).

Em relação à vítima Carlos Cesar de Souza, da mesma forma, porquanto esta, inquirida, afirmou que “foi abordada por elemento louro, magro, estatura alta de aproximadamente 1,75 metro, boa aparência física, cabelos curtos estilo soldado, com arma parecendo ser uma pistola de cor clara, tamanho pequena, quase que to-

talmente coberta pela mão, colocando-a em cima da porta apontada para o comunicante mandando-o para o banco do caroneiro e assumiu o volante” (fl. 43).

Tem-se, dessa forma, que ocorreu a co-autoria e não a participação propriamente dita, porque o apelante, conscientemente, conjugou seus esforços ao de Darli (no primeiro crime) e Guilherme (no último) no sentido da produção do mesmo efeito, de modo que os crimes foram produto das duas atividades (constranger mediante grave ameaça e subtrair); sem a atividade de Marcelo nos dois episódios criminosos, não se teriam realizado, invocando-se aqui os fundamentos doutrinários e jurisprudenciais citados quando da apreciação do recurso de Guilherme.

A co-autoria, que, segundo definição da doutrina, nada mais é do que a divisão de trabalho com nexo subjetivo que unifica o comportamento de todos, restou plenamente caracterizada (Damásio de Jesus, Direito Penal, Saraiva, 1º vol., pág. 356).

Na co-autoria não existe um fato principal a que acedem condutas acessórias; cada um contribui com sua atividade na integração da figura típica, executando a conduta nela descrita objetivamente.

De outra parte, a participação propriamente dita somente ocorre quando o sujeito, não praticando atos executórios do crime, concorre de qualquer modo para sua realização, ou seja, quando ele não realiza a conduta descrita no preceito primário da norma, mas realiza uma atividade que contribui para a formação do delito.

O reconhecimento da referida causa especial de diminuição da pena prevista na parte geral do Código Penal só pode ser concedido quando se demonstra leve eficiência causal, ou seja, quando se apresenta uma contribuição ínfima ou até mesmo insignificante para o resultado = excluída, o crime ainda assim se realizaria.

Mas, na hipótese em exame o apelante realizou com Darli e Guilherme, respectivamente, a conduta descrita na norma, praticando atos executórios do crime e conjugando esforços com seu(s) comparsa(s) para atingir um mesmo objetivo (liame subjetivo), não havendo como se falar em participação de menor importância, mas sim em co-autoria, não incidindo, destarte, a diminuição do § 1º do artigo 29 do CP.

3. Como já analisado no recurso ministerial, o ilustre Magistrado operou a diminuição da pena em relação às tentativas com acerto: naquela de que foi vítima José Mauro Lopes Pereima, incidiu no máximo (2/3 — dois terços) porquanto abortada a execução do crime no seu limiar, e quanto àquela tentativa de roubo contra a vítima Sandra Mara Bubniak Custódio, a diminuição foi no mínimo, em 1/3 (um terço), porquanto neste caso o iter criminis foi percorrido em sua totalidade, com a violência, o arrebatamento e a posse passageira da res (tanto que o relator votou, nesse ponto, para reconhecimento da consumação do crime).

Já se decidiu, em acórdão da lavra deste relator:

“Pena criminal — Tentativa de homicídio — Critério para redução — Iter criminis.

“A redução especial da pena, na tentativa (e que se opera na terceira fase da dosimetria — art. 68, caput, CP), deve levar em conta o maior ou menor caminho percorrido pelo agente em direção à consumação do crime, desvinculada das circunstâncias judiciais e legais; a diminuição da pena será maior quando abortada a ação delituosa no seu limiar e menor quando próxima da consumação” (Apelação Criminal n. 97.003967-0, de Trombudo Central).

Por isso, a pena imposta a Marcelo André Rogovski foi corretamente aplicada, nada havendo que justifique sua alteração.

V — Diante do exposto, conhece-se dos recursos, nega-se provimento aos interpostos por Guilherme Riggerbach Veríssimo Ribeiro e Marcelo André Rogovski e pelo Ministério Público (quanto a este último vencido o Des. Relator, que votou pelo provimento parcial para reconhecer a ocorrência de dois crimes de roubo consumados) e dá-se provimento parcial ao de Darli Rosa da Silva Júnior unicamente para adequar a reprimenda para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 16 de março de 1999.

*José Roberge,  
Presidente com voto;  
Nilton Macedo Machado,  
Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.010069- 3, DE IÇARA**

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Crime contra a liberdade sexual — Estupro — Prova — Confissão na fase policial e silêncio em juízo — Palavra da vítima corroborada pelos demais elementos do processo — Validade — Laudo pericial conclusivo acerca da conjunção carnal e lesões corporais — Violência comprovada — Crime caracterizado — Condenação mantida.*

*Estando a confissão extrajudicial amparada nos demais elementos dos autos, pode e deve servir como base para o decreto condenatório.*

*A palavra da vítima, como em geral nos delitos contra os costumes, surge com um coeficiente probatório de ampla valoração capaz de arrimar condenação, tanto mais se tais declarações guardam perfeita harmonia com os demais elementos de convicção dos autos e encontram ressonância na confissão do agente durante a instrução, após negar no interrogatório e laudo atestador de lesões corporais.*

*Para a configuração de crime de estupro não há necessidade de que a violência seja traduzida em lesões pessoais; exige a lei que a resistência da vítima à conjunção carnal seja sincera, mas que não se prolongue até o desfalecimento.*

*As contusões, edemas, escoriações apresentadas pela vítima de estupro são, de regra, testemunhas da resistência da ofendida e da violência real empregada pelo agente.*

*Pena criminal — Fixação da pena-base acima do mínimo legal — Possibilidade — Réu de má índole e de conduta social reprovável — Circunstâncias judiciais desfavoráveis — Pena mantida.*

*É possível irrogar a pena-base acima do mínimo legal diante do conjunto das circunstâncias judiciais informadoras previstas no art. 59 do CP.*

*Estupro — Ausência de lesões corporais graves ou morte — Inaplicabilidade da Lei n. 8.072/90 — Precedentes jurisprudenciais do STF, do STJ e desta Corte — Recurso provido.*

*O estupro sem qualificação pelo resultado lesão corporal grave ou morte, segundo precedentes do STF e STJ, não é crime hediondo, a ele não se aplicando a restrição prevista no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.010069-3, da comarca de Içara, em que é apelante Peterlon Jander Otoniel de Oliveira, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Câmara Especial — Processos Criminais, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Içara, Peterlon Jander Otoniel de Oliveira foi condenado às penas de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, por infração ao art. 213, caput, c/c art. 65, III, d, ambos do Código Penal, porque:

“No dia 17 de dezembro de 1998, por volta das 2h, o denunciado Peterlon Jander de Oliveira caminhava para sua residência, quando avistou a vítima J. M. F. dirigindo-se sozinha aos fundos de uma residência desabitada próxima ao ‘Mercado do Lino’, no Balneário Rincão, neste município e comarca.

“Neste momento, então, o denunciado, de posse de uma faca, seguiu a vítima até o local, momento em que, ao surpreendê-la, agarrou-a pedindo que ficasse quieta.

“Em seguida, o acusado Peterlon ordenou que a vítima se despisse,

sob ameaça de matá-la, o que foi obedecido instantaneamente por esta, em virtude do medo que tomava conta de si.

“Após isso, o denunciado perpetró com a vítima J. M. F. conjunção carnal (Auto de Exame de Corpo de Delito, fl. 19), constringendo-a mediante grave ameaça, perpetrada por meio de arma branca, e violência, subjugando-a também pela supremacia da força física.

“Consumada a conduta atentatória contra a liberdade sexual da vítima, o denunciado evadiu-se do local, vindo a ser preso em flagrante logo após”.

Irresignado com a sentença condenatória, apelou, colimando sua absolvição, alegando inexistirem provas que possam sustentar um decreto condenatório; ou assim não se entendendo, a exclusão da condenação da condição de hediondo importa ao crime de estupro sem resultado lesão corporal grave ou morte, porque não previsto na Lei n. 8.072/90, sendo incabível ao caso; a redução da pena ao mínimo legal.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, opinado pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

1. O apelo é conhecido, eis que próprio e tempestivo, sendo provido em parte para, mantidas a condenação e a pena imposta, excluir o crime da categoria hediondo.

Porque deu correta solução à hipótese versada nos autos, enfrentando todas as questões suscitadas pela defesa, transcreve-se, como razão de decidir, a motivação justificadora da condenação da douda sentença apelada (fls. 65/72), da lavra do Dr. Fernando de Medeiros Ritter:

“Cuida-se de processo crime imputando ao acusado a prática do delito de estupro em sua forma fundamental.

“Compulsando-se os autos, emergem comprovadas materialidade e autoria do crime.

“A primeira resta evidenciada pelo auto de exame de corpo de delito (conjunção carnal) de fl. 24, que atesta a ocorrência da conjunção carnal.

“A autoria, por sua vez, está estampada no auto de reconhecimento de fl. 20, no qual a vítima categoricamente apontou o réu como sendo o autor do estupro.

“Por outro lado, o próprio acusado confessou (fls. 7/8), perante a autoridade policial, a prática criminosa, corroborando, pois, os demais elementos de prova nesse sentido.

“E nem se fale em tachar de imprestável tal confissão, pelo simples fato de que em juízo tenha ele silenciado.

“Afinal permanecer ou não em silêncio é uma faculdade do acusado, da qual pode utilizar-se em qualquer das duas ocasiões em que for ouvido,

ou até mesmo em ambas (inquérito e interrogatório).

“Bem por isso, no caso em tela, o fato de o réu ter confessado na fase indiciária e silenciado em juízo, em absoluto quer dizer, como tenta fazer crer a defesa, que não teria o réu sido cientificado pela autoridade policial sobre seus direitos constitucionais.

“Tanto é que às fls. 7/8 dos autos encontra-se a ciência expressa do réu sobre tais direitos.

“Ademais, não se pode negar que é prática comum o acusado, ao ser ouvido pela autoridade policial, confessar o delito e, posteriormente, já passado algum tempo, analisar melhor a sua situação e decidir calar.

“Tal atitude, no entanto, não pode servir para descaracterizar declarações anteriormente por ele prestadas e muito menos evidenciar uma possível coação, como pretende o Dr. Defensor.

“Ora, nenhum elemento existe nos autos capaz de transparecer qualquer tipo de coação da autoridade policial para com o acusado. Muito pelo contrário, todos os trâmites do auto de flagrante foram regularmente observados, em virtude do que restou o respectivo auto homologado por este Juízo (fl. 26).

“De qualquer sorte, a oportunidade para o réu exercer sua defesa, narrando a versão que, segundo ele, seria a correta, foi-lhe concedida. Porém, preferiu nada dizer.

“E embora seu silêncio não possa servir para prejudicá-lo, também não pode ser interpretado para o fim de invalidar sua confissão no auto de flagrante, mormente quando corro-

borada pelos demais elementos de prova existentes nos autos, principalmente o relato da vítima.

“É que a ofendida, em seus depoimentos, apontou o réu como sendo o autor do delito, narrando, com riqueza de detalhes, a prática criminosa.

“Sua narrativa, portanto, merece especial consideração na comprovação do delito ora analisado, sobretudo porque, em se tratando de crime contra os costumes, a palavra da vítima assume preponderante valor probatório, por ser a principal, senão a única prova capaz de evidenciar a responsabilidade do réu.

“E quando seu relato apresenta-se firme, seguro e corroborado pelos demais elementos dos autos, como é o caso, tem valor suficiente para autorizar a condenação do agente criminoso.

“Não é outro o entendimento jurisprudencial:

‘Os crimes contra os costumes são dos que se procura cometer entre quatro paredes às ocultas, horas mortas, sem vigília de ninguém. Bem por isso as vítimas são suas grandes testemunhas. Descrer delas, só quando se arregimentarem elementos seguros de que têm imaginação doentia ou agem por vingança irracional’ (RT 455/332).

‘Nos crimes contra os costumes a palavra da vítima surge com coeficiente probatório de ampla valoração, ainda mais se corroborada pelos demais elementos dos autos’ (RT 666/295).

‘A palavra da ofendida de crime sexual, desde que verossímil e harmônica com os demais elementos co-

ligidos, tem valor para autorizar a condenação’ (RT 615/337).

“Saliente-se que o fato de a vítima ter afirmado na fase policial que o réu portava uma arma branca e, posteriormente, em juízo, dito que não havia sequer arma, não é capaz de pôr em dúvida suas declarações.

“Ora, há de convir-se que, nas circunstâncias em que se encontrava a vítima, logo após o estupro, era por demais explicável que a mesma acabasse por perder-se em certos detalhes.

“Ademais, o fato de o acusado portar ou não uma faca no momento do crime não serve, diante dos elementos constantes dos autos, para descaracterizar, ou mesmo para criar a menor indagação sobre a ocorrência da violência real.

“Afinal de contas, o laudo pericial de fl. 24 foi categórico em atestar vestígios de violência na vítima, in casu, ‘contusão e equimoses no mento’.

“Tais lesões, como é pacífico, são ‘testemunhas’ da ocorrência de violência, perpetrada certamente em face da exigida resistência da vítima.

“A esse respeito:

‘Para a configuração de crime de estupro não há necessidade que a violência seja traduzida em lesões pessoais; exige a lei que a resistência da vítima à conjunção carnal seja sincera, mas que não se prolongue até o desfalecimento.

‘As contusões, edemas, escoriações apresentadas pela vítima de estupro são de regra, testemunhas da resistência da ofendida e da violência real empregada pelo agente’ (Ap.

Crim. n. 97.008655-5, de Criciúma, deste relator).

“Por outro lado, soma-se ao laudo a própria narrativa da vítima, a qual foi categórica em dizer que o réu aperto-lhe a boca para que não gritasse, restando com pequena lesão no queixo e no pescoço.

“As testemunhas Ana Paula de Souza (fls. 11 e 47v.) e Marcelo Pereira Severino (fl. 12), amigos da vítima que a encontraram logo após o crime, também relataram que a mesma apresentava marcas vermelhas no pescoço e no queixo, além de estar com a boca inchada.

“Todas essas são, portanto, evidências intocáveis acerca da violência real empregada pelo réu para a consumação da prática delituosa, já que, ao contrário do que afirma a Defesa, para o reconhecimento do estupro não é necessário que se constatem lesões na região genital da vítima.

“Tanto isso é verdade que admite-se até mesmo a ocorrência do estupro com o emprego de grave ameaça, sem corporificação da lesão.

“Nessa linha:

“O estupro não se demonstra apenas quando sejam notadas lesões ao nível das regiões genitais e suas adjacências. Tanto é isso exato que a lei menciona constrangimento corporificado em graves ameaças’ (TJSP — AC — rel. Weis de Andrade — RT 483/305).

“No caso em tela, como amplamente demonstrado, as lesões apresentaram-se suficientemente materializadas, tornando, assim, indiscutível a configuração da violência real.

“Conseqüentemente, comprovada se encontra a consumação do estupro, na sua forma fundamental, por cujas penas deve responder o réu”.

2. Quanto à aplicação da pena, o ilustre Magistrado sentenciante fixou-a acima do mínimo legal, após a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59. A pena não foi aumentada por conta de um inquérito e um processo existentes contra o apelante, mas porque as circunstâncias judiciais foram-lhe desfavoráveis.

Sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais informadoras previstas no art. 59 do CP, é possível irrogar a pena-base acima do mínimo legal.

Assim é mantida a pena aplicada de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, por infração ao art. 213, caput, c/c art. 65, III, d, do Código Penal.

3. Quanto à pretensão de não ser o crime de estupro simples, vale dizer, sem resultado lesão corporal grave ou morte, há que se referir ter sido excluído da capitulação prevista no art. 1º da Lei n. 8.072/90, o qual define quais são os crimes hediondos, exigindo-se, no caso de estupro e atentado violento ao pudor, o resultado lesão corporal de natureza grave ou morte.

Os egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça passaram a admitir, à unanimidade, que os delitos de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) e de estupro (art. 213), quando cometidos na forma simples (caput), ou seja, sem lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 223 e seu parágrafo único), não

fazem parte do rol dos crimes hediondos.

Assim decidiu o excelso Supremo Tribunal Federal:

“Habeas corpus. 2. Atentado violento ao pudor e crime hediondo. Regime de cumprimento da pena. 3. Hipótese enquadrada nos arts. 214 e 224, letra a, e não nos arts. 214 e 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal. 4. Para que o atentado violento ao pudor possa ser classificado como crime hediondo, nos termos da Lei n. 8.072/1990, art. 1º, inciso VI, é necessário que do fato resulte lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 214 combinado com o art. 223, caput e parágrafo único). 5. Não se podendo, desse modo, enquadrar o crime a que condenado o paciente (CP, arts. 214 e 224, letra a) como hediondo, ut Lei n. 8.072/1990, o regime de cumprimento da pena a que foi condenado somente pode ser o inicialmente fechado e não o regime fechado durante o período integral de sua duração. 6. Dessa maneira, se não procede o fundamento da petição inicial do habeas corpus, com base na Lei n. 9.455/1997, que, de acordo com a jurisprudência do STF, é aplicável, tão-só, ao crime de tortura e não aos demais delitos tidos como hediondos pela Lei n. 8.072/1990, cabe, aqui, deferir o habeas corpus, porque o crime de atentado violento ao pudor, pelo qual condenado o paciente (CP, arts. 214 e 224, letra a), não se enquadra entre os delitos hediondos, ut art. 1º, inciso VI, da Lei n. 8.072/1990, visto que do fato não resultou nem lesão corporal grave nas vítimas, nem morte (art. 214, em combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, do Código Penal). 7. Habeas corpus deferido

para garantir ao paciente a progressão no regime de cumprimento da pena, que se há de ter, tão-só, como inicialmente fechado” (HC 78.305/MG, rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma).

Do corpo do acórdão:

“Dá-se, porém, no caso concreto, que o crime não pode ser considerado hediondo, porque não houve lesão grave, nem morte.

“Com efeito, quaestio juris significativa propõe-se, na espécie. A condenação do paciente resultou de denúncia por crime de atentado violento ao pudor (CP, art. 214), com presunção de violência, ut art. 224, letra a, do mesmo diploma legal, eis que não maiores de quatorze anos as vítimas. Não foi, porém, o paciente denunciado, nem condenado, nas formas qualificadas do art. 223, caput, ou parágrafo único, do Código Penal, isto é, ‘porque da violência não resultou lesão corporal de natureza grave’ ou ‘morte’. É o que se verifica do exame dos autos principais.

“Ora, a Lei n. 8.072/1990 classifica como crime hediondo o atentado violento ao pudor, quando da violência resulta lesão corporal de natureza grave ou morte. Não é hediondo, ut Lei n. 8.072/1990, o atentado violento ao pudor, quando não se configurar forma qualificada, nos termos do art. 223, caput, ou parágrafo único, do CP, qual decorre do disposto no art. 1º, VI, da referida Lei. Não basta, destarte, a conjugação dos arts. 214 e 224, letra a, do Código Penal, que serviram de base à denúncia e à condenação do paciente, em ordem a enquadrar-se o delito como hediondo (Lei n. 8.072/1990).



“Reza efetivamente o art. 1º, VI, da Lei n. 8.072/1990:

‘Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, consumados ou tentados;

‘VI — atentado ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único)’.

“Certo está que não se pode caracterizar como delito hediondo (Lei n. 8.072/90) qualquer forma de atentado violento ao pudor, senão aquelas condutas qualificadas, como quer a Lei n. 8.072/90, nos termos do art. 223, caput, e parágrafo único, ou seja, se da violência resulta lesão corporal de natureza grave ou a morte da vítima.

“Na espécie, a denúncia somente teve presente, na caracterização do crime os arts. 214 e 224, a, do Código Penal, sendo, à vista desses dispositivos, condenado o paciente. Não cabia, porém, o enquadramento no art. 9º da Lei n. 8.072/90.

“Do exposto, não tenho, assim, como possível atender à súplica, com apoio no fundamento da inicial, porque a Lei n. 9.455/97 se refere, apenas, ao crime de tortura e não aos demais delitos previstos na Lei n. 8.072/1990. O habeas corpus, entretanto, é de deferir-se pelo fundamento distinto decorrente da circunstância de o crime não ser hediondo, visto, do atentado ao pudor, não haver resultado lesão corporal grave ou morte das vítimas.

“O pedido formulado na inicial — quanto à possibilidade de o paciente progredir no regime de cumprimento da pena — é, desse modo, de aten-

der-se, pelo motivo de não se cuidar, no caso, de crime hediondo.

“Assim sendo, defiro o habeas corpus para garantir ao paciente a progressão no regime de cumprimento da pena; o cumprimento da pena deve ficar sujeito, tão-só, ao regime inicialmente fechado”.

Ainda votou o Ministro Marco Aurélio:

“Não é a violência presumida? O crime foi perpetrado com violência real? Porque, vejam, o artigo 223, constante da remissão contida na Lei n. 8.072/90, versa sobre a forma qualificada pela lesão corporal de natureza grave. E, destarte, contrario sensu, se o atentado violento ao pudor é praticado na forma simples, sem a qualificadora, portanto, que é a qualificadora decorrente da lesão corporal de natureza grave, não temos como enquadrá-lo como crime hediondo. Não sendo um crime hediondo, não cabe dizer que o regime de cumprimento da pena deva ser integralmente o regime fechado”.

Este também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Penal. Habeas corpus (EC n. 22/90). Crimes contra os costumes. Violência presumida. Art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

“A violência ficta, tanto no atentado violento ao pudor como no estupro, não está arrolada no art 1º da Lei n. 8.072/90, razão pela qual, aí, não incide a restrição do § 1º do art. 2º da mesma lex (precedentes do STF e do STJ).

“Writ concedido” (HC n. 9.608, São Paulo, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma).

Nesse sentido ainda:

“Penal. Estupro presumido. Presunção, dolo e consentimento. Art. 224, alínea a, do CP. Majorante do art. 226, inciso III, do CP.

“I — A presunção de violência, prevista no art. 224, alínea a do Código Penal, exige que o dolo, direto ou eventual, considere o elemento referente à idade da vítima, não podendo ser, assim, admitida a responsabilidade objetiva.

“II — No estupro ficto, a norma impõe um dever geral de abstenção da prática de conjunção carnal com as jovens que não sejam maiores de 14 anos.

“(…).

“IV — O estupro ficto não é crime hediondo visto que não arrolado no art. 1º da Lei 8.072/90. Inaplicável ao referido delito, a restrição insculpida no art. 2º, § 1º, da *lex specialis* (precedente aplicável do Pretório Excelso).

“Recurso conhecido e parcialmente provido” (REsp n. 192.346, DF, rel. Min. Felix Fischer, STJ).

Esta Corte vem seguindo essa orientação:

“Regime prisional — Delito de atentado violento ao pudor — Violência ficta (art. 214, c/c art. 224, a, do CP) — Inexistência de lesão corporal grave ou morte — Tipificação simples — Necessidade de incidência da qualificadora do art. 223 do CP para en-

quadrar o ilícito no rol dos crimes hediondos — Possibilidade de progressão — Pena que deve ser cumprida em regime inicialmente fechado — Inocorrência da aplicação do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 — Precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ — Aplicação monocrática acertada — Recurso ministerial improvido” (Ap. Crim. n. 00.003839-3, de Lages, rel. Des. Jorge Mussi).

No mesmo sentido as Apelações Criminais n. 99.018000-0, da Capital, rel. Jorge Mussi, e 99.002675-2, de Seara, rel. Des. Torres Marques.

Dá-se se pode concluir serem hediondos apenas os crimes de estupro e atentado violento ao pudor quando, independentemente de violência real ou ficta, deles resulte lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima, vale dizer, com as situações previstas no art. 223 e seu parágrafo único do Código Penal.

Por estas razões, o recurso é conhecido e provido parcialmente.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Torres Marques e Eládio Torret Rocha, e exarou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 27 de abril de 2000.

*Nilton Macedo Machado,*  
*Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 27.589 (88.047546-6), DE TIMBÓ****Relator: Des. Torres Marques**

*Recurso ministerial — Pretendida condenação pela prática do delito de extorsão — Comprovação da autoria e da materialidade do ilícito — Confrontação das provas trazidas aos autos e dos depoimentos colhidos — Aplicação de pena superior a 4 anos — Incidência do efeito secundário da condenação — Condenação dos réus à perda de função pública — Inteligência do art. 92, inc I, b, do CP — Decisão reformada — Recurso provido.*

*Recursos defensivos — Pretendida absolvição relativamente ao crime de abuso de autoridade — Apelos prejudicados diante da condenação pelo delito de extorsão.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 27.589 (88.047546-6), da comarca de Timbó, em que são apelantes/apelados Jonas Paulino Gonzaga, Roberto Luiz Lenzi, Hanelor Cenzi, Itamar Cenzi, e a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, dar provimento ao apelo ministerial para condenar os réus à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, por infração ao art. 158, § 1º, do CP, impondo-lhes, também, a perda da função, julgando prejudicados os apelos defensivos.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

Perante o Juízo da 1ª Vara da comarca de Timbó, Jonas Paulino Gonzaga, Roberto Luiz Lenzi, Hanelor Cenzi e Itamar Cenzi foram denunciados por infração aos arts. 158, § 1º, c/c 71, ambos do Código Penal, pela

prática dos fatos narrados na denúncia de fls. 2/6.

Encerrada a instrução criminal, o douto Magistrado sentenciante julgou procedente em parte a denúncia, desclassificando o crime de extorsão para o de abuso de autoridade, condenando Jonas Paulino Gonzaga, Roberto Luiz Lenzi e Itamar Cenzi à pena de 10 (dez) dias-multa, cada um, e Hanelor Cenzi a 15 (quinze) dias-multa, como incursos nas sanções do art. 4º, a, da Lei n. 4.898/65.

Segundo consta da denúncia, os denunciados dirigiram-se até a região denominada Alto Palmeiras, no município de Rio dos Cedros, comarca de Timbó, local onde Arlindo Vicentainer, em companhia de seu funcionário Osmar da Silva, explorava a floresta para conversão em lenha e lá chegando, na viatura da Polícia Civil, identificaram a vítima, oportunidade em que o policial Hanelor Cenzi retirou-a do caminhão em que se encontrava e, enquanto Itamar Cenzi segurava-a pelas costas, desferiu três socos contra ela, atingindo-a na região do tórax. Ato contínuo, os denun-

ciados, munidos de revólveres, vistoriaram o caminhão, retirando de seu interior uma pasta preta contendo documentos, NCZ\$ 500,00 (quinhentos cruzados novos) em dinheiro, uma pistola marca Bereta e um facão de cabo branco, algemaram a vítima e seguiram com esta à Delegacia de Polícia de Rio dos Cedros.

No percurso, os policiais pararam no bar do Sr. Faustino para uma refeição, tendo o delegado Jonas Paulino Gonzaga e o cabo Roberto Luiz Lenzi indagado à vítima quanto, além da arma, ela pagaria para ficar livre da cadeia, tendo esta afirmado que poderia dar NCZ\$ 1.000,00 (um mil cruzados novos), tendo os denunciados achado pouco. Chegando à Delegacia, após preencher alguns formulários a respeito da briga ocorrida com Waldemiro de Lima, foi devolvida a pasta preta apreendida no caminhão, bem como os documentos nela contidos, ficando retidos o revólver e NCZ\$ 500,00 (quinhentos cruzados novos). Os denunciados exigiram a quantia de NCZ\$ 2.000,00 (dois mil cruzados novos) para liberar Arlindo Vicentainer, tendo este afirmado que dispunha apenas de NCZ\$ 1.000,00 (um mil cruzados novos), mas acabou por concordar com a exigência dos policiais, combinando que iria até a casa de seu tio Mário Vicentainer com quem pegaria o dinheiro emprestado e entregaria aos acusados.

A vítima conseguiu com seu tio o cheque n. 332.491, datado de 16/11/89, conta n. 000.798-6, sacado contra o Besc, agência de Rio dos Cedros, no valor de NCZ\$ 1.000,00 (um mil cruzados novos), sendo mencionada cártula preenchida por Arlindo e assinada por seu titular Mário Vicen-

tainer. Mencionado cheque foi entregue ao delegado que, discordando dos valores, exigiu o restante que deveria ser entregue pela vítima no dia seguinte.

Preocupado com o ocorrido, a vítima procurou um advogado que determinou que se dirigisse até o Fórum para informar as autoridades judiciais.

Na segunda-feira seguinte, dia 20/11/89, Arlindo Vicentainer no seu caminhão, dirigiu-se até Rio dos Cedros para entregar o restante do valor ao delegado. Lá chegando, Jonas Paulino Gonzaga afirmou ter ficado preocupado, pois a vítima não apareceu na data combinada (sexta-feira) e só estava retornando para entregar a diferença combinada naquela oportunidade (segunda-feira). O tio da vítima apareceu, então, na Delegacia, informando a seu sobrinho que o cheque já havia sido descontado na sexta anterior, quando foi explicado pelo delegado que o cheque havia sido levado a desconto porque Arlindo não havia aparecido. Assim, como o combinado fora NCZ\$ 2.000,00 (dois mil cruzados novos) e o cheque já havia sido descontado, a vítima entregou a Jonas Paulino Gonzaga a diferença em dinheiro, ou seja, NCZ\$ 1.000,00 (um mil cruzados novos), representada pelas notas xerocopiadas.

Recebido o dinheiro, o delegado colocou-o entre alguns papéis que se encontravam em sua escrivaninha, momento em que adentrou à sua sala o Tenente Cesar Luiz Dalri acompanhado dos Sargentos Cleonir José Tomazelli e José Ghizoni, oportunidade em que os denunciados foram presos em flagrante pela prática do delito de extorsão, por constranger Arlindo Vi-

centainer, pela força e intimidações, a pagar a importância indevida e ilegal de NCZ\$ 2.000,00 (dois mil cruzados novos), com a obtenção de saliente vantagem econômica, além da pistola Bereta n. MO7773 e dos valores apreendidos com a vítima NCZ\$ 500,00 (quinhentos cruzados novos).

Irresignados, acusação e defesa apelaram. O representante do Parquet postulou pela condenação dos acusados pelo delito de extorsão (art. 158 do CP) na forma continuada (art. 71 do CP) (fls. 415/430). Os condenados, por sua vez, pleitearam pela absolvição relativamente ao delito do art. 4º, a, da Lei n. 4.898/65, por insuficiência de provas.

Contra-arrazoados os apelos, os autos foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, tendo o Procurador Nuno de Campos manifestado-se pelo provimento do apelo ministerial e desprovimento dos apelos voluntários.

## II — Voto

Primeiramente, passo a analisar o apelo interposto pelo Ministério Público, que pretende a reforma da decisão que desclassificou o delito descrito na inicial — extorsão — para o crime de abuso de autoridade. Pretende o representante do Parquet, por meio do presente recurso, a condenação dos denunciados pelo crime de extorsão na forma continuada.

Segundo narra a denúncia, Jonas Paulino Gonzaga era comissário responsável pela Delegacia de Polícia Civil de Rio dos Cedros, na função de Delegado de Polícia e os demais apelantes/apelados, Roberto Luiz Lenzi,

Hanelor Cenzi e Itamar Cenzi, policiais militares em exercício naquela Comarca, na data dos fatos.

Da análise das provas acostadas aos autos, verifica-se que os denunciados se dirigiram até a região denominada Alto Palmeiras, no município de Rio dos Cedros, local onde Arlindo Vicentainer explorava a floresta para conversão em lenha e, lá chegando, identificaram a vítima, oportunidade em que esta desceu do caminhão em que se encontrava, tendo Itamar Cenzi (policial militar) seguido-a pelas costas enquanto Hanelor Cenzi (policial militar) desferia três socos contra ela. Ato contínuo, os denunciados, munidos de revólveres, vistoriaram o caminhão, retirando de seu interior uma pasta com alguns documentos, uma pistola marca Bereta e um facão de cabo branco, algemaram a vítima e seguiram com esta à Delegacia de Polícia de Rio dos Cedros, colheram seu depoimento em relação às lesões que teria causado em Valdomiro de Lima — com o qual Arlindo teria brigado dias antes (fls. 128 e 150) — e liberaram-na.

As discordâncias acerca dos fatos ocorridos começam aqui. A acusação alega que os acusados, no percurso em direção à Delegacia, exigiram a quantia de NCZ\$ 2.000,00 (dois mil cruzados novos) para liberarem a vítima, e esta afirmou que não possuía tais valores, pedindo autorização para ir até a casa de seu tio Mário Vicentainer, com o qual pegou um cheque no valor de NCZ\$ 1.000,00 (um mil cruzados novos) e entregou aos policiais, comprometendo-se, ainda, em retornar no dia seguinte com o restante do dinheiro.

Colhe-se do depoimento de Mário Vicentainer, colhido nas duas fases da persecução penal: no inquérito: “que o depoente é tio de Arlindo Vicentainer; que no dia 16 p. passado, cerca das 15 horas, seu sobrinho Arlindo e mais um rapaz que não sabe seu nome, estiveram na casa do depoente, onde Arlindo pediu ao depoente um mil cruzados novos emprestado, no que o depoente alegou que não tinha consigo esta importância, no que deu para Arlindo um cheque no mesmo valor da agência do Banco Besc da cidade de Rio dos Cedros—SC; que Arlindo falou que necessitava desse dinheiro pois estava na Delegacia; que combinaram que o depoente aguardaria Arlindo no posto de gasolina, pois o depoente iria levar Arlindo para pegar seu caminhão e, como Arlindo demorou, o depoente rumou à Delegacia de Rio dos Cedros—SC; que lá conversou com o Delegado Jonas e demais PMs e cabo e, quando rumavam para pegar o caminhão, no trajeto, Arlindo relatou ao depoente que naquela manhã, Cenzi tinha-o retirado do caminhão e o agredido a socos, tendo um dos PMs o segurado, algemado e trazido para a Delegacia; que relatou que os policiais pegaram dele uma Bereta e a carteira com NCZ\$ 500,00 (quinhentos cruzados novos); que relatou ainda que no trajeto à Rio dos Cedros, pararam no Bar de Faustino, onde almoçaram, tendo ali retirado a algema de Arlindo; que Arlindo relatou ainda ao depoente que na próxima sexta-feira iria levar o restante do dinheiro para a Delegacia e que não era para descontar o cheque; que desconhece a razão do envolvimento deste dinheiro (...) que, quanto aos fatos do dia de ontem, razão do flagrante nada

viu, no entanto antes disso esteve na Delegacia de Rio dos Cedros, onde conversou com Arlindo rapidamente, sobre o dinheiro que o depoente lhe tinha emprestado, onde falou para Arlindo que o cheque já tinha sido depositado” (fl. 43).

E em Juízo: “o declarante mora mais ou menos mil metros da delegacia de polícia de Rio dos Cedros e a vítima foi à casa do declarante num Fiat verde, dirigido por uma pessoa conhecida de vista; a vítima não falou sobre se tinha sido ameaçada ou que lhe fosse exigido algum dinheiro, digo, dinheiro para não ser processada, mas contou que quando era trazida para a delegacia de Rio dos Cedros ‘eles começaram a falar em dinheiro’, aduzindo que havia pensado que ‘esses vem no dinheiro’; isto a vítima contou quando o declarante estava levando-a para pegar seu caminhão; o contato com o declarante e a vítima ocorreu na quinta-feira de tarde, depois do expediente bancário, tendo o declarante solicitado à vítima que fosse acusado caso o cheque fosse descontado, o que ocorreu no dia seguinte, não tendo o declarante sido avisado, para que pudesse cobrir a importância retirando parte de uma aplicação; na segunda-feira seguinte o declarante soube no banco sacado que o cheque tinha sido descontado na sexta-feira anterior; conversando com a vítima naquela segunda-feira, na delegacia de polícia, a respeito, ela disse que em seguida ia conversar com o declarante na sua casa, o que ocorreu, tendo ela inclusive devolvido o dinheiro; nesta oportunidade a vítima disse ao declarante ‘que vão todo mundo em cana’, tendo acrescentado que tinha deixado mais NCZ\$ 1.000,00 na dele-

gacia, não esclarecendo para que, exatamente, dizendo que eles iam em cana" (fls. 180 e verso).

A defesa, por sua vez, sustenta que foi a ora vítima quem ofereceu mencionados valores aos policiais para que fosse liberada, sendo-lhe avisado que não formulasse tal proposta novamente sob pena de responder por suborno. Afirma, também, que o acusado Jonas disse a Arlindo que haviam despesas médico-hospitalares decorrentes do atendimento de duas pessoas, dentre elas Waldemiro de Lima (depoimento de fl. 128), que haviam sido agredidas por Arlindo em uma briga ocorrida três dias antes, motivo pelo qual este deixou um cheque no valor de NCZ\$ 1.000,00 (um mil cruzados novos) para cobrir tais pendências, tendo o delegado afirmado que não sabia qual o montante das despesas. Roberto Luiz Lenzi e Hanelor Cenzi (policiais militares) ratificaram o alegado por Jonas Paulino Gonzaga, enquanto Itamar Cenzi afirmou não ter ouvido a segunda parte da conversa: "no caminho, em direção à delegacia de polícia, escutou Arlindo propor ao delegado Jonas o pagamento de NCZ\$ 2.000,00 para livrá-lo daquela situação ao que Jonas respondeu que por aquilo poderia prendê-lo por suborno; não escutou ou não lembra de o delegado ter dito a Arlindo que ele precisava pagar despesas no hospital onde as vítimas das agressões praticadas por ele haviam sido atendidas" (fl. 60v.).

Jonas Paulino Gonzaga (delegado da Polícia Civil), nos depoimentos prestados, afirmou ainda que contactou com o médico de plantão no município de Rio dos Cedros para que atendesse a duas pessoas que foram

agredidas pelo Sr. Arlindo Vicentainer, e realizasse um laudo para servir de início às investigações policiais, comprometendo-se que faria de tudo para que o causador das lesões pagasse as despesas relativas ao atendimento das vítimas (fls. 54v. a 55v.).

A respeito, cumpre ressaltar o depoimento da testemunha Diva Henskels, diretora administrativa da Fundação Hospitalar de Rio dos Cedros, na qual teriam sido atendidas as vítimas das lesões, senão vejamos: "que forneceu uma declaração onde apresenta a entrada do paciente Waldemiro de Lima lesionado, que deu entrada no dia 13/11/89 e teve alta no dia 17/11/89; que referida declaração ainda esclarece que a despesa hospitalar foi de noventa cruzados novos, fora o auto de exame de corpo-delito que os médicos costumam cobrar a importância de cem cruzados novos cada um; que o laudo do senhor Waldemiro de Lima está preenchido e em poder da Fundação, uma vez que não foi pago; que a depoente não tem conhecimento de que com relação a este fato, tenha dado entrada na Fundação de mais um casal lesionado e que tenha sido atendido pelo Dr. Milton; que desconhece que na referida Fundação se encontrem dois laudos ainda referentes a esse casal mencionado" (fl. 135).

E ainda, o depoimento do Dr. Alcibio Gonçalves Robaina Júnior, médico que atendeu à emergência: "que em data de 13/11 do ano fluente atendeu a vítima Waldemiro de Lima, o qual ficou internado até o dia 17/11/89, quando recebeu alta (...) que quando o depoente atendeu a vítima, esta já se encontrava no hospital, não sabendo esclarecer, o depoente, se a vítima foi levada pelo ex-delega-

do Jonas; que é costume do depoente e demais profissionais da área cobrar pelo auto de exame de corpo-delito a importância de cem cruzados novos; que o laudo de Waldemiro de Lima se encontra no hospital preenchido e assinado, entretanto não foi pago até a presente data; que a despesa sobre a vítima Waldemiro de Lima foi orçada e cobrada a importância de noventa cruzados novos, isto porque foi feita pelo Funrural" (fl. 138).

Desses depoimentos conclui-se que o médico plantonista não teve qualquer contato com o delegado quanto ao pagamento das despesas hospitalares, como este havia afirmado; que apenas uma pessoa adentrou ao hospital lesionada na briga ocorrida com Arlindo; bem como que os valores das despesas hospitalares resultavam na importância de NCZ\$ 190,00 (cento e noventa cruzados novos), valor em muito inferior ao deixado pela ora vítima com o delegado.

Outro ponto que restou um tanto quanto obscuro, no depoimento prestado pelos acusados, foi a justificativa apresentada para o fato de que os valores entregues ao delegado no dia 16/11/89 (quarta-feira), que seriam destinados ao pagamento das despesas hospitalares no dia 18/11/89 (sexta-feira), no dia 20/11/89 (segunda-feira) ainda não tinham sido empregados na destinação a que serviriam, permanecendo na delegacia.

A justificativa apresentada por Jonas Paulino Gonzaga (delegado da Polícia Civil) foi que em virtude de uma viagem teria deixado mencionado cheque com Roberto Luiz Lenzi (policial militar) para que sacasse os valores no banco e pagasse as despe-

sas referidas, comprometendo-se a repassar a Arlindo, na segunda-feira, se os valores tinham sido suficientes para cobri-las.

Roberto Luiz Lenzi (policial militar), por sua vez, afirmou que se dirigiu até o banco, no intuito de sacar o cheque, mas que encontrando aquele estabelecimento cheio, retornou à delegacia e pediu para que Itamar Zenzi (policial militar) descontasse o título (fls. 56v. e 57), o que este efetivamente fez (fl. 60v.), dinheiro este que foi encontrado na delegacia, na ocasião do flagrante efetuado segunda-feira.

O interessante é que ao mesmo tempo que os acusados não se preocuparam em deixar a quantia de NCZ\$ 1.000,00 (um mil cruzados novos) em dinheiro, na delegacia — valor que seria destinado ao pagamento das despesas hospitalares —, afirmaram que aquela repartição não era segura para se deixar uma arma (fl. 12) — que foi apreendida em poder da vítima —, pois anteriormente tinha sido furtada uma arma de propriedade do delegado. Acresça-se que os acusados se limitaram a formular tais alegações, sem provar se anteriormente havia ocorrido um furto no local.

Assim, mencionada arma foi encontrada na residência de Hanelor Zenzi (policial militar) — fl. 10 —, tendo os acusados afirmado que a arma ficou sob a guarda daquele a pedido de Jonas (delegado da Polícia Civil), em virtude de não haver um lugar seguro para guardá-la na delegacia de polícia.

Outra circunstância relevante é que quando da detenção de Arlindo Vicentainer, que se encontrava explorando madeira, foram apreendidas um



faca, uma Bereta e alguns documentos. No entanto, nenhum registro foi efetuado relativamente a tais fatos, nem quanto à segregação da vítima, tampouco quanto à apreensão das armas, tendo o delegado justificado tal forma de proceder alegando que tomou as declarações das pessoas ouvidas em rascunho, em forma manuscrita (fl. 55). A única providência tomada na delegacia, que deu conta de que a vítima esteve lá naquela oportunidade foi o depoimento prestado relativamente à briga ocorrida com Waldemiro de Lima.

Por fim, quanto ao dinheiro encontrado na delegacia na ocasião do flagrante, importa reproduzir trechos de alguns depoimentos constantes dos autos, senão vejamos:

Cesar Luiz Dalri: "(...) quando o depoente chegou na delegacia de polícia de Rio dos Cedros encontrou lá fora o acusado Jonas e Arlindo, tendo o depoente se apresentado ao delegado Jonas e lhe dado voz de prisão, entrando em seguida na delegacia de polícia, quando perguntou 'onde estava o material, o dinheiro', quando Arlindo disse que estava em cima da mesa do delegado Jonas, tendo o depoente entrado na sala dele, delegado Jonas, onde estavam os acusados Roberto Luiz Lenzi e Hanelor Cenzi, ambos dentro da sala do delegado, enquanto que Itamar, também denunciado, estava fora da delegacia de polícia; em seguida, depois da pergunta do depoente, o acusado Jonas entrou na sua sala, indo junto à sua mesa e retirado notas de dinheiro que estavam sob algumas folhas de papel, as quais estavam a um canto da mesa, sobre o qual estavam outros papéis e uma máquina de escrever; o acusado

Jonas escutou quando o depoente perguntou onde estava o dinheiro, acredita o depoente, e sabia que o dinheiro estava ali, de onde foi retirado e entregue ao depoente, que conferiu aquelas cédulas com a sua fotocópia, observando tratar-se da mesma numeração; ali havia NCZ\$ 1.000,00; os policiais militares que se encontravam ali dentro da sala do delegado ficaram bastante nervosos naquele momento em que o acusado Jonas entregou o dinheiro ao depoente (...) quando entregou o dinheiro o acusado Jonas disse que aquela importância serviria para pagar as despesas do hospital a que Arlindo havia dado causa, numa briga com terceira pessoa" (fl. 179).

A vítima, por sua vez, afirmou: "que após o almoço, o delegado mudou a conversa, já que até ali vinha fazendo, juntamente com os policiais, pouco caso do informante, com sucessivas agressões, passando então a dizer-lhe que conhecia a sua família e perguntou quanto lhe daria para encerrar o caso; que disse ao delegado que tinha quinhentos cruzados e uma Bereta que poderia dar aos mesmos; que o delegado achou pouco e perguntou ao informante o que efetivamente lhe daria em dinheiro para deixá-lo livre; que ofereceu mil cruzados a mais além dos quinhentos e da Bereta; que o delegado que estava sentado na frente olhou para trás e debochou da proposta, dizendo que uma pessoa que tem três caminhões, um trator, um carro, uma casa e uma serraria, teria que dar pelo menos mais dois mil, ou seja, mais quinhentos cruzados para cada um daqueles que estavam no carro; que ao chegar na delegacia prestou um depoimento e o delegado disse que a Bereta e o di-

neheiro não apareceriam no inquérito porque eram parte do negócio que haviam combinado anteriormente na estrada, ficando o informante obrigado a entregar ao cabo até sexta-feira ao meio-dia, ou seja, no dia seguinte ao depoimento, dois mil cruzados em espécie; que, antes ainda obrigaram o informante a providenciar esse dinheiro, tendo ido até a casa de um seu tio, onde conseguiu um cheque de mil cruzados, que foi levado até a delegacia e deixado com o cabo da polícia militar, como garantia de que no dia seguinte o informante levaria dois mil cruzados em dinheiro para ser dividido entre os quatro acusados (...) que segundo orientação recebida no Fórum, o informante deveria na segunda-feira seguinte àquela em que estivera no Fórum (uma sexta-feira), entregar na delegacia de Rio dos Cedros os dois mil cruzados, devendo antes fotocopiar todas as notas para que não houvesse qualquer dúvida; que assim fez e quando estava entregando o dinheiro, na segunda-feira, para o delegado Jonas Paulino Gonzaga, chegou a polícia de Timbó e de Blumenau, prendendo em flagrante os acusados; que, ao dar voz de prisão ao delegado, a polícia apreendeu mil cruzados que havia deixado debaixo de uma folha de papel na escrivaninha" (fls. 211/214)

Dessa feita, examinando atentamente todos os elementos trazidos aos autos, pela vítima, pelos acusados, bem como pelas testemunhas, ficou indubitavelmente comprovada a prática do delito de extorsão, senão vejamos: na oportunidade da prisão, os policiais levaram a vítima até a delegacia e no percurso exigiram dela certa quantia para que não fosse re-

gistrado que esta estava explorando madeira, motivo pelo qual não foi registrado boletim de ocorrência nem termo de apreensão dos objetos apreendidos. A arma, que não podia aparecer, ficou em poder de um dos acusados, na residência deste. A mencionada vítima entregou parte dos referidos valores aos policiais por meio de um cheque e ficou de lhes repassar o restante dos valores no dia seguinte. Como a vítima não apareceu no dia seguinte para entregar o restante dos valores, o cheque foi descontado, e a vítima entregou mais NCZ\$ 1.000,00 (um mil cruzados novos), em dinheiro, para o delegado, quantum que foi encontrado embaixo dos papéis, sobre a mesa do último, na ocasião em que os acusados foram presos em flagrante.

Esclareça-se que acerca da alegação da existência de quinhentos cruzados novos no caminhão, quando da prisão da vítima, não existe prova nenhuma nos autos a evidenciá-la, apenas a palavra daquela isolada nos autos, pelo que tal afirmação não pode ser comprovada.

Por sua vez, importa esclarecer que as alegações formuladas pelos acusados não foram provadas em nenhum momento, tendo eles se limitado a elaborá-las, pelo que não podem ser consideradas para efeito de alibi ou justificativa plausível ao afastamento da condenação pelo crime de extorsão que é medida que se impõe.

Cumprе ressaltar, ainda, que é equivocado o entendimento do Magistrado sentenciante quanto ao momento consumativo do delito de extorsão pois não há a necessidade de comprovação da eventual vantagem econômica havida. A extorsão é delito for-

mal, que não exige a ocorrência do resultado para sua consumação, perfazendo-se com o comportamento positivo ou negativo da vítima, no instante em que ela faz, deixa de fazer ou tolera que se faça o exigido pelo agente, uma vez que a efetiva obtenção da vantagem econômica exigida se trata de mero exaurimento do delito.

Tal matéria restou sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, no enunciado 96, verbis: "O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção de vantagem indevida".

Nesse sentido:

"Penal. Extorsão. Momento consumativo. Dessume-se do tipo penal inscrito no art. 158 do Estatuto Punitivo que a extorsão se perfaz com o fato de o agente constringer alguém, mediante violência ou grave ameaça, 'com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem econômica', pouco importando não tenha conseguido o proveito que buscava, pois foi preso logo depois que se apossou do dinheiro. A coação surtiu os efeitos desejados pelo agente com a entrega do dinheiro em local e hora indicados pelo extorsionário" (STJ — REsp n. 32057/SP, 5ª T., rel. Min. Jesus Costa Lima, DJU 14/5/93, pág. 10.015).

Quanto ao recurso ministerial, importa ressaltar, por fim, que não restou evidenciada a figura do crime continuado (art. 71 do CP), pois as testemunhas trazidas aos autos não trouxeram elementos suficientes à comprovação da afirmação de que usualmente os policiais acusados extorquiam dinheiro dos cidadãos do município de Rio dos Cedros para dei-

xarem de instaurar inquéritos em relação a infrações cometidas.

Cumpra aqui esclarecer da impossibilidade de caracterização do delito de concussão previsto no art. 316. Para a configuração de tal ilícito, faz-se necessária tão-somente uma exigência, para si ou para outrem, direta ou indireta, mas em razão da função, de vantagem indevida.

No entanto, no caso em exame, deve ser observada a existência um plus, qual seja, o constrangimento da vítima, pela violência e ameaça, para que entregasse certa quantia em dinheiro aos acusados, com o intuito de obterem vantagem econômica.

Dessa feita, apesar de se tratarem de policiais militares e civis, portanto funcionários públicos para fins penais, sua conduta não pode ser enquadrada no tipo penal do art. 316 do Código Repressivo, pois ausente, naquele, a violência e ameaça, próprios do delito de extorsão.

Nesse norte:

"É inegável que o crime de extorsão previsto no art. 158 do CP e o de concussão, capitulado no art. 316 do mesmo diploma legal, guardam acentuada afinidade. Traduzem ambos a existência de uma vantagem indevida, por parte do agente, acrescida, porém, a figura típica da concussão de um plus representado pela qualidade de funcionário público do agente que, nessa qualidade, reclama para si, em razão de sua função e servindo-se dela, a vantagem ilegítima. Mas não é essa a única nota distintiva. Ocorre outra. Na concussão, o agente exige a vantagem (e exigir é impor como obrigação, reclamar imperiosamente), mas não constrange com violência ou

grave ameaça. O funcionário impõe à vítima a prestação da vantagem indevida e esta cede-lhe às exigências, exclusivamente metus auctoritatis causa. Não premido por promessas de violência ou de algum mal futuro. Já, na extorsão, bem ao contrário, o agente constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, a fazer, tolerar que se faça ou a deixar de fazer alguma coisa, obtendo, por esse meio, também, uma indevida vantagem econômica. Vê-se, por aí, que, sem violência, não há extorsão e com o emprego dela ou promessa de grave ameaça, o crime a integralizar-se haverá de ser o do art. 158, ainda que seja o agente funcionário público e que proceda no exercício ou em razão de suas funções. A não se entender dessa forma, e se quisesse ver como forma diferenciadora das duas figuras apenas a qualidade de funcionário público do agente, ter-se-ia que admitir a impossibilidade de praticar aquele o crime do art. 158 e que reconhecer que o legislador, de forma odiosa e protecionista, destinara inconcebível tratamento preferencial ao membro da Administração, exatamente contra quem deveria destinar reprimenda mais severa quando, em nome dela, pratique violências contra o patrimônio alheio. Daí a inegável procedência da manifestação do Procurador de Justiça oficiante, que, citando lições de Maggiori e de Carrara a respeito do tema, conclui por sintetizar com precisão: 'Qualquer violência pessoal contra o sujeito passivo descaracteriza a concussão, passando-se para o âmbito da extorsão'. Ainda que tal violência se manifeste sob forma de mal futuro e seja exercida em razão de função pública exercida pelo agente"

(TACrimSP — Rev. — rel. Canguçu de Almeida, in RT 586/309 e JUTACRIM 81/537).

No tocante aos recursos defensivos, interpostos pelos apelantes, estes restaram prejudicados, uma vez que pretendem a absolvição quanto ao delito do art. 4º, a, da Lei n. 4.898/95 e este acaba sendo afastado pela condenação por infração ao art. 158 do Código Penal.

Passa-se à aplicação da pena. O comportamento de Jonas Paulino Gonzaga caracterizou fato típico e antijurídico. Os elementos da culpabilidade estão presentes, pois é maior de 18 anos, mentalmente são e dispunha de perfeita consciência da ilicitude de sua ação, sabendo ou devendo saber que atuava contrariamente ao direito. A culpabilidade — reprovabilidade da conduta do agente — é do tipo acentuada, em face da sua condição de comissário responsável pela Polícia Civil de Rio dos Cedros, na função de Delegado, pessoa que deveria proteger os cidadãos em vez de agir à margem da lei. Não se tem notícias nos autos acerca dos antecedentes. A sua conduta social é boa, uma vez que possui emprego fixo, reside com a família e aparentemente não possui vícios. A personalidade do agente mostra-se voltada para a prática do ilícito pelo que foi acusado, tendo em vista as inúmeras denúncias existentes contra ele de tentativa de suborno. O motivo do delito é comum à espécie, evidenciado pela vontade de obter lucro fácil sem o esforço exigido pelo trabalho. As circunstâncias do crime foram graves e facilitaram o seu cometimento, pois o acusado utilizou de sua autoridade para constranger a vítima a fazer alguma coisa de seu interesse. As

consequências do crime, apesar de graves, foram minoradas com a recuperação de parte dos valores, pela vítima. O comportamento desta em nada contribuiu para a conduta do acusado.

Assim, consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixa-se a pena base no mínimo legal, em 4 (quatro) anos de reclusão. Inexistindo agravantes ou atenuantes, mas presentes as causas especiais de aumento expressas no § 1º do art. 158 do CP — concurso de pessoas e emprego de arma —, aumenta-se a reprimenda em ½ (metade), ou seja, em 2 (dois) anos de reclusão, resultando numa pena provisória de 6 (seis) anos de reclusão. Não havendo causa de diminuição da pena, torno a reprimenda definitiva no quantum fixado, a ser cumprida em regime semi-aberto.

Dentro de iguais parâmetros impõe-se a pena-base de multa-tipo em 10 (dez) dias-multa. Na terceira fase, existindo as causas especiais de aumento do concurso de pessoas e do emprego de arma (§ 1º do art. 158 do CP), aumenta-se a reprimenda em ½ (metade), ou seja, em 5 (cinco) dias-multa. Inexistindo causa de diminuição da pena, torna-se a pena definitiva em 15 (quinze) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Quanto a Roberto Luiz Lenzi, passo a aplicar a pena. O comportamento do acusado caracterizou fato típico e antijurídico. Os elementos da culpabilidade estão presentes, pois é maior de 18 anos, mentalmente são e dispunha de perfeita consciência da

ilicitude de sua ação, sabendo ou devendo saber que atuava contrariamente ao direito. A culpabilidade — reprovabilidade da conduta do agente — é do tipo acentuada, em face da sua condição de cabo da Polícia Militar, pessoa que deveria proteger os cidadãos em vez de agir à margem da lei. Não se tem notícias nos autos acerca dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente. O motivo do delito é comum à espécie, evidenciado pela vontade de obter lucro fácil sem o esforço exigido pelo trabalho. As circunstâncias do crime foram graves e facilitaram o seu cometimento, uma vez que utilizou de sua autoridade para constringer a vítima a fazer alguma coisa de seu interesse. As consequências do crime apesar de graves foram minoradas com a recuperação de parte dos valores, pela vítima. O comportamento desta em nada contribuiu para a conduta do acusado.

Assim, consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixa-se a pena-base no mínimo legal, em 4 (quatro) anos de reclusão. Inexistindo agravantes ou atenuantes, mas presentes as causas especiais de aumento expressas no § 1º do art. 158 do CP — concurso de pessoas e emprego de arma —, aumenta-se a reprimenda em ½ (metade), ou seja, em 2 (dois) anos de reclusão, resultando numa pena provisória de 6 (seis) anos de reclusão. Não havendo causa de diminuição da pena, torno a reprimenda definitiva no quantum fixado, a ser cumprida em regime semi-aberto.

Dentro de iguais parâmetros impõe-se a pena-base de multa-tipo em 10 (dez) dias-multa. Na terceira fase, existindo as causas especiais de

aumento do concurso de pessoas e do emprego de arma (§ 1º do art. 158 do CP), aumenta-se a reprimenda em ½ (metade), ou seja, em 5 (cinco) dias-multa. Inexistindo causa de diminuição da pena, torna-se a pena definitiva em 15 (quinze) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Quanto a Hanelor Cenzi, o seu comportamento caracterizou fato típico e antijurídico. Os elementos da culpabilidade estão presentes, pois é maior de 18 anos, mentalmente são e dispunha de perfeita consciência da ilicitude de sua ação, sabendo ou devendo saber que atuava contrariamente ao direito. A culpabilidade — reprovabilidade da conduta do agente — é do tipo acentuada, em face da sua condição de sargento da Polícia Militar, pessoa que deveria proteger os cidadãos em vez de agir à margem da lei. Não se tem notícias acerca dos antecedentes do acusado, mas sua conduta social é ruim, tendo em vista que já teve contra si instaurado inquérito policial (fl. 32). A personalidade do agente mostra-se voltada para a prática do ilícito pelo qual foi acusado, tendo em vista as inúmeras denúncias existentes contra ele de tentativa de suborno e até mesmo de lesões. O motivo do delito é comum à espécie, evidenciado pela vontade de obter lucro fácil sem o esforço exigido pelo trabalho. As circunstâncias do crime foram graves e facilitaram o seu cometimento, uma vez que utilizou de sua autoridade para constranger a vítima a fazer alguma coisa de seu interesse. As conseqüências do crime apesar de graves foram minoradas com a recuperação de parte dos valo-

res, pela vítima. O comportamento desta em nada contribuiu para a conduta do acusado.

Assim, consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixa-se a pena-base no mínimo legal, em 4 (quatro) anos de reclusão. Inexistindo agravantes ou atenuantes, mas presentes as causas especiais de aumento expressas no § 1º do art. 158 do CP — concurso de pessoas e emprego de arma —, aumenta-se a reprimenda em ½ (metade), ou seja, em 2 (dois) anos de reclusão, resultando numa pena provisória de 6 (seis) anos de reclusão. Não havendo causa de diminuição da pena, torno a reprimenda definitiva no quantum fixado, a ser cumprida em regime semi-aberto.

Dentro de iguais parâmetros impõe-se a pena-base de multa-tipo em 10 (dez) dias-multa. Na terceira fase, existindo as causas especiais de aumento do concurso de pessoas e do emprego de arma (§ 1º do art. 158 do CP), aumenta-se a reprimenda em ½ (metade), ou seja, em 5 (cinco) dias-multa. Inexistindo causa de diminuição da pena, torna-se a pena definitiva em 15 (quinze) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Por fim, relativamente a Itamar Cenzi, passo a aplicar a pena. O comportamento do acusado caracterizou fato típico e antijurídico. Os elementos da culpabilidade estão presentes, pois é maior de 18 anos, mentalmente são e dispunha de perfeita consciência da ilicitude de sua ação, sabendo ou devendo saber que atuava contrariamente ao direito. A culpabilidade — reprovabilidade da conduta do agente

— é do tipo acentuada, em face da sua condição de sargento da Polícia Militar, pessoa que deveria proteger os cidadãos em vez de agir à margem da lei. Não se tem notícias acerca dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do acusado. O motivo do delito é comum à espécie, evidenciado pela vontade de obter lucro fácil sem o esforço exigido pelo trabalho. As circunstâncias do crime foram graves e facilitaram o seu cometimento, uma vez que utilizou de sua autoridade para constranger a vítima a fazer alguma coisa de seu interesse. As consequências do crime apesar de graves foram minoradas com a recuperação de parte dos valores, pela vítima. O comportamento desta em nada contribuiu para a conduta do acusado.

Assim, consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixa-se a pena-base no mínimo legal, em 4 (quatro) anos de reclusão. Inexistindo agravantes ou atenuantes, mas presentes as causas especiais de aumento expressas no § 1º do art. 158 do CP — concurso de pessoas e emprego de arma —, aumenta-se a reprimenda em ½ (metade), ou seja, em 2 (dois) anos de reclusão, resultando numa pena provisória de 6 (seis) anos de reclusão. Não havendo causa de diminuição da pena, torno a reprimenda definitiva no quantum fixado, a ser cumprida em regime semi-aberto.

Dentro de iguais parâmetros impõe-se a pena-base de multa-tipo em 10 (dez) dias-multa. Na terceira fase, existindo as causas especiais de aumento do concurso de pessoas e do emprego de arma (§ 1º do art. 158 do CP), aumenta-se a reprimenda em ½ (metade), ou seja, em 5 (cinco) di-

as-multa. Inexistindo causa de diminuição da pena, torna-se a pena definitiva em 15 (quinze) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Impõe-se, ainda, aos recorrentes, o efeito secundário da condenação, contido no art. 92, inc. I, alínea b, do Código Penal, consistente na perda de função pública, tendo em vista que lhes foi aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos, pelo cometimento do delito de extorsão (art. 158, § 1º, do Código Penal), condicionando, por fim, a execução deste efeito da condenação, ao trânsito em julgado do presente decurso.

### III — Decisão

Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo ministerial para condenar os réus à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, por infração do art. 158, § 1º, do CP, impondo-lhes, também, a perda da função, julgando-se prejudicados os apelos defensivos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Nuno de Campos.

Florianópolis, 4 de maio de 2000.

*Nilton Macedo Machado,*  
*Presidente com voto;*  
*Torres Marques,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.005349-5, DE TIMBÓ****Relator: Des. Torres Marques**

*Crime contra a ordem tributária — Sonegação fiscal — Infração ao art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90 — Co-autoria — Condenação de sócio-gerente e de sócio quotista que desempenhava atividades na empresa.*

*Sócio-gerente — Autoria e materialidade comprovadas — Responsabilidade criminal configurada — Pena de multa — Pretendida diminuição do valor fixado pelo Magistrado a quo — Dificuldade financeira não comprovada nos autos — Elementos suficientes para consubstanciar o valor originalmente fixado — Condenação mantida — Recurso desprovido.*

*Sócio quotista minoritário — Não comprovação do poder gerencial e decisório ou da prática de qualquer ato delituoso — Incabível condenação fundada em indícios e presunções de culpa — Co-autoria afastada — Recurso provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.005349-5, da comarca de Timbó, em que são apelantes Ditmar Elert e Cristina Elert, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Câmara Criminal Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso de Ditmar Elert e dar provimento ao recurso de Cristina Elert.

Custas de lei.

**I — Relatório**

O representante do Ministério Público da comarca de Timbó ofereceu denúncia contra Ditmar Elert, Cristina Elert e Lourival Borchardt, por infração ao art. 1º, incs. II e IV, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/90, uma

vez que, segundo narra a exordial acusatória:

“Os denunciados são sócios da empresa Delka do Brasil — Indústria e Comércio de Máquinas e Equipamentos Ltda., situada à Rua Rudolf Elert, n. 79, nesta Cidade, com inscrição estadual no CGCICMS n. 250.893.061 e no CGC/MF sob o n. 76.297.696/0001-21.

“Em esforços e vontades comuns e associações de interesses na administração da empresa, os denunciados reduziram o recolhimento do tributo do ICMS ao Estado mediante a emissão de notas fiscais que não estamparam o valor real das operações comerciais, infligindo ao erário público prejuízo de 4.060,5160 UFIR's que, acrescido de juros e multa atingia, em 15/4/92 (data do lançamento fiscal) a 10.841,7205 UFIR's, equivalente a U\$ 8.756,54 dólares americanos, con-



siderando o câmbio oficial da mesma data. O que correspondia a Cr\$ 20.981.548,01 (vinte milhões, novecentos e oitenta e um mil, quinhentos e quarenta e oito cruzeiros e um centavo).

“A ação de fiscalização foi deflagrada em 31 de janeiro de 1992, tendo sido apreendidos 2 livros-caixa, 1 pasta com relação de duplicatas, 40 listas de preço, 7 blocos de pedido e os livros fiscais obrigatórios.

“Ao proceder ao confronto dos livros fiscais com blocos de pedido e com a relação de duplicatas, constataram os fiscais que os denunciados, no período de 23 de janeiro de 1990 a 19 de dezembro de 1991 reduziram o tributo do ICMS através da fraude de lançar nas notas fiscais valor da operação comercial inferior ao real para, desta forma, ter menos imposto a recolher.

“Nos blocos de pedidos os fiscais descobriram o valor real das operações comerciais. Valores esses que não correspondem ao inserido nas notas fiscais de venda.

“(…)”

“Também durante o ano de 1991, os denunciados continuaram locupletando-se criminosamente em prejuízo do erário e sociedade catarinense tanto que em 27 de abril aceitaram vender a Yorki Whirich Prill, 1 semi-reboque para moto e 1 engate de Kombi pelo preço de Cr\$ 127.000,00 e expediram a Nota Fiscal n. 000459 em 30/4/91, inserindo criminosamente na mesma que a operação totalizava Cr\$ 33.600,00.

“Em 5 de agosto de 1991 venderam para Norberto Pfuetzenreiter, residente à Rua Três Corações, n.

100, em Indaial, 1 semi-reboque para barco, marca Delka 667299, no valor de Cr\$ 245.000,00 e emitiram a Nota Fiscal n. 000478, em 9/8/91, no valor irrisório de Cr\$ 33.600,00.

“Em setembro de 1991, venderam para Anselmo Deschamps, 1 semi-reboque para camping e um chassi com capacidade para 350kg, no valor de Cr\$ 260.000,00 e criminosamente lançaram a operação na Nota Fiscal n. 000490, de 18/9/91, como sendo de apenas Cr\$ 65.000,00.

“Desta forma, locupletaram-se em detrimento do Estado pois a alíquota de 17% incidindo sobre valores subfaturados acaba reduzindo o valor do imposto a recolher.

“Assim agindo incidiram os denunciados por 57 vezes nas sanções do artigo 1º, incs. II e IV, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/90”.

Recebida a denúncia e devidamente processados os autos, os réus foram interrogados (fls. 137, 138, 139).

Acolhidas as defesas prévias (fls. 140/141, 152/153), sucedeu-se a oitiva das testemunhas de acusação e de defesa. As alegações finais foram apresentadas em fls. 330, 416 e 443.

Concluída a instrução criminal, o ilustre Juiz de Direito prolatou sentença, absolvendo o réu Lourival Borchardt, com fundamento no art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal e condenou os réus Ditmar e Cristina Elert, cada qual às penas de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, sendo-lhes concedido o sursis, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, cada dia no valor de 1 (um) salário mínimo vigente na época dos fatos, por infração ao art. 1º, inciso I, da

Lei n. 4.729/65, e ao art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90.

Inconformados, os réus Cristina Elert e Ditmar Elert interpuseram recurso de apelação, objetivando a absolvição; a primeira, aduzindo que não realizava atos de gestão ou gerenciamento da empresa, sendo tão-somente sócia quotista, e o segundo, afirmando que “jamais deixou de recolher os valores do ICMS” e que “todas as transações comerciais da empresa ocorreram de maneira normal”. Tendo ambos requerido a minoração do valor do dia-multa.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovemento dos recursos interpostos.

## II — Voto

Trata-se de recurso interposto por Ditmar Elert e Cristina Elert, ambos condenados por infração ao art. 1º, inciso I, da Lei n. 4.729/65, e ao art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, pugnando um e outro a absolvição, assim como a diminuição do valor do dia-multa que entenderam elevado.

No tocante ao apelo formulado por Cristina Elert, fundado em alegada ausência de culpabilidade, uma vez que afirmou não exercer atividades de gestão ou gerenciamento na empresa Delka do Brasil — Indústria e Comércio de Máquinas e Equipamentos Ltda., ao que não teve qualquer responsabilidade sob quaisquer delitos praticados na dita empresa.

Consoante depreende-se dos autos, a apelante, não obstante ser sócia quotista, participava de fato da

administração da empresa, juntamente com o efetivo sócio-gerente Ditmar Elert, seu marido. Tanto que o contador da empresa, desde a época em que esta foi fundada, Nô Euclides Mafra declarou que (fl. 231): “Pelo que sabe os administradores de fato da empresa são os acusados Ditmar e Cristina Elert”.

Contudo, a conduta típica descrita pelo art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, correspondente ao art. 1º, inciso I, da Lei n. 4.729/65, exige dolo específico, compreendido na vontade livre e consciente de “suprimir ou reduzir tributos ou contribuição social e qualquer acessório”, consoante determina o caput do referido dispositivo legal.

Dessa feita, verifica-se que a peça inaugural, tal como a própria instrução processual, não definiu qual a conduta especificamente realizada pela recorrente, apresentando-se esta de forma genérica, restando indemonstrado o comportamento doloso da agente.

A esse respeito, é do escólio jurisprudencial do Des. Nilton Macedo Machado, em citação ao Dr. Pedro Roberto Decomain:

“O núcleo dos crimes previstos pelo artigo 1º da Lei está nos verbos suprimir e reduzir, inseridos em seu caput.

‘Vai daí que a conduta típica essencial desses crimes consistirá ou na supressão ou na redução de um tributo, através de alguma das práticas previstas nos incisos do artigo.

‘Trata-se, portanto, de crimes materiais ou de resultado.

‘É preciso que através das práticas previstas nos incisos do artigo 1º ocorra supressão ou redução de algum tributo, para que o crime esteja caracterizado, ao menos em sua forma consumada. Suprimir tributo significa aqui deixar inteiramente de pagar o montante devido a tal título. Reduzir tributo quer dizer pagar importância menor do que efetivamente devida.

‘Não bastará, portanto, a que se aperfeiçoe o delito, que aconteça alguma das condutas previstas pelos incisos. É preciso que se lhe siga a supressão ou redução de tributo, para que a conduta anterior se torne punível, ao menos como crime contra a ordem tributária em sua forma consumada (...)’ (Crimes Contra a Ordem Tributária, 2ª ed., Ed. Obra Jurídica, 1995, pag. 44)”.

Ocorre que in casu a respeitável decisão de fls. 456 em momento algum descreveu houvesse a ora recorrente praticado condutas que caracterizem supressão ou redução de tributo, contribuição social ou acessório, nem apontou algumas das práticas previstas no inciso I do art. 1º da Lei n. 8.137/90.

O que ficou tão-somente evidenciado foi que a apelante exercia atividades na empresa, o que, ressalto, por si só não encerra crime algum.

É parecer do Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida, em julgado do Supremo Tribunal Federal:

“Como se vê, o juízo condenatório das instâncias ordinárias está amparado, unicamente, em uma mera presunção de culpa, desafiando o art. 11 da Lei n. 8.137/90 (que repete o art. 29 do Código Penal): ‘quem, de

qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade’. Ora, nos termos da lição acima transcrita, não há como afirmar o concurso sem que cada uma das condutas individuais seja relevante sob o aspecto causal e sem que se estabeleça um liame de ordem subjetiva que prenda as diversas condutas, exigindo-se a cooperação voluntária e consciente e um nexó psicológico com a ação típica do delinqüente principal. Não é possível permitir que, por simples presunção, decorrente da condição de sócio, se emita um juízo condenatório, sem que haja um mínimo de prova de que o indigitado agente tenha praticado o ato ilícito ou concorrido para a prática delituosa: são responsáveis os administradores que tiveram relação com o fato incriminado, e não apenas porque são administradores. Conveniente lembrar, para afastar qualquer dúvida, que a conivência a menos que constitua um crime autônomo, não se insere no nexó causal, como forma de participação, e por isso não é punida” (in HC n. 73.590-8 de São Paulo, rel. Min. Celso de Melo).

Do mesmo precedente jurisprudencial:

“Habeas corpus — Delito societário — Crime contra a ordem tributária — Lei n. 8.137/90 — Quotista minoritário (1% das quotas sociais) — Inexistência de poder gerencial e decisório — Impossibilidade de incriminar quotista sem a efetiva comprovação de conduta específica que o vincule ao evento delituoso — Insubsistência da condenação penal decretada — Pedido deferido”.

Assim, como não se comprovou que, dentre tais atividades, a apelante realizou especificamente alguma conduta delituosa, a absolvição merece ser decretada.

Ao apelado Ditmar Elert não assiste a mesma sorte, pois não obstante a denúncia apresentar-se de forma genérica, é inegável que ele exercia atividades gerenciais e, portanto, detinha toda a responsabilidade atinente à direção do empreendimento. Sendo assim, praticou o delito quer como mentor intelectual ou como executor direto.

A materialidade do delito apresenta-se certa e inquestionável nos documentos acostados aos autos às fls. 7 e 10 a 131.

A autoria ficou demonstrada pelo próprio recorrente, na ocasião do interrogatório (fls. 138), momento em que este admitiu a emissão das notas fiscais em valor inferior ao pedido, sob a ressalva de que a operação assim se dava em virtude da compensação por peças.

Entretanto, apenas em duas operações (envolvendo Armando Mauro Duwe e Norbeto Pfuetzenreiter) ficou comprovada tal versão, motivo pelo qual foram acertadamente excluídas da condenação. Permanecendo contudo intocáveis as demais imputações.

Extrai-se do corpo do acórdão relatado pelo eminente Des. José Roberge:

"A alegação de que não há provas da existência do dolo específico, pressuposto indispensável para a caracterização do ilícito, não tem qualquer guarida. Consoante se extrai dos autos, o apelante era o sócio-gerente

da empresa e, na época dos fatos, estava à frente dos negócios. Ao administrá-la, de forma consciente, deixou de registrar operações comerciais de entrada e saída de mercadorias, omitindo-se quanto à emissão de notas fiscais. O dolo, desse modo, restou amplamente configurado, posto que o recorrente não providenciou, como necessário era, a escrituração das vendas em livros próprios, assim como a emissão de notas fiscais, como forma de reduzir os seus encargos relativos ao imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, sonegando flagrantemente o seu recolhimento aos cofres públicos" (Apelação Criminal n. 99.001969-1, de Itajaí, j. 6 de abril de 1999).

Sendo assim, flagrante é a culpabilidade do recorrente Ditmar, ao que a condenação relativamente a sua pessoa merece ser mantida.

No que se refere ao valor arbitrado a título de pena de multa, a condenação deve ser mantida.

Ora, não há nos autos comprovação de dificuldade financeira, alegação esta que somente foi concretizada na ocasião do recurso. Dessa forma, inexistindo elementos suficientes para consubstanciar a retificação do valor da pena de multa, fixado pelo livre arbítrio do Magistrado e subordinado tão-somente aos limites e pressupostos estabelecidos pelo art. 49, § 1º, do Código Penal, este deve ser mantido.

Nesse sentido, ensina Antônio Corrêa:

"O valor da multa é estabelecido pelo juiz, mas não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato,

nem superior, cinco vezes, a este mesmo salário” (in “Dos Crimes Contra a Ordem Tributária”, São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 250).

Por derradeiro, a condenação de Cristina Elert merece ser revista, decretando-se a sua absolvição com fundamento no art. 386, IV, do CPP, ao passo que o apelo de Ditmar Elert deve ser desprovido, ante sua flagrante culpabilidade.

### III — Decisão

Posto isso, dá-se provimento ao recurso de Cristina Elert, decretan-

do-se sua absolvição e nega-se provimento ao recurso de Ditmar Elert.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 4 de maio de 2000.

*Nilton Macedo Machado,*  
*Presidente com voto;*  
*Torres Marques,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.012246-5, DE VIDEIRA

**Relator: Des. Torres Marques**

*Crime contra a incolumidade pública — Incêndio — Nulidades argüidas afastadas — Ausência de comprovação da materialidade — Laudo pericial que não preenche os requisitos do art. 173 do CPP — Ausência de corpo de delito indireto — Não comprovação do perigo efetivo ou concreto — Absolvição com base no art. 386, II, do CPP — Recurso provido — Decisão reformada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.012246-5, da comarca de Videira (2ª Vara), em que é apelante Eloi Miguel Savian, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, rejeitar as preliminares argüidas e dar provimento ao recurso para absolver o apelante.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Videira, Eloi Miguel Savian foi denunciado por infração aos arts. 250, § 1º, inc. II, letra a, c/c 14, II, ambos do Código Penal, pois, segundo narra a peça acusatória, no dia 14 de agosto de 1995, dirigiu-se até a oficina Envil-Chapeação e Pintura, localizada na Rua Alberto Reichmann, s/n., nesta Cidade, de propriedade de seu enteado, de onde se apoderou de dois galões de plástico contendo substância inflamável. Ato

contínuo, em represália à vítima Adelir Vicente Bartolomeu Schunig, com quem tem uma discussão na Justiça a respeito da propriedade da casa em que esta reside, a qual já havia ameaçado incendiar, dirigiu-se até esta, situada na Rua Padre Anchieta, n. 790, no perímetro urbano desta Cidade, e ateou fogo no porão. O fogo não destruiu a residência por inteiro e não se alastrou para as residências limítrofes devido à intervenção dos vizinhos.

Encerrada a instrução criminal, o digno Magistrado sentenciante julgou procedente a denúncia, condenando Eloi Miguel Savian à pena de 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e 14 (quatorze) dias-multa, cada qual no valor de 3/30 (três trigésimos) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Concedeu, ainda, o sursis pelo prazo de 3 (três) anos.

Inconformado, o condenado interpôs apelação, sustentando, em preliminar, a nulidade da sentença prolatada uma vez que a pena-base de multa e o período do sursis foram fixados acima do mínimo legal sem fundamentação e cerceamento de defesa em virtude do reconhecimento da agravante do motivo torpe, não articulada na denúncia, sem ter o ora apelante direito de defesa a respeito.

No mérito, asseverou a insuficiência de provas para embasar um decreto condenatório, diante da inexistência de prova quanto à autoria, não realização do laudo pericial na forma exigida no art. 173 do Código de Processo Penal, e não comprovação do perigo efetivo ou concreto para um número indeterminado de pessoas.

Culminou postulando pela absolvição do condenado e, sucessivamente, pelo afastamento da qualificadora do motivo torpe.

Contra-arrazoado o recurso, os autos foram remetidos a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestado-se pelo desprovimento do apelo.

## II — Voto

Primeiramente, passo a analisar as preliminares suscitadas.

No que tange à alegada nulidade da sentença diante da fixação da pena-base de multa, bem como do período do sursis, acima do mínimo legal sem a devida fundamentação, importa esclarecer que tal nulidade deve ser afastada.

Mencionada reprimenda pode ser adequada, nesta Instância, sem causar prejuízos ao réu, motivo pelo qual, a teor do princípio da economia processual, cumpre declarar a inexistência de nulidade do decisum nesse ponto.

Relativamente ao cerceamento de defesa em virtude de ter o acusado sido condenado por agravante não contida na denúncia, não lhe assiste melhor sorte. Com efeito, a majorante prevista no art. 61, II, a, do Código Penal, qual seja, de ter o agente cometido o crime por motivo torpe, exsurge do conjunto probatório, estando a infração e todas suas circunstâncias descritas na denúncia e comprovadas durante a instrução criminal.

Saliente-se, por oportuno, que não houve violação ao art. 384 do CPP, tendo em vista que o Magistrado reconheceu dita majorante atentando

para os fatos descritos na denúncia, o que não importa em dar nova definição jurídica ao caso.

É da jurisprudência:

“Aplicação da pena — Agravantes — Possibilidade de serem reconhecidas sem aplicação do disposto no art. 384 do CPP.

“O reconhecimento das agravantes não enseja a necessidade de aplicação do art. 384 do Código de Processo Penal, porque são meras circunstâncias que aderem ao delito sem modificar a sua estrutura” (Apelação Criminal n. 33.185, j. em 24/6/71, TACrimSP, apud Jurisprudência Brasileira Criminal n. 19 — Aplicação da Pena, Ed. Juruá, 1988).

E ainda:

“Consideração de agravantes genéricas — Não articulação na denúncia — Elementos acidentais — Não interferência na estrutura típica do delito — Nulidade repelida — Sentença mantida.

“Não é nula a sentença que considera a existência de agravantes genéricas não articuladas expressamente na denúncia, uma vez que tratando-se, como se tratam, de elementos acidentais, estes não interferem na estrutura típica do delito” (TARJ — 2ª C. — AP — j. 3/3/94 — rel. Afranio Sayão Antunes — RT 721/516, apud Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. 2, 1999, pág. 2.167).

No mérito, o apelante pleiteou pela sua absolvição em virtude da insuficiência de provas, alegou não estar comprovada a materialidade em virtude da ausência do respectivo laudo, e sustentou não restar evidencia-

da a ocorrência de perigo efetivo ou concreto para um número indeterminado de pessoas.

Primeiramente, cumpre analisar a comprovação da materialidade do delito.

Consoante o disposto no art. 173 do Código de Processo Penal, no caso de incêndio deve ser realizado um exame pericial para verificar a causa, o lugar em que começou o fogo, o perigo que dele resultou para a vida ou para o patrimônio alheio, bem como a extensão do dano, o seu valor e as demais circunstâncias que interessem à elucidação dos fatos.

In casu foi realizado exame pericial, no entanto este limitou-se a atestar que a substância encontrada nos galões era inflamável, portanto substância derivada do petróleo, de natureza comburente. Com este foi acostado um levantamento fotográfico do local, procurando demonstrar o lugar em que começou o fogo.

Entretanto, mencionado laudo não evidenciou se do incêndio ocorrido adveio perigo efetivo ou concreto para a vida ou ao patrimônio alheio, circunstância considerada indispensável para a caracterização do delito previsto no art. 250 do Código Penal.

Assim, o exame pericial efetivado não foi completo, não podendo ser considerado como corpo de delito suficiente à configuração da materialidade do ilícito pelo qual o recorrente foi condenado. Da mesma forma, inexistem nos autos corpo de delito indireto capaz de suprir referida falta.

Acerca da imprescindibilidade do laudo pericial e dos dados que nele devem constar, interessante reprodu-

zir precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Para a existência do crime de incêndio, definido no art. 250 do CP, é indispensável a prova da ocorrência de perigo difuso a pessoas ou coisas, indeterminadas. E a verificação desse elemento objetivo da figura delituosa em questão há que se fazer através de exame de corpo de delito direto ou indireto, através do qual determinem, com precisão, as circunstâncias materiais de tempo, e de lugar do incêndio, de forma a se poder afirmar que o imputado autor do fato tinha conhecimento do risco a que, com sua ação, expunha a vida, a incolumidade física e o patrimônio de outrem” (RT 542/304-5).

No mesmo norte, deste Tribunal:

“Apelação criminal.

“Crime de incêndio.

“Ausência de exame pericial. Materialidade não comprovada. Absolvção decretada.

“Recurso provido.

“Extensão da decisão ao co-réu, não apelante. Art. 580 do CPP. Inexistência material do fato. Possibilidade” (Ap. Crim. n. 98.011870-0, de Joinville, rel. Des. Álvaro Wandelli).

E do corpo do acórdão extrai-se:

“Sabe-se que, no incêndio, crime do tipo que deixa vestígios, a materialidade é comprovada pelo exame técnico, não supável por qualquer outra prova, nem mesmo a confissão do acusado, existindo decisões dando até mesmo como imprestável a exibição somente do auto de verificação e

descrição do local do delito (RJTJSP 131/482).

“A jurisprudência deste Tribunal já se pronunciou favorável à condenação por indícios, quando existe nos autos relatório do Corpo de Bombeiros” (Ap. Crim. n. 32.735, de Porto União, rel. Des. Solon d’Eça Neves, in JC 75/705).

“Com efeito, a materialidade do delito não restou comprovada, pois, apesar da certeza sobre o incêndio, não consta do processo qualquer tipo de exame no local dos fatos, auto de verificação, relatório do corpo de bombeiros — que esteve no local —, ou, quiçá, laudo pericial.

“(…).

“Ora, sabe-se que ‘a quem acusa cabe o ônus da prova (CPP, art. 156), devendo o Ministério Público requerer o exame de corpo de delito quando se tratar de infração que deixa vestígios, o qual não pode ser suprido, sequer pela confissão (CPP, art. 158), sob pena de nulidade (CPP, art. 564, III, b)’ (HC n. 76.420-1/SP — rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 16/6/98, in DJU de 14/8/98).

“É da jurisprudência:

“‘Tratando-se de infração que deixa vestígios, indispensável, sob pena de nulidade, o exame de corpo de delito direto ou indireto, não podendo supri-lo a prova testemunhal’ (RT 411/626).

“No mesmo sentido: JUTACrim 29/342”.

Dessa feita, considerando que a materialidade do delito de incêndio não restou demonstrada, deve ser dado provimento ao apelo para se absolver o acusado com base no art. 386,



inc. II, do Código Adjetivo Penal, não se fazendo necessária a análise das demais razões do inconformismo.

### III — Decisão

Ante o exposto, rejeita-se as preliminares argüidas e dá-se provimento ao recurso para absolver o apelante.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar

Abreu, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antonio Günther.

Florianópolis, 4 de maio de 2000.

*Nilton Macedo Machado,*

*Presidente com voto;*

*Torres Marques,*

*Relator.*

## EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA QUEIXA-CRIME

### EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA QUEIXA-CRIME N. 97.008677-6, DA CAPITAL

**Relator: Des. Souza Varella**

*Embargos de declaração — Dispositivo legal equivocadamente mencionado no corpo do acórdão — Acolhimento parcial para correção do erro material.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração na Queixa-Crime n. 97.008677-6, da comarca da Capital, em que é embargante Dorvalino Dacoregio, sendo embargado Moacir Pereira:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, acolher parcialmente os embargos declaratórios, para correção de erro material.

Custas de lei.

Dorvalino Dacoregio opôs os presentes embargos de declaração ao acórdão de fls. 341 a 351 alegando omissão sobre questões levantadas nas alegações finais, contradição na aplicação da pena e obscuridade, além de referência a dispositivo da Lei Processual inaplicável à espécie.

Com efeito, vê-se que há evidente erro material no corpo do acórdão quando menciona o artigo 499 do Código de Processo Penal, a respeito da fase de requerimento de diligências (fl. 344). O processo seguiu o trâmite

determinado pela Lei n. 8.038/90 e o despacho de fl. 249 verso, referindo-se a fase de diligências, expressamente menciona o artigo 10 da citada lei. Assim, também o de fl. 297, encaminhando os autos para as alegações finais. Ora, sem muito esforço se verifica a ocorrência de erro material na referência ao artigo 499 do Código de Processo. Por isso, serve a presente declaração para corrigi-lo.

Nas demais questões levantadas, nada há a declarar.

Sobre a condição de procedibilidade há clara e expressa menção à fl. 343. Com referência ao artigo 401 do Código de Processo é de se notar que o cumprimento ou não dos prazos nele mencionados em nada alterou a situação do feito, até porque a decisão considerou inócua a prova testemunhal, entendendo-a como despicienda para a apreciação da causa. A respeito dos itens 4 e 6 dos embargos, a matéria foi devidamente enfrentada à fl. 344, último parágrafo, do acórdão. No mais, referentemente à prova testemunhal, expedição de precatórias inquiritórias e incidentes a ela referentes, porque sem interesse para o deslinde da questão, nada existe a

declarar, além do que já consta na decisão embargada.

Por fim, a respeito da aplicação da pena, a análise das circunstâncias contidas no artigo 59 do Código Penal está às fls. 349 e 350, justificada a reprimenda substitutiva imposta pelo grau de reprovabilidade da conduta e a Câmara vem entendendo que, com a substituição, descabe a concessão da suspensão condicional da pena, e o alegado erro de tipo está afastado pelo cristalino reconhecimento do dolo.

Diante de tais razões é que a Câmara, unanimemente, acolhe parcialmente os embargos de declaração para corrigir o erro material a fim de que, à fl. 344, onde se lê "artigo 499 do Código de Processo Penal", leia-se "artigo 10 da Lei n. 8.038/90".

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges.

Florianópolis, 21 de setembro de 1999.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente com voto;*  
*Souza Varella,*  
*Relator.*

## EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

### EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO N. 99.022463-5, DE TIMBÓ

**Relator: Des. Souza Varella**

*Exceção de suspeição — Magistrado — Condenações anteriores do excipiente não implicam em parcialidade do juiz — Improcedência.*

*Só é de ser reconhecida a suspeição de magistrado, na condução de processo, quando emergente a possibilidade da existência de motivos especiais a definirem, de forma clara, que este deixará de ser imparcial.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Exceção de Suspeição n. 99.022463-5, da comarca de Timbó (1ª Vara), em que é excipiente Íris Germer Domning, sendo excepto Selso de Oliveira:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, julgar improcedente a exceção.

Custas ex lege.

O ilustrado defensor de Íris Germer Domning, que responde a vários processos criminais na comarca de Timbó, dois dos quais já julgados, sendo que em um deles a decisão já foi confirmada pela Segunda Câmara

Criminal, suscitou a suspeição do Magistrado que dirige o processamento nos referidos feitos com fundamento nos artigos 95, III, e 254, I, do Código de Processo Penal, sob a alegação de que tem sido "...vilipendiada, humilhada, atacada e atingida em sua honra".

Em não aceitando a suspeição suscitada, o MM. Juiz de Direito procedeu à remessa dos autos a este Tribunal, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opinado pela intempestividade e, no mérito, pela improcedência da rejeição.

Na verdade, analisando-se a inicial da exceção, em confronto com as razões ofertadas pelo excepto, não se vislumbra a ocorrência da alegada

suspeição, ou de fatos que pudessem conduzir o Magistrado a agir com parcialidade ou carência de seriedade e isenção.

Com efeito, pretender-se, pelo fato da exceção ter sido anteriormente condenada por uma declaração de intimidação, justificativa maior à declaração da suspeição argüida, seria fugir às mezinhas regras do direito pátrio, específico à matéria, tão bem retratada por Julio F. Mirabete em seu "Processo Penal", ed. 1991, da Atlas, pág. 201, quando diz: "A exceção de suspeição é argüida com o fim de recusar o juiz sempre que as partes entendam haver motivo que o impeça de julgar com imparcialidade ou quando há motivos relevantes para suspeitarem de sua isenção em decorrência de interesses ou sentimentos pessoais (ódio, amor, temor, cobiça etc.)".

Correta a observação de Bento de Faria, no sentido de que "A suspeição não está subordinada nem à suscetibilidade do Juiz nem ao capricho e à vontade da parte. Por conseguinte, nem pode ele dar-se por suspeito porque a parte lhe requeira, nem a esta é lícito duvidar de sua imparcialidade sem aduzir justos motivos" (Código de Processo Penal Comentado, vol. I/174).

Assim, não emerge dos autos qualquer motivo que leve sequer à

suspeita de ser o ilustre e ponderado Magistrado "inimigo" da excipiente porquanto, como bem analisa o Dr. Anselmo Agostinho da Silva, digno Procurador, quando aduz que: "a excipiente não provou as alegações e, segundo se infere da explanação do Magistrado e dos documentos acostados aos autos, não houve qualquer excesso da autoridade judiciária, que, até aqui, com firmeza e coragem, vem cumprindo o seu dever".

Dessa forma e porque não se vislumbra nenhum indício de que o excepto deixou de ser imparcial na condução dos processos, é que a Câmara, unanimemente, julga improcedente a exceção.

Presidiu a sessão de julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 2 de maio de 2000.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Souza Varella,*  
*Relator.*

## PEDIDO DE DESAFORAMENTO

### PEDIDO DE DESAFORAMENTO N. 99.016462-4, DE QUILOMBO

**Relator: Des. Souza Varella**

*Pedido de desaforamento requerido pelo Promotor de Justiça — Alegativa de situação de anormalidade capaz de comprometer a imparcialidade dos jurados — Informações do Magistrado concordando com as razões do Promotor de Justiça — Deferimento do pedido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Pedido de Desaforamento n. 99.016462-4, da comarca de Quilombo, em que é requerente a Justiça, por seu Promotor, sendo requeridos Marsal José de Lima, Dejaime de Lima e Nereu Lima:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, deferir o desaforamento para designar a comarca de Chapecó.

Custas de lei.

O Dr. Promotor de Justiça da comarca de Quilombo requereu o desaforamento da sessão do Tribunal do Júri a que serão submetidos os pronunciados Marsal José de Lima, Dejaime de Lima e Nereu Lima, por infração ao artigo 121, caput, c/c o artigo

14, II, do Código Penal, os dois primeiros por duas vezes e o último por uma vez.

Entende o Promotor que é muito provável no caso que os jurados não consigam decidir isentos de ânimo, não pelas suas condutas sociais, mas sim pelo receio da comunidade com coações, espécies de intimidações, medo por animosidades, posteriores retaliações, divergências criadas com qualquer decisão no Júri, que certamente poderão redundar em certa intranquilidade e abalar a imparcialidade no julgamento dos fatos.

Prestando informações, o Dr. Juiz de Direito, in fine, disse: “compactuo com o profícuo Dr. Promotor de Justiça desta Comarca, ousando concluir que positivamente o interesse da

ordem pública, as dúvidas sobre a imparcialidade do Júri e a segurança pessoal dos réus indicam que o caminho mais judicioso é o do desaforamento. E isto para uma Comarca próxima, excetuadas as de Xaxim e Coronel Freitas, pois estas podem eventualmente apresentar as mesmas particularidades”.

A Procuradoria-Geral de Justiça, manifestando-se por intermédio do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, opina pelo acatamento do pleito.

Como citou o Dr. Procurador de Justiça em seu parecer, ensinamento de Mirabete:

“É possível também o desaforamento quando houver dúvida sobre imparcialidade do Júri, sendo esta fundamental para o julgamento. Estará ela comprometida quanto ao crime, apaixonando a opinião pública, gera no meio social animosidade, antipatia e ódio ao réu provocados ou exarcebados inclusive pelos meios de comunicação. De outro, pode o réu ou sua família exercer grande influência econômica ou política sobre a comunidade, abalando a imparcialidade dos jurados” (Código de Processo Penal Interpretado, 5ª edição, Editora Atlas, 1997, pág. 560).

Sabe-se “em que alta conta o legislador tem o conceito do Juiz no tocante ao desaforamento, o que, aliás, é perfeitamente justificado, porquanto ninguém melhor do que a autoridade judiciária local para sentir e dizer, com isenção, da conveniência da medida, que só excepcionalmente é permitida em atenção ao interesse

público” (Nisio Baptista de Oliveira, Habeas Corpus e Desaforamentos, Imprensa Oficial, BH, 1962, pág. 904).

Já decidiu este Tribunal:

“Desaforamento. Dúvida quanto à imparcialidade do Júri. Representação do Juiz. Pedido deferido.

“O pedido de desaforamento merece ser deferido quando o Juiz de Direito, participante do ambiente social e de suas tendências, representa e opina no sentido de que a influência do acusado e dos familiares da vítima poderá ensejar dúvida quanto à imparcialidade do Júri” (Pedido de Desaforamento n. 96.000491-2, de Maravilha, rel. Des. Alberto Costa).

É de se concluir que, para julgar a causa que lhe serve de objeto, dúvida há quanto à imparcialidade do Júri local, requisito indispensável a um julgamento sereno e justo.

Por tais motivos, a Câmara, unanimemente, defere o desaforamento, designando a comarca de Chapecó para a realização do Júri.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 2 de maio de 2000.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente com voto;*  
*Souza Varella,*  
*Relator.*

## REVISÃO CRIMINAL

### REVISÃO CRIMINAL N. 00.009770-5, DE GASPAR

**Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

*Revisão criminal. Redução da pena-base. Sentença condenatória na qual foram considerados os antecedentes criminais referentes a outra pessoa, de nome idêntico ao do réu. Exclusão do acréscimo. Agravante. Artigo 62, inciso III, do Código Penal. Decisão que afirma não estar provada a participação de menor na consecução do crime. Impossibilidade de aplicação. Pedido deferido para excluir da condenação o aumento referente à agravante.*

*Sendo afirmada, na sentença, a ausência de provas acerca da participação de adolescente no roubo descrito na denúncia, não pode ser reconhecida a agravante do artigo 62, inciso III, do Código Penal.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 00.009770-5, da comarca de Gaspar, em que é requerente Rogério dos Santos:*

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por votação unânime, deferir o pedido.

Custas legais.

Trata-se de revisão criminal aforada por Rogério dos Santos, con-

denado na comarca de Gaspar ao cumprimento da pena de 5 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, além de 12 dias-multa, por violação ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, reconhecida a agravante prevista no artigo 62, inciso III, do mesmo Diploma Penal.

Objetiva a redução da pena-base para o mínimo previsto e a exclusão da agravante do artigo 62, inciso III, do Código Penal. Para tanto, sustenta que, na sentença, o Juiz a quo

teria sido induzido a erro, quando da fixação da pena, porquanto, ao reconhecer os maus antecedentes do requerente, baseou-se em certidão de antecedentes criminais que fazia referência a outra pessoa de nome idêntico ao seu, mas que a qualificação não confere. Diante disso, pretende ver reduzida a pena que lhe foi irrogada para o mínimo legal, porque todas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal lhe favorecem. No que respeita à circunstância agravante preconizada no artigo 62, inciso III, do Código Penal, da mesma forma, houve equívoco, posto que “não há nos autos qualquer prova de que referido menor participou do evento criminoso, inclusive, o irmão do mesmo (Claudio, maior à época dos fatos), que se encontrava em situação idêntica, foi absolvido”.

Com vista dos autos, manifestou-se a douda Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, pelo deferimento parcial do pedido, tão-somente para excluir da condenação o aumento decorrente do reconhecimento dos maus antecedentes do requerente.

É o relatório.

Razão assiste ao revisionando.

À fls. 43 dos autos principais, consta a certidão de antecedentes criminais referente à pessoa de Rogério dos Santos, expedida pelo Cartório da 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí, com a seguinte qualificação: “(...) natural de Joinville, nascido em 9/5/69, filho de Anastácio dos Santos e de Maria Ivonete dos Santos”. Contudo, conforme se verifica dos termos de interrogatório (fls. 49 e 53), a qualificação do requerente não confere com aquela lançada na certidão, sendo es-

te filho de João Teodoro dos Santos e Catarina Cardoso dos Santos, nascido em 22/8/1974. Diante disso, efetivamente, o douto Magistrado equivocou-se ao considerar os antecedentes criminais para majorar a pena-base em 2 meses, devendo ser excluído referido acréscimo.

Com referência ao segundo argumento, da mesma forma, houve-se em equívoco o Juiz a quo ao considerar a agravante prevista no artigo 62, inciso III, do Código Penal. Na sentença, ao fundamentar a absolvição do co-réu Claudio João dos Santos, assim se pronunciou: “Não há prova nos autos que, de forma inequívoca, forme a convicção em sentido contrário, de que o acusado Claudio, assim como o adolescente C., que acompanhavam o acusado Rogério e Elias, participaram de modo consciente na consumação do delito, ou que agiram com o dolo específico necessário para a configuração do crime contra o patrimônio; no caso, com a vontade livre e consciente de subtrair, não admitindo o tipo penal a forma culposa. Portanto, deve ser o mesmo absolvido, por ausência de provas para a condenação” — sentença de fls. 107 — autos principais (grifo nosso). E, quando da aplicação da pena, considerou a participação do menor, tanto que reconheceu a agravante prevista no artigo 62, III, do Código Penal. Leia-se: “Havendo duas causas especiais de aumento da pena, reconheço o concurso de agentes, como agravante, pois previsto em lei, no caso a incidência do inciso III do artigo 62 do Código Penal, há a presença de agente não punível na consecução do delito, o adolescente C. O. D. dos S., que seria sobrinho do acusado” — sentença de fls. 107.



Ora, sendo afirmada a ausência de provas acerca da participação do adolescente no roubo descrito na denúncia, não poderia ser reconhecida a mencionada agravante.

Em decorrência, o pedido revisional é deferido para excluir da condenação o acréscimo de 2 meses, referentes aos antecedentes criminais, assim como o aumento, também de 2 meses, decorrente da agravante do artigo 62, III, do Código Penal. A pena pecuniária, da mesma forma, é reduzida para o mínimo, mantidas as demais cominações.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nilton Macedo Machado, Torres Marques, Genésio Nolli, Jorge Mussi e Francisco Borges. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 30 de agosto de 2000.

*Álvaro Wandelli,*  
*Presidente com voto;*  
*Maurílio Moreira Leite,*  
*Relator.*



# **JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA**

## MANDADO DE SEGURANÇA

### MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.008477-9, DA CAPITAL

**Relator: Des. Genésio Noll**

*Mandado de segurança — Impetração contra ato do Exmo. Sr. Governador do Estado que anulou decreto que efetivou a transposição de cargos, no âmbito do Poder Executivo, sem observância das normas constitucionais.*

*Com o advento da Constituição Federal de 1988, o concurso público é pressuposto inafastável para investidura, originária ou não, em cargo ou emprego público.*

*Não se admite, a par da nova sistemática constitucional, o ingresso em cargo de atribuições e caráter ocupacional diversos daquele para o qual o servidor prestou concurso, mediante o instituto da transposição, sem que o servidor se submeta a novo certame.*

*Segurança denegada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 99.008477-9, da comarca da Capital, em que é impetrante Heloísa Helena Custódio, sendo impetrado o Exmo. Sr. Governador do Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, denegar a segurança.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Heloísa Helena Custódio, por Procurador legalmente habilitado, impetrou o presente mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Governador do Estado de Santa Catarina, alegando, em resumo, ser a impetrante servidora pública estadual, ocupan-

te do cargo de Professora, nível MAG-08, referência C, do Grupo Magistério, com lotação na Secretaria de Estado da Educação e do Desporto.

Informa que pelo Decreto n. 3.230, de 1º de outubro de 1998, que regulamentou a Lei n. 10.926, de 22 de setembro do mesmo ano, a impetrante foi transposta, no âmbito do quadro único de Pessoal da Administração Direta do Poder Executivo, do cargo de Professora para o cargo de Analista Técnico Administrativo II, do Grupo Ocupações de Nível Superior, na Secretaria de Estado da Administração.

Contudo, em 16 de janeiro de 1999, a autoridade coatora, mediante a edição do Decreto n. 016/99, anulou o decreto e a transposição, determinando o retorno da impetrante ao cargo de origem.

Argumenta, a impetrante, que o ato estatal que anulou o decreto de transposição, na verdade consistiu no desfazimento da lei que a determinou, pois que o decreto apenas regulamentou aquela, circunstância esta que atenta contra o princípio da hierarquia das leis pelo qual norma jurídica inferior — o decreto — não tem o condão de desfazer norma superior, in casu, a lei.

Aduz, ainda, que o ato acoimado de ilegal não respeitou o devido processo legal nem o princípio do contraditório, pois que editado à revelia do indispensável processo administrativo, ferindo, assim, direito líquido e certo seu.

Pede a concessão da liminar, para que seja suspenso o ato impugnado, e a final, a ordem definitiva, a

fim de assegurar à impetrante o retorno ao cargo para o qual foi transposta.

A inicial vem instruída com os documentos de fls. 9 à 15.

O exame da liminar foi postergado para após as informações da autoridade dita coatora.

O Sr. Governador do Estado, tempestivamente, prestou as informações de fls. 23 a 40, sustentando a nulidade do Decreto n. 3.230/98 que determinou a transposição da impetrante para outro cargo, por infringência às disposições do Estatuto dos Servidores Públicos e Estatuto do Magistério, além de violação à Carta Magna nos artigos 5º, 37, caput, inciso II, e § 2º, art. 61, § 1º, inciso II, alíneas a e c, e art. 169, parágrafo único, assim como ao art. 73, caput, inciso V, e § 7º da Lei Federal n. 9.504/97.

Argumenta acerca do poder revisional da Administração Pública quanto aos seus próprios atos que podem ser revogados por conveniência e oportunidade, ou nulificados quando ilegais. Pede, ao final, seja denegada a segurança, uma vez que o ato atacado se reveste de plena legalidade.

A liminar foi negada pelo despacho às fls. 53 a 54.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, às fls.60 a 68, manifestou-se pela denegação da segurança.

É o relatório.

## II — Voto

Não assiste razão à impetrante.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, inciso II, no capítulo que trata da Administração Pública, fixa regra para investidura em car-

go ou emprego público, assim dispondo:

“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:

“I — (...).

“II — a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (grifo nosso).

Evidencia-se do texto constitucional supratranscrito a indispensabilidade do concurso público como pressuposto inafastável ao acesso a cargo ou emprego, da administração direta ou indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Aliás, a Carta Magna de 1988, ao abolir a expressão “primeira” (investidura), constante da Constituição anterior, tornou obrigatório o concurso também para o ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor ingressou no serviço público.

Daí decorre, a par da nova sistemática constitucional, a ineficácia de institutos de provimento derivado, in casu, a transposição, que consistia no ato pelo qual o funcionário ou servidor passava de um cargo a outro de conteúdo ocupacional diverso.

Sobre o assunto, a doutrina é pacífica:

“Claro está, entretanto, que a existência de formas de provimento derivados, de modo algum significa abertura para costear-se o sentido próprio do concurso público. Como este é sempre específico para dado cargo, encartado em carreira certa, quem nele se investiu não pode depois, sem novo concurso público, ser trasladado para cargo de natureza diversa ou de outra carreira melhor retribuída ou de encargos mais nobres e elevados.

“O nefando expediente a que se alude foi algumas vezes adotado no passado, sob a escusa de corrigir desvio de função ou com arrimo na nomenclatura esdrúxula de ‘transposição’ de cargos. Corresponde a uma burla manifesta do concurso público. É que permite concursos singelos, destinados a cargos de modesta expressão — e que se qualificaram tão-somente para eles — venham ascender, depois de aí investidos, a cargos outros, para cujo ingresso se demandaria sucesso em concursos de dificuldades muito maiores, disputados por concorrentes de qualificação bem mais elevada” (Celso Bandeira de Mello, Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, págs. 44 a 45) (grifos nossos).

E mais:

“Portanto, deixaram de existir, com a nova Constituição, os institutos da readmissão, da transposição e da reversão, ressalvado, nesse último caso, a reversão ex officio, porque, nessa hipótese, desaparecendo a razão de ser da inatividade, deve o funcionário necessariamente reassumir o car-

go sob pena de ser cassada a aposentadoria (...)" (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, Ed. Atlas, 1990, pág. 330) (grifo nosso).

Ainda:

"A atual Constituição utiliza a expressão investidura para designar o ato de preenchimento do cargo ou emprego público. Não se fala mais, como ocorreu no passado, em 'primeira investidura' para deixar certo que se cuida de todas as hipóteses em que se dá a condição de ingresso no quadro de servidores públicos. Com esta ênfase na mera investidura, excluindo, pois, a referência tão-somente à primeira investidura, o Texto Constitucional quis, sem dúvida nenhuma, repudiar aquelas modalidades de desvirtuamento da Constituição anterior criadas por práticas administrativas, muitas vezes até com abono jurisdicional, que acabavam na verdade de costear o espírito do preceito. Referimo-nos ao instituto da transposição — citado aqui exemplificativamente, uma vez que não exclui outras — que, com a falsa justificativa de que o beneficiado já servidor público era, guindava-o para novos cargos e funções de muito maior envergadura e vencimentos que nutriam, contudo, relação funcional com o cargo de origem. E tudo isso recebia o beneplácito de legalidade sob o fundamento de que a primeira investidura já não era. O Texto atual eliminou quaisquer artifícios para manter práticas deste teor. Não se referindo à primeira investidura, obviamente que se reporta a toda e qualquer investidura" (Celso Ribeiro Bastos, Comentários à Constituição do Brasil, 3º vol., tomo III, arts. 37 a 43, 1992, págs. 67 e 68) (grifo nosso).

A Jurisprudência Pátria, inclusive da Suprema Corte, acompanha o entendimento doutrinário:

"Recurso extraordinário — Funcionário público — Auxiliar administrativo. Investidura, por transposição no cargo de assessor jurídico. Pretensão que, por configurar novo provimento, depende de concurso público" (STF — RE n. 195.162—SP — 2ª T. — rel. Min. Francisco Rezek — DJU 11/4/97).

"União — Concurso público. A CF de 1988 impõe a prévia aprovação em concurso público ao acesso a cargos e empregos, banindo do sistema a transposição de cargos, não sendo possível o reenquadramento pleiteado" (TRT — 1ª R — RO 22667/95 — 4ª T. — rel. Juiz Raimundo Soares de Matos — DORJ 1º/12/97) (grifo nosso).

"Enquadramento funcional — Empresa pública deve submeter-se à ótica dos princípios da Carta Magna/88. A transposição do cargo só é possível com a aprovação em concurso público de provas. Não há possibilidade de conceder enquadramento em cargo para o qual o empregado não prestou concurso" (TST — RR 103.430/94.2 — Ac., 2ª T., 5.385/95 — rel. Min. Aloísio Carneiro, DJU 1º/12/95) (grifo nosso).

Ademais, a nulidade daquele ato decorre do próprio texto constitucional, § 2º, do já transcrito artigo 37:

"Art. 37 (...).

"§ 2º. A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei".

É de se acrescentar, que o ato de movimentação da impetrante ainda encontra obstáculo no estatuto da categoria a que pertence — Estatuto do Magistério — regido pela Lei n. 6.844/86 que a respeito da matéria dispõe:

“Art. 66. Remoção é o deslocamento voluntário do membro do magistério de sua lotação para outra unidade educacional”.

Ao que se depreende dos autos, a Impetrante, por meio do instituto da transposição, passou do cargo de Professora para o cargo de Analista Técnico Administrativo II, da Secretaria de Estado da Administração, ou seja, em evidente confronto com o Estatuto da categoria que permite a movimentação de pessoal somente dentro dos quadros da estrutura educacional, por razão óbvia, que é a especificidade da atividade desempenhada.

Além disso, a evidente alteração não apenas no título do cargo, mas também de suas atribuições, sem que para tanto tenha participado do indispensável certame público, correspondeu, na prática, a uma nova nomeação, vedada naquele período — eleitoral — pela Lei n. 9.504/97, em seu art. 73, inc. V, in verbis:

“Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:  
“(omissis).

“V — nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e,

ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunstância do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados (...)” (grifo nosso).

Além da evidente inconstitucionalidade, o ato de transposição da impetrante feriu frontalmente o Decreto n. 937, de 12/6/96, então em vigor, que dispunha:

“Art. 1º. Fica suspensa, até ulterior decisão do Chefe do Poder Executivo, a edição de atos de movimentação de pessoal que importem em aumento da remuneração do servidor movimentado.

“Parágrafo único. A suspensão será observada mesmo nos casos em que o aumento da remuneração no órgão de destino decorrente da movimentação seja compensado pela redução ou extinção de vantagem pecuniária eventualmente percebida pelo servidor no órgão de origem.

“Art. 2º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

“Art. 3º. Ficam revogadas as disposições em contrário” (grifo nosso).

Desse modo, desde a edição do Decreto n. 937/96, todos os atos de movimentação de pessoal com aumento nos vencimentos do servidor estão automaticamente vedados.

Contudo, denota-se dos autos que o ato de transposição da impetrante se deu com considerável acréscimo em seus vencimentos, em visível afronta à proibição contida no Decreto n. 937/96 ainda em vigor.

Constata-se às fls. 43/51 dos autos — fichas financeiras — a dife-



rença remuneratória percebida pela impetrante no cargo de origem e no cargo para o qual fora transposta:

Origem(R\$)	Após transposição(R\$)		
(Líquido em 1/99) fl.	(Líquido em 12/98) fl.		
364,46	43	2.630,44	45

Desse modo, está caracterizada a manifesta afronta ao Decreto n. 937/96, sendo inegável que o ato de transposição da impetrante visou unicamente à majoração em seus vencimentos.

O ato anulado feriu ainda o disposto no art. 169, § 1º, inc. I, da Constituição Federal, que requer prévia dotação orçamentária em vista do aumento de encargos com pessoal, bem como a Lei Complementar n. 82/95 (em vigor à época), que fixa a despesa máxima dos entes da federação com pessoal.

O dispositivo constitucional é do seguinte teor:

“Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar (Lei n. 82/95 — Lei Camata — substituída pela Lei n. 96/99).

“§ 1º. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público só poderão ser feitas:

“I — se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender

às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;” (grifos nossos).

No tocante à falta de dotação orçamentária prévia, basta constatar que à época do ato de transposição da impetrante, o Estado contava com três folhas de pagamento em atraso, sem condições financeiras para quitá-las, exatamente, por falta de dotação.

E a Lei Complementar n. 82/95:

“Art. 1º. As despesas totais com pessoal ativo e inativo da administração direta e indireta, inclusive fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, pagas com receitas correntes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderão, em cada exercício financeiro, exceder:

“I — (omissis).

“II — no caso dos Estados, a sessenta por cento das respectivas receitas correntes líquidas, entendidas como sendo os totais das respectivas receitas correntes, deduzidos os valores das transferências por participações, constitucionais e legais, dos Municípios na arrecadação de tributos de competência dos Estados” (grifo nosso).

Ora, é fato notório que as despesas do Estado com pessoal há muito ultrapassam os limites permitidos na mencionada Lei, chegando a atingir mais de 80% (oitenta por cento) da sua arrecadação total naquele período. Decorre daí, que enquanto não ajustadas as despesas aos limites fixados pela lei, estava vedado ao administrador onerar os cofres públicos com despesas relativas a pessoal.

Argumenta, ainda a impetrante, da imprestabilidade do Decreto Anulatório n. 016/99, ante a ausência do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa.

Contudo, não procede a argumentação.

No caso sub judice a nulidade do ato de transposição já restou amplamente demonstrada. Inúmeros são os dispositivos legais afrontados pela autoridade administrativa quando da sua elaboração: art. 37, inciso II, da Constituição Federal; art. 66 da Lei n. 6.844/86; art. 73, inciso V, da Lei n. 9.504/97; Decreto n. 937/96; art. 169, § 1º, I, da Constituição Federal e Lei Complementar n. 82/95 (Lei Camata).

Reconhecida a nulidade do ato, seus efeitos se operam *ex tunc*, ou seja, a partir da sua celebração; por tal razão, tais atos não criam quaisquer obrigações entre as partes, e, principalmente, não têm sua eficácia restabelecida, não se convalidam pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei. Daí por que, falece razão à impetrante no que tange à necessidade de regular processo administrativo.

Acerca da matéria, doutrina Hely Lopes Meirelles:

“Os ‘efeitos da anulação’ dos atos administrativos retroagem às suas origens, invalidando as consequências passadas, presentes e futuras do ato anulado. E assim é porque o ato nulo (ou o inexistente) não gera direitos ou obrigações para as partes; não cria situações jurídicas definitivas; não admite convalidação” (Direito Administrativo, Malheiros Editores, São Paulo, 23ª ed., pág. 183) (grifos nossos).

Assim sendo, não há utilidade na instauração de regular processo administrativo para o servidor, porquanto o ato reconhecidamente nulo não mais se convalida nem se restabelece, ainda que se trate de direitos individuais com efeitos no patrimônio, já que não produz nenhum efeito jurídico válido entre as partes.

Impor à administração o dever de instaurar procedimento administrativo a cada invalidação de um ato nulo importará somente em atrasar ainda mais os órgãos públicos, já que desse ato não decorrerá qualquer proveito para o administrado.

A respeito do ato nulo e eventual necessidade de instauração de regular processo administrativo, já ponderou a Suprema Corte de Justiça nos Autos de Recurso Extraordinário n. 185.255-1/Al — relator o em. Min. Sidney Sanches:

“Direito constitucional, administrativo e processual civil.

“Retificação de ato de aposentação. Redução de proventos com base no princípio da legalidade (art. 37, caput, da CF). Desnecessidade de procedimento administrativo, com observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da irredutibilidade de vencimentos.

“(…)”

“O Ato Municipal, retificando o ato de aposentação do impetrante, ora recorrente, reduziu seus proventos aos limites legais, cumprindo, assim, o princípio constitucional da legalidade (art. 37, caput, da CF).

“Mantendo-o, o acórdão recorrido não ofendeu os princípios constitu-

cionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, até porque tal retificação prescinde de procedimento administrativo (Súmulas 346 e 473, 1ª parte). Nem afrontou o princípio da irredutibilidade de vencimentos e proventos, pois só seriam irredutíveis os vencimentos e proventos constitucionais e legais. Não os ilegais.

“(…)”.

“Não ofendidos os princípios constitucionais focalizados no RE, este é conhecido pela letra c, mas improvido” (grifos nossos).

E ainda:

“Administrativo e processual civil. Mandado de segurança. Desconstituição de ato anterior que investira servidor em cargo público, por violação a princípio legal. Inocorrente na espécie violação a direito líquido e certo ou abuso de poder. Procedimento administrativo compatível com as Súmulas 346 e 473 do STF. Correta a denegação da segurança.

“Não viola direito líquido e certo, nem constitui abuso de poder o ato administrativo que desconstituiu outro ato anterior, tornado sem efeito, por inobservância a princípio de lei que o não permitia, ao tomar conhecimento do erro em que havia laborado, a autoridade administrativa, in casu, decidiu acertadamente e em consonância com o enunciado das Súmulas 346 e 473 do Pretório Excelso, tornando sem efeito o ato manifestamente ilegal.

“Na espécie, não há falar em violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, nem no descumprimento de decisão judicial. Recursos a que se nega provimento, sem discrepân-

cia” (ROMS 0001544, DJ 5/9/94, pág. 23.028) (grifo nosso).

“Administrativo. Servidor estadual. Gratificação incorporável aos vencimentos. Ilegalidade da concessão desatenta aos pressupostos estabelecidos por lei. Cassação ad nutum da administração. Aplicação do enunciado da Súmula 473/STF, 1ª parte” (ROMS 8506/MT, 5ª T., rel. Min. José Dantas, DJ 16/3/98, pág. 192).

Do mesmo modo improcede a argumentação da impetrante de que o Decreto n. 016/99 contra o qual se insurge consistiu no desfazimento da lei determinativa da transposição (Lei n. 10.926/98), ao argumento de que o Decreto n. 3.230/98, anulado, apenas regulamentou-a, ao que estaria a autoridade coatora ferindo o princípio da hierarquia das leis, pois que a lei só pode ser revogada ou anulada por outra lei de igual ou superior hierarquia.

É certo que a Lei n. 10.926/98 autorizou a transposição de cargos, mas não a mudança de suas atribuições. Por sua vez, o Decreto n. 3.230/98 foi além, determinando a alteração de lotação e enquadramento de servidores em cargos com atribuições e caráter ocupacional diversos daqueles para os quais efetivamente prestaram concurso público.

Desse modo, a Lei n. 10.926/98 não perdeu sua eficácia com o ato governamental anulatório do ato anterior; nulo tão-somente é o decreto, pois que colide frontalmente com o texto constitucional.

É de se acrescentar que compete à Administração Pública o controle administrativo sobre seus próprios atos, podendo revogá-los ou anulá-los sempre que inquinados de

ilegalidade ou vício insanável, como ocorre em relação à impetrante.

É o que leciona Hely Lopes Meirelles acerca do tema:

“Pacífica é, hoje, a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal, pode anulá-lo por seus próprios meios (STF, Súmula 473). Para a anulação do ato ilegal (...) não se exigem formalidades especiais, nem há prazo para a invalidação (...). Evidenciada a infração à lei, fica justificada a anulação administrativa” (Direito Administrativo Brasileiro, 23ª ed., Malheiros, 1998, pág. 185).

Nesse aspecto, reveste-se de plena legalidade o ato do Sr. Governador do Estado que anulou o Decreto n. 3.230/98, tornando sem efeito a transposição de cargos de caráter ocupacional diverso daquele para o qual o servidor prestou concurso, em evidente afronta ao texto constitucional, não se vislumbrando, assim, direito líquido e certo da impetrante a amparar a pretensão inicial.

Ante o exposto, denega-se a segurança.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a segurança é denegada.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. João José Schaefer, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi, Francisco Borges, Carlos Prudêncio, Gaspar Rubik, Sérgio Paladino, Francisco Oliveira Filho, Eder Graf, Amaral e Silva e Anselmo Cerello. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 15 de março de 2000.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Genésio Nolli,*  
*Relator.*

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**



## AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA

### AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA N. 1.508-2 — SANTA CATARINA

**Relator:** Min. Ilmar Galvão

**Agravante:** União Federal

**Advogado:** Advogado-Geral da União

**Agravado:** Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do Estado de Santa Catarina

**Advogado:** Elias Sombrio

*Ementa: Processo civil. Mandato judicial. Reconhecimento de firma. Desnecessidade. Art. 1.289, § 3º, do Código Civil. Art. 38 do Código de Processo Civil. Lei n. 8.952/94.*

*Tendo a Lei n. 8.952, de 13/12/94, suprimido a expressão “estando com firma reconhecida” do art. 38 do Código de Processo Civil, tal formalidade, embora ainda esteja prevista no § 3º do art. 1.289 do Código Civil, não mais se exige do advogado, nas procurações ad judicium, prevalecendo a norma de caráter especial.*

*Agravo regimental a que se nega provimento.*

### ACÓRDÃO

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao agravo regi-*

*mental. Vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio.*

Brasília, 13 de setembro de 2000.

*Carlos Velloso,  
Presidente;  
Ilmar Galvão,  
Relator.*

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO — (Relator): Trata-se de agravo regimental oposto pela União Federal contra despacho que, em ação rescisória, deu por saneado o processo (fl. 239).

Sustenta a recorrente que o instrumento particular de mandato anexado pela contestante não traz reconhecimento de firma, o que revela defeito insanável de representação da parte adversa, em face do disposto no art. 1.289, § 3º, do Código Civil, que prevalece mesmo diante do art. 38 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 8.952/94, abolindo a exigência do reconhecimento na procuração ad judicium.

Por isso, pede a reconsideração da decisão agravada, para declarar-se a revelia do réu, com o desentranhamento da peça contestatória, reputando-se verdadeiros os fatos nomeados na inicial.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO — (Relator): Embora reconheça que o art. 38 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei n. 8.952, de 13/12/94, não exige mais o reconhecimento de firma na procuração ad judicium, a agravante, apoiada em jurisprudência antiga, entende que tal exigência ainda perdura, por força do § 3º do art. 1.289 do Código Civil, que tem a seguinte redação:

“§ 3º O reconhecimento da firma no instrumento particular é condição essencial à sua validade, em relação a terceiros”.

Não tem razão, contudo, a agravante.

Primeiramente, porque o dispositivo integra capítulo do Código Civil que trata genericamente de mandato, enquanto o art. 38 do Código de Processo Civil cuida do mandato judicial, para fins processuais, dentro de cujos limites, a rigor, não há cogitar da figura do terceiro, sendo por demais sabido que a lei especial afasta a aplicação da geral. Diga-se, ainda, que o dispositivo do Código Civil, em que se apóia a agravante, tem a redação que deu a Lei n. 3.167/57, que dele suprimiu a expressão “de próprio punho”, justificadora, à época, da existência do reconhecimento da firma no instrumento particular, como condição essencial à sua validade em relação a terceiros.

Em segundo lugar, a norma do art. 1.324 do Código Civil, que exigia a autenticação do instrumento particular de mandato judicial, foi tacitamente revogada pelo art. 107 do CPC de 1939 (DL n. 1.608/39), o qual, por sua vez, foi substituído pelo art. 38 do CPC de 1973 que, entre os requisitos da validade da procuração conferida por instrumento particular, incluía a firma reconhecida, verbis:

“Art. 38. A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público ou particular assinado pela parte, estando com a firma reconhecida, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo...”.

A exigência, todavia, foi suprimida pela Lei n. 8.952/94, ao dar nova redação ao dispositivo em apreço, deste teor:

“Art. 38. A procuração para o foro, conferida por instrumento públi-



co, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo...”.

Operou-se, portanto, a revogação tácita do dispositivo que previa a formalidade, a qual, desde então, se tornou insuscetível de ser imposta aos outorgantes de poderes ad judicia, por meio de instrumento particular de procuração.

A eminente Ministra do Superior Tribunal de Justiça Fátima Nancy Andrighi, no artigo “Procuração ad judicia sem reconhecimento de firma — redação dada ao art. 38 do CPC pela Lei n. 8.952/94”, in Revista dos Tribunais, vol. 722, págs. 7/9, entende, com razão, que a inovação representa um voto justo de confiança no advogado, em decorrência de disposição constitucional que considera sua atuação indispensável à administração da justiça.

Acrescente-se que, exercendo verdadeiro múnus público, o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa, compreendida, aí, a autenticidade do mandato exibido (arts. 5º e 32 da Lei n. 8.906/94).

Portanto, acatar o argumento da agravante, excessivamente formalista, seria estancar a evolução do direito positivo e percorrer a contramão da reforma processual em curso, ameaçando o princípio constitucional da ampla defesa, principalmente numa ação rescisória, que busca desconstituir os efeitos da coisa julgada.

Ante o exposto, meu voto é pelo desprovemento do agravo.

## VOTO

SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Senhor Presidente, houve um esquecimento por parte do legislador que reformou o Código de Processo Civil; o esquecimento de que o mandato judicial é tratado também no Código Civil. Expungiu-se do Código de Processo a forma prevista, relativa ao reconhecimento da firma do outorgante, mas olvidou-se o disposto no artigo 1.324 do Código Civil, que revela:

“Art. 1.324. O mandato judicial pode ser conferido por instrumento público ou particular, devidamente autenticado, a pessoa que possa procurar em juízo”.

Quando da reforma do Código de Processo Civil, não se inferiu preceito que pudesse ser tido como contrário à exigência da forma em comento, e, portanto, teríamos, se assim não fosse, a revogação tácita do que se contém no artigo 1.324. Não posso fugir dessa premissa, ou seja, de que continua em pleno vigor o artigo 1.324 do Código Civil, a versar, repito, sobre o mandato judicial. Geralmente, se deparo com essas situações em que não há impugnação, não procedo à exigência do reconhecimento de firma relativamente ao instrumento do mandato, que é a procuração. Todavia, a partir do momento em que a parte contrária articula o defeito, fico compelido a examiná-lo.

O SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (RELATOR) — Sr. Presidente, mencionei o art. 38 do Código de Processo Civil, que não exige mais essa formalidade.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO — Não há disposição em contrário, porque apenas expungiu-se do artigo 38 essa formalidade, mas o legislador que reformou o Código de Processo Civil esqueceu que a matéria é disciplinada, também, no Código Civil.

O SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (RELATOR) — Sim, mas é posterior... É um mandato judicial.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO — Não há disposição em contrário. O artigo 1.324 do Código Civil versa, justamente, sobre o mandato judicial.

O SR. MINISTRO OCTÁVIO GALLOTTI — Agora ficou divorciada a regência do mandato, em geral, da específica do mandato judicial.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO — Admitiria a revogação tácita se tivesse vindo à baila dispositivo revelando a inexigibilidade do reconhecimento de firma, mas isso não ocorreu. Apenas apagou-se do artigo 38 esse requisito, para a validade do mandato, olvidando-se a existência de regra no Código Civil que, repito, é específica: trata do mandato judicial.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM — O mandato judicial foi tratado no Código Civil, que é posterior. Foi o Código de Processo Civil que regulou a matéria.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO — Não foi, porque a extinção do mandato, por exemplo, não está no Código de Processo Civil, mas no Código Civil.

É um ponto de vista e, como disse, examinando situações concretas, de ofício, não me detenho nessa

exigência, mas, a partir do momento em que o interessado articula a matéria, e argúi haver no Código Civil tal exigência, mantida no cenário jurídico com a reforma, não posso deixar de acolher essa impugnação.

Respeitando a visão pragmática do nobre Ministro Relator, peço vênias para dar provimento ao agravo.

## VOTO

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: — Sr. Presidente, o art. 1.324 do Código Civil efetivamente exigia a autenticação da firma do mandante no instrumento do mandato *ad juditia*. Essa exigência foi repetida no Código de Processo Civil, na sua versão originária de 1973.

Ora, quando vem a Lei n. 8.952/94, para alterar o art. 38 do Código de Processo Civil e suprimir a exigência do reconhecimento cartorial da firma do outorgante do mandato, a meu ver, é patente, com todas as vênias, a revogação do dispositivo idêntico do Código Civil. Do contrário, seria considerar que a alteração introduzida no art. 38 do Código de Processo Civil seria absolutamente inócua, o que não é de presumir-se.

Peço vênias ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar o voto do Ministro Ilmar Galvão.

## EXTRATO DE ATA

Agravo Regimental na Ação Rescisória n. 1.508-2

Procedência: Santa Catarina

Relator: Min. Ilmar Galvão

Agravante: União Federal

Advogado: Advogado-Geral da União

Agravado: Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do Estado de Santa Catarina  
Advogado: Elias Sombrio

Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches e Celso de Mello. Plenário, 13/9/2000.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

*Luiz Tomimatsu,*  
*Coordenador.*



**JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



## RECURSOS ESPECIAIS

**RECURSO ESPECIAL N. 194.296—SC (1998/0082484-7)**

**Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins**

**Recorrente: Estado de Santa Catarina**

**Advogados: Caio Alexandre Wolff e outros**

**Recorrido: Rodolfo Schroeder e Companhia Ltda.**

**Advogado: Jorge Alexandre Von Hertwig**

### *EMENTA*

*Processual civil. Execução fiscal. Prescrição. Arts. 40 da Lei n. 6.830/80 e 174 do CTN. Precedentes.*

*1. O art. 40 da Lei n. 6.830/80 está em consonância com o art. 174 do Código Tributário Nacional, devendo ser interpretados harmonicamente.*

*2. Inadmissível estender-se o prazo prescricional por prazo indeterminado, devido à suspensão do processo por período superior a cinco anos.*

*3. Orientação consagrada pela eg. 1ª Seção corroborando o entendimento das Turmas que a integram.*

*4. Recurso especial conhecido, porém, improvido.*

### **ACÓRDÃO**

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da*

*Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso,*

*mas lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Eliana Calmon e Paulo Gallotti. Ausente, nesta assentada, o Sr. Ministro Francisco Falcão.*

Brasília—DF, 23 de novembro de 1999.

*Ministro Francisco Peçanha Martins,  
Presidente e Relator.*

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de Recurso Especial pelo fundamento da letra a manifestado pelo Estado de Santa Catarina contra acórdão do Tribunal de Justiça local cuja ementa assim resume o julgado:

“Execução fiscal. Prescrição intercorrente.

“O art. 40 da Lei n. 6.830/80, prescreve que suspenso o processo que no caso ocorreu a requerimento do exequente, por falta de localização de bens penhoráveis, ‘não correrá o prazo de prescrição’.

“Tal não ocorre, todavia, ad infinitum, mas somente pelo período de suspensão legal do processo, um ano, nos termos do § 2º do art. 40 da aludida Lei.

“Decidiu o STJ, em acórdão da lavra do eminente Min. Hélio Mosimann: ‘A norma do art. 40 da Lei n. 6.830/80 há de ser interpretada em consonância com o art. 174 do CTN, prevenindo, assim, a indefinição do prazo’ (REsp n. 34.318-9—PR, RSTJ 60/296).

“Apelo e remessa desprovidos”.

Alega o recorrente violação aos arts. 40 e 25 da Lei n. 6.830/80 e 240 do CPC. Insiste que estando suspensa a execução por força do primeiro dispositivo citado o prazo prescricional não poderia fluir e, ainda que tal fosse admitido, só poderia ocorrer da intimação pessoal do representante da Fazenda Pública. Embora o recurso esteja embasado no permissivo da letra a, colaciona acórdão em sentido contrário ao referido na ementa do aresto impugnado.

Sem o oferecimento de contra-razões, o recurso foi admitido na origem e remetido a esta Corte onde, cabendo-me relatá-lo, dispensei o pronunciamento do Ministério Público federal nos termos regimentais.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Insurgindo-se contra a decisão regional o recorrente afirma que, enquanto suspensa a execução fiscal por força do art. 40 da Lei n. 6.830/80, não corre o prazo prescricional.

O acórdão recorrido, fundamentando-se em precedente deste STJ, assevera que a suspensão prevista no mencionado artigo não se dá indefinidamente devendo-se observar o disposto no § 2º de tal dispositivo, que fixa o prazo máximo de um ano para determinar-se o arquivamento dos autos.

A jurisprudência do STF e do STJ inclina-se por harmonizar as regras do CTN com a Lei n. 6.830/80, em matéria de suspensão e interrupção da prescrição, prevalecendo, po-



rém, as normas do Código Tributário Nacional só alteráveis por Lei Complementar.

No REsp n. 34.318-9—PR, o eminente Min. Hélio Mosimann assentou:

“Execução fiscal. Prescrição. Paralisação do feito por prazo superior a cinco anos. Artigos 40 da Lei n. 6.830/80 e 174 do Código Tributário Nacional. Interpretação harmônica.

“A norma do art. 40 da Lei n. 6.830/80 há de ser interpretada em consonância com o art. 174 do CTN, prevenindo, assim, a indefinição do prazo.

“Precedentes do STJ.

“Recurso desprovido” (DJ 2/8/93).

Na motivação do voto, disse S. Exa.:

“Senhor Presidente, a hipótese já é conhecida da Turma, tratando-se da harmonização da norma contida no art. 40 da Lei n. 6.830/80, com o art. 174 do CTN, isso quer dizer que a prescrição não deve ser afastada por prazo indeterminado, indefinidamente, mas considerando-se o lapso prescricional do art. 174 do CTN”.

Após citar acórdão da lavra do eminente Min. José de Jesus (REsp n. 1.942—PR), concluiu:

“O acórdão recorrido põe-se em consonância com tal entendimento, por isso, não vejo afronta ao art. 40 da Lei n. 6.830/80, cujo comando deve, na verdade, guardar harmonia com o art. 174 do Código Tributário Nacional”.

No EREsp n. 37.087—SP, relatado pelo eminente Min. Milton Pereira, a egrégia 1ª Seção, por maioria,

recebeu os embargos fazendo prevalecer a orientação do paradigma, resumindo na ementa:

“Processual civil. Execução fiscal. Prescrição. CPC, art. 219, § 4º, CTN, 174 e parágrafo único. Lei n. 6.830/80 (arts. 8º, § 2º, e 40).

“A Lei n. 6.830/80 (arts. 8º, § 2º, e 40), expressamente concede privilégio, estabelecendo a interrupção do prazo prescricional na data do desfecho inicial, por si, criando causa interruptiva eficiente.

“Não há conflito entre o art. 174 do CTN e o art. 40 da Lei de Execuções Fiscais, enquanto este trata de suspensão, aquele dispõe sobre as causas que interrompem a prescrição (REsp n. 24.165-4—SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

“Embargos acolhidos” (DJ 9/11/98).

Vale ressaltar o voto-vista do Min. Pádua Ribeiro, acompanhando o Relator, salientando a necessidade de interpretar-se harmonicamente os dispositivos do CTN e da Lei mencionada e que “entendimento diverso conduz à adoção de regra atinente à imprescritibilidade das ações, visando ao cumprimento das obrigações de caráter patrimonial, incompatível com o princípio da segurança jurídica, o que, data venia, não há conceber”.

Conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

## VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Sr. Presidente, adoto exatamente todas as posições de V. Exa. Aceito a prescrição intercorrente. Entendo que, efetivamente,

a prescrição intercorrente não está em textilha com o art. 174 do CTN; a prescrição intercorrente é de cinco anos, mas entendo também que esse prazo só pode ocorrer quando a parte intimada não toma as providências devidas. A prescrição intercorrente é olhada ainda com um certo receio. Ou seja, é preciso que fique constatado que efetivamente a parte não tomou a iniciativa de dar seguimento ao processo.

Na hipótese dos autos, houve um pedido de suspensão no dia 19/5/88, em 9/2/94 é que houve a intimação. Dessa forma, se eu for contar como deve ser a intimação — e essa intimação, segundo informa a advogada, foi uma intimação defeituosa, porque é até caso de súmula: “A intimação da Fazenda Pública tem de ser pessoal” — então, com esse entendimento, por defeito na intimação, entendo que não incidiu a prescrição intercorrente.

Com a devida vênia de V. Exa., dou provimento ao recurso.

Reitero que a Fazenda foi intimada e teve vista dos autos, não importando se por advogado ou procurador. A Fazenda Pública, em juízo, tem que ser intimada pessoalmente. E, se a intimação não se fez como manda a lei, é ela inexistente, não havendo como a Fazenda tomar a iniciativa cabível.

Porém, a própria Fazenda requereu a suspensão. O processo foi suspenso. Quatro anos depois, nova suspensão. Não saiu do lugar. Nada requereu. Não tem de intimar porque ela própria requereu.

Eu estava raciocinando que o processo foi extinto. Mas não houve

extinção. Foi feita a suspensão, ou seja, foi atendido o pleito da própria Fazenda.

Sr. Presidente, o que acontece é que a prescrição intercorrente é uma questão só de tempo. Ela deve ser interrompida antes dos cinco anos pela Fazenda, que não fez isso; pelo contrário, foi havendo renovação quanto a isso e ela permaneceu inerte. É uma inércia que não foi interrompida. Independentemente de intimação ou não, o tempo passou e nada foi feito por parte da Fazenda.

V. Exa. tem razão. Peço escusas, porque ia votando errado; acompanho o voto de V. Exa., negando provimento ao recurso.

## CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Segunda Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro-Relator, conhecendo do recurso, mas lhe negando provimento, no que foi acompanhado pela Sra. Ministra Eliana Calmon, pediu vista o Sr. Ministro Paulo Gallotti. Aguarda o Sr. Ministro Francisco Falcão.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 26 de outubro de 1999.

Bardia Tupy Vieira Fonseca,  
Secretária.

## VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO PAULO GALLOTTI: Senhor Presidente, trata-se de recurso especial em que o voto de V. Exa. mantém a decisão regio-

nal — e, portanto, não conhece do recurso —, entendendo que não houve descumprimento do art. 40 da Lei n. 6.830 e do art. 240 do Código de Processo Civil.

Acompanharei os votos de V. Exa. e da Ministra Eliana Calmon, porque o que havia me impressionado na sustentação oral formulada da tribuna pela ilustre Procuradora do Estado de Santa Catarina foi a questão, que ela insistia muito, de não ter sido intimada a Fazenda do Estado da decisão que houvera deferido o pedido de suspensão, por não terem sido localizados bens suficientes do executado, não obstante devidamente citado.

Penso que V. Exa. respondeu com ampla vantagem — e a Ministra Eliana Calmon também enfatizou este aspecto — que fora o próprio Estado, por seu representante legal, que havia requerido a suspensão, não obstante na época ainda fosse o procurador um advogado, pois não havia um corpo de procuradores do Estado. Posteriormente, houve uma intimação para que ele desse andamento ao processo, e isso não foi feito. O que V. Exa. sustenta ao responder é que a suspensão não pode ser por prazo indefinido, senão a prescrição não ocorreria nunca,

e, por isso, não há descumprimento do disposto no art. 40, mas sim a sua compatibilização com o art. 174 do Código Tributário Nacional.

Com estas considerações, acompanho o voto de V. Exa., não conhecendo do recurso.

## CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Segunda Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo Gallotti, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eliana Calmon e Paulo Gallotti.

Ausente, nesta assentada, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 23 de novembro de 1999.

*Bardia Tupy Vieira Fonseca,*  
*Secretária.*

**RECURSO ESPECIAL N. 237.383—SC (1999/0100477-2)****Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira****Recorrente: Coadquirentes de Unidades Condominiais Autônomas do Edifício República Argentina****Advogados: Hugo Mosca e outro****Recorridos: Miecislao Streciwik e cônjuge****Advogado: Joaquim Jair Ximenes Aguiar***EMENTA*

*Processo civil. Sentença meramente declaratória. Ausência de condenação. Execução. Impossibilidade. Art. 584, I, CPC. Doutrina e jurisprudência. Honorários advocatícios. Apreciação equitativa. Razoabilidade. Art. 20, § 4º, CPC. Recurso parcialmente provido.*

*I — Na lição de Chiovenda, “o nome de sentenças declaratórias (jugements déclaratoires, Festsllungsurteilen, declaratory judgments) compreende lato sensu todos os casos em que à sentença do juiz não se pode seguir execução. Neste largo significado inclui-se todo o acervo das sentenças que rejeitam a demanda do autor” (Instituições..., vol. I, 3ª ed., trad. por J. Guimarães Menegale, São Paulo, Saraiva, 1969, n. 59, págs. 210/211).*

*II — A conversão da execução fundada em sentença declaratória em execução do contrato de compra e venda, na espécie, ensejaria absoluto desprestígio da forma. Se de um lado é necessário amainar o rigor na aplicação estrita da forma, de outro é de ter-se em conta que a noção instrumental do processo exige a adequação das pretensões a procedimentos preestabelecidos, os quais, afinal, resultam em garantia dos próprios demandantes, na linha do que recomenda o due process of law.*

*III — A apreciação equitativa dos critérios previstos no art. 20, § 3º, a a c, CPC, especialmente a importância da causa e o tempo exigido para o seu serviço, recomendam, no caso, a redução da verba honorária, a teor do art. 20, § 4º, CPC.*

*IV — Sem terem as instâncias ordinárias abordado o tema, carece o recurso especial do requisito específico do prequestionamento, atraindo a incidência do enunciado 282 da Súmula/STF.*

*V — Não se caracteriza a divergência jurisprudencial hábil a instaurar a via do recurso especial se dessemelhantes as situações de fato descritas no aresto paradigma e no acórdão impugnado.*

## ACÓRDÃO

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Júnior. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Cesar Asfor Rocha.*

Brasília, 15 de junho de 2000.  
(data do julgamento)

*Ministro Ruy Rosado de Aguiar,  
Presidente;  
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira,  
Relator.*

## EXPOSIÇÃO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Os recorrentes assumiram a obra do edifício, em face da sua não conclusão pela incorporadora, incumbindo-lhes a venda das unidades restantes, algumas das quais os recorridos prometeram comprar.

Pago o preço contratado, porém sem correção monetária, os recorrentes providenciaram o leilão extrajudicial dos imóveis, que restou suspenso por medida cautelar intentada pelos promissários compradores,

como preparatória de “ação declaratória de inexistência de débito”, via da qual pretenderam a declaração de pagamento integral do valor dos bens e a indenização referente à quantia cobrada pelos promitentes vendedores, na forma do art. 1.531, 2ª parte, CC. Em contrapartida, os recorrentes ajuizaram demanda de “rescisão de compromisso de compra e venda cumulada com perdas danos”.

Dada a conexão entre as ações, a mesma sentença desacolheu a ação de resolução do contrato e julgou parcialmente procedente o pedido da declaratória para afirmar a quitação dos compromissos de compra e venda.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina proveu parcialmente a apelação dos ora recorrentes para declarar a incidência da correção monetária, em acórdão que transitou em julgado.

Iniciada a execução do montante referente à correção monetária, na forma dos arts. 604 e 652, CPC, advieram embargos dos recorridos, com a alegação de que a sentença proferida em “ação declaratória” não é passível de processo executivo, devendo o credor buscar em ação própria o direito declarado. Afirmaram, ainda, que o art. 584, I, CPC, exige a natureza condenatória da sentença para contemplá-la como título executivo.

Acolhidos os embargos em primeiro grau, o Tribunal proveu parcialmente a apelação dos embargados para reduzir a verba honorária de quinze para dez por cento do valor da execução, confirmando o entendimento

to da Juíza de primeira instância quanto à carência da ação executiva, em face da imprestabilidade da sentença declaratória como título executivo judicial.

Contra esse acórdão, interpu-  
seram os embargados recurso espe-  
cial, com base na divergência juris-  
prudencial e na violação dos arts. 3º,  
583, 585, II, 586, 604 e 614, CPC.  
Sustentam os recorrentes que o acór-  
dão exequendo possui conteúdo con-  
denatório, além de declaratório e que,  
tendo sido reconhecida a correção  
monetária, permanece a higidez do  
contrato de promessa de compra e  
venda, por si só, como título extrajudi-  
cial. Quanto aos honorários, preten-  
dem a redução da verba, por aplicável  
o art. 20, § 4º, CPC.

Sem as contra-razões, foi o re-  
curso admitido na origem.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figuei-  
redo Teixeira (Relator):

1. Quanto à alegada ofensa  
aos arts. 604 e 614, CPC, que tratam  
da liquidação de sentença dependen-  
te apenas de cálculo aritmético e dos  
documentos a instruir o pedido de exe-  
cução, carece o recurso de prequestio-  
namento, uma vez não abordado o te-  
ma pelas instâncias ordinárias.  
Incidente, no ponto, o enunciado 282  
da Súmula/STF.

2. Sobre a execução de senten-  
ça meramente declaratória, doutrina e  
jurisprudência não destoam quanto à  
sua impossibilidade. A propósito, con-  
fira-se o voto que proferi no REsp n.

153.353—SP (DJ 20/9/99), na condi-  
ção de relator:

“A sentença de improcedência  
tem conteúdo declaratório, e não, con-  
denatório, uma vez que a ela não se  
segue execução. Em outras palavras,  
ainda que a pretensão inicial tenha  
por cerne a condenação do réu, certo  
é que o provimento final rejeitou a de-  
manda proposta pelo autor. Nesse  
sentido, a doutrina de Giuseppe Chio-  
venda:

‘O nome de sentenças declara-  
tórias (jugements déclaratoires,  
Feststellungsurteils, declaratory judge-  
ments) compreende lato sensu todos  
os casos em que à sentença do juiz  
não se pode seguir execução. Neste  
largo significado, inclui-se todo o acer-  
vo das sentenças que rejeitam a de-  
manda do autor e o das sentenças  
constitutivas: as primeiras declaram a  
insubsistência do direito que se fez  
valer em juízo; as segundas declaram  
a subsistência do direito à modifica-  
ção do estado jurídico atual, modifica-  
ção que não se realiza por via de exe-  
cução, mas se atua ope legis em  
seguida à declaração do juiz’ (Institui-  
ções de Direito Processual Civil, vol. I,  
3ª ed., trad. por J. Guimarães Mene-  
gale, São Paulo, Saraiva, 1969, n. 59,  
págs. 210/211).

“No mesmo sentido, Moacyr  
Amaral Santos:

‘As sentenças que declaram a  
improcedência da ação, todas elas,  
são meramente declaratórias, pois o  
seu efeito é meramente declaratório.  
Julgando improcedente a ação, a sen-  
tença nada mais faz do que declarar a  
inexistência da relação jurídica em  
que o autor fundamentava a ação’  
(Primeiras Linhas de Direito Processu-

al Civil, 3º vol., 14ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 1994, n. 719, pág. 31)".

Com a mesma orientação, os REsps ns. 38.018—SP (DJ 30/5/94), 5.059—PE (DJ 8/6/92) e 180.852—RS (DJ 26/4/99), relatores, respectivamente, os Ministros Cesar Asfor Rocha, José de Jesus Filho e Edson Vidigal, com estas ementas, no que interessam:

— “O provimento declaratório não implica em condenação, apenas declara, acerta, elucida, esclarece um determinado direito e seu preciso limite, não comportando, por isso, execução do declarado”.

— “Em se tratando de ação de natureza meramente declaratória, a decisão vale como preceito para a ação de natureza condenatória, se proposta, onde a matéria deverá ser amplamente debatida”.

— “Doutrina e jurisprudência negam à sentença meramente declaratória qualquer efeito mediato ou imediato, capaz de ensejar a ação executiva”.

Em sede doutrinária, outro não é o entendimento, conforme se colhe da lição de Moacyr Amaral Santos, que descreve hipótese semelhante à situação concreta:

“Em tais termos, proposta a ação para tão-só declarar a existência de um crédito do autor em face do réu, e julgada procedente a ação, a declaração de certeza esgota a função do juiz. A sentença valerá como declaração de certeza da existência da relação de crédito, valerá como preceito, como norma jurídica concreta. Mas para o vencedor fazer valer o seu crédito contra o vencido, exigindo-lhe o respectivo pagamento, terá que pro-

por outra ação contra o devedor, esta de natureza condenatória, fundada na declaração da sentença declaratória” (op. cit., 3º vol., n. 719, pág. 31).

Cândido Dinamarco, de seu turno, elucida:

“É tradicional a atribuição de eficácia executiva, entre as sentenças de mérito, somente à condenatória. Isso é pacífico em doutrina e o Código de Processo Civil foi explícito a respeito, ao indicar, em primeiro lugar entre os títulos executivos judiciais, ‘a sentença condenatória proferida no processo civil’ (art. 584, inc. I). Mas Furuno, em opinião isolada, sustentava que também a sentença meramente declaratória teria eficácia de título (cf. Condanna e titolo esecutivo, n. 9, nota 2, pág. 122). Em sentido contrário, disse Celso Neves que há uma regra geral no sentido de que apenas a sentença condenatória constitui título hábil a fundamentar a execução (regra cujas exceções serão de direito estrito, como é natural); o ilustre professor emérito, no entanto, raciocina a partir da premissa de que não há título sem accertamento (cf. Celso Neves, A Sentença como Título Executório)” (Execução Civil, 5ª ed., Malheiros, 1997, n. 337, pág. 504, nota 95).

E, ainda, a doutrina de Araken de Assis:

“Mas o art. 584, I, com invulgar e elogiável propriedade, nomina apenas a classe condenatória de sentenças. Exclui, portanto, a executoriedade das sentenças de carga declaratória ou constitutiva. Não se conhecendo sentença pura, pois todo provimento decisório constitui um feixe de eficácias, dicção legal se reduz, na verdade, a identificar nos pro-

nunciamentos dotados de eficácia condenatória principal o efeito executivo, de que nasce a ação executória" (Manual do Processo de Execução, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1995, n. 20.1, pág. 127).

Na espécie, afirmou o voto condutor do acórdão de origem:

"O recurso interposto pelos Coadquirentes de Unidades Autônomas do Edifício República Argentina, que tramitou nesta egrégia Terceira Câmara Civil, culminou com a reforma parcial do decisum, para reconhecer a obrigação de pagamento da correção monetária pelos apelados (fls. 231/247).

"O reconhecimento desta obrigação, porém, deu-se de forma negativa, como resultado da improcedência do pedido de declaração da inexistência de débito. O ato judicial que solucionou o litígio, desta forma, somente pode ser qualificado como uma sentença declaratória, pois, mesmo que de forma negativa, declarou o direito dos apelantes de terem corrigidas as parcelas do contrato.

"(...).

"Tratando-se, destarte, de sentença declaratória, imperativo é reconhecer-se que as portas do processo de execução encontram-se fechadas para os apelantes, uma vez que o rol dos títulos executivos judiciais, estabelecido no art. 584 do CPC, é taxativo, não podendo o julgador estender a executividade conferida pelo dispositivo a outros tipos de provimentos judiciais, que não aqueles ali elencados".

Com efeito, a demanda intentada pelos recorridos contém o pedido de "julgar integralmente procedente a presente ação para o efeito de decla-

rar judicialmente a inexistência de débitos dos autores para com os réus, com relação ao contrato de compra e venda" (fls. 14 do apenso n. 4.568). Ao prover parcialmente a apelação dos réus contra a sentença que acolheu essa pretensão, o Colegiado de segundo grau julgou improcedente o pedido, declarando a existência de débitos. Noutras palavras, não condenou os autores ao pagamento da correção monetária, mas declarou a sua incidência, sem constituir título executivo judicial.

3. Em relação à utilização do próprio contrato de promessa de compra e venda como título executivo, a discussão reclama via adequada, seja a execução, caso contenha o instrumento os requisitos hábeis a torná-lo título extrajudicial, seja o rito ordinário, no qual se viabilizará a pretensão condenatória da incidência da correção monetária.

Por outro lado, a verificação dos requisitos do contrato, além de não haver sido tratada pelas instâncias ordinárias, fazendo incidir o Verbeete Sumular 282/STF, encontra óbice no Enunciado 7 da Súmula/STJ, como se colhe do REsp n. 180.734—RN (DJ 2/8/99), de que fui relator, assim ementado:

"III — Se a verificação dos requisitos formais do título executivo depende da análise de premissas de fato, como o reexame de provas e a interpretação de cláusulas contratuais, a apreciação do tema, na instância especial, atriuta com a competência constitucionalmente reservada ao Superior Tribunal de Justiça (Enunciados 5 e 7 da Súmula/STJ)".



Ainda sob outra perspectiva, a conversão da execução fundada no acórdão declaratório em execução por título extrajudicial não encontra amparo na legislação processual e, além do mais, ensejaria absoluto desprestígio à forma. Aliás, se, de um lado, é necessário amainar o rigor na aplicação estrita da forma, de outro é de ter-se em conta que a noção instrumental do processo exige a adequação das pretensões a procedimentos preestabelecidos, os quais, afinal, resultam em garantia dos próprios demandantes, como proclama o princípio do *due process of law*.

4. No que se refere à verba honorária, a sentença a fixou em quinze por cento sobre o valor da execução, tendo o Tribunal reduzido a dez por cento, "pois a discussão travada na presente ação é de menor complexidade, não podendo ser igualada à controvérsia acirrada e complexa que se desenrolou no processo de conhecimento" (fls. 76). É de anotar-se que, embora não expressamente, tanto a sentença, quanto o acórdão aplicaram o art. 20, § 4º, ao apreciar equitativamente a natureza da causa e o tempo empreendido na demanda. É certo que o valor nominal dos honorários representa expressiva quantia; todavia, é de levar-se em conta o também expressivo montante da execução, R\$ 503.167,29 (quinhentos e três mil, cento e sessenta e sete reais e vinte e nove centavos) em janeiro de 1996. Todavia, os critérios arrolados pelo art. 20, § 3º, CPC, especialmente a importância da causa e o tempo exigido para o seu serviço, não estão a autorizar o quantum arbitrado a título de verba honorária. Afinal, limitou-se a

discussão a questões de direito, sem produção de provas em audiência.

5. A divergência jurisprudencial, por sua vez, não restou caracterizada, ante a dessemelhança entre as situações descritas no aresto paradigma, que trata de "hipótese em que a ação tem conteúdo condenatório", e no acórdão impugnado, que afirma a natureza meramente declaratória da ação.

6. Em face do exposto, conheço parcialmente do recurso especial, pela violação do art. 20, § 4º, CPC, e, nessa parte, dou-lhe provimento para arbitrar os honorários em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), valor a ser atualizado a partir da data deste julgamento.

## **CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

### **QUARTA TURMA**

Relator: Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira  
 Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar  
 Subprocurador-Geral da República: Exma. Sra. Dra. Claudia Sampaio Marques  
 Secretário : Clarindo Luiz de Souza Flauzina

### **AUTUAÇÃO**

Recorrente: Coadquirentes de Unidades Condominiais Autônomas do Edifício República Argentina  
 Advogados: Hugo Mosca e outro  
 Recorridos: Miecislao Streciwik e cônjuge  
 Advogado: Joaquim Jair Ximenes Aguiar

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Júnior.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 15 de junho de 2000.

*Clarindo Luiz de Souza Flauzina,*  
*Secretário.*

**VICE-PRESIDÊNCIA  
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



## RECURSO ESPECIAL

### RECURSO ESPECIAL N. 00.003634-0, DA CAPITAL

**Recorrente:** HSBC Bank Brasil S.A.

**Advogado:** Dr. Fernando dos Santos Hackradt

**Recorrido:** Marfiso Menezes Neto e Diva Beltrami Menezes

**Advogado:** Dr. Cesar Luis da Silva

HSBC Bank Brasil S.A., com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a da Constituição Federal, interpõe recurso especial da decisão da Primeira Câmara Civil, que o teve como legitimado passivo no processo de execução, em substituição ao Banco Bamerindus do Brasil S.A., por considerá-lo sucessor deste em algumas de suas carteiras comerciais, não tendo o embargante, outrossim, comprovado que a carteira comercial a que vinculado o contrato do autor não tenha sido por ele assumida, ônus que lhe competia, nos termos do art. 333, I, do CPC.

Diz nulo o acórdão por não apreciadas as alegações de cerceamento de defesa e de ausência de fundamentação da sentença argüidas na apelação, além de o próprio acór-

dão recorrido não estar suficientemente fundamentado.

Sustenta sua ilegitimidade ad causam, pois não teve participação nos fatos que deram origem à ação de indenização, não é sucessor a título universal do Banco Bamerindus, apenas celebrou “contrato de compra e venda de ativos e assunção de direitos e obrigações e outras avenças”, adquirindo bens e direitos especificamente determinados, estando o Banco Bamerindus, por outro lado, em liquidação extrajudicial, tendo patrimônio e personalidade jurídica próprios, não sendo afetada sua capacidade de estar em juízo.

Alega ausência de interesse de agir dos recorridos, em face da inexistência de título executivo que o incluía como obrigado, devendo ser reconhe-

cida a nulidade, já que se trata de matéria de ordem pública.

Diz infringidos os artigos 3º, 267, IV, 458, II, e 468 do CPC, e os artigos 5º, LIV, 37, caput e 93, IX, da CF.

Intimados, os recorridos apresentaram contra-razões, sustentando fundamentada a decisão, pois fixado de forma clara o entendimento de que o recorrente é sucessor do Banco Bamerindus S.A., tendo, assim, legitimidade para figurar no pólo passivo da execução.

Quanto à aventada nulidade por ausência de manifestação acerca do cerceamento de defesa, argumenta que não opostos embargos de declaração para suprir a omissão, não podendo ser admitido o recurso.

Afirma equivocada a conclusão de que ausente o interesse de agir, uma vez que a tese sustentada seria, em verdade, a tese principal, de ilegitimidade passiva ad causam. Quanto a esta, diz incidente a Súmula 7 do STJ, porquanto a questão foi decidida à luz dos fatos e provas dos autos, não demonstrando o recorrente, por outro lado, em que consistiu a violação aos dispositivos indicados.

É, em síntese, o relatório.

O recurso não reúne os pressupostos de admissibilidade.

Primeiramente, o recurso especial não é a via adequada para a análise de violação a dispositivos constitucionais, mas tão-somente da legislação federal (CF, art. 105, III), pelo que deixo de apreciá-la.

No tocante à ausência de manifestação do acórdão recorrido, acerca do cerceamento de defesa e da falta

de fundamentação da sentença, o recurso não tem condições de prosseguir, pois deixou o recorrente de opor embargos de declaração para suprir a omissão e prequestionar a matéria. Incidem, portanto, nesse particular, as Súmulas 282 e 356 do STF.

Da mesma forma, o interesse de agir não foi debatido e decidido no acórdão recorrido, estando a alegação a respeito, ademais, relacionada à ilegitimidade de parte do recorrente.

Por igual, não há falar em falta de fundamentação do acórdão, pois demonstradas as razões do convencimento da Câmara, consubstanciadas na legitimidade do recorrente, por ser sucessor em algumas das carteiras do Banco Bamerindus, e no fato de o embargante, ora recorrente, não ter feito prova de que a obrigação objeto da execução não estava incluída dentre aquelas por ele assumidas no ato de celebração do contrato.

Não se mostra subsistente a alegação de não ser o recorrente sucessor do Banco Bamerindus.

Em primeiro lugar, ele não fez prova de que não assumiu a obrigação objeto da demanda, tendo juntado cópia do contrato, que firmou com o Banco Bamerindus, aliás, de legibilidade deficiente, somente quando da interposição do recurso especial, não podendo o documento ser considerado nesta fase recursal, sob pena de supressão de instância.

Já não fosse isso, mostra-se insuscetível de reparo a decisão recorrida.

Do voto do Banco Central do Brasil, de fls. 169 e seguintes, dos autos 1/2, consta que em face da precária situação econômico-financeira do

# NOTICIÁRIO





## HOMENAGEM AOS LAGEANOS EX-PRESIDENTES DA OAB ESTADUAL

Discurso proferido pelo Des. João José Ramos Schaefer na homenagem prestada pela Subseção de Lages, em 6/12/2000, aos lageanos ex-presidentes da OAB estadual:

“Profundamente grato a nosso espírito, meu e do Des. Lenzi, esta homenagem que a nós e aos inolvidáveis Nereu Ramos, Telmo Vieira Ribeiro e Evilázio Caon, presta a valorosa Subseção da OAB de Lages, como lageanos e ex-Presidentes da Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil.

É este, para nós, na verdade, um instante de evocação e de saudade.

Minhas lembranças mais antigas de Lages são de 1936/37, da pequena chácara na subida do Morro do Posto, com meus então sete irmãos, o mais moço nasceria em Florianópolis, em 1938, minha mãe entre os desvelos com a casa e sua profunda fé religiosa, meu pai servidor público, provendo com seu esforço e sua

dedicação a subsistência da numerosa família; recordo-me das pereiras, pessegueiros e macieiras em flor do pomar caseiro; do rio Carah, onde ainda se pescava, como o fez meu pai numa tarde, para encanto meu e de meu irmão Evaldo; do circo armado na Praça Vidal Ramos Sênior, ao qual, numa época tivemos acesso livre, como filhos do então Prefeito nomeado; da missa do galo em que o entorno da Matriz era tomado por inúmeras montarias, que haviam trazido cavaleiros de trajes típicos para aquele momento de fé, entre as dezenas de moradores urbanos que também assistiam à missa; do Posto Veterinário com os animais de porte que ali existiam e da esplendorosa vista da cidade que dali se descortinava, especialmente do casario da Rua Correia Pinto, do Moinho, da Matriz e da Igreja Protestante; da dona Zena e do seu Zeca Andrade, com cujo neto Athos, nosso colega, de vez em quando, ainda hoje, recordo aqueles tempos; das poucas aulas no Jardim da Infância do

Colégio Santa Rosa, e, por fim, em 1938, o pai investido em nova função pública, a viagem para Florianópolis, à época uma aventura que começou pelas 6 horas da manhã para terminar dia seguinte às 10/11 horas, na Praça de São José.

Ficaram as lembranças e a saudade de Lages, que eu reencontraria profundamente emocionado 10 anos depois, num tour de ginásio, e depois, em 1952, aqui começando carreira no Banco do Brasil que, após formado em Direito, me levaria à sua advocacia e à Chefia de seu Serviço Jurídico Estadual por 14 anos.

Lages revejo sempre com saudade e emoção, como o fiz algumas vezes profissionalmente, como advogado, como Presidente da OAB, em Congressos ou nesta aprazível sede, até em memoráveis campanhas políticas da OAB, ou como integrante do Judiciário, inclusive quando, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, promovi aqui, em dezembro de 1997, uma votação eletrônica simulada, a primeira realizada no Estado.

Jamais imaginei a ventura deste momento, em que, na companhia tão ilustre do meu colega Des. Lenzi — que conheci nos idos de 1953/54, aqui, em Lages, já despontando como jovem inteligência, com promissor futuro na vida cultural e profissional do Estado —, estou entre os que recebem tão significativa homenagem da OAB lageana.

Temos, na verdade, eu e o Des. Lenzi, vínculos muito estreitos com esta Subseção.

Era eu Presidente da OAB quando, no programa de interiorização da Ordem, o Conselho, por minha

iniciativa, em fins de 1971, criou as 8 primeiras Subseções no Estado, entre elas a de Lages, sendo designados para cuidarem dos atos preliminares de instalação seus ilustres advogados Drs. Jorge Barroso Filho e Ernani Francisco da Rosa, legítimas expressões da advocacia lageana.

Em fevereiro do ano seguinte realizar-se-ia a primeira assembléia-geral, a Presidência da Subseção confiada ao Dr. Antônio Alencar de Araújo Furtado, a Secretaria ao Dr. Felisberto Córdova e a Vice-Presidência e a Tesouraria, respectivamente, aos saudosos Cid Caesar de Almeida Pedroso e Sady Rodrigues, o primeiro à época advogado em Campos Novos e mais tarde Desembargador do Tribunal de Justiça, um leal e digno amigo, que marcou profundamente sua passagem no Tribunal por uma fraterna convivência com todos e por votos sempre da melhor qualidade, e o Dr. Sady companheiro de juventude em Lages, colega de Turma na Faculdade de Direito em 1953/57 e um querido e estimado amigo cujo recente falecimento a todos consternou.

Em 1987, retornando à Presidência da OAB, em acirrada campanha, aqui estive diversas vezes, inclusive realizando o primeiro ato de desagravo a um advogado fora da Capital.

O Des. Lenzi, em cujo nome tenho a honra de também falar neste momento, tem seu nome, igualmente, fortemente ligado a esta Subseção.

Foi na sua profícua Presidência da Ordem que construída esta Sede, solidificando os vínculos de associativismo, de espírito de classe e principalmente de defesa das prerrogativas

e direitos profissionais dos advogados.

Bem por isso, uma das dependências desta sede já porta seu ilustre nome.

Três outros ex-Presidentes também têm seus nomes vinculados estreitamente a Lages.

Nereu Ramos, um dos dez fundadores da OAB no Estado, em 1932, foi seu primeiro Presidente e poucos anos depois, juntamente com Levi Carneiro e inúmeros outros Presidentes de Seccionais, como Philadelfo de Azevedo e João Vilas Boas, posteriormente Ministros do Supremo Tribunal Federal e Pedro Aleixo e Atilio Vivacqua, políticos de grande expressão nacional, firmaria o Código de Ética Profissional dos Advogados, um admirável conjunto de normas de conduta, ainda hoje fonte de inspiração das melhores práticas da advocacia.

Nereu, pouco depois, seria constituinte em 1934, relatando o Capítulo do Poder Judiciário, sendo reconhecido pela imprensa carioca como 'um dos melhores oradores da Assembléia'.

Interventor Estadual, deu grande impulso à educação. Senador em 1945, é alçado à Presidência da Comissão Constituinte do Congresso e, ao lado de Prado Kely, Hermes Lima e Aliomar Balleiro, mais tarde Ministros do Supremo, Capanema, Milton Campos, Raul Pila, Adroaldo Mesquita, Ivo D'Aquino, Café Filho e Otávio Mangabeira, todos da maior expressão no mundo jurídico e político nacional, teve papel destacado na condução dos trabalhos, na proposição e discussão de importantes temas, en-

fim, na fixação dos rumos da Constituição de 1946.

Vice-Presidente do Senado, em 1955, assumiu a Presidência da República e com sua autoridade, força moral e tirocino político, entregou intacto o poder civil a Juscelino Kubitschek, em meio a grande efervescência política de então.

Ministro da Justiça de Juscelino, recebeu com este, das mãos de Seabra Fagundes e Nehemias Gueiros, o projeto de Estatuto da OAB que, sem qualquer alteração, foi submetido ao Congresso para transformar-se, mais tarde, na Lei n. 4.215/63 que vigorou por 31 anos.

Ao morrer, em trágico desastre de avião, em que perderam a vida tantos vultos de Santa Catarina, entre eles o então Governador Jorge Lacerda, deixou um valioso legado, por sua postura e pela dignidade com que exerceu altas funções.

Telmo Vieira Ribeiro foi meu sucessor na OAB. Ele, Aldo Ávila da Luz, José de Miranda Ramos e Altamiro Silva Dias, todos mais velhos que eu, hoje já falecidos, foram sempre um esteio nos primeiros quatro anos em que presidi a OAB, entre 1971 e 1974.

A par de permanente troca de idéias que mantínhamos, eram os primeiros, sentados à frente de mesa diretora, a apoiar-me, mesmo em momentos conturbados, trazendo-me o amparo da experiência, da cultura, da força moral que ostentavam como professores de Direito, políticos vitoriosos e longa vivência na OAB.

Cumprido meu segundo mandato, o nome de Telmo Ribeiro aflorou espontaneamente como futuro Presidente.

Espírito sereno, senhor de larga cultura humanística e jurídica que a todos infundia respeito, firme em suas convicções, combativo e altivo na defesa da classe, cumpria admirável mandato quando veio a ser acometido de grave doença.

Ainda encontrou forças para, por mais alguns meses, continuar à frente da Ordem, vindo mesmo a presidir uma Conferência Estadual, em Joaçaba, tendo, amparado por seu filho, o hoje Procurador de Justiça Dr. Paulo Armando Ribeiro, instalado os trabalhos da assembléia de eleições em novembro de 1976, a todos impressionando aquela demonstração de tenacidade espiritual e de cumprimento do dever.

Foi um exemplo de lealdade e dedicação à causa pública, de independência de atitudes, por isso foi sempre estimado e querido por seus amigos e companheiros de profissão ou de legenda partidária e respeitado por adversários.

Evilázio Caon, que conheci em Lages, em 1952/54, já era, então, um político de prestígio, vereador à Câmara Municipal e um atuante e combativo advogado.

Deputado à Assembléia Legislativa, propôs, em 1965, o projeto de lei que se converteu na Lei de Assistência Judiciária, uma solução catarinense para o grave problema da defensoria dativa, então absolutamente gratuita.

Ingressamos juntos na OAB em 1965 e nos revezávamos, com Lenzi e os Blasi, entre os mais votados em sucessivas eleições para a OAB, de que ele sempre foi um dos esteios, pela

acuidade política, pela combatividade e pela competência profissional.

Nunca se afastou da Ordem, mesmo quando, em 1969, foi retirado da vida pública por um ato de força.

Estive em sua casa no mesmo dia, lá já se encontrava seu velho amigo Dejandir Dalpasquali e ali o encontrei sereno, consciente de que nada mais fizera senão cumprir seu dever de cidadão, de homem público e de advogado.

Iniciou-se, então, uma nova e magnífica fase de sua vida de advogado, que culminou com a sua condução à Presidência da OAB para o período de 1981/82, cumprido com honradez, coragem e consciência profissional e durante o qual se realizou, com grande êxito nesta Capital, a IX Conferência Nacional da Ordem.

Por sua designação, apresentei à Conferência Nacional da OAB, em 1982, no Recife, um trabalho sobre o Direito de Família no projeto do Novo Código Civil.

Nunca estive ausente das atividades da Ordem, tendo contribuído enormemente, juntamente com Sadi Lima, para a edificação da Sede Balneária, em Canasvieiras.

Já adoentado seriamente, foi agraciado com a Medalha João Baptista Bonnassis, pronunciando na ocasião um discurso que é um hino à advocacia.

Do Des. Silveira Lenzi devo dizer, ainda, que professor de Direito Processual Civil, autor de livros jurídicos, como o de Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, cumpriu profícua presidência da Ordem, mantendo a política de sua interiorização,

que era, já então, uma prática incorporada na vida da entidade e exemplo disso é a construção desta Sede, que tanto apoiou, zelando, sempre pelo prestígio da entidade e pela defesa das prerrogativas profissionais dos advogados.

Em 1997 foi alçado a Desembargador do Tribunal de Justiça, em vaga, como a minha e a do Des. Jorge Mussi, destinada a advogados, ali exercendo sua judicatura na área cível, com grande tirocínio e capacidade de trabalho, e com o respeito e acatamento de seus colegas, advogados e jurisdicionados, presidindo, atualmente, a colenda Terceira Câmara Civil.

Ao encerrar, e no instante em que somos distinguidos de maneira tão expressiva e honrosa pelos advogados lageanos, de cujos anseios, preocupações, angústias e triunfos, compartilhamos por tantos anos, e ainda hoje o fazemos, permitam-me uma reflexão sobre a advocacia — que exerci — e a magistratura — que ora exerço — almas gêmeas que se interpenetram e se completam nas mesmas altas aspirações e propósitos, de harmonizar os conflitos sociais e assegurar o primado da ética e do Direito.

Uma, na palavra candente, no esforço de convencimento; na combatividade e até na paixão e na necessária parcialidade na defesa da causa, respeitados os princípios da litigância, sem distorção dos fatos e do direito, como está nos Códigos e no Estatuto da profissão; no empenho, no estudo e na esperança sempre renovada do reconhecimento do direito pleiteado; na luta contínua pelo aperfeiçoamento

das instituições e, como legítima curadora de aspirações e sentimentos populares, no zelo indormido contra o aviltamento e a degradação do exercício das funções públicas, por mais relevantes que sejam .

A magistratura, de seu lado, no exame sereno dos fatos, no equilíbrio, no estudo, na meditação, no respeito ao contraditório e ao devido processo legal, na aplicação desapaixonada do Direito, na certeza de que neste a solução para os conflitos inevitáveis do homem, nos múltiplos e variados aspectos de seu relacionamento, do ponto de vista familiar, interpessoal, econômico, social e político.

O trabalho que se desenvolve na Justiça, testemunham-no, mais do que nós, os que perante ela postulam, é verdadeiramente ingente e estafante, mas gratificante, pela justiça distribuída, pelo direito reconhecido, pela esperança atendida.

Temperar o espírito de advogado que fui, com a alma da toga, que hoje ostento é, para mim, um desafio permanente, mas sem conflitos e antagonismos entre as duas atividades, pois ambas perseguem o mesmo ideal do serviço à Justiça.

Agradeço ao combativo, diligente e culto advogado Dr. Delmar Sabatini Fernandes, que com tanto brilho dirige a Subseção de Lages, a iniciativa da homenagem; ao preclaro e talentoso advogado Dr. Luiz Alfredo Ribeiro, a primorosa oração com que nos saudou, com palavras repassadas de generosidade, recordando fatos da vida de cada um dos homenageados e, finalmente, agradeço aos advogados lageanos e à valorosa Subseção de Lages, em meu nome e do eminente

te Des. Silveira Lenzi, pela distinção que nos conferem e lhes asseguramos que os mesmos ideais pelo primado do Direito e da Justiça que nos inspiraram como advogados, não de

guiar sempre nossos passos como magistrados”.

# ÍNDICE NUMÉRICO





## **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

00.012983-6	— Capital.....	289
-------------	----------------	-----

## **AGRAVOS DE INSTRUMENTO**

99.002037-1	— Balneário Camboriú .....	275
99.004678-8	— Santo Amaro da Imperatriz .....	254
99.019446-9	— Criciúma.....	258
99.021858-9	— Capital.....	262
00.000236-4	— Capital.....	267
00.002004-4	— Balneário Camboriú .....	286
00.004589-6	— Xanxerê .....	279
00.006914-0	— Chapecó .....	284
00.007260-5	— Capital.....	271

## **AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA**

1.508-2	— Santa Catarina.....	535
---------	-----------------------	-----

## **APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA**

00.001755-8	— Blumenau.....	32
-------------	-----------------	----

## **APELAÇÕES CÍVEIS**

46.155	— Lages .....	234
49.773	— Jaraguá do Sul.....	241
50.366	— São Miguel do Oeste .....	223
50.510	— Balneário Camboriú .....	245
96.001664-3	— Capital.....	99
96.002593-6	— Lages .....	248
96.006358-7	— Capital.....	178
96.007372-8	— Blumenau.....	251
97.002206-9	— Palhoça .....	229
97.005817-9	— Criciúma.....	137
97.012668-9	— Capital .....	151
97.013364-2	— Palhoça .....	160
97.014427-0	— Criciúma.....	121

97.014979-4	— Capital.....	182
97.015387-2	— Criciúma.....	126
98.004542-8	— Maravilha .....	75
98.006382-5	— Joinville .....	104
98.011686-4	— Concórdia.....	65
98.012346-1	— Blumenau.....	170
98.012440-9	— Blumenau.....	114
99.002711-2	— Caçador .....	219
99.007454-4	— Santa Cecília .....	73
99.010525-3	— Capital.....	36
99.011631-0	— São José.....	53
99.011860-6	— Lages .....	129
99.012881-4	— Taió .....	38
99.014328-7	— Içara.....	41
99.015239-1	— Blumenau.....	196
99.015715-6	— São José.....	200
99.016975-8	— Turvo.....	203
99.017889-7	— Lages .....	188
99.018512-5	— Balneário Camboriú .....	79
99.020842-7	— Tubarão.....	221
99.022086-9	— Mondaí.....	208
00.000115-5	— Joaçaba .....	192
00.003069-4	— São Francisco do Sul.....	45
00.003136-4	— Criciúma.....	50
00.011874-5	— Joinville .....	84
00.012332-3	— São Miguel do Oeste .....	89
00.016259-0	— Biguaçu.....	93

## APELAÇÕES CRIMINAIS

27.589	— Timbó.....	490
97.005349-5	— Timbó.....	503
97.011606-3	— Brusque .....	351
97.012486-4	— Urussanga.....	357
98.006454-6	— Capital.....	463
98.012246-5	— Videira.....	508
99.008215-6	— São José.....	461
99.010069-3	— Içara.....	482
99.018000-0	— Capital.....	402
99.019469-8	— Chapecó .....	421
99.020677-7	— Joinville .....	431
99.021171-1	— Palhoça.....	440
99.022063-0	— Palhoça.....	390
00.000187-2	— São Joaquim.....	393
00.001128-2	— São Francisco do Sul.....	398
00.001947-0	— Criciúma.....	365
00.003297-2	— Itajaí .....	450

00.008431-0	—	Timbó .....	455
00.023380-3	—	Itajaí .....	375
01.000183-2	—	Itajaí .....	386
<b>EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA QUEIXA-CRIME</b>			
97.008677-6	—	Capital.....	512
<b>EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO</b>			
00.007244-3	—	Capital.....	294
<b>EXCEÇÕES DE SUSPEIÇÃO</b>			
99.022463-5	—	Timbó .....	514
00.011939-3	—	Tubarão.....	296
<b>HABEAS CORPUS</b>			
98.001684-3	—	Capital.....	324
99.019766-2	—	Pomerode .....	303
00.002909-2	—	Blumenau.....	330
00.006205-7	—	Seara .....	314
00.007270-2	—	Blumenau.....	321
00.007647-3	—	Anchieta .....	318
00.007844-1	—	Tubarão.....	306
<b>MANDADOS DE SEGURANÇA</b>			
99.008477-9	—	Capital.....	523
99.012756-7	—	Capital.....	29
<b>PEDIDO DE DESAFORAMENTO</b>			
99.016462-4	—	Quilombo.....	516
<b>RECURSO EXTRAORDINÁRIO CÍVEL</b>			
98.017763-4	—	Joinville .....	559
<b>RECURSOS CRIMINAIS</b>			
98.004220-8	—	Joinville .....	345
00.003586-6	—	Canoinhas.....	341
<b>RECURSOS ESPECIAIS</b>			
194.296	—	Santa Catarina.....	543
237.383	—	Santa Catarina.....	548
00.003634-0	—	Capital.....	557
<b>REVISÃO CRIMINAL</b>			
00.009770-5	—	Gaspar .....	518



# **ÍNDICE POR ASSUNTO**



## A

### **AÇÃO ANULATÓRIA**

- Ato jurídico — Escritura pública e registro imobiliário. Erro e simulação. Eivas configuradas. Pleito procedente. .... 234
- Escritura pública — Falsidade da procuração. Comprovação. Boa-fé dos adquirentes. Irrelevância. Pleito procedente. .... 178

### **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

- Imóvel público — Permuta. Suspensão. Liminar deferida. Fumus boni juris e o periculum in mora reconhecidos. Manutenção da tutela preventiva. .... 275

### **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO**

- Vide Indenização.

### **AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

- Vide Investigação de paternidade.

### **AÇÃO DECLARATÓRIA**

- Inexistência de débito — Transação comercial não comprovada e ausência de comprovante de entrega da mercadoria. Pleito procedente. .... 196

### **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

- Lei complementar — Vício de iniciativa. Configuração. Fumus boni juris e o periculum in mora presentes. Suspensão provisória do dispositivo legal atacado. Liminar concedida. .... 289

### **AÇÃO MONITÓRIA**

- Cheque sem fundos — Emissão por administrador em sucessão dissimulada de empresas. Comprovação. Responsabilidade da sucessora. Ressarcimento devido. .... 126

**AÇÃO POPULAR**

- Prefeito municipal — Ato lesivo à administração pública. Inocorrência. Perda de objeto da demanda. Extinção. .... 223

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

- Busca e apreensão — Pressupostos demonstrados. Pleito procedente. .... 45

**ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

- Deferimento — Impossibilidade diante do risco da irreversibilidade da medida. Inteligência do art. 273, § 2º, do CPC. .... 254
- Deferimento — Exclusão do nome do devedor do rol de inadimplentes do serviço de proteção ao crédito. Admissibilidade. Débito questionado em juízo. .... 271

**APELAÇÃO CÍVEL**

- Vide Recurso.

**ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR**

- Vide Crime contra os costumes.

**C****CAMBIAL**

- Nota promissória — Título vinculado a contrato bancário. Emissão irregular. Comprometimento da comprovação da mora. Carência da ação de busca e apreensão. .... 170

**CÓDIGO CIVIL**

- Art. 115 ..... 170 e 203
- Art. 147, II ..... 234
- Art. 152 ..... 200
- Art. 159 ..... 75, 114 e 160
- Art. 373 ..... 93
- Art. 375 ..... 93
- Art. 378 ..... 93
- Art. 524 ..... 200 e 208
- Art. 920 ..... 129
- Art. 1.062 ..... 129
- Art. 1.289, § 3º ..... 535



**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

— Art. 17.....	294
— Art. 18.....	294
— Art. 20, § 3º.....	170 e 548
— Art. 20, § 4º.....	99, 160, 188, 196 e 548
— Art. 38 (Lei n. 8.952/1994).....	535
— Art. 250, parágrafo único.....	234
— Art. 267.....	73
— Art. 267, VI.....	45 e 192
— Art. 273, § 2º.....	254
— Art. 330.....	182
— Art. 333, I.....	114, 151 e 196
— Art. 333, II.....	36
— Art. 418.....	151
— Art. 462.....	182
— Art. 475, III e IV.....	73
— Art. 514.....	248
— Arts. 522 e seguintes.....	271
— Art. 557, § 1º.....	294
— Art. 584, I.....	548
— Art. 602.....	41
— Art. 792.....	219
— Art. 801, III.....	99
— Art. 902, § 2º.....	50
— Art. 903.....	50
— Art. 1.018.....	38
— Art. 1.046, § 3º.....	258

**CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

— Art. 41.....	303
— Art. 95, III.....	514
— Art. 173.....	508
— Art. 231.....	402
— Art. 254, I.....	514
— Art. 357, I e II.....	431
— Art. 360.....	390
— Art. 366.....	341
— Art. 383.....	345 e 351
— Art. 386, II.....	508
— Art. 386, VI.....	390
— Art. 400.....	402
— Art. 484, III.....	421
— Art. 499.....	512

— Art. 500.....	402
— Art. 514.....	318
— Art. 654, § 2º .....	324

## CÓDIGO PENAL

— Art. 121, caput.....	314, 421 e 516
— Art. 121, § 2º, I e IV .....	393
— Art. 121, § 2º, II e IV.....	421
— Art. 121, § 2º, III e IV.....	345
— Art. 132.....	375
— Art. 148.....	463
— Art. 155, § 2º .....	455
— Art. 157, § 2º, I e II .....	357, 463 e 518
— Art. 157, § 2º, V.....	463
— Art. 157, § 3º, in fine.....	398
— Art. 158, § 1º .....	490
— Art. 171, caput.....	351
— Art. 171.....	321
— Art. 213, caput .....	461 e 482
— Art. 214.....	402
— Art. 223.....	402
— <b>Art. 224, a</b> .....	402
— Art. 225, § 1º, II .....	402
— Art. 226, II.....	461
— Art. 288, caput.....	357
— Art. 288.....	321
— Art. 297.....	345 e 351
— Art. 298.....	390
— Art. 299.....	345
— Art. 304.....	351

## CÓDIGO PENAL (Lei n. 7.209/1984)

— Art. 1º .....	341
— Art. 12.....	365
— Art. 14, II.....	421, 463 e 516
— Art. 28, § 2º .....	461
— Art. 29.....	351, 357 e 421
— Art. 33, caput.....	375
— Art. 59, caput.....	375
— Art. 59.....	351, 398, 482 e 490
— Art. 62, III.....	518
— Art. 65, III, d.....	482
— Art. 68, caput.....	463
— Art. 69.....	345, 351, 357 e 463

— Art. 71 .....	351 e 490
— Art. 109.....	351
<b>CÓDIGO PENAL (Lei n. 9.268/1996)</b>	
— Art. 78, § 2º .....	440
— Art. 92, I, b.....	490
<b>CÓDIGO PENAL (Lei n. 9.714/1998)</b>	
.....	365
— Arts. 44 e seguintes .....	440
— Art. 77, § 2º, in fine.....	440
<b>CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)</b>	
— Art. 174.....	543
<b>COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA</b>	
— Vide Promessa de compra e venda.	
<b>CONSTITUIÇÃO ESTADUAL</b>	
— 1989 — Art. 50, § 2º, III.....	289
— Art. 52 .....	289
<b>CONSTITUIÇÃO FEDERAL</b>	
— 1988 — Art. 5º, XXI .....	182
— Art. 5º, XXIX.....	104
— Art. 5º, XXXV .....	234
— Art. 5º, XXXVI .....	182
— Art. 5º, LXXVIII.....	223
— Art. 6º .....	306
— Art. 37, II e § 2º.....	523
— Art. 37, § 6º.....	41
— Art. 61, § 1º, II, b.....	289
— Art. 22, I .....	303
— Art. 144 .....	330
— Art. 150, § 6º.....	289
— Art. 192, § 3º.....	65
— Art. 225, § 3º.....	279
— Art. 226 .....	79
— Art. 227 .....	306
<b>CONTRATO</b>	
— Revisão — Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF. Não reconhecimento. Juros. Capitalização. Admissibilidade. Interpretação das cláusulas contratuais para minorar o saldo devedor. Impossibilidade. Pleito desprovido. ....	65

**CRACK**

- Vide Crime contra a saúde pública.

**CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA**

- Incêndio — Laudo pericial incompleto. Perigo efetivo ou concreto não comprovado. Absolvição decretada. .... 508

**CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

- Sonegação fiscal — Sócio-gerente. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. Sócio quotista. Inexistência de poder gerencial e decisório. Absolvição decretada. .... 503

**CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA**

- Narcotraficância — Autoria e materialidade comprovadas. Desclassificação para o delito de uso. Impossibilidade. Condenação mantida. .... 386
- Narcotraficância — Crack. Desclassificação para uso próprio. Inadmissibilidade. Substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos. Inviabilidade. Mercancia configurada. Condenação mantida. Maioria de votos. .... 365
- Narcotraficância e porte ilegal de arma — Delitos configurados. Indícios que autorizam juízo seguro da ocorrência dos crimes. Condenação mantida. .... 375

**CRIME CONTRA OS COSTUMES**

- Atentado violento ao pudor — Vítimas menores. Abuso do pátrio-poder. Palavras harmônicas e consoantes dos ofendidos. Delito caracterizado. Condenação mantida. .... 402
- Estupro — Delito praticado por padrasto da vítima. Declarações da ofendida corroboradas pelas provas dos autos. Condenação mantida. .... 461
- Estupro — Violência real. Palavra da vítima corroborada pelos demais elementos do processo. Crime hediondo. Inocorrência. Recurso parcialmente provido. .... 482

**D****DANO MORAL**

- Indenização — Imputação de crime contra advogados sem qualquer respaldo concreto. Ofensa à honra e boa fama caracterizada. Denúnciação caluniosa ocorrente. Verba devida..... 75

**DESPACHOS DA VICE-PRESIDÊNCIA**

- Recurso especial — Execução. HSBC Bank Brasil S.A. Alegação de ilegitimidade ad causam passiva. Insubsistência. Instituição bancária legítima sucessora do Banco Bamerindus S.A. Seguimento ao apelo negado. .... 557
- Recurso extraordinário — Juros. Auto-aplicabilidade e incidência imediata do art. 192, caput, e § 3º, da CF. Conflito de teses evidenciado. Admissibilidade do apelo extremo. .... 559

**DOCTRINA**

- Notas sobre a natureza jurídica dos serviços odontológicos e a responsabilidade civil dos dentistas, Dr. João Eberhardt Francisco, Advogado. .... 3

**E****EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

- Vide Recurso.

**EMBARGOS DE TERCEIRO**

- Defesa da posse — Imóvel penhorado. Direito do embargante de ser mantido, provisoriamente, na posse até a possibilidade de reivindicação pelo arrematante. Reconhecimento. Exegese do art. 524 do CC. .... 208
- Mulher casada — Defesa da meação quanto à posse e propriedade sobre imóveis penhorados. Acolhimento. Aplicação do art. 1.046, § 3º, do CPC. Agravo provido. .... 258

**EMENDA CONSTITUCIONAL**

- N. 26/2000 (Federal) ..... 306

**ESCRITURA PÚBLICA**

- Ação anulatória — Falsidade da procuração. Comprovação. Boa-fé dos adquirentes. Irrelevância. Pleito procedente. .... 178

**ESTABELECIMENTO DE ENSINO**

- Mensalidades escolares — Arbitramento. Laudo pericial contábil. Imprestabilidade. Inocorrência. Aferição dos encargos educacionais devidamente detalhado e explicitado pelo expert. Pleito procedente. .... 182

**ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)**

- Art. 3º ..... 306
- Art. 4º ..... 306
- Art. 9º ..... 306
- Art. 28, §§ 1º e 2º ..... 284
- Art. 47, § 3º ..... 89
- Art. 136 ..... 192
- Art. 262 ..... 192
- Art. 179 ..... 324

**ESTELIONATO**

- Uso de documento falso — Concurso formal. Delitos caracterizados. Contexto probatório que demonstra a conduta antijurídica dos réus. Condenação mantida. .... 351

**ESTUPRO**

- Vide Crime contra os costumes.

**EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO**

- Vide Suspeição.

**EXECUÇÃO FISCAL**

- Prescrição — Prazo. Aplicação do art. 174 do CTN. .... 543

**EXTORSÃO**

- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Perda da função pública. Incidência. Apelo ministerial provido. .... 490

## F

### FALSIDADE DOCUMENTAL

- Delito não caracterizado — Crime de falsidade ideológica tipificado. Mutatio libelli. Inviabilidade na segunda instância. Inteligência da Súmula 453 do STF. Absolvição decretada. .... 390

### FURTO QUALIFICADO

- Arrombamento — Cumulação com disparo de arma de fogo em local habitado. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. .... 450
- Concurso de agentes — Desclassificação para a forma privilegiada. Inadmissibilidade. Valor da res furtiva acima do salário mínimo. .... 455
- Concurso de agentes e receptação — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. .... 455

## H

### HABEAS CORPUS

- Crime contra a ordem tributária — Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Inadmissibilidade. Existência de crime em tese. Ordem denegada. .... 303
- Polícia militar — Lavratura de termo circunstanciado. Possibilidade. Indiciamento por usurpação de função. Inadmissibilidade. Trancamento do inquérito policial. Ordem concedida. .... 330
- Prisão em flagrante — Paciente mãe de lactente. Concessão da ordem para conferir à segregada prisão domiciliar para o aleitamento materno. .... 306
- Prisão preventiva — Decretação. Delito tipificado e indícios suficientes da autoria. Legalidade da segregação. Ordem denegada. .... 321
- Trancamento da ação penal — Decretação. Ausência de justa causa e inexistência de indícios da autoria. Ordem concedida. .... 314

**HOMICÍDIO**

- Pronúncia — Materialidade comprovada. Indícios de autoria presentes. Decisão provisional mantida. .... 345

**HOMICÍDIO QUALIFICADO**

- Motivo torpe e dissimulação — Exclusão das qualificadoras. Inviabilidade. Condenação mantida. .... 393

**HONORÁRIOS PROFISSIONAIS**

- Perito — Majoração do quantum. Impossibilidade. Ausência de intimação da parte que requereu o exame. .... 286

**I****INDENIZAÇÃO**

- Ato ilícito — Doente mental internado em casa de saúde. Fuga. Culpa do nosocômio. Ausência. Óbito. Nexo causal não caracterizado. Pleito improcedente. .... 137
- Dano à imagem de pessoa jurídica — Protesto de título. Pagamento efetuado. Manutenção da empresa nos cadastros do Serasa e SCI. Culpa do cartório inexistente. Pleito improcedente. .... 160
- Perdas e danos — Lote. Aquisição em área pantanosa e sujeita a inundações. Vício oculto caracterizado. Verba devida. .... 84
- Perdas e danos — Nome comercial e marca registrada. Violação. Concorrência desleal caracterizada. Verba devida. .... 104
- Perdas e danos — Venda de ponto comercial. Alegação de má-fé do vendedor que tinha conhecimento da existência de execução hipotecária sobre o imóvel. Indemonstração. Pleito improcedente. .... 151
- Responsabilidade civil do município — Acidente de trânsito. Ciclista. Morte em via pública. Falta de sinalização. Verba devida. .... 41
- Seguro habitacional — Risco de desmoronamento. Comprovação. Verba devida. .... 241

**INVENTÁRIO**

- Habilitação de crédito — Impugnação. Circunstância que remete o credor às vias ordinárias. Exegese do art. 1.018 do CPC. .... 38
- União estável — Falecimento da companheira sem testamento ou herdeiros. Adjudicação de todo o patrimônio ao companheiro supérstite. Inteligência do art. 2º, III, da Lei n. 8.971/94. .... 79



**INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

- Imprescritibilidade — Exegese da Súmula 149 do STF. Exame de DNA. Não obrigatoriedade. Agravo desprovido. .... 262

**J****JOÃO EBERHARDT FRANCISCO (Dr.)**

- Notas sobre a natureza jurídica dos serviços odontológicos e a responsabilidade civil dos dentistas. .... 3

**JOÃO JOSÉ RAMOS SCHAEFER (Des.)**

- Discurso proferido por ocasião da homenagem prestada pela subseção de Lages aos lageanos ex-presidentes da OAB estadual. 563

**JÚRI**

- Homicídio qualificado — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Veredito mantido. .... 393
- Homicídios — Consumado e tentado. Deficiência dos quesitos. Comprovação. Ofensa às Súmulas 156 e 162 do STF. Cerceamento de defesa caracterizado. Julgamento anulado. .... 421
- Pedido de desaforamento — Dúvida quanto à imparcialidade do júri. Reconhecimento. Pleito deferido. .... 516

**L****LATROCÍNIO**

- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. .... 398

**LEGISLAÇÃO ESTADUAL****LEIS**

- N. 10.789/1998 — Art. 24..... 303
- Art. 36..... 303

## LEGISLAÇÃO FEDERAL

### DECRETOS

— N. 22.626/1933.....	129
-----------------------	-----

### DECRETOS-LEIS

— N. 911/1969		45
— Art. 3º, § 2º .....		50
— Art. 4º .....		50

### LEIS

— N. 1.060/1950	— Vide Lei da Assistência Judiciária.	
— N. 1.521/1951	— Art. 2º, IX.....	321
— N. 1.533/1951	— Vide Lei do Mandado de Segurança.	
— N. 2.252/1954	— Art. 1º .....	375
— N. 4.717/1965	— Art. 1º .....	223
— N. 5.172/1966	— Vide Código Tributário Nacional.	
— N. 6.368/1976	— Vide Lei Antitóxicos.	
— N. 6.513/1977	— .....	223
— N. 6.690/1979	— Art. 2º .....	160
	— Art. 3º .....	160
— N. 6.697/1979	— .....	93
— N. 6.766/1979	— Art. 3º, parágrafo único .....	84
	— Art. 34.....	229
— N. 6.830/1980	— Vide Lei de Execução Fiscal.	
— N. 7.209/1984	— Vide Código Penal.	
— N. 8.038/1980	— Art. 10.....	512
— N. 8.069/1990	— Vide Estatuto da Criança e do Adolescente.	
— N. 8.072/1990	— Vide Lei dos Crimes Hediondos.	
— N. 8.137/1990	— Art. 1º, I .....	503
— N. 8.245/1991	— Art. 9º, II .....	53
	— Art. 22, I.....	53
	— Art. 37.....	53
— N. 8.952/1994	— Vide Código de Processo Civil.	
— N. 8.971/1994	— Art. 2º, I, II e III .....	79
	— Art. 3º .....	79
— N. 9.099/1995	— Art. 69.....	330
— N. 9.249/1995	— Art. 34.....	303
— N. 9.268/1996	— Vide Código Penal.	
— N. 9.271/1996	— .....	341
— N. 9.426/1996	— .....	463
— N. 9.437/1997	— Art. 10, caput.....	375
	— Art. 10, § 1º, III .....	450

— N. 9.504/1997 — Art. 73, V .....	523
— N. 9.714/1998 — Vide Código Penal.	
<b>LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)</b>	
— Art. 12.....	306, 365, 375, 386 e 440
— Art. 16.....	365 e 386
— Art. 18, III.....	375 e 386
— Art. 38.....	375 e 440
<b>LEI COMPLEMENTAR</b>	
— N. 177/1999 (Estadual) .....	289
<b>LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)</b>	
— Art. 12.....	137
<b>LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (Lei n. 6.830/1980)</b>	
— Art. 40.....	543
<b>LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)</b>	
— Art. 7º, II .....	29
<b>LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)</b>	
— Art. 2º, § 1º.....	365, 402 e 482
<b>LOCAÇÃO</b>	
— Comercial — Prazo determinado. Infração contratual pelo locador. Comprovação. Rescisão. Pagamento da res sperata. Restituição. Centro comercial não caracterizado. Ação de despejo im procedente e pleito reconvençional procedente. ....	53
— Despejo — Falta de pagamento. Discussão de matéria relaciona da com vício na transmissão de domínio do imóvel. Debate imper tinente. Pleito procedente. ....	200
<b>LOTEAMENTO</b>	
— Implantação — Perigo de comprometimento de manancial de água potável. Inconfiguração. Loteamento aprovado pelos órgãos ambientais competentes. ....	279

**M****MANDADO DE SEGURANÇA**

- Estabelecimento de ensino superior — Matrícula indeferida. Falta de pagamento. Legalidade da medida. Segurança cassada. .... 32
- Funcionário público — Decreto que efetivou a transposição de cargo sem observância das normas constitucionais. Ilegalidade. Anulação do ato. Segurança denegada. .... 523
- Impetração contra parecer do Tribunal de Contas do Estado — Peça técnica. Ausência de efeito concreto para o manejo do writ. Ordem denegada. .... 29

**MANDATO JUDICIAL**

- Procuração — Reconhecimento de firma. Desnecessidade. .... 535

**MEDIDA CAUTELAR**

- Exibição de documento bancário — Direito do correntista e obrigação do agente financeiro. Pleito procedente. .... 99

**MENOR**

- Ato infracional — Representação sem oitiva dos envolvidos, seus pais ou responsáveis. Nulidade. Ofensa à garantia do devido processo legal. .... 324
- Criança e adolescente — Medidas assistenciais. Atribuições do Conselho Tutelar e não do Juizado da Infância e da Juventude. Inteligência do art. 262 do ECA. .... 192
- Tutela — Interesse dos avós paternos e maternos. Decisão deferindo a guarda provisória àqueles. Manutenção. Bem-estar da infante que deve preponderar. .... 284
- Visita — Regulamentação. Guarda alternada. Indeferimento. Atendimento aos interesses do menor. Manutenção do direito de visita. .... 267

**N****NARCOTRAFICÂNCIA**

- Vide Crime contra a saúde pública.

**NOTA PROMISSÓRIA**

- Vide Cambial.

**NOTICIÁRIO**

- Homenagem prestada pela subseção de Lages aos lageanos ex-presidentes da OAB estadual. .... 563

**P****PENA CRIMINAL**

- Pena-base — Redução. Agravante do art. 62, III, do CP não reconhecida. .... 518

**PETIÇÃO INICIAL**

- Indeferimento — Alegação de impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência. Pleito que encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio. Processamento do feito determinado..... 221

**POLÍCIA MILITAR**

- Lavratura de termo circunstanciado — Possibilidade. Exegese do art. 69 da Lei n. 9.099/95. .... 330

**PROCESSO CRIME**

- Defesa prévia — Ausência. Descabimento. Nulidade do feito. .... 318
- Nulidade — Réus defendidos pelo mesmo advogado. Defesas colidentes. Cerceamento de defesa caracterizado. Decretação. .. 431
- Réu revel — Suspensão do feito. Inadmissibilidade. Inaplicabilidade da Lei n. 9.271/96 aos crimes praticados em data anterior a sua vigência. .... 341

**PROCURAÇÃO**

- Vide Mandato judicial.

**PROMESSA DE COMPRA E VENDA**

- Contrato — Lote. Comprador. Inadimplência. Rescisão. Acessões construídas. Indenização devida sem direito à retenção. .... 229
- Contrato — Rescisão causada por culpa da promitente vendedora. Ressarcimento devido à promitente compradora, a título de perdas e danos, do valor atualizado dos imóveis. .... 245

**PRONÚNCIA**

- Homicídio — Materialidade comprovada. Indícios de autoria presentes. Decisão provisional mantida. .... 345

**PROVA**

- Fita magnética — Validade. .... 234

**PROVIMENTOS DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

- N. 6/1990 — Art. 1º..... 89
- N. 32/1999 — ..... 89

**R****RECURSO**

- Apelação — Ausência de pressuposto formal. Inteligência do art. 514 do CPC. Não conhecimento. .... 248
- Embargos de declaração — Erro material. Ocorrência. Correção. Acolhimento parcial dos embargos. .... 512
- Embargos de declaração — Omissão, contradição ou obscuridade. Inexistência. Reexame das questões decididas. Impossibilidade. Apelo desprovido. .... 294
- Reexame necessário — Não conhecimento. Execução fiscal. Feito extinto sem julgamento do mérito. Exegese do art. 475, III, do CPC. .... 73

**RECURSO ESPECIAL**

- Execução fiscal — Prescrição. Prazo. Aplicação do art. 174 do CTN. .... 543
- Sentença declaratória — Imprestabilidade como título executivo judicial. Exegese do art. 584, I, do CPC. .... 548

**REGISTRO CIVIL**

- Ação de anulação — Adoção. Adotando que, após a maioridade, descobre possuir dois registros: o original e o da adoção. Anulação do registro decorrente da adoção decretada. Requerente que sempre usou o nome da família natural. .... 93
- Retificação — Adoção. Pretendida alteração do local de nascimento do menor para a cidade onde residem os pais. Admissibilidade. Aplicação do Provimento n. 32/99 da Corregedoria-Geral da Justiça. .... 89

**ROUBO**

- Concurso de agentes e emprego de arma — Palavras das vítimas corroboradas pelos demais elementos probatórios. Delito caracterizado. Condenação mantida. .... 463

**ROUBO QUALIFICADO**

- Delito caracterizado — Confissão extrajudicial, palavras de co-réus e prova firme da participação ativa no fato delituoso. Condenação mantida. Recurso ministerial provido. .... 357

**S****SEGURO**

- Incêndio — Destruição total de mercadorias. Seguradora. Pagamento a menor ao estipulado na apólice. Incabimento. Direito da segurada em receber a diferença. Cobrança procedente. .... 114
- Seguro de vida — Morte do segurado em acidente de trânsito ocorrido por sua culpa. Alegação de suicídio premeditado. Inacolhimento. Obrigação da seguradora de indenizar. .... 251
- Seguro de vida em grupo — Omissão de enfermidade na proposta de seguro. Indemonstração. Cobertura securitária reconhecida. ... 36

**SEGURO HABITACIONAL**

- Casas populares — Vícios construtivos. Comprovação. Cobertura reconhecida. Responsabilidade da seguradora. .... 129
- Imóvel — Risco de desmoronamento. Comprovação. Indenização devida. .... 241

**SENTENÇA**

- Declaratória — Imprestabilidade como título executivo judicial. Exegese do art. 584, I, do CPC. .... 548
- Nulidade — Decretação. Decisão citra petita. .... 50 e 203
- Nulidade — Decretação. Decisão que extingue executacional após transação homologada entre as partes. Inadmissibilidade a teor do art. 792 do CPC. .... 219

**SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO**

- Casa própria — Prestação. Reajuste. Aplicação do Plano de Equivalência Salarial (PES). .... 121

**SONEGAÇÃO FISCAL**

- Vide Crime contra a ordem tributária.

**SÚMULAS****SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

- N. 37 ..... 41
- N. 60 ..... 170
- N. 84 ..... 208
- N. 93 ..... 65
- N. 171 ..... 365

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

- N. 149 ..... 262
- N. 156 ..... 421
- N. 162 ..... 421
- N. 282 ..... 548
- N. 453 ..... 390

**SURSIS**

- Vide Suspensão condicional da pena.

**SUSPEIÇÃO**

- Exceção — Parcialidade do magistrado. Indemonstração. Pleito improcedente. .... 296 e 514

**SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA**

- Sursis — Crime hediondo. Condenado com grave problema de saúde. Concessão do benefício. Razões humanitárias. .... 440



**T****TRIBUTO**

- Contribuição de melhoria — Recapeamento asfáltico. Obra não iniciada. Valorização do imóvel não demonstrada. Ilegalidade da cobrança. .... 188

Composição, revisão e paginação executadas  
pela Seção de Revisão  
da Divisão de Acórdãos e Publicações  
da Diretoria de Infra-Estrutura  
do Tribunal de Justiça.

### **Chefe de Divisão**

Idalete Souza

### **Chefe da Seção de Revisão**

Léa dos Santos Sousa

### **Composição**

José Tadeu de Miranda

### **Revisores**

Cleusa Maria de Souza  
Christiane Monique Callado Silva  
Eliane Cardoso de Melo  
Inge Ignez Ruschel Horn  
João Paulo da Silva  
Maria Fernandes Bez  
Sandra Mello Bottaro Vieira  
Valmecir José de Souza  
Wânia Mara Valentim da Silva

### **Índice Numérico e Legislativo**

Jorge Silveira

### **Índice por Assunto**

Juvenaldo Zangelini

Montagem, impressão e acabamento  
realizadas pela Divisão de Artes Gráficas,  
da Diretoria de Material e Patrimônio  
do Tribunal de Justiça.