

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

ANO XXVI — 1º trimestre 2002 — N. 97
Florianópolis — SC
2002

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

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

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

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

Diretor de Documentação e Informações:

Almir Tadeu Peres

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

Tiragem: 3.000 exemplares

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Tribunal de Justiça.

Florianópolis, SC, 1973 — Trimestral

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

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

CDU — 340.142 (816.4) (05)

CDD — 34005

SUMÁRIO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	V
DOCTRINA	
Ética e Justiça — Volnei Ivo Carlin, Desembargador	3
Questões de direito bancário na recente jurisprudência do TJSC — João José Ramos Schaefer, Desembargador aposentado	21
O estado de direito brasileiro e a quebra no princípio da tripartição dos poderes — Marcelo Harger, Advogado	33
JURISPRUDÊNCIA CÍVEL	
Habeas Corpus	43
Apelação Cível em Mandado de Segurança	52
Apelações Cíveis	56
Agravos de Instrumento	260
Agravos nos Agravos de Instrumento	320
Ação Rescisória	340
Embargos Infringentes	345
Embargos de Declaração	368
Medida Cautelar no Recurso Especial	370
JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL	
Habeas Corpus	375
Recursos Criminais	392
Apelações Criminais	397
Conflito de Jurisdição	496
Representação	499

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade	503
Agravo no Mandado de Segurança.....	508

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embargos de Divergência	517
Recurso Especial.....	521
Recursos Ordinários em <i>Habeas Corpus</i>	526

VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pedido de Suspensão de Liminar.....	539
Recursos Especiais Cíveis	544
Recursos Especiais Crimes.....	549
Suspensão de Execução de Sentença	554

NOTICIÁRIO

Discurso de posse do Dr. Antonio do Rêgo Monteiro Rocha no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.....	563
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

ÍNDICE NUMÉRICO	571
------------------------------	-----

ÍNDICE POR ASSUNTO	577
---------------------------------	-----

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
(novembro de 2002)

TRIBUNAL PLENO

Presidente

Des. Antonio Fernando do AMARAL E SILVA

Primeiro Vice-Presidente

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Corregedor-Geral da Justiça

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. JOÃO MARTINS

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

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

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

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

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

ÓRGÃO ESPECIAL

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

Des. Antonio Fernando do AMARAL E SILVA — Presidente
Des. JOÃO MARTINS
Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR
Des. ALBERTO Luiz da COSTA
Des. ANSELMO CERELLO
Des. JORGE MUSSI
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPAS RUBIK
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

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

SEÇÃO CIVIL

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 13h30min — Local: Auditório do Tribunal Pleno

Des. JOÃO MARTINS — Presidente
Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO
Des. ANSELMO CERELLO*
Des. CARLOS PRUDÊNCIO

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

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

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

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

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

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

Des. PEDRO MANOEL ABREU — Presidente
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA*
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — Presidente
Des. ANSELMO CERELLO*
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

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

PRIMEIRA CÂMARA CIVIL

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

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

SEGUNDA CÂMARA CIVIL

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

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

TERCEIRA CÂMARA CIVIL

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

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

QUARTA CÂMARA CIVIL

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

Des. PEDRO MANOEL ABREU — Presidente
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

QUINTA CÂMARA CIVIL — DIREITO PÚBLICO

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

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

SEXTA CÂMARA CIVIL — DIREITO PÚBLICO

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — Presidente

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

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

Des. José GASPAR RUBIK — Presidente

Des. GENÉSIO NOLLI*

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA*

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

Des. José GASPAR RUBIK — Presidente

Des. GENÉSIO NOLLI*

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA*

Des. SOLON D'EÇA NEVES

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

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

Des. SÉRGIO Torres PALADINO — Presidente

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

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

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO

Dr. JAIME RAMOS*

Dr. VICTOR José Sebem FERREIRA

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

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

JUÍZES CORREGEDORES

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

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

ARI DORVALINO SCHÜRHAUS

DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO

SÉRGIO GALLIZA

DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO

ALBERTO PIZZOLATTI REMOR

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

Dr. JAIME RAMOS — Des. GENÉSIO NOLLI
Dr. JOSÉ CARLOS CARSTENS KOHLER — Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA
Dr. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS — Des. ANSELMO CERELLO
Dr. DIONÍSIO JENCZAK — Dr. JAIME RAMOS
Dr. NEWTON JANKE — Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

DOCTRINA

ÉTICA E JUSTIÇA

Volnei Ivo Carlin*

Mude-se a justiça, famosa exclamação do mestre e jurisprudencalista francês André Hauriou, quando respondia questão concernente às exigidas transformações do Estado contemporâneo.

A questão das mudanças do Estado deve fazer objeto de uma análise nova. É elaboração para pesquisadores com suas fórmulas sistemáticas, metódicas, democráticas e reais, embora ressaltem o caráter de novidade, sem desvinculação completa do passado, num papel das reflexões históricas.

Parece oportuno e estimulante que, deliberadamente, sejam suscitadas algumas questões e, a partir delas, num outro contexto, projetem-se perspectivas, sob a ótica moral, exteriorizada uma nova ética e deontologia, pois, na verdade, vive-se hoje uma sentida alergia dos cidadãos aos privilégios que o Estado confere. E, nesse contexto, somente uma releitura da moral é que pode explicar o surgimento de um novo direito. Hoje, o equilíbrio social encontra-se visceralmente rompido.

O discurso sobre a crise de identidade do Estado contemporâneo, como se nota, insere-se em uma pesquisa de dimensão mais abrangente e muito complexa. Vamos devagar, portanto, já que nenhuma crise será suplantada, segundo Jack Lang, eminente Professor de Direito Compa-

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

rado, sem a coexistência de duas vontades fortes: a vontade de um governo embuído de um ideal claro e a vontade de um povo decidido a lutar por aspirações comuns.

Ao longo desta exposição buscar-se-á, portanto, conferir visão atualizada aos temas enfocados, e novas figuras jurídicas que levam a preocupar-se com a efetivação de prestações positivas e que tenham papel de relevo no desafio de uma sociedade redefinida.

Ao Judiciário caberá a missão de tornar mais acessíveis seus postulados traduzindo vínculos mais equilibrados entre o Estado e a sociedade para que, metodologicamente, priorize-se o cidadão, isolado ou em grupo, e não a autoridade.

Num enfoque atualizado e evolutivo, busca-se o aprimoramento do justo e, por isso, da paz social.

Nesse quadro, é que a ética do magistrado e da magistratura, que raramente era colocada em questão, revela-se atualmente um dos assuntos mais mobilizadores, tanto no plano prático como naquele de reflexão.

Falar sobre o juiz, seu comportamento, suas relações funcionais e extra-atividades profissionais, pressupõe um certo número de difíceis opções preliminares e reações várias. A esse respeito, orienta Raymond Lindon, “é preciso ter sido magistrado para bem os conhecer, já que eles sempre suportam mal tanto os olhares exteriores, quanto as críticas da própria classe”.

DA CRISE FINANCEIRA

Deve resultar da tomada de consciência da necessidade de tirar melhor partido dos recursos disponíveis. É a crise provocada e onipresente. Conceber e organizar o trabalho, melhorando o equacionamento das receitas disponíveis.

DOS CONFLITOS ÉTICOS

À hora atual mais e mais países passaram a preocupar-se com a aplicação da deontologia: seus princípios teleológicos, seu desenvolvimento, sua administração racional e seu futuro.

Ética e deontologia são importantes componentes da identidade profissional e estão na ordem do dia, talvez em razão dos séismos comuns que sacudiram todas as profissões: instantaneidade da comunicação e

políticas de resultado, descrédito do serviço público, fenômeno do nepotismo, corporativismo e dos *lobbies* (ou grupos de pressão).

Uma aceleração da crise ética começou a ser sentida depois do *collorgate* e, na França, dos inúmeros conflitos econômicos e financeiros, quando o comportamento, público e privado, de certos juízes começou a suscitar vivas reações, comentários apaixonados e verdadeiras polêmicas, sempre contornados de rara publicidade e discussões de cunho ético.

Daí, a ética deixou de ser um problema menor e secundário, mas essencial e de grande acuidade.

Para efeitos didáticos e salutar reflexão vamos, sinteticamente, examinar alguns conceitos que envolvam os atores que se ocupam da justiça com vantagem de fazer uso da interdisciplinariedade e sublinhar antinomias entre a teoria e a prática.

DEONTOLOGIA — Distinções

A palavra deontologia foi empregada pela primeira vez pelo filósofo, jurista e economista inglês Jeremy Bentham, em 1834, enquanto André Damien constatou que seu primeiro emprego, como neologismo, no artigo publicado em 1º/11/1874, na *Revue des Deux Mondes*. Originariamente na filosofia e na religião.

ETIMOLOGIA: Dois vocábulos gregos: *deontas* — o que é obrigatório, aquilo que é preciso fazer, são os deveres de uma profissão, e *logos* — é o conhecimento transmitido mediante provas, é o discurso prático sobre uma matéria (*logos*: ciência ou estudo).

CONCEITO: Deontologia designa o conjunto de regras e princípios que ordenam a conduta de um profissional. Segundo Buffelan, é a ciência que trata dos deveres a que são submetidos os componentes de uma profissão. É fenômeno inerente às profissões. Ela opera no campo profissional. Exige em seu estudo noções de disciplina, falta e sanção. É a ciência dos deveres de uma profissão. Contrapõe-se à diceologia que é a disciplina dos direitos.

Para manter o contexto, em realidade, parece desejável, agora, examinar as relações próximas da deontologia, como a ética, a moral, o direito, a bioética e a diceologia.

ÉTICA

A primeira função vem da análise do comportamento humano, surgindo, em fase ulterior, como uma doutrina dos costumes, aludindo à conduta moral e, dentro dela, ao comportamento jurídico.

Não possui caráter legal, traduzindo-se, enfim, no respeito às regras de conduta não sancionadas por outras normas. Não é direito, não é deontologia e não é moral, portanto.

CONCEITO: consiste na conduta profissional, feita a partir da afirmação de valores e da prática de técnicas consoante esses valores.

Há, atualmente, na França e no Brasil forte movimento político-social em favor da ética, que se distingue da moral, compreendida esta como uma concepção mais ampla, referente a todos os campos de ação do indivíduo, enquanto a *ethic* se circunscreve ao campo limitado da vida profissional, embora possa existir moral na atuação da ética. Esta pode exteriorizar-se de forma verbal, com gestos, pela voz, por expressões e confirma-se pelas regras não escritas. Karl-Otto Apel traz a ética para as instituições legais, políticas e econômicas (1922). Diz que se arrepende por não haver estudado esta disciplina (ética) suficientemente.

A ética não se confunde com o direito posto que esse se consubstancia num conjunto de regras obrigatórias para todos viverem em sociedade e sancionadas em caso de seu descumprimento. A noção de ética, nota-se, é muito mais ampla que a de direito. Preocupar-se com a ética equivale a interrogar a própria consciência (cf. Jean Pierre Changeux. Fundamentos Naturais da Ética, Ed. Odile Jacob, 1993).

Deontologia: opera no campo da norma profissional (= no campo das normas ou das regras), enquanto a ética está vinculada ao valor e à identidade profissional, portanto, sua atuação é mais ampla do que aquela.

Bioética: As novas técnicas de reprodução humana (estatuto do embrião, estado civil dos transexuais, mães de aluguel, procriação pela inseminação artificial, fecundação *in vitro*, manipulações genéticas) vêm despertando, crescentemente, uma verdadeira conscientização para o fenômeno, denominado pelos especialistas de bioética. Entende-se esta como a maneira de regulamentação das novas práticas biomédicas, atendendo três categorias de normas: deontológicas, éticas e jurídicas, que exigem comportamento ético nas relações da biologia com a medicina, e com o direito. A bioética também é conhecida como engenharia genética ou biotecnologia, sendo que, no Brasil, a matéria é

tratada, parcialmente, pela Lei n. 8.974/95, chamada Lei da Biossegurança.

Florescem modernamente empresas consultoras que assessoram sobre regras de conduta; escolas passaram a ensinar ética, tornando-se um movimento cultural, segundo A. Garapon, que objetiva reimplantar valores jurídicos e políticos em termos éticos, permitindo reduzir os conflitos e diminuir o sofrimento dos homens. Seria o renascimento da discussão ética (ressurgimento). Sobre a teoria dos valores, consultar, com vantagem, Johannes Hassen, em seu clássico “Filosofia dos Valores”.

A bioética corresponde, sem dúvida alguma, a uma verdadeira revolução cultural (surgiu nos EEUU, nos anos 60, provocando verdadeiro choque cultural), em razão da qual os tribunais não podem silenciar, sob pretexto de insuficiência de lei e pena de denegação de justiça. Há exigência de uma renovação institucional e de mentalidade do julgador. Estuda-se o “futuro do direito e da cidadania”, no final do milênio conturbado por fatores bioéticos, segundo Miguel Reale, Estado de São Paulo, 7/9/1996, pág. A-2.

OBJETO DA ÉTICA: Consiste nas regras morais ou jurídicas que devem reger uma determinada profissão (sob o ponto de vista funcional). São os códigos de deontologia. Enfim, o objeto da ética é o correto atuar da pessoa humana, evitando atitudes antideontológicas.

Nos últimos anos, o comportamento ético do juiz vem constituindo objeto de atenção do público com uma visível frequência (maior visibilidade de sua ação, fenômeno da mídia etc.). Tanto assim que, em conferência transmitida, via Embratel, dia 11/10/96, na Justiça Federal, Florianópolis, Damásio de Jesus, disse que será vivida a época de aplicação da ética.

Exemplificar que o debate Clinton X Dole, na TV americana, teria-se constituído num debate ético.

NATUREZA DA ÉTICA: Se constata quando um homem, em ambiente de liberdade, exercita suas principais faculdades (como a inteligência e a vontade), executando atos previstos na lei.

EM BUSCA DE UMA TEORIA ÉTICA

O comportamento ético do juiz, nos últimos anos, em países como o Canadá, EEUU, Inglaterra, Escócia e Irlanda, vem constituindo objeto de atenção do público com uma visível frequência, razão pela qual

advieram as denominadas instâncias de reflexão para equacionar os problemas éticos particularmente difíceis.

INSTÂNCIAS DE REFLEXÃO

Concernentes aos processos deontológicos e sua multiplicidade de problemas de aplicação, particularmente difíceis, resta criar-se instâncias de reflexão, que se ocupem da evolução do direito, como o IHEJ, em que especialistas em ética, sociólogos e pesquisadores, ocupam-se em analisar os conflitos éticos das relações profissionais com conseqüente pedagogia e regulamentação preventiva. Exemplos: Conselho Canadense, American Bar Association e na Grã-Bretanha. Existem as instituições do Lord Chancellor. Será que o juiz brasileiro estaria aberto para começar a discutir sua ética? O que está em jogo é a capacidade do juiz de criar suas próprias regras, autodisciplinando-se, enfrentando suas deficiências sobre honestidade, honra, sobre seu juramento.

NECESSIDADE DA ÉTICA

É uma exigência a qualquer atividade humana, máxima quando vai de encontro à tomada de decisões que repercutem nos interesses de outras pessoas ou da coletividade, como é o caso da função do juiz, cuja atuação deverá preencher (completar) as lacunas do direito, valendo-se de sua ética, tida como conquista das ciências contemporâneas.

A atividade jurisdicional impõe uma deontologia indispensável e internamente ligada à noção do juiz natural. As normas de conduta ética encontram-se excluídas de um fenômeno de moda, sendo antes uma aspiração de classe e uma necessidade profunda de reinterpretar os juízos políticos e jurídicos em termos éticos.

Daí, no contexto, chega-se à indisfarçável crise de identidade a que se encontra o juiz de hoje.

DA CRISE PROFISSIONAL

As profundas e complexas transformações do planeta e de nosso espírito têm levado longamente a sociedade a refletir sobre novas ações públicas. Estaríamos todos preparados para tais mudanças?

Nos últimos anos, a crise do juiz é atualidade constante e problema que suscita comentários apaixonados e verdadeiras polêmicas, que atingem a própria imagem do Judiciário.

Tratar da crise do processo estabelece um exercício delicado e perigoso, notadamente quando enfocada a questão sobre a ordem ética, dentro de uma inadaptação da deontologia clássica e que deixa antever a resistência daqueles que não se ajustam aos padrões morais da sociedade. A mudança de mentalidade e a alteração do conceito de moralidade, por certo, iriam provocar a purificação do ambiente da justiça.

A figura do juiz, que sempre esteve na proa de nossa sociedade, encontra-se em crise: a lentidão, o alto custo da justiça, a extrema falta de confiança da opinião pública acerca de seu trabalho exigem uma nova concepção de justiça: objetividade, eficácia, rispidez e transparência, além de cultura.

IDENTIDADE: falta de estrutura para seus valores morais, o que desequilibra seu pólo ético e legal. Crise é, aqui, usado como desvio de um modelo padrão. Daí três reflexões: crise de suas funções, crise da dimensão de suas funções e crise de seu poder criador de direito, como operador do direito.

LEGITIMIDADE: Para alguns encontra-se na oral evangélica do julgamento: “como vós julgueis, vós sereis julgados” (São Mateus).

Para outros, a legitimidade está na qualidade do serviço que presta e, pois, na sua competência (A. Garapon, *Le juge et son éthique*). Para a tradição positivista (Augusto Comte), sua legitimidade provém da lei, consoante a célebre fórmula “o juiz é a boca da lei”, jurando “bem e fielmente desempenhar suas funções”. Finalmente, segundo política Italiana, na operação “mãos limpas, a legitimidade é adquirida junto a opinião pública” (Stefano Mogini, *Le juge et la Révolution Italienne*) e o apoio da mídia. Cada qual, em realidade, deve procurar sua legitimidade, pois, sem justificação, o seu poder deriva de uma impostura.

Sob três aspectos da crise de legitimidade do juiz manifesta-se: pelo recrutamento, pelo exercício político e pelo declínio da jurisprudência.

CONCURSO: Este é procedido sem análise das qualidades do recrutado, sua personalidade, sua formação, com valoração de seus títulos e experiências, sem conhecimentos técnicos, sem sensibilidade para conhecer a alma humana e seus problemas.

Esquecem-se que, hoje, os cidadãos são mais informados e exigentes, daí esperarem da justiça um melhor serviço. No Brasil, a

situação é mais grave, merecendo destaque a falta de critérios, as deficiências e incertezas dos sistemas de recrutamento, exteriorizando o candidato selecionado, como se fossem “candidatos de ocasião”, sem jamais se interessarem em penetrar no âmago da profissão.

A jurisprudência supõe durabilidade. Hoje, porém, o processo vem diluído, pois o direito muda e muda rápido. Alheios a essas transformações, no entanto, a maioria dos magistrados apegam-se a *slogans* e à estratificação das súmulas, que substituem sua convicção e impedem a evolução do direito. Transparecem aí os elementos de uma crise.

A lei, como crise, é fato notório pelas incertezas geradas e sua grande inflação, que revelam inadaptação de regras e indeterminações de conceitos.

Em face da dessacralização e do desaparecimento do mistério de sua gênese, que leva a não mais se acreditar no caráter transcendental da lei, surgem os problemas relativos à falta de confiança e à ruptura da consciência, conduzindo à clássica pergunta: é melhor escolher bons juízes ou é melhor submeter aos maus juízes boas regras de direito?

O melhor é: o exame do papel do juiz na interpretação da lei e do legislador na revelação do direito.

DOS PARADOXOS JUDICIÁRIOS

A estabilidade jurídica deixa de prevalecer, por vezes, mais pela presença do fenômeno conhecido como “Paradoxos do Judiciário”.

FALTA DE TALENTO DO JUIZ

Talento aqui é entendido como as aptidões profissionais que um indivíduo possui e que, por seu trabalho, torna-se produtivo para a sociedade no domínio de uma técnica ou ciência determinada.

Vocação, no entanto, pode configurar-se numa encruzilhada na vida de um inexperiente jovem, cuja decisão transcende a hora presente para projetar-se no porvir inteiro e, muitas vezes, sem possibilidade de voltar atrás.

Aqui entra, sob o plano profissional, que este tenha sua missão clara para que sua “deontologia” conserve ou retome algum sentido prático. As atividades cotidianas modificam-se: elas são caracterizadas

por homens sobrecarregados de tarefas múltiplas, alterando sua concepção de deontologia.

Na realidade, estudar a magistratura brasileira supõe um estado permanente de perplexidade. A vocação de um magistrado é revelada, por vezes, em conversação com um colega, por consulta às listas de concursos disponíveis para bacharéis em direito, pela procura de um trabalho conveniente, pelo convite sedutor de parente ou amigo que já integre o quadro, como consequência lógica da profissão do pai.

A situação é mais inquietante porque a sociedade encontra-se na fase tecnológica e em processo de grandes mutações, mais exigindo de seu juiz, embora os recrutamentos sejam premeditadamente facilitados. Há até caso de certos jovens que decidiram “fazer-se” magistrados, sem tomar conhecimento sequer dos deveres e das responsabilidades que esta carreira lhes impõe para exercer com alguma honra tal profissão. Eles apenas sonham com esta função pública rodeada de certo prestígio que os conduzirá docemente – no sentido de deixar o tempo passar despreocupadamente – a uma aposentadoria, bastando, para tanto, sentarem-se à poltrona de juiz (lição de Alain Bancaud).

Uma orientação responsável e uma análise prévia fazem-se necessárias para que se evitem estas vocações “precárias”, ditadas pela sorte ou pela ilusão. O contrário será desconfiança, frustração, insegurança, tráfico de influências e estímulo à violência.

Segundo Paradoxo: DA IGNORÂNCIA DO DIREITO

A vida é um processo contínuo de superação. Os estudos servem eficazmente para cultivar a personalidade, aperfeiçoar a convivência social, disciplinar a inteligência, despertar o espírito crítico, a objetividade e a metodologia, indispensáveis à interpretação das leis e ensinar o caminho da verdade, exaltando o seu sentido moral e a solidariedade humana, na busca da adaptação do *savoir-faire* utilizado na aplicação das regras jurídicas e deontológicas.

A ignorância de certos profissionais em matéria jurídica é estupefacante e sua vontade de não recorrer aos livros é incompreensível, confirmando uma verdadeira crise qualitativa: confirma-se a desconfiança e a deterioração da imagem da justiça justificada pela baixa qualidade do profissional da magistratura.

Enquanto isso, na França, “coloca-se a justiça no seio dos grandes debates da sociedade, da ética à bioética, devolvendo a preparação de 31 meses para a judicatura, além de cursos de formação continuada”.

Terceiro Paradoxo: DO CULTO DO PRECEDENTE

No Brasil, encaminha-se o juiz ao culto do precedente, deixando-o preso ao passado e distanciando-o do mundo presente, e daí têm-se os especialistas em coleções inteiras de jurisprudências, verdadeira enciclopédia daquele que se julga como numa verdadeira “verdade jurídica”, tudo diante da lógica da manutenção do respeito à hierarquia e obedientes às regras do jogo, o que demonstra a sua insegurança e a sua submissão voluntária. Na moda, atualmente, com seus prós e contra”, discute-se a instalação da súmula vinculante. Assunto para outro debate, não?

DAS VANTAGENS E DESVANTAGENS DO DESPERTAR ÉTICO

O cidadão comum passa a ter percepção de que, tal como ocorre no setor privado, o poder público apresenta, em geral, sintomas de acelerada decomposição, tanto que há denúncias seguidas em que são demonstradas a violação às mais rudimentares normas éticas, entendidas estas como regras de moral e de valores do ser humano.

Torna-se, pois, imprescindível a recuperação do poder público, melhorando-se práticas administrativas, para purificar o exercício do poder e restaurar a confiança dos cidadãos na administração do Estado.

A atividade judicial, universalmente discutida, não escapa dessas considerações iniciais.

Os questionamentos sobre as relações éticas e a atividade forense são remotas. Problemas de choque de aplicação dos postulados ao valor e identidade são evidentes.

ELABORAÇÃO DE UMA ÉTICA PÚBLICA

O primeiro choque ético resultou, no século XX, da descoberta das experiências humanas nazistas (Código de Nuremberg, 1947, e declarações posteriores).

No momento, na Europa, o objetivo é o de obter certa harmonia entre as várias políticas sobre o assunto, ocasionando reflexões relativas aos direitos do homem e à produção de normas de comportamento profissional (= normas deontológicas).

A justiça, com certo atraso, tenta reconquistar seu prestígio, sincronizando-se com os movimentos que buscam redefinir a sua identidade e a relação entre seus valores morais e jurídicos. Busca, na concepção

de novos valores, assegurar um conteúdo ético a todo o processo de transformação. Seria a verdadeira elaboração de uma ética pública, como resultado da reflexão sobre métodos e comportamentos.

ÉTICA DA JURISDIÇÃO

Por força das circunstâncias, o juiz encontra-se rodeado de pessoas que não cessam de dizer-lhe que homem formidável ele é. Caso comece a acreditar, estará ele perdido. Prudência e sabedoria constituem o melhor conselho.

As normas de conduta ética estão excluídas do fenômeno da moda, correspondendo a uma necessidade profunda, e sob o resultado, diz Garapon, de “um movimento cultural de conjunto que tende a reinterpretar os juízos políticos e jurídicos em termos éticos”.

Assinale-se que, no campo do juiz ou da jurisdição, a aplicação de regras consiste na adoção dos “princípios de conduta que ele dá a si mesmo no exercício de suas funções” (Gachuche Lacoste).

A ética judiciária constitui a essência da ação do juiz. Ela representa uma qualidade pessoal e indispensável do juiz, de quem se deve exigir um nível de conduta superior, com intuito de melhor orientá-lo no controle da aplicação do direito.

OPOSIÇÕES: Não se trata de prescrever um catálogo de comportamento conveniente para o juiz e, tampouco, exigir um censor, mas somente de se tentar levar o termo a uma meditação. Mas se apontam razões para recusar a observância dos princípios éticos.

O assunto tem enfrentado resistências, pois no Brasil, ao contrário de outros países (França e EEUU), a ética não é questão vergonhosa e a farta literatura, aqui, repugnam a discussão do tema. Observa-se, no mais, a fraca teorização da função do juiz, aliás, quase inexistente na literatura brasileira, na qual sequer se procura, por medo ou falta de tradição, debater os comportamentos aéticos e que não são poucos.

A nossa tradição jurídica tem, ensina Garapon, ao menos três boas razões para recusar, de pronto, a ética do juiz: a) tradição positivista; b) denegação da autonomia (reprimir e tratar da questão); e c) preponderância da doutrina.

RAZÃO DE SER DAS REGRAS ÉTICAS

Do fato de os juízes estarem submetidos a uma disciplina e a deveres (objetivos e subjetivos), extrai-se o compromisso de bem atender aos interesses da justiça e dos jurisdicionados. Com tais comportamentos éticos, que são válidos universalmente, haverá uma redução de conflitos, variáveis conforme os homens e as situações (os conceitos de ética mudam de país para país).

É preciso constatar, assim, que a estrutura ética apresenta-se para o juiz, especificamente, em forma de conflitos, quer relativos a sua função ou quer relativos à própria pessoa do juiz (seu agir, seu recrutamento). Geralmente o juiz malformado que pensa de uma maneira, mas atua de outra e, finalmente, sua vida privada está longe de ser um exemplo para alguém.

É evidente, este juiz violou, totalmente, a confiança do público. E mesmo que seu julgamento encontre-se na lei, todos duvidarão da qualidade de sua sentença.

Sabe-se que o juiz vive, cotidianamente, o conflito entre o direito e a equidade, optando entre o justo e o legal, na busca de sua melhor ética processual. A lei de um lado contraria sua consciência, e de outro a equidade lhe impõe aplicar a lei que sua ética rechaça (v. g. aborto, eutanásia).

Questiona-se: deve o juiz, em tais casos, privilegiar a segurança jurídica em respeito aos códigos e textos, ou abrir novos caminhos e exercer seu poder criador? E qual seria a fronteira desta evolução? Como decidir? Onde se colocar a ética? Qual a sua resposta na preocupação do interesse geral e dos interesses particulares? No direito de família, há forçar na solução amigável ou aplicar o direito permanente?

São interrogações que demonstram as dificuldades da profissão e que exigem conhecimentos teóricos e práticos, em domínios multidisciplinares e mesclados de natureza ética deontológica.

CONFLITOS RELATIVOS À INSTITUIÇÃO JURISDICIONAL

Há problemas éticos que procuram soluções muito além dos estatutos e leis orgânicas, cujos equacionamentos encontram-se nos métodos de trabalho e no preparo intelectual do magistrado, conforme se refere o direito comparado.

Quando e em que condições pode o juiz receber presentes? Qual a sua obrigação de reserva com referência às atividades políticas? Pode o

juiz participar de convenções de partidos? Como resolver estas querelas quando elas repercutem na atmosfera interna e externa da justiça?

Especificamente, no campo profissional, como deve um juiz proceder quando um comportamento de outro juiz choca sua ética pessoal? Recorre à ordem interna ou cede à tentação da imprensa? E os comportamentos que não atendem à hierarquia? E aqueles que parecem de atitudes suspeitas, contrárias ou moralmente escandalosas?

Mais: Qual a saída ética quando se recebe, sobre uma ação, pedido político ou de superior hierárquico? As imperfeições do sistema (desídia, laxismo, desonestidade etc.) passam pela cumplicidade ou devem ser denunciadas? E como gerir a incapacidade e os conflitos psicológicos de certos magistrados? Os males do alcoolismo, da crônica preguiça, da desonestidade (intelectual ou não) da carência de honra, da ética mais elementar devem ser tolerados? Tais inconduitas devem ser admitidas em nome do corporativismo ou não?

CONFLITOS RELATIVOS À PESSOA DO JUIZ

Cada cultura tem algo a dizer no que respeita à ética, mas, na verdade, “as faltas dos magistrados devem ser menos toleradas do que as das outras pessoas” (Gérard Wolff, *Les Magistratis*).

Nada pior que um juiz do estilo monge, de um teologista do direito: ele passa lamentando seu excesso de trabalho, praguejando que está mais sobrecarregado de processos que seu colega, que sua instituição é a eterna desfavorecida. Vive ele em permanente crise pessoal e funcional.

O PERFIL DO JUIZ IDEAL

Deixando de lado os conceitos históricos acerca do que seja, idealmente, um juiz (Sócrates e Kelsen), temos que, recentemente, no Canadá, duas obras foram publicadas sobre a melhor conduta do juiz, dentro e fora da Corte, revelando questões de ordem deontológica.

Na França, em nossos dias, o fenômeno adquiriu a concepção de uma “magistratura cidadã”, comprometida com as instituições políticas e sociais, favorecendo-se os subúrbios na chamada justiça de proximidade. E é nesse contexto que o juiz europeu tenta buscar sua identidade, numa atmosfera simpática ao interesse geral e superior aos interesses e idéias da vida coletiva, sua identidade ética, ante o convívio social.

A IMAGEM IDEAL DO JUIZ

Os critérios de excelência profissional são múltiplos e complexos, além de contraditórios. O professor de direito, o sociólogo, o advogado, o operário, o policial, o jornalista, por exemplo, têm opinião diferente sobre o tema.

O juiz revela-se, na lógica social, fundamentalmente, entre o relativo e o absoluto; a estagnação e a mudança; o rigor e o laxismo; a competência e a ignorância; a independência e a submissão; a adoção do princípio do *who's who*, do qual muitos, infelizmente, gostam de fazer prova.

Na consciência popular a imagem ideal do juiz secular e perfeitamente enraizada consiste na opinião de que o protótipo de juiz é aquele que guia sua ação segundo bases éticas sólidas.

REFERÊNCIA PARA UM MODELO

Não existe, comprovadamente, nenhum modelo de referência, nenhuma definição unívoca de um *métier* que possa tornar-se multiforme e pluralista. Existe crise de protótipos, em face de ausência de referência, o que torna impossível traçar um modelo de juiz. A tarefa de dizer o direito é, pois, um trabalho sempre recomeçado, sendo difícil contornar seus limites como o é fixar a figura ideal de um juiz.

Uma concepção de funcionamento das jurisdições e do papel do juiz

Referências: Avaliação da eficácia, produtividade, intérprete e legislador.

Dos estereótipos masculino e feminino. Repensar a carreira em face de suas repercussões organizacionais. Do juramento. Da legitimidade e da independência do juiz. Do complexo binômio ética/disciplina.

Do conteúdo das normas deontológicas e do lugar da ética em face da prova ambivalente (caso julgamento Collor). Da justiça literal e da justiça de resultado. Das menções especiais em matéria de ética (das difíceis relações de juiz com a mídia, com os advogados e com os cartórios. Um exemplo, trazido pela folha de São Paulo, dá uma certa forma da escolha de um juiz do STF: Min. Ilmar Galvão. Perfil: fez carreira bancária, baiano, 59 anos, magistrado sem expressão e anódino

político. Indicado como uma reivindicação do “esquecido nordeste”. Foi nomeado por Collor em 1991 (Folha de São Paulo de 3/9/1992).

CONCLUSÕES

1º) O objetivo da palestra não é extrair idéias definitivas a respeito do tema focado, visando, antes, a inspirar uma desafiadora deontologia profissional.

Assim, vimos que, o exercício da atividade jurisdicional não é concebido sem reportar-se às regras de consciência: moral, ética e deontológica. Tais disciplinas são mutáveis; consoante perpétua evolução da sociedade. O surgimento de um código de ética do juiz é a realidade que se anseia para assegurar a ordem da profissão. Pergunta-se: Não seria aconselhável conceber uma deontologia só para juízes? E a criação de instâncias de regulamentação ética? Não seria básico distingui-las das instâncias disciplinares?

2º) É verdade, questões éticas e deontológicas, por vezes, podem suscitar problemas concretos mais delicados, cada juiz devendo encontrar a solução, atendendo a circunstâncias particulares. O desrespeito às normas de conduta, à falta de confiança do público na atividade do juiz, quando desprovido de ética, “pode ver desaparecer sua própria identidade profissional” (Denis Salas), ou seja, as inconduas éticas podem esfacelar a personalidade do magistrado (= sua imagem).

Assim, a formulação de um código prático sobre a conduta do juiz deve destinar-se a ajudá-lo a melhor compreender suas obrigações como pessoa que exerce funções públicas extremamente importantes e delicadas. A emissão de um Código de Deontologia Judiciária é indispensável para fortalecer a carreira, embora fatores como idade, sexo, competência intelectual, origem, mentalidade, valores, podem levar à contestação. Questiona-se: Até que ponto os juízes pretendem refletir sobre seus conflitos éticos? Realmente, o que está em jogo é a capacidade de uma profissão discutir suas próprias regras, de autodisciplinar-se, o que a levaria a demonstrar seu amadurecimento e independência.

3º) Realmente, a única saída honrosa seria uma correta regulamentação, por via deontológica, notadamente preventiva e discutida, no campo interno, em verdadeiras instâncias deontológicas de meditação, conhecendo-se projetos e códigos em discussão, todos preocupados na elaboração de parâmetros transparentes de comportamento particular e profissional. Aí poder-se-á levantar

questionamentos, alguns com prontas soluções, por exemplo: quais os procedimentos adequados para assegurar a eficiência, correção e mínimo decoro das funções jurisdicionais? Como poderão atuar, eficazmente, as inspeções correccionais? A cargo de quem ficará a instrução de um procedimento ético? É aconselhável um juiz julgar o comportamento de outro juiz? Pode um juiz ser guardião da ética de outro? Conclusão: Uma reflexão prioritária deveria suscitar as novas reformulações deontológicas e seus desequilíbrios. Enfim, são projetos que encorajam uma próxima pesquisa.

4º) As questões de ética/deontologia devem ser tratadas de forma clara, pública, global e profissionalmente como um movimento político-cultural de modernização do serviço público da justiça e como assunto-objeto de nosso tempo, o que conduziria à elevação das qualidades do ser humano, como dignidade, espírito de decisão, sensibilidade e senso do dever.

Na verdade os valores éticos têm reclamado manifestação de conteúdo prático e decisivo, no interior dos sistemas profissionais. O produto final dessa nova mentalidade pragmática será a esperança de uma nova e melhor justiça.

BIBLIOGRAFIA

CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, pág.15.

CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia Jurídica*. Ética e Justiça. Florianópolis: Obra Jurídica. 2ª ed., 193p.

DAMIEN. André. *Les règles de la profession d'avocat*. 7ª. ed., Paris: Dalloz, 1992.

GARAPON, Antoine. *Justice et Médics*. Paris: Notes de la fondation Saint-Simon. 1994, 32p.

GARRAFA, Volnei e Berlinguer, Giovanni. *O Mercado Humano*. Brasília: UnB. 1996, 213p.

LUDET, Daniel *et al.* *Les Juges*. Pauvoirs. Paris: n. 74, 1995, 231p.

OLIVEIRA, Regis de. *O Juiz na Sociedade Moderna*. São Paulo: FTD. 1997, 126p.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, págs. 3 – 361.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1987, 213p.

QUESTÕES DE DIREITO BANCÁRIO NA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO TJSC

Des. João José Ramos Schaefer
1º Vice-Presidente do TJSC

Sumário

— Notas sobre a especialização das Câmaras — As questões mais discutidas — O arrendamento mercantil e a cobrança do VRG — A vinculação dos contratos ao dólar — Permanência do bem em poder do devedor acionado judicialmente — Contrato de abertura de crédito rotativo e crédito fixo — A demonstração do débito nos contratos de crédito fixo — Possibilidade de emenda da inicial da execução — Aplicação aos contratos bancários do CDC — Controvertido o entendimento na 3ª Câmara Civil em relação à aplicação do CDC a contratos anteriores à sua vigência — Admissibilidade do depósito por consignação na revisional — Comissão de permanência — Inacumulabilidade com a correção monetária — A capitalização de juros — A taxa de juros. Auto-aplicabilidade ou não do art. 192, § 3º, da CF — Inscrição do devedor no cadastro do Serasa e afins — A TR como fator de correção monetária — A cláusula de mandato — A prisão civil — Outras questões também relevantes.

Notas sobre a especialização das Câmaras

A especialização das Câmaras Cíveis no Tribunal de Justiça de Santa Catarina era uma aspiração antiga, até mesmo como fórmula de atenuar,

pela redução do espectro de temas a cargo de cada Câmara, a notória insuficiência do número de membros do Tribunal diante do crescimento vertiginoso dos recursos aportados ao órgão.

No ano 2000, elevado de 27 para 30 o total de Desembargadores do Tribunal, foi possível instituir a especialização, transformando as 4 (quatro) Câmaras Cíveis então existentes, cada uma com 4 (quatro) integrantes e competência ampla em todas as matérias não criminais, em 6 (seis) Câmaras, com 3 (três) membros cada qual, sendo 2 (duas) de Direito Civil, 2 (duas) de Direito Comercial e 2 (duas) de Direito Público.

Os julgamentos — a especialização começou na verdade em janeiro de 2001 — tornaram-se mais céleres, porque não havia em cada sessão de julgamento a multiplicidade de temas que ocorria anteriormente, de Direito Administrativo, Civil (Família, Posse, Propriedade, Coisas, Sucessões) e Comercial (execuções de contratos, de cambiais, falências, sociedades etc.) e questões processuais relacionadas àqueles três ramos do Direito, mas competência definida de cada grupo de duas Câmaras, em temas ou de Direito Civil, de Direito Comercial ou de Direito Público em geral.

Tendo presidido a 4ª Câmara Civil por cerca de 10 anos, decidi, após 18 meses dela afastado pelo exercício das funções de 1º Vice-Presidente, “revisitá-la” e a sua coirmã, 3ª Câmara Civil, para atualizar-me, no conjunto da obra que realizam, sobre como vêm decidindo as questões de Direito Comercial — agora sua especialidade — que lhes são submetidas.

Não se trata de uma incursão profunda, abrangente de toda a gama de decisões que as duas Câmaras têm proferido, mas da tomada de flagrantes, a partir de cinco ou seis publicações de seus acórdãos no Diário da Justiça, sobre algumas das questões mais frequentes na pauta de seus julgamentos.

As questões mais discutidas

Levantamentos que precederam à instituição da especialização das Câmaras evidenciaram que cerca de 35% dos recursos envolviam no pólo ativo ou passivo uma instituição financeira.

Começo, pois, pelo exame da jurisprudência das duas Câmaras em torno dos contratos bancários.

O arrendamento mercantil e a cobrança do VRG

As discussões em torno do *arrendamento mercantil* têm provocado inúmeros recursos, estando pacificado o entendimento, a partir do julgado do Min. Ruy Rosado de Aguiar, do STJ, no REsp n. 178.272/RS, de que a cobrança antecipada do chamado valor residual garantido (VRG) desfigura o contrato, “que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, c, c/c o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099/74, alterada pela Lei n. 7.132/83)...”.

Estão nessa linha, entre outros, acórdãos da lavra dos Des. Pedro Manoel Abreu (AI n. 2000.015772-4, DJ de 25/6/01, pág. 34) e Cláudio Barreto Dutra (Ap. Cív. n. 2000.010353-5, DJ de 2/7/01, pág. 25) e voto vencido do Des. Silveira Lenzi (Ap. Cív. n. 2001.004711-0).

Diverge na 3ª Câmara Civil, quanto ao reconhecimento *de ofício* da desfiguração do contrato de arrendamento em tais condições, o Des. Cláudio Barreto Dutra, cuidando que não se trata de matéria de ordem pública (Ap. Cív. n. 2000.010353-5), votando o Des. Silveira Lenzi, contudo, pela admissão, de ofício, do exame dessa matéria, conforme voto manifestado na aludida apelação, no que foi acompanhado pelo Des. Sérgio Paladino, sendo essa também a posição da 4ª Câmara Civil.

A vinculação dos contratos ao dólar

A vinculação das prestações dos contratos de arrendamento mercantil ao dólar tem suscitado inúmeras controvérsias.

A posição das duas Câmaras parece firmada em que tal correção deva ser feita pelo *indexador oficial do País, o INPC*. Nesse sentido o julgamento do AI n. 2000.012636-5, de Chapecó, rel. o Des. Trindade dos Santos (DJ de 25/6/01, pág. 33), ao fundamento de que “a alta abrupta do dólar americano não se inseria nesse contexto de previsibilidade”, tendo havido uma “elevação a níveis inesperados da cotação da moeda americana”, a justificar a substituição do indexador pactuado pelo INPC.

Assim também o sustentou o Des. Pedro Manoel Abreu no AI n. 2000.010709-3, entendendo que “se a discrepância entre as condições existentes quando da contratação e a situação no momento da execução for grande o suficiente para romper o equilíbrio contratual, quebrada estará a base do negócio jurídico, a justificar a adequação do contrato à nova realidade”.

Foi essa orientação adotada também na Apelação Cível n. 2000.006977-9, Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, ao entendimento de que a alta significativa do dólar em relação ao real importou em onerosidade excessiva, autorizando a revisão do contrato conforme o art. 6º do CDC.

Na mesma linha, acórdão da 3ª Câmara Civil, rel. o Des. Silveira Lenzi, deferindo o depósito incidente pelo INPC “tendo em vista que a repentina desvalorização do real em relação ao dólar norte-americano, decorrente da drástica mudança da política cambial”, onerou excessivamente as contraprestações pactuadas em dólar.

No AI n. 2000.010709-3, o Des. Pedro Manoel Abreu, contudo, teve por válida a cláusula se feita prova pelo arrendante “da captação de recursos no exterior; da utilização destes para a aquisição do bem arrendado; e da não-quitação do débito junto ao credor estrangeiro”.

Registre-se que o STJ, recentemente, como noticiado pela Folha de São Paulo, de 3/8/01, anulou decisão que mandara corrigir prestações de contrato de *leasing* pelo dólar, determinando que as prestações sejam corrigidas pelo INPC.

Não consta já tenha sido publicado o acórdão.

Permanência do bem em poder do devedor acionado judicialmente

Têm decidido as duas Câmaras que, se o objeto do contrato de arrendamento mercantil é essencial ao desenvolvimento da atividade profissional do arrendatário, pode o bem dado em arrendamento permanecer em seu poder até decisão final do litígio (AI n. 2000.025037-6, rel. Des. Silveira Lenzi, DJ de 25/6/01, pág. 47).

Se a empresa, entretanto, possui vários outros bens e o objeto do arrendamento não se mostra imprescindível ao exercício da atividade do devedor, defere-se a apreensão (AI n. 97.006718-6, Des. Cláudio Barreto Dutra).

Contrato de abertura de crédito rotativo e crédito fixo

Pacificado nas duas Câmaras o entendimento de que *os contratos de abertura de crédito rotativo*, mesmo acompanhados de demonstrativos da movimentação da conta, *não constituem títulos executivos extrajudiciais*, conforme, de resto, a Súmula 14 do Tribunal, rel. o Des. Nilton

Macedo Machado, vai tornando-se iterativa a orientação de que os *contratos de abertura de crédito fixo*, ao contrário, são títulos executivos extrajudiciais (CPC, art. 585, II), porque neles não há “a simples disponibilização de um limite em favor do correntista, mas sim, na verdade, a liberação imediata de um valor certo e determinado” (Ap. Cív. n. 2000.005727-4, rel. o Des. Trindade dos Santos, DJ 25/6/01, pág. 43).

No mesmo sentido o acórdão na Ap. Cív. n. 1999.021063-4, rel. o Des. Sérgio Paladino (DJ 2/7/01, pág. 24).

A demonstração do débito nos contratos de crédito fixo

A execução desses contratos, de crédito fixo, não dispensa, todavia, a apresentação do *demonstrativo do débito*, que acórdão da lavra do Des. Pedro Manoel Abreu na Ap. Cív. n. 1999.019541-4 considerou suficiente, se a memória respectiva estiver “discriminada e atualizada”, com “demonstração do período de tempo, base de cálculo dos encargos e respectivos percentuais incidentes”.

Possibilidade de emenda da inicial da execução

Acórdãos da lavra do Des. Sérgio Paladino (Ap. Cív. ns. 2000.13134-2 e 2000.017614-1), da 3ª Câmara Civil, contra o voto do Des. Cláudio Barreto Dutra, anulou processo a partir da inicial, a fim de que o magistrado abra ao exeqüente oportunidade para emenda da inicial, nos termos do art. 616 do CPC, para correção do demonstrativo do débito, invocando o relator lição de J. J. Calmon de Passos, “Inovações no Código de Processo Civil”, 1995, págs. 136/7 e o REsp n. 156.116, Min. Waldemar Zveiter.

Aplicação aos contratos bancários do CDC

Aos contratos bancários são aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor, porque “de ordem pública e de interesse social”, conforme decidido na Ap. Cív. n. 1999.009986-0, rel. o Des. Nelson Schaefer Martins, sendo-lhes aplicáveis as disposições do CDC quanto à redução (de ofício) da multa contratual para o percentual de 2%, conforme a Lei n. 9.298/96, alterando parcialmente a Lei n. 8.078/90 — foi tam-

bém o que assentou o aludido acórdão, da lavra do Des. Schaefer Martins.

Análogo o entendimento do Des. Trindade dos Santos (Ap. Cív. n. 1998.004129-5, DJ 25/6/01, pág. 38), “ainda que se trate de contrato firmado antes da vigência da lei alteradora do percentual de 10%, não havendo que se cogitar, nem sequer, da existência de direito adquirido...”, por estar-se diante de “norma econômica de ordem pública”.

Controvertido o entendimento na 3ª Câmara Civil em relação à aplicação do CDC a contratos anteriores à sua vigência

Da orientação pela redução da multa a 2% em qualquer hipótese, partilha o Des. Silveira Lenzi, na 3ª Câmara Civil, consoante, entre outros, acórdãos das Ap. Cív. ns. 1997.005962-0, DJ de 30/10/00, e 1999.011239-0, DJ de 4/12/00, mas a matéria ali não é pacífica, uma vez que na Ap. Cív. n. 1998.007301-4, rel. o Des. Sérgio Paladino, sustentou-se que “aos contratos bancários celebrados antes do advento da Lei n. 9.298/96” não se pode aplicar a redução da multa contratual de 2%.

Admissibilidade do depósito por consignação na revisional

Nas ações de revisão de contratos, inclusive bancários, “admite-se o depósito por consignação incidente”, *dispensando-se* “o procedimento especial da ação de consignação em pagamento”. E mais: “Pelo julgamento do principal se definirá a sorte e a eficácia da consignação”.

Foi o que assentou a 4ª Câmara Civil no AI n. 2000.004870-4, rel. o Des. Pedro Manoel Abreu.

Comissão de permanência

Sua cobrança, às taxas de mercado, é controvertida.

Acórdão da lavra do Des. Sérgio Paladino da 3ª Câmara (Ap. Cív. n. 2001.000097-6) tem como legal sua cobrança, se devidamente pactuada.

Já na 4ª Câmara, ao entendimento de que “as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações (...) não poderão ser superiores a doze por cento ao ano”, decidiu-se que “A submissão do débito a índice de comissão de permanência tem cristalino caráter potestativo ...”, ficando o contraente “inteiramente a mercê dos órgãos que atuam exclusivamente no interesse das instituições financeiras” (Ap.

Cív. n. 1997.010949-0, Des. Pedro Manoel Abreu, DJ de 25/6/01, pág. 36).

A comissão de permanência à taxa de mercado tem sido condenada pela 4ª Câmara Civil (Ap. Cív.n. 1998.016989-5, Des. Trindade dos Santos e Ap. Cív. n. 1999.021407-9, Des. Nelson Schaefer Martins, entre outros julgados).

Inacumulabilidade com a correção monetária

Tem-se assentado que a comissão de permanência é inacumulável com a correção monetária, nos termos, aliás, da Súmula 30 do STJ (4ª Câmara, Ap. Cív. n. 1997.015021-0, Des. Pedro Manoel Abreu, e n. 1998.016989-5, Des. Trindade dos Santos, e 3ª Câmara, Ap. Cív. ns. 1999.012337-5 e 1999.011239-0, Des. Silveira Lenzi).

A capitalização de juros

A capitalização de juros tem sido admitida nas operações regidas pelas leis especiais por cédulas de crédito rural, comercial e industrial — Decretos-Leis ns. 167/67 e 413/69 e Lei n. 6.840/80 —, mas respeitada a periodicidade semestral.

Adotaram esse entendimento, entre outros, na 3ª Câmara Civil, os Des. Silveira Lenzi (Ap. Cív. ns. 1997.005962-0, DJ de 30/10/00 e 1999.012337-5) e Sérgio Paladino (Ap. Cív. n. 1997.013135-6, DJ de 2/7/01) e na 4ª Câmara o Des. Pedro Manoel Abreu (Ap. Cív. n. 1998.014097-8, DJ de 19/2/01).

A capitalização de juros, contudo, não é admitida nos contratos bancários comuns, na forma da Súmula 121 do STF, prevalecendo a proibição do Decreto n. 22.626/33, art. 4º, como decidido na Ap. Cív. n. 1998.010806-3, Des. Sérgio Paladino.

A taxa de juros

Auto-aplicabilidade ou não do art. 192, § 3º, da CF

Em relação aos juros compensatórios, não há uniformidade de entendimento.

Nos Embargos Infringentes n. 2000.001424-9, julgados no Segundo Grupo de Câmaras, o Des. Alcides Aguiar sustentou que o limite de

juros previsto no texto constitucional (§ 3º do art. 192), organizado “num parágrafo, com normatividade autônoma, sem referir-se a qualquer previsão legal ulterior, detém eficácia plena e aplicabilidade imediata” (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo), invocando, a seguir, o acórdão do Des. Trindade dos Santos nos EI n. 1999.020788-9.

Na Quarta Câmara, é pacífico o entendimento no sentido de que os juros devem ser cobrados à taxa máxima anual de 12%, conforme o art. 192, § 3º, da Constituição Federal.

Para o Des. Pedro Manoel Abreu, “As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”, conforme o acórdão nas Ap. Cív. ns. 1997.015021-0 e 1999.019541-4.

Por igual o Des. Trindade dos Santos, consoante o aresto na Ap. Cív. n. 1998.016989-5, quando definiu que:

“O art. 192, § 3º, da Magna Carta de 1988, ao limitar em 12% a taxa anual máxima dos juros compensatórios revela não uma norma simplesmente programática ou de eficácia condicionada à edição de qualquer lei regulamentadora. Ao contrário, é ela de incidência imediata, definindo uma situação efetivável de pronto, tornando automaticamente inválida qualquer obrigação contratualmente assumida em desacordo com o enunciado constitucional”.

Essa orientação o Des. Trindade dos Santos já adotara no então Segundo Grupo de Câmaras, nos EI n. 2000.001423-0, quando destacou que “A legislação complementar, quando editada, acresça-se, não poderá, pena de franca inconstitucionalidade, autorizar a cobrança de qualquer remuneração outra, ligada direta ou indiretamente à concessão do crédito, com essa remuneração atendo-se, com exclusividade, aos juros reais, que, insista-se, terá que se ater à taxa máxima prevista no refalado preceito constitucional”.

Esse também o entendimento sufragado pelo Des. Solon d’Eça Neves (EI n. 2000.001430-3) e pelo Des. Nelson Schaefer Martins, na Ap. Cív. n. 1999.021407-9, DJ de 22/1/01.

A questão não é pacífica, contudo, na Terceira Câmara Civil, que, pela maioria de seus membros, Des. Cláudio Barreto Dutra (Ap. Cív. ns. 1997.014177-7 e 1998.003538-4) e Des. Sérgio Paladino (Ap. Cív. n. 1997.010290-9) têm a norma do art. 192, § 3º, da Constituição Federal como não auto-aplicável, conforme pacífica e reiterada jurisprudência do

egrégio Supremo Tribunal Federal, enquanto o Des. Silveira Lenzi sustenta a auto-aplicabilidade daquele preceito, afirmando que “o dispositivo (...) não for extirpado do texto constitucional, deve prevalecer o limite de juros estabelecido”.

Inscrição do devedor no cadastro do Serasa e afins

A inscrição no cadastro dos chamados órgãos de proteção ao crédito não tem sido admitida de modo geral, se o débito está em discussão judicial, conforme, entre outros, os acórdãos dos AI n. 1999.009375-1, Des. Pedro Manoel Abreu; AI n. 2001.002925-7, Des. Trindade dos Santos; ambos da Quarta Câmara Civil e AI ns. 2000.025302-2 e 2000.014064-3, Silveira Lenzi; e AI n. 2000.012265-3, Des. Sérgio Paladino: “A discussão judicial do débito impossibilita a inscrição do nome da devedora nos cadastros das entidades de proteção ao crédito”.

No mesmo sentido, Ap. Cív. n. 1999.015605-2, Des. Nelson Schaefer Martins, e Ap. Cív. n. 1998.007266-2, Des. Sérgio Baasch Luz (DJ 9/7/01).

No AI n. 2000.012266-1, relator o Des. Silveira Lenzi, foi transcrito acórdão da lavra do Min. Aldir Passarinho, pela legitimidade do procedimento da inscrição do inadimplente, “por autorizado na legislação pertinente”, tendo-se por cabível, contudo, a tutela antecipada para evitar a inscrição, quando haja discussão judicial do débito, sob pena de frustrar, ao menos em parte, o direito de fundo discutido, “pela imediata perda da credibilidade do mutuário na praça em que atua”.

Cabível tal inscrição, outrossim, uma vez transitada em julgado decisão contrária ao mutuário (AI n. 2001.004462-5, Des. Silveira Lenzi, DJ 9/7/01).

A TR como fator de correção monetária

A TR, se pactuada, foi admitida como fator de correção (Ap. Cív. n. 1998.002679-2, Des. Cláudio Barreto Dutra; Ap. Cív. n. 1997.010290-9, Des. Sérgio Paladino na Terceira Câmara Civil).

De tal entendimento tem discordado a Quarta Câmara, consoante acórdãos relatados pelos Des. Pedro Manoel Abreu (Ap. Cív. n. 1999.017191-4), Trindade dos Santos (Ap. Cív. n. 2000.018624-4), Nelson Schaefer Martins (Ap. Cív. n. 1997.0011877-5) e Sérgio Baasch Luz

(Ap. Cív. n. 1998.002828-0), tendo prevalecido esse entendimento no Grupo de Câmaras de Direito Comercial, conforme EI n. 2001.002056-0, rel. o Des. Pedro Manoel Abreu, vencidos os Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino.

A cláusula de mandato

A cláusula de mandato tem sido repelida como nula, conforme, entre outros, os acórdãos na Ap. Cív. n. 1998.006234-9, Des. Pedro Manoel Abreu; Ap. Cív. n. 1997.014579-9, Des. Silveira Lenzi, e Ap. Cív. n. 1997.009986-0, Des. Nelson Schaefer Martins.

A prisão civil

Inclina-se a maioria dos integrantes das duas Câmaras pela inadmissão da prisão civil ante a falta de restituição do bem dado em alienação fiduciária, ou o seu equivalente em dinheiro.

A diversidade de hipóteses em que o tema é suscitado exigiria, na verdade, uma abordagem específica, não seu exame sumário ao longo destas notas.

As decisões pelo incabimento da prisão civil fundam-se no disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal e no Pacto de San José da Costa Rica, firmado pelo Brasil, que levaram o eminente Min. Marco Aurélio, do STF, a rejeitar peremptoriamente a prisão civil em caso de depósitos decorrentes de obrigações comerciais.

Neste Tribunal datam de alguns anos acórdãos em tal sentido.

Ainda recentemente a Quarta Câmara Civil enfrentou o tema.

Foi no AI n. 2000.020408-0 que o Des. Trindade dos Santos anotou:

“A prisão civil do depositário de bem alienado fiduciariamente vem sendo expungida, dia após dia, decisão após decisão, do mundo jurídico pátrio, com os magistrados e Tribunais considerando-a inconstitucional, por nada mais expressar do que uma coerção imposta em favor das instituições financeiras nas cobranças de seus créditos. Entretanto, transitada em julgado a sentença que a determinou, o desfazimento da situação reclama a impetração, no momento próprio, de *habeas corpus*”.

Na Ap. Cív. n. 1997.015330-9, o Des. Pedro Manoel Abreu referiu que:

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

E ainda:

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

A Terceira Câmara Civil, contudo, em acórdão da lavra do Des. Cláudio Barreto Dutra, no HC n. 2001.007354-4, entendeu, por maioria de votos, inaplicável o Pacto de San José da Costa Rica à prisão civil prevista no Decreto-Lei n. 911/69, fundando-se em precedentes do STF nos HC n. 72.131, Min. Nelson Jobim; HC n. 79.870, Min. Moreira Alves, e em julgados deste Tribunal no AI n. 1998.002686-5 (Des. Nilton Macedo Machado) e no HC n. 2000.024534-8, rel. o Des. Jaime Ramos.

Nesse precedente do Des. Jaime Ramos, consistente em julgamento da Câmara de Férias, o Des. Nilton Macedo Machado votou pela denegação da ordem porque comprovada nos autos a existência de cláusula de depósito no ajuste entre as partes, tendo eu, Presidente da Câmara de Férias, votado pela concessão da ordem porque, a despeito de antiga e reiterada orientação, por maioria de votos do excelso Pretório, vai-se firmando no STJ o entendimento de que a prisão civil está reservada, agora, apenas às hipóteses de inadimplemento de obrigações alimentares.

Destaquei no voto vencido tópico de manifestação do eminente Min. Marco Aurélio do STF de que “o Brasil, ao subscrever o Pacto de San José da Costa Rica, situado no mesmo patamar da legislação ordinária, veio a derogar o Código Civil, o Código de Processo Civil e, com maior razão, o Decreto-Lei n. 911/69, alterado pelo art. 4º da Lei n. 6.017/74, no que disciplinavam matérias estranhas à prestação alimentícia”.

Outras questões também relevantes

São os acima alguns dos principais temas que afloram nos julgamentos das duas Câmaras, ou, excepcionalmente, da Câmara de Férias.

Inúmeros outros poderiam ser enfrentados, como a aplicabilidade do CDC a dívidas por cartões de crédito (AI n. 2000.022530-0, Des. Trindade); a impenhorabilidade, como bem de família, do imóvel residencial alugado, servindo a renda para a subsistência familiar (Ap. Cív. n. 2000.005715-0, Des. Cláudio; fundado no REsp n. 98.958, Min. Ruy Rosado de Aguiar); sobre a taxa de juros de 6% a.a. na monitória, (Ap. Cív. n. 1999.017826-9, Des. Lenzi, com precedente do Des. Trindade); *in incidência de multa contratual sobre juros moratórios* (Ap. Cív. n. 1999.004764-4, Des. Lenzi, com precedente do saudoso Des. Eder Graf); índices de correção das cadernetas de poupança iniciadas antes de janeiro de 89, de 42,72% (Ap. Cív. n. 1998.010316-9, Des. Pedro Manoel Abreu, com precedente no REsp n. 69.131, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira); *legitimidade passiva do banco depositário para as ações relativas à atualização das cadernetas de poupança em face do Plano Verão* (MP n. 32/89, Lei n. 7.730/89, Ap. Cív. n. 1998.010316-9, Des. Pedro Manoel Abreu, fundado no REsp n. 241.694, Min. Aldir Passarinho Júnior), um mundo, a final, de questões vindas de todo o Estado.

Oxalá as notas aqui alinhadas possam contribuir para facilitar um pouco o estafante trabalho que, nessa e noutras matérias, desafia a capacidade laborativa, a argúcia e o senso de justiça dos dignos magistrados catarinenses.

O ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO E A QUEBRA NO PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Marcelo Harger¹

O SURGIMENTO DO DIREITO PÚBLICO

O Direito Público regula a atividade estatal. A evolução desse ramo do Direito confunde-se com a história da limitação do poder do Estado. É somente a partir do momento no qual a autoridade suprema do rei passa a ser contestada e que se concebe uma forma de limitação do poder que podemos atribuir-lhe uma evolução significativa.

As concepções dos iluministas franceses, Rousseau e Montesquieu, tiveram um papel decisivo nessa evolução. O primeiro sustenta a soberania popular que acaba servindo de base à atual idéia de democracia. O segundo parte do pressuposto que todo aquele que detém o poder tende a abusar dele e procura limitar o poder pelo próprio poder. O mecanismo imaginado para conseguir esse intento foi a separação das atividades estatais que deveriam, então, ser exercidas por órgãos distintos: Executivo, Legislativo e Judiciário.

A junção dessas duas concepções deu origem ao conceito de Estado de Direito² que tem como elemento central a submissão do poder

1 Advogado em Joinville, mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP, doutorando em Direito Administrativo pela PUC/SP, professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito de Joinville e na Faculdade de Direito da Universidade da Região de Joinville.

2 Celso Antônio Bandeira de Mello. Poder discricionário, pp. 99 e 100.

estatal às leis. Esse elemento central, contudo, não significa que os diferentes Estados tenham adotado uma estrutura idêntica de contenção do poder. Cada qual adaptou os ideais iluministas às necessidades existentes e isso ocasionou estruturas de poder diversas.

A LIMITAÇÃO DO PODER NA INGLATERRA

O primeiro passo na contenção do poder foi dado pela edição da Magna Carta em 1215. Mediante esse diploma legal, pela primeira vez, limitou-se o poder real³. Segundo esse documento, nenhum homem livre poderia ter os seus direitos relativos à vida, à liberdade e à propriedade violados e a supressão destes somente poderia ocorrer segundo a lei da terra (*per legem terrae* ou *law of the land*). É verdade que a referida limitação, inicialmente, beneficiava somente os nobres ingleses que viam os seus privilégios de senhores feudais resguardados⁴.

Essa semente inicial, contudo, acabaria por germinar e ocasionar frutos jamais imaginados pelos barões ingleses⁵.

O que importa ressaltar, nestas breves linhas, é que na Inglaterra sempre se procurou limitar o poder real. O grande arauto dessa luta foi o Parlamento Inglês que, fundamentado nessa filosofia, assumiu um papel de preponderância em relação aos demais poderes estatais, os quais ficam submetidos aos desígnios do Parlamento. Não há um controle sobre a atividade legiferante⁶.

A LIMITAÇÃO DO PODER NA FRANÇA

A limitação do poder na França seguiu um caminho parecido com o da opção Inglesa. Também nesse país consagrou-se a supremacia do Parlamento. Clemerson Merlin Cleve demonstra com clareza as razões para isso:

“Primeiro, o entendimento desenvolvido desde a Revolução de 1789, segundo o qual a lei constitui expressão da vontade geral, por isso

3 Antônio Roberto Sampaio Dória. Direito Constitucional Tributário e *Due Process of Law*, p. 23.

4 *Ibidem*, pp. 10 e 11.

5 Carlos Roberto Siqueira de Castro. O Devido Processo Legal e a razoabilidade das Leis na nova Constituição do Brasil, p. 7.

6 Clémerson Merlin Cléve. A fiscalização abstrata de constitucionalidade do Direito Brasileiro, pp. 46 e 47.

que a soberania da nação reside no Parlamento. Se é assim, se o Parlamento é soberano e se sua obra constitui a expressão da vontade geral, então não há razão para dela se desconfiar. Segundo, os abusos cometidos pelos juizes (*Parlements*), no período que precedeu à Revolução, foi determinante, de certo modo, da desconfiança dos franceses em relação a eles. Aliás, a desconfiança dos revolucionários em relação aos juizes foi determinante do modo como o Judiciário foi organizado na França. Um poder neutro, mudo, cuja única função é aplicar a lei, sem questioná-la, todavia, jamais”⁷.

Somente com a Constituição de 1958, a França passou a experimentar um verdadeiro controle de constitucionalidade. Esse controle, entretanto, tem caráter político e é exercido preventivamente pelo Conselho Constitucional⁸.

A LIMITAÇÃO DO PODER NOS EUA

A limitação do poder nos EUA seguiu um caminho diverso. Esse país, antes da independência, sujeitava-se ao rei e ao Parlamento inglês. Havia, em consequência disso, uma subordinação da colônia aos desígnios da metrópole. Essa subordinação, não raro, implicava a criação de leis que causavam prejuízos aos interesses dos colonos americanos.

Diante dessa situação, é natural que houvesse uma grande desconfiança em relação ao Parlamento e que fossem estabelecidos limites ao poder legislativo. A limitação deu-se, principalmente, pelo controle de constitucionalidade das leis⁹.

A LIMITAÇÃO DO PODER NO BRASIL

A Constituição brasileira de 1824 foi fortemente influenciada pelas concepções inglesas e francesas. Não havia, portanto, fiscalização de constitucionalidade. Isso decorria da idéia de *supremacia do parlamento* e da lei como expressão da vontade geral. Havia, também, o chamado poder moderador, no exercício do qual se atribuía ao Imperador a competência para solucionar conflitos que envolvessem os poderes.

7 Clémerson Merlin Cleve. *Op. cit.*, pp. 48 e 49.

8 *Ibidem*, pp. 49 e 50.

9 Carlos Roberto Siqueira de Castro. *Op. cit.*, p. 16.

As instituições políticas brasileiras alteraram-se, radicalmente, a partir da Constituição de 1891. A Constituição Republicana sofreu forte influência da doutrina jurídica norte-americana. Essa influência fez-se notar até no nome do Estado brasileiro que passava a chamar-se República dos Estados Unidos do Brasil¹⁰. A aproximação também deu-se pela adoção do Presidencialismo, do Legislativo Bicameral, da Federação e da *Judicial Review*.

Essa aproximação com o sistema norte-americano foi mantida até a Constituição de 1988.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

A Constituição de 1988 segue a mesma linha de suas antecessoras. Mantém o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário. Consagra, em seu artigo 2º, a tripartição de poderes ao estabelecer que são *Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*. A independência e harmonia dos três poderes, todavia, não significa que a Constituição tenha estabelecido um sistema radical de não interferência entre as diferentes funções do Estado. José Afonso da Silva ensina a esse respeito que:

“De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”¹¹.

A existência de equilíbrio, contudo, não significa uma igualdade entre os poderes¹². No sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre no Argentino, pode ser identificada uma “hierarquia relativa” entre os poderes. Essa hierarquia implica uma preponderância do Judiciário em relação aos demais poderes e do Legislativo em relação ao Executivo¹³.

10 Assim dispunha o art. 1º da Constituição de 1891: “A nação brasileira adota como forma de governo, sob o regimen representativo, a República Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brazil” (Hilton Lobo Campanhole e Adriano Campanhole. *Constituições do Brasil*, p. 151).

11 José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 114.

12 Agustín Gordillo, *Princípios gerais de Direito Público*, Trad. Marco Aurélio Greco, p. 52.

13 Essa constatação não implica uma quebra no princípio da tripartição dos poderes. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins são bastante claros quanto a esse aspecto, ao dizer que “quando o Executivo cumpre uma lei do Legislativo, ele não está a quebrar o princípio

A supremacia do Legislativo sobre o Executivo evidencia-se pelo seguinte: a) o Poder Executivo submete-se ao princípio da legalidade estrita (art. 37 da CF)¹⁴; b) o Poder Legislativo pode remover o chefe do Poder Executivo mediante juízo político (arts. 85 e 86 da CF); c) o Poder Legislativo pode derrubar os vetos impostos pelo Poder Executivo (art. 66 da CF)¹⁵; d) a existência do chamado veto legislativo (art. 49, V).

A preponderância do Poder Judiciário sobre o Legislativo decorre das seguintes constatações: a) o Poder Judiciário pode declarar inconstitucionais as leis elaboradas pelo Congresso Nacional; b) o Congresso Nacional não pode rever decisões do Poder Judiciário.

Agustín Gordillo chega à mesma conclusão no direito argentino e afirma a esse respeito que:

“A Constituição é o que a Corte Suprema decide que é: estando nas mãos do Poder Judiciário a interpretação final e indiscutível do sentido e alcance das normas constitucionais, é óbvio que é o Poder Judiciário que tem, no sistema constitucional, primazia sobre o Poder Legislativo”^{16 17}.

Constata-se que, abstratamente, o ordenamento jurídico brasileiro prevê uma estrutura que poderia ser expressa da seguinte maneira: Poder Judiciário > Poder Legislativo > Poder Executivo.

A INVERSÃO NA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DE TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

O sistema de equilíbrio previsto abstratamente pela Constituição não tem funcionado concretamente. Na realidade, tem havido uma inversão bastante perigosa na “hierarquia relativa” estabelecida para os três poderes. É que circunstâncias sociais e políticas acabam por conferir uma preponderância, de fato, do Executivo sobre o Legislativo.

da separação dos poderes mas simplesmente cumprindo a sua parte no mecanismo de funcionamento do Estado” (Comentários à Constituição do Brasil, p. 438).

- 14 O Poder Executivo submete-se ao Legislativo até mesmo em relação aos gastos que deverão ser incluídos na lei orçamentária.
- 15 Agustín Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1, p. III-5.
- 16 *Idem*. Princípios Gerais de Direito Público. Trad. Marco Aurélio Greco, pp. 52/53.
- 17 O fato de o presidente da República nomear, mediante aprovação do Senado Federal, os ministros dos tribunais superiores não retira a supremacia do Poder Judiciário. Isso ocorre porque os magistrados recebem cargos vitalícios. A vitaliciedade aliada à composição colegiada desses órgãos garantem a primazia do Poder Judiciário.

Sobre como se processa essa preponderância, trazemos os ensinamentos de Agustín Gordillo que, apesar de fazerem referência ao sistema jurídico argentino, são plenamente aplicáveis ao Brasil:

“1) dado que as nomeações dos funcionários públicos são feitas pelo Poder Executivo, e que uma parte lamentavelmente importante do êxito político dos parlamentares é a sua habilidade para obter retribuições e postos para seus afilhados e patrocinadores, resulta que cada parlamentar está em geral solicitando do Executivo a nomeação deste ou daquele amigo ou correligionário da Administração Pública, com o que o legislador se coloca em posição de peticionário mais ou menos submisso ao Executivo de quem solicita o gracioso favor;

“2) dado que o Presidente da República costuma ser, formal ou informalmente e salvo poucas exceções, a cabeça visível do partido governante, os deputados e senadores não podem tampouco tomar uma atitude muito firme de controle, com o temor de prejudicar sua carreira política;

“3) o Executivo, que conta com meios de publicidade que não estão em igual grau ao alcance dos legisladores, consegue usualmente criar uma imagem mais popular na opinião pública que a dos legisladores individualmente ou do Parlamento em conjunto; essa imagem popular pressiona por sua vez a favor do Executivo e suas obras reais ou presumidas, e contra o Parlamento, destacando sempre mais os erros e deficiências do segundo que os do primeiro;

“4) por vezes, algumas cartas ou estatutos lhes dão uma ingerência formal na própria elaboração da Lei”^{18 19}.

Sobre a situação do Judiciário, assevera o festejado jurista argentino o seguinte:

“Ademais, a posição do Poder Judiciário acha-se em geral bastante deteriorada, em primeiro lugar, ao nosso modo de ver com desacerto, porque tem uma certa responsabilidade *política* na conduta do governo, e sob esta impressão julga muito benevolentemente aos atos do mesmo, entendendo estar assim colaborando com ele. Deste modo, não só deixa de exercer sua função, que não é governar mas julgar a aplicação do Direito aos casos concretos, além de também perder pouco a pouco critério diretor do que deveria ser a sua atribuição específica. O Executivo, longe de reconhecer essa suposta colaboração, passa

18 Agustín Gordillo. Princípios gerais de Direito Público. Trad. Marco Aurélio Greco, p. 54.

19 No Brasil, a atividade legislativa do Executivo tem ocorrido mediante a edição de medidas provisórias em grande profusão.

então a supor que não está senão fazendo o que deve e desse modo nos poucos casos em que o Poder Judiciário se decide finalmente a assentar seu critério jurídico, este é pouco menos que motivo de escândalo público e o Executivo será o primeiro a protestar por uma suposta invasão de suas atribuições, que sem dúvida não é verdadeira. Como se isso fosse pouco o Poder Judiciário também limita seu próprio controle de constitucionalidade somente aos casos concretos e com efeito restritos a estes casos; de que só declarará a inconstitucionalidade quando esta seja ‘clara e manifesta’, como se não fosse seu dever declará-la quando existe, seja ou não manifesta etc.”²⁰.

Essas constatações demonstram que o equilíbrio previsto idealmente pela Constituição Federal brasileira foi nitidamente quebrado²¹. Houve uma perigosa inversão na ordem de “hierarquia relativa” estabelecida pela Constituição, que passa a assumir o seguinte formato: Poder Judiciário < Poder Legislativo < Poder Executivo.

Poder-se-ia argumentar que esse desequilíbrio seria decorrente de um mal funcionamento dos poderes Legislativo e Judiciário. A resposta a essa indagação é também fornecida por Gordillo e servirá de conclusão ao presente trabalho. Afirma esse jurista sobre o Estado de Direito que:

“Se constatarmos que neste funciona mal um dos poderes que o condiciona, o que devemos fazer é corrigir seus defeitos para que funcione bem e não acentuá-los ainda mais. (...) Se não agirmos assim, levaríamos o desequilíbrio ao seu ponto máximo. Isto seria, obviamente, a institucionalização da ditadura. É nosso dever, pois, tratar de solucionar as crises do Parlamento ou da Justiça, fortalecendo-os para que, sem perda do equilíbrio dos poderes, cumpram com a função que o processo de desenvolvimento os exige”²².

20 Essa situação é verificada no Brasil pela timidez do Judiciário ao analisar os requisitos para a edição de medidas provisórias.

21 O desequilíbrio é flagrante. O Executivo brasileiro tem legislado em causa própria, mediante medidas provisórias e da subserviência do Congresso. O Judiciário tem sido limitado em suas prerrogativas de conferir liminares contra o Poder Público e, de um modo geral, tem aceito passivamente essas limitações. O exemplo mais recente dessa subserviência foi a promulgação da Emenda Constitucional n. 30 que alterou as regras para pagamento dos precatórios e “constitucionalizou” um calote por parte do Poder Público em relação aos seus credores.

22 Agustín Gordillo. *Princípios Gerais de Direito Público*. Marco Aurélio Greco, p. 57.

BIBLIOGRAFIA

- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Granda (1988). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva.
- BORNHOLDT, Max Roberto (coord.12001). *ICMS/SC: Regulamento anotado*. 1ª edição. Curitiba: Juruá.
- CAMPANHOLE, Hilton Lobo e Adriano (1998). *Constituições do Brasil*. 12ª edição. São Paulo: Atlas.
- CARRAZZA, Elizabeth Nazar (coord.11999). *Direito Tributário Constitucional*. 1ª edição. Curitiba: Max Limonad.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de (1989). *O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense.
- CLÉVE, Clemerson Merlin (1995). *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio (1986). *Direito Constitucional Tributário e "Due Process of Law"*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense.
- GORDILLO, Agustin (1977). *Princípios gerais de Direito Público*. trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____ (1995). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, 3ª edição. Buenos Aires: Macchi.
- HARGER, Marcelo (2001). *Princípios constitucionais do processo administrativo*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de (1985). *Poder Discricionário*. Revista de Direito Público n° 76.
- SILVA, José Afonso da (2001). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª edição. São Paulo: Malheiros.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 2001.013851-4, DA CAPITAL (FÓRUM DISTRITAL DO ESTREITO)

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Habeas corpus preventivo — Mandado de pagamento — Ameaça de prisão pelo crime de desobediência — Ilegalidade — Contratamento dos funcionários da agência bancária que não figuram na relação contratual — Ordem concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2001.013851-4, da comarca da Capital — Fórum Distrital do Estreito, em que são impetrantes Cíntia Silveira de Sá e André Luis Sonntag, e pacientes C. A. M., A. G. e demais funcionários da agência do Banco BMC S.A.:

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

I — Relatório

Habeas corpus preventivo impetrado por Cíntia Silveira de Sá e André Luis Sonntag em favor de C. A. M., A. G. e demais funcionários da Agência do Banco BMC S.A. da cidade de Curitiba, relatando que foi proposta na comarca da Capital medida cautelar preparatória visando à exclusão do nome dos autores do banco de dados do Serasa e outros órgãos de restrição ao crédito, sob pena de multa pecuniária de 3 salários mínimos por dia.

Alegam que a determinação foi cumprida e, mesmo apresentada a contestação, foi oferecida exceção de incompetência, julgada procedente com trânsito em julgado, contudo não houve notícia até este momento da eventual distribuição do feito. Informam que o oficial de justiça da comarca da Capital Paranaense, cumprindo mandado expedido na carta precatória oriunda do juízo do Foro Distrital do Estreito — comarca da Capital, encontra-se na agência do banco demandado, em Curitiba, exigindo, sob pena de prisão, o pagamento imediato de R\$ 790.254,00 (setecentos e noventa mil, duzentos e cinqüenta e quatro reais), a título de multa pelo descumprimento da liminar concedida na cautelar.

Pelos fatos narrados, sustentam que há constrangimento ilegal, porquanto a prisão por crime de desobediência apenas é possível em sede de processo criminal, sendo inviável que o banco possa providenciar de pronto a quantia exigida, sem que, no

entanto, lhe seja ensejado o exercício do contraditório.

Postulou a concessão liminar da ordem, juntando os documentos de fls. 18 a 24.

Concedida a liminar para sustar o cumprimento do mandado de pagamento e, conseqüentemente, a ameaça de prisão.

Os interessados, autores da cautelar, manifestaram-se pela restrição da ordem, exclusivamente, ao âmbito da proteção da liberdade dos funcionários da Instituição Bancária, preservando o mandado de pagamento por não ser o remédio constitucional instrumento processual apto a impugná-lo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros, opinou pela concessão do *writ*, limitando, todavia, a supressão de quaisquer atos que indiquem constrangimento ou ameaça à liberdade de locomoção dos pacientes.

II — Voto

Consta dos autos a decisão proferida na cautelar movida contra a instituição financeira (fl. 48), que determina a expedição da carta precatória itinerante tendo como objeto: mandado de pagamento imediato da multa, a contar do dia 31 de agosto de 2000 até o efetivo cumprimento da decisão deliberada, sob pena de prisão por crime de desobediência (art. 330 do Código Penal).

Não se há de perquirir acerca do teor da decisão, porquanto restrita ao processo cautelar. Todavia, quanto à ordem de prisão por eventual infração penal, na esfera civil, a jurisprudência entende que, pela vigente ordem constitucional (art. 5º, LXVII), está cir-

cunscrita aos casos de depositário infiel e do devedor de pensão alimentícia, ao que não se ajusta à hipótese dos autos.

A desobediência como crime está tipificada no art. 330 do Código Penal. O bem tutelado é a Administração Pública. A prisão por desobediência pode ocorrer em flagrante — o que é permitido por qualquer do povo ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Não havendo deve-se proceder como em qualquer outro caso: representação para a instauração do procedimento criminal.

O juiz civil não pode mandar prender por crime de desobediência, ressalvados os casos de recalcitrância no cumprimento de mandado judicial, em que o oficial de justiça eventualmente poderá efetuar a prisão de quem estiver praticando qualquer delito, inclusive desobediência.

Do Superior Tribunal de Justiça:

“*Habeas corpus*. Prisão por desobediência determinada por desembargador da jurisdição civil.

“1. Juiz na jurisdição civil não pode mandar prender ninguém por crime de desobediência, a não ser, evidentemente, em caso de flagrante, o que pode ser feito por qualquer do povo (CP, art. 330).

“2. *Habeas corpus* conhecido; ordem deferida” (HC n. 2737/AL, rel. Min. Edson Vidigal, *in* DJU de 10/10/1994, pág. 27.181).

Desta Corte:

“*Habeas corpus* preventivo. Crime de desobediência. Expedição de mandado de prisão por juiz do cível. Ilegalidade.

“O juiz, quando no exercício da jurisdição civil, não tem poderes para ordenar a prisão de quem quer que seja, salvo nos casos de depositário infiel e de devedor de alimentos.

“A prisão civil, pela vigente ordem constitucional (art. 5º, LXVII), está circunscrita aos casos de depositário infiel e do devedor de pensão alimentícia, ao que não se ajusta à hipótese dos autos’ (HC n. 6.812/CE, DJU de 27/4/98, rel. Min. Fernando Gonçalves).

“Ordem concedida” (HC n. 99.018530-3, de Blumenau, rel. Des. Francisco Borges).

“*Habeas corpus* preventivo — Crime de desobediência — Expedição de mandado por juiz do cível — Ilegalidade — Ordem concedida.

“A ameaça ou a expedição de mandado de prisão com base em crime de desobediência por parte do juiz do cível, mesmo vítima, não encontra amparo, sendo manifestamente ilegal.

“Hipótese em que a medida cautelar, se descumprida, poderia ser executada pelos meios regulares previstos na legislação processual civil” (HC n. 97.005893-4, da Capital, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 16/7/97).

Verifica-se o efetivo constrangimento ilegal daqueles que, não figurando de qualquer maneira na relação obrigacional, não possuem tampouco quaisquer atributos que os tornem capazes de cumprir mandamento. Inviável, pois, a segregação dos funcionários da agência, inclusive o gerente, pois os únicos que podem ser compelidos a pagar a quantia exigida são os representantes legais da Instituição Financeira constantes do Estatuto.

“*Habeas corpus* preventivo. Prefeito. Não cumprimento de decisão judicial. Ameaça de prisão pelo crime de desobediência. Ilegalidade. Ordem concedida.

“Desobediência. Orientação deste Superior Tribunal sobre que ‘o funcionário somente pratica esse delito, caso a ordem desrespeitada não seja referente às suas funções’ (HC n. 5.043/RS, Ministro José Dantas, DJU n. 233, de 2/12/96, pág. 47.692)” (HC n. 98.007558-0, de Braço do Norte, rel. Des. Silveira Lenzi).

Diante do exposto, presente a ameaça de constrangimento ilegal, concede-se a ordem preventiva para sustar a eficácia do despacho impugnado, na parte que cominou a pena de prisão em caso de não cumprimento da decisão judicial, revogado o de fls. 26 a 28, no que tange à suspensão da eficácia executiva do pagamento dos valores.

III — Decisão

Posta a questão nestes termos, concede-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, e lavrou o parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 21 de agosto de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Cláudio Barreto Dutra,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 2001.019530-5, DE ITAJAÍ**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

Habeas corpus preventivo — Mandado de prisão civil — Transação extrajudicial — Suspensão do processo executivo — Descumprimento do acordo — Retomada do curso da execução — Exegese do art. 792, parágrafo único, do CPC — Direito subjetivo do credor — Encargo de depositário incólume — Entrega do bem arre-matado sob pena de prisão — Inexistência de constrangimento ilegal — Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2001.019530-5, da comarca de Itajaí, em que são impetrantes Plínio Eugênio Genehr e Wolfram Ehrenhard Echelmeier, e paciente G. R. B.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, denegar a ordem.

I — Relatório

Habeas corpus preventivo impetrado pelos advogados Plínio Eugênio Genehr e Wolfram Ehrenhard Echelmeier em favor de G. R. B., figurando como autoridade coatora o Juiz de Direito 2ª Vara Cível da comarca de Itajaí, que decretou sua prisão por depositário infiel nos autos da execução n. 033.98.001517-3, proposta por Fluipress Comercial Óleo Hidráulica Ltda.

Defende a ilegalidade da medida segregativa, haja vista que após a novação realizada entre as partes não subsistiu o compromisso de depositário judicial, transformando-se em depósito contratual. Sustenta que o depósito do bem previsto no instrumento de novação não autoriza a pena corpórea. Afirma, ainda, que propôs o pagamento de parte do valor devido e a

suspensão da execução, oferta esta rechaçada, de plano, pelo credor.

Postulou, preventivamente, a concessão do salvo-conduto, juntando os documentos de fls. 10/141.

Concedida a liminar (fl. 144).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros, opinou pela concessão da ordem.

Sobreveio ofício da comarca de origem informando a manutenção da decisão impugnada (fls. 156/157).

II — Voto

A ordem deve ser denegada.

Não resta dúvida de que o “Instrumento particular de novação de obrigação” nada mais é, no caso, do que uma tentativa de composição — moratória. Entendendo dessa forma, o Magistrado suspendeu o processo de execução até o pagamento integral do valor contratado.

A providência prisional deve ser restabelecida, uma vez que, descumprido o acordo, o credor utilizou-se da prerrogativa inserta no parágrafo único do art. 792 do Código de Processo Civil:

“Findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomar-se-á ao seu curso”.

Uma vez inexitosa a tentativa de composição ou decorrido o prazo, sem cumprimento da obrigação pelo devedor, ao credor é facultado retomar o curso da executiva, permanecendo incólumes todos os termos do processo.

Do escólio de Araken de Assis extrai-se importante lição para o deslinde:

“O art. 792 contempla a suspensão convencional do processo executivo pelo tempo necessário, e objeto do acerto das partes, ao cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor. Este entendimento convém à atividade jurisdicional, elidindo a realização de atos executivos complexos e dispendiosos.

“Apresentado ao juiz o plano de pagamentos, nenhuma manifestação se impõe ao órgão judiciário, exceto, às evidências, o ato pelo qual ‘o juiz declarará suspensa a execução’ (art. 792).

“Porém, considerando a ampla disposição verificada em tema de direitos patrimoniais, *quid juris* se as partes, além da dilação, convenionam a remissão parcial da dívida, requerendo a homologação do juiz? Emitido este ato, extingui-se a execução? Haverá substituição do título executivo originário, acrescentando-se as partes, na hipótese de inadimplemento superveniente, apenas o acerto homologado?

“Segundo o parágrafo único do art. 792, introduzido pela Lei n. 8.953/94, ‘findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomar-se-á ao seu curso’. Subsistem, porém,

as seguintes questões: a) quando se reputará ‘findo o prazo sem cumprimento da obrigação’, no inadimplemento de qualquer parcela ou da última? b) qual a quantia sob execução, quando o processo prosseguir? Neste tema árduo, inexiste resposta *a priori*. Tudo dependerá da interpretação do negócio das partes, pois nada impede o juiz de homologá-lo.

“Em certa ocasião, a 4ª Turma do STJ assentou que ‘não há novação quando os figurantes de acordo expressamente afastam a intenção de novar, até porque a devedora reconhece a existência integral da dívida e apenas obriga a pagá-la parcialmente em prestações’. Ademais, os efeitos do inadimplemento poderão ser previstos, através de cláusula resolutória expressa, caso em que, desfeito o acordo, a dívida assume seu montante primitivo e a execução prosseguirá, a partir da fase em que se encontrava no momento da suspensão. Em geral, se convencionam cláusula resolutiva no caso de inadimplemento de qualquer das parcelas em que se dividiu a dívida, implicando o vencimento de toda a dívida, e, ainda, se prevê seu montante, neste caso. Inexistindo tal previsão, se subentende que só venceu a parcela objeto do inadimplemento e somente quanto a ela prosseguirá a execução” (*in* Manual do Processo de Execução, RT, 1999, págs. 947/948).

Do Superior Tribunal de Justiça:

“I - Não tem caráter de moratória ou novação acordo celebrado entre credor e devedor nos autos da própria da execução, com pedido de suspensão do processo e cujo descumprimento gera o prosseguimento da execução do título executivo originário”

(REsp n. 53352/SP, rel. Min. Cláudio dos Santos, *in* DJU de 8/4/1996, pág. 10.470, grifei).

Deste Tribunal:

“Caso as partes estabeleçam, no acordo, que trata-se de suspensão da execução, a teor do disposto no art. 792 do estatuto processual, a retomada do curso da ação é autorizada pelo disposto no parágrafo único do mesmo dispositivo” (HC n. 99.014906-4, de Timbó, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

Nesse contexto, o inadimplemento do pacto, não homologado, enseja a tomada das providências judiciais cabíveis, exigindo o que lhe era de direito, ou seja, a entrega dos bens arrematados ou o equivalente em dinheiro, sob pena de prisão por depositário infiel.

Por derradeiro, não há cogitar na real extinção da obrigação pela adjudicação do bem, uma vez que es-

sa só se realizará com a efetiva entrega do bem adjudicado, ou o equivalente em dinheiro.

III — Decisão

Posta a questão nesses termos, denega-se a ordem, revogado o despacho liminar de fl. 144.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Cláudio Barreto Dutra,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 2002.000190-2, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Jaime Ramos

Habeas corpus. Roubo qualificado. Flagrante. Liberdade provisória negada. Motivos para a custódia preventiva. Excesso de prazo na oitiva de testemunhas. Irrelevância. Prazo total não esgotado. Ordem denegada.

Descabe a concessão da liberdade provisória quando, por meio de decisão fundamentada, em respeito aos arts. 310, parágrafo único, e 315, ambos do CPP, e arts. 5º, LXI, e 93, IX, da CF/88, o magistrado entende presentes os motivos para a decretação da custódia preventiva, mormente em face do princípio da confiança no juiz do processo, que melhor pode avaliar a necessidade da medida.

A circunstância de os pacientes serem primários, com emprego, residência fixa e família constituída, não obsta a manutenção da prisão em flagrante.

Não evidencia coação ilegal sanável pelo writ o atraso na oitiva de testemunhas se o prazo total para o encerramento da instrução criminal ainda não se esgotou.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.000190-2, da comarca de São José (Vara Criminal), em que é impetrante Omar Acioli Lins, sendo pacientes Antônio Fabrício Moraes da Silva e Marcel Bianco Sodré:

ACORDAM, em Câmara de Férias, por votação unânime, denegar a ordem.

I — Relatório

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Dr. Omar Acioli Lins em favor de Antônio Fabrício Moraes da Silva e Marcel Bianco Sodré, que foram presos em flagrante no dia 29/10/2001, sob a acusação de terem infringido o art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, embora tenham negado a autoria do delito.

Alegou o impetrante que em 5/11/2001 os pacientes requereram liberdade provisória, que lhes foi negada sob conjeturas meramente teóricas, sem lastro empírico, o que configura a coação ilegal, já que a concessão do benefício não é uma faculdade do juiz e sim uma faculdade-dever, ainda mais que os pacientes são primários, estudantes, trabalhadores, desportistas, sem vícios, com residência fixa e todos os requisitos previstos em lei para responderem soltos ao processo. Afirmou que até

agora não foi examinado o pedido de reconsideração.

Acrescentou estar havendo excesso de prazo na formação da culpa, eis que vulnerado o disposto no art. 401 do Código de Processo Penal, pois das testemunhas de acusação até agora só foram ouvidas três, e, ainda assim, em prazo que supera os 20 (vinte) dias assinados naquele dispositivo. Acrescenta que nova audiência foi marcada para 10/1/2002, também com excesso de prazo, e que foi expedida carta precatória à comarca de Florianópolis, e não foi determinada a oitiva da vítima, que também reside na Capital.

Indeferida a liminar (fl. 78), a autoridade apontada como coatora prestou as informações de fls. 81/82, com os documentos de fls. 83/100, relatando a marcha processual, a deprecação da oitiva da vítima, a fixação do prazo de 20 dias para cumprimento de todas as precatórias, e o parecer do Ministério Público, que se reservou para opinar sobre o novo pedido de liberdade provisória após o retorno das precatórias.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

II — Voto

Os pacientes foram presos em flagrante, na data de 29/10/2001, sob a acusação de terem praticado roubo qualificado pelo concurso de agentes,

de vultosa quantia (R\$ 6.728,00) que a vítima recém havia sacado do banco, por isso que foram denunciados como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Interrogados em 27/11/2001, pleitearam liberdade provisória, sob o argumento de que são primários, têm residência fixa e atividade definida, além do que os fatos não passariam de mero furto.

Para indeferir tal pleito, a MMA. Juíza sustentou:

“Ainda que os réus tenham residência fixa e ocupação lícita, tais fatos não afastam a necessidade e utilidade de sua segregação, não só diante da gravidade do crime, mas principalmente porque soltos poderão praticar novos crimes (garantia da ordem pública); intimidar as vítimas que ainda não prestaram depoimento (garantia da instrução criminal), bem como frustrar a eventual aplicação da lei penal” (fl. 93).

Como se vê, encontra-se bem fundamentada a denegação da liberdade provisória, principalmente em vista da possibilidade de os pacientes virem a frustrar a oitiva da vítima e da testemunha residentes em Florianópolis, que haverão de confirmar, se for o caso, o reconhecimento de suas pessoas. A periculosidade demonstrada pelos pacientes, que teriam perseguido a vítima e dela tomado a bolsa, fugindo em motocicleta, para depois ocuparem automóvel, com o objetivo de confundir a polícia, aliada ao fato de que um deles possui antecedentes criminais, pois tem contra si dois inquéritos policiais (um em São José e outro na Capital), também motiva a custódia antecipada, pela ne-

cessidade de se acautelar a ordem pública, evitando que novas infrações sejam praticadas por eles.

A circunstância de os pacientes serem primários, com emprego, residência fixa e família constituída não obsta a manutenção da prisão em flagrante, quando a cautela for necessária para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal, ou para evitar que, soltos, venham a evadir-se, frustrando a execução de eventual pena.

A respeito, tem-se decidido nesta Corte de Justiça:

“A circunstância de o paciente possuir bons antecedentes, ser primário, ter emprego e residência fixa e família constituída, não é óbice à manutenção da prisão em flagrante” (HC n. 98.001808-0, de Caçador, rel. Des. Genésio Noll, j. em 17/3/1998).

Outra não é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

“A denegação da liberdade provisória, apesar da primariedade e dos antecedentes do acusado, não acarreta constrangimento ilegal quando a preservação da prisão em flagrante se recomenda, pela presença dos motivos que autorizam a custódia preventiva” (RT 583/471; *idem* JSTJ 2/267, RTJ 99/586 e RT 648/283).

Eventual discussão acerca da capitulação do crime, se roubo qualificado ou furto, deverá ser resolvida em sentença, à vista da prova colhida no processo, pelo juízo de primeiro grau.

No tocante à alegação de excesso de prazo na formação da culpa, basta ver que a prisão aconteceu em 29/10/2001, portanto apenas 69

(sessenta e nove) dias antes da impeção.

Tem-se entendido, na doutrina e na jurisprudência, que o prazo para encerramento da instrução criminal, quando o réu estiver preso, é de 81 (oitenta e um) dias, “assim distribuídos: inquérito: 10 dias (art. 10); denúncia: 5 dias (art. 46); defesa prévia: 3 dias (art. 395); inquirição de testemunhas: 20 dias (art. 401)); requerimento de diligências: 2 dias (art. 499); prazo para despacho e realização das diligências requeridas: 10 dias (art. 499); alegações das partes: 6 dias (art. 500); diligências *ex officio*: 5 dias (art. 502); sentença: 20 dias (art. 800, n. I e § 3º)” (Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, pág. 899).

“A jurisprudência fixou em 81 dias o prazo para término da instrução criminal estando preso o acusado” (RT 526/358).

Como o art. 401 do CPP só se refere ao prazo para inquirição dos testificadores de acusação, no cálculo acima não se computou o lapso destinado à oitiva das testemunhas de defesa, que também deve ser de 20 (vinte) dias, em face do princípio da isonomia, elevando para 101 (cento e um) dias o prazo total para a conclusão do feito criminal. Sem contar os prazos “para recebimento da denúncia e despachos ordinatórios, o prazo para a realização do interrogatório, o prazo de remessa do inquérito e providências burocráticas até a vista ao Ministério Público para o oferecimento da denúncia etc” (Mirabete, *op. cit.*, pág. 899).

Segue-se que, para os pacientes, ainda não transcorreu o prazo destinado ao encerramento da instrução

processual, mesmo levando em conta a orientação doutrinária e jurisprudencial.

O fato de terem sido inquiridas testemunhas de acusação com atraso não justifica a concessão da ordem, eis que nenhum constrangimento ilegal se verifica senão depois de esgotado o prazo geral da instrução, e, mesmo assim, há casos em que o excesso de prazo é justificável pelas circunstâncias da tramitação do processo, como na hipótese de expedição de cartas precatórias, que é o caso dos autos, a realização de exames periciais, o excessivo número de acusados e/ou de vítimas, e outros fatores, que bem se enquadram nos motivos de força maior (*lato sensu*) a que alude o art. 403 do Código de Processo Civil.

Acerca da contagem englobada e não individual do prazo, veja-se a orientação jurisprudencial:

“*Habeas corpus*. Excesso de prazo. O eventual excesso de prazo de ato isolado, quando passível de recuperação dentro do prazo global previsto para a ulatimação da instrução, não constitui constrangimento ilegal. Não concederam a ordem” (RJTJERGS 135/30).

“Para efeito de aferição de eventual excesso injustificado para o término da instrução criminal, não se contam os prazos processuais separadamente, mas sim englobadamente, não se reconhecendo constrangimento ilegal se não for transposto o seu total” (JTACrim 39/379).

III — Decisão

Por todas essas razões, denege-se a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Schaefer Martins e J. C. Carstens Köhler. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 17 de janeiro de 2002.

Alberto Costa,
Presidente;
Jaime Ramos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2000.020561-3, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Volnei Carlin

Administrativo — Pedido de inscrição de imóvel nos cadastros da Prefeitura Municipal — Terreno situado em área de preservação ambiental — Legislação que limita apenas o direito de construir — Ilegalidade do ato da autoridade impetrada.

A orientação contida na legislação, que restringe o direito de construir do proprietário do imóvel situado em área de preservação ambiental, não proíbe que ele obtenha a inscrição do terreno nos cadastros da Municipalidade.

É ilegal o ato da Administração Pública que assim procede, mesmo fundamentando seu intento na possibilidade de eventual futura construção no local, até porque, se assim agir o senhor do bem, terá o Município meios próprios para coibir sua ação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2000.020561-3, da comarca de Balneário Camboriú, em que é apelante município de Balneário Camboriú e apelado Suitberto Russi:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao apelo e dar provimento parcial à remessa para isentar o apelado do pagamento das custas processuais.

Sem custas.

I — Relatório

O município de Balneário Camboriú, inconformado com a sentença que concedeu a ordem para que o apelado Suitberto Russi obtivesse a inscrição de seu imóvel no cadastro da Prefeitura, formulou recurso de apelação, sustentando, em linhas gerais, ser o terreno de propriedade da União e existir normas tanto no âmbito federal, quanto no municipal que restringem o direito de edificação na área.

O recorrido apresentou contra-razões de recurso, que estão acostadas aos autos às fls. 70/73, nas quais informou que a União declarou não ter interesse no imóvel e explicou que as leis referidas pelo apelante apenas limitam o direito de construir, não impedindo que o imóvel seja cadastrado na Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú (fls. 70/73). Após o Ministério Público local ter opinado pela confirmação do *decisum* (fls. 75/77), os autos alçaram a esta instância, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovisionamento do recurso voluntário e da remessa (fls. 86/89).

II — Voto

Cuida-se de remessa necessária e de recurso de apelação, esse interposto pelo município de Balneário Camboriú, em face da decisão do Magistrado *a quo* (fls. 53/57), que concedeu a ordem pretendida pelo apelado, consistindo no fato de ele ter inscrito seu imóvel nos cadastros da Prefeitura daquela Municipalidade.

Compulsando os autos, verifica-se que o autor adquiriu um terreno situado na cidade de Balneário Cam-

boriú (fl. 9), mais especificamente na Praia dos Amores e que, ao tentar inscrever seu imóvel nos cadastros da Prefeitura Municipal, teve seu requerimento indeferido (fl. 13).

A negativa da autoridade coatora está fundamentada na Lei Federal n. 4.771/65, Lei Estadual n. 6.063/82, na Lei Municipal n. 1.465/95 e, ainda, no argumento de ser o terreno de propriedade da União. Com relação a esse último argumento não há, efetivamente, qualquer reforma a ser feita na decisão do Magistrado. Isso porque às fls. 18/19 encontra-se documento expedido pela Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio, representação da Secretaria do Patrimônio da União em Santa Catarina, no qual se vislumbra declaração de que o terreno não pertence à União, razão pela qual não há também qualquer ingerência da Justiça Federal sobre o feito.

A preliminar de ilegitimidade igualmente foi afastada corretamente pelo Togado (fl. 54), eis que o prolator do ato inquinado de ilegalidade foi o próprio Secretário Municipal de Planejamento Urbano de Balneário Camboriú (fls. 13 e 17).

Ademais, a autoridade coatora encampou o ato, defendendo sua legalidade, motivo pelo qual deve figurar no pólo passivo do *mandamus*.

No que diz respeito à legislação mencionada pelo apelante para justificar sua atitude, melhor sorte não teve, pois todas elas limitam o direito do proprietário de construir ao longo de rios e áreas de preservação permanente, mas jamais fazem restrição ao cadastro do imóvel em nome do se-

nhor do bem nos registros da Prefeitura Municipal.

O Código Florestal, Lei n. 4.771/65, com as alterações dadas pela Lei n. 7.803/89, assim dispõe:

“Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

“a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: (redação dada pela Lei n. 7.803 de 18/7/1989)

“1 — de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura; (Redação dada pela Lei n. 7.803 de 18/7/1989).

“2 — de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei n. 7.803 de 18/7/1989)“3 — de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei n. 7.803 de 18/7/1989)“4 — de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; (Número acrescentado pela Lei n. 7.511, de 7/7/1986 e alterado pela Lei n. 7.803 de 18/7/1989)“5 — de 500 (quinhentos) metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; (Número acrescentado pela Lei n. 7.511, de 7/7/1986 e alterado pela Lei n. 7.803 de 18/7/1989)”

A Lei Estadual n. 6.063, de 24 de maio de 1982, também utilizada para fundamentar o ato do recorrido, em seu inciso III, art. 8º, diz:

“Art. 8º — os projetos de loteamento de que trata a presente Lei deverão atender aos seguintes requisitos;

“III — ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferroviárias e dutos, é obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15m (quinze metros) de cada lado, salvo maiores exigências estabelecidas em lei federal ou municipal. E a Lei Municipal n. 1.465/95, em seu art. 1º determina, *in verbis*:“Art. 1º. — É proibida, ao longo dos dutos e das águas correntes e dormentes, qualquer construção, em faixa de quinze metros de cada lado, ressalvada maior exigência da legislação específica Federal e Estadual.“Parágrafo único. A restrição prevista no *caput* deste artigo não obriga o Município a qualquer indenização, *nem impede o proprietário de utilizar essa faixa para outras finalidades*” (sem grifo no original).

Ressalta-se que, nessa última, há expressa disposição no sentido de que o legislador municipal apenas impossibilitou a construção às margens dos rios do Município, não vedando a utilização do imóvel para outras finalidades.

As delimitações contidas na Lei Estadual (Lei n. 6.063/82) e Federal (Lei n. 4.771/65), como dito linhas atrás, referem-se tão-somente à edificação nas áreas de preservação permanente, não impedindo que o proprietário do imóvel tenha seus registros garantidos.

E essa é a verdadeira intenção do apelado, pois da leitura do requerimento administrativo (fl. 15) e da inicial (fl. 3) concluiu-se que ele deseja apenas inscrever o imóvel no cadastro da

Municipalidade, propósito que não encontra óbice na legislação aplicável à espécie.

A propósito, oportuno são os comentários do Procurador de Justiça à fl. 88, *ipsis litteris*:

“A autoridade coatora não pode presumir que o possuidor, pelo simples fato de inscrever o seu imóvel acabaria por ferir a legislação no exercício de sua posse. O apelado está no seu direito, desde que respeite a lei. Os direitos de posse foram adquiridos através do contrato particular (fl. 9), podendo o adquirente exercê-los dentro dos limites legais”.

Ora, se não há disposição expressa de lei que proíba o proprietário do imóvel situado em área de preservação permanente de obter a inscrição do terreno em seu nome, não pode a Administração Pública obstar tal intento na hipótese de eventual futura construção no local (CRFB, art. 5º, II). Até porque, se assim agir o apelado, terá o Município meios próprios para coibir sua ação.

Aliás, vale lembrar que, se o imóvel não está inscrito nos cadastros da Prefeitura Municipal, a Fazenda Pública perde com o fato de não recolher os impostos a que está sujeito o bem.

Cumpra também gizar acerca da impossibilidade de condenação da autoridade impetrada ao pagamento

das custas processuais, tendo em vista a isenção determinada no art. 35, *i*, da Lei Complementar Estadual n. 156/97.

Desse modo, deve a sentença do juízo monocrático ser reformada somente para isentar a autoridade coatora do pagamento das custas processuais.

Ex positis, nega-se provimento ao recurso voluntário e dá-se parcial provimento à remessa obrigatória para afastar a condenação do apelante ao pagamento das custas processuais.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, negar provimento ao apelo e dar provimento parcial à remessa para isentar o apelado do pagamento das custas processuais.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Desembargador Jorge Henrique Schaefer Martins. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 14 de março de 2002.

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

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 1988.076511-8, DE ITUPORANGA

Relator: Des. João Martins

Desapropriação indireta — Alegada nulidade do laudo pericial e da sentença — Município condenado ao pagamento de indenização referente a área não mencionada na inicial — Decisão ultra petita — Redução aos limites do pedido — Recurso provido em parte.

Contribuição de melhoria — Ausência de comprovação do lançamento do débito — Dívida ilíquida — Impossibilidade de compensação.

Sucumbência recíproca — Adequação da verba honorária — Remessa parcialmente provida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1988.076511-8, da comarca de Ituporanga, em que é apelante o município de Ituporanga, sendo apelados Bráulio Quirino Nascimento e Arlene de Lourdes Mortari Nascimento:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Bráulio Quirino Nascimento e sua mulher, Arlene de Lourdes Mortari Nascimento, qualificados nos autos, ajuizaram ação de indenização por desapropriação indireta contra o município de Ituporanga, alegando serem senhores e possuidores de imóvel cuja utilização foi inviabilizada pela implantação de via de acesso à rodovia SC 302, que o atingiu parcialmente. Aduziram que, por esse motivo, possuem direito a indenização referente à área ocupada por aquela via pública e à desvalorização da parte do imóvel

que, embora não atingida diretamente, restou inutilizada.

Citado, o município de Ituporanga apresentou contestação, arguindo, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam*, porquanto a responsabilidade pela construção da via de acesso à SC 302 é do DER — Departamento Estadual de Estradas de Rodagem. No mérito, argumentou que nenhuma parte do imóvel dos autores ficou inutilizada pela mencionada via, tendo obtido, pelo contrário, valorização e reconhecimento como área apreciável no mercado imobiliário da região.

Os autores ofereceram réplica, refutando os argumentos expendidos pelo réu em contestação.

Deferida a produção de provas e apresentado o laudo pericial pelo experto do juízo e pelo assistente técnico dos autores (fls. 61/67 e 87/89), as partes manifestaram-se, seguindo-se parecer do representante ministerial, que requereu fossem declarados nulos os atos processuais praticados desde o despacho saneador, inclusive.

Anulado o feito desde a fl. 39, nomeou-se novo perito e as partes ofereceram quesitos e nomearam assistentes técnicos. O laudo pericial foi apresentado às fls. 158/167, seguindo-se a juntada do laudo do assistente técnico do réu (fls. 221/227) e a manifestação das partes e do Ministério Público.

Sentenciando, o Magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido formulado, condenando o réu a pagar aos autores, a título de indenização pela área expropriada, a importância de Cr\$ 606.094.000,00, acres-

cida de correção monetária a partir do laudo, juros compensatórios de 12% ao ano a contar da imissão na posse pelo município (janeiro de 1986) e juros de mora de 6% ao ano, a partir do trânsito em julgado da sentença. Condenou-o, ainda, ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da indenização.

Inconformado, apelou o município de Ituporanga, alegando que, ao elaborar o laudo apresentado, o perito judicial lançou área maior a ser indenizada, atingida pela abertura da Rua Frei Gaspar e não pela construção da via asfáltica de acesso à SC 302, que constitui o fundamento do pedido dos autores, devendo ser anulado o laudo pericial ou excluído da indenização o valor relativo às terras ocupadas por aquela obra, considerando-se somente a área realmente desapropriada pelo contorno viário mencionado.

Requeru, ainda, seja compensado, no montante da indenização a ser paga, o valor referente à contribuição de melhoria devida pelos autores em razão das obras realizadas, cujo valor alega ser líquido e certo. Pugna, por fim, pela anulação da sentença por ausência de fundamentação e por haver decidido além do pedido.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo provimento da remessa e do recurso.

II — Voto

1. Requereram os autores, na exordial, indenização referente a área de sua propriedade localizada no município de Ituporanga, desapropriada

em virtude da implantação da via de acesso à SC-302 (Contorno Viário Leste), bem como ressarcimento pela inutilização da área remanescente.

A expropriação restou comprovada pelos laudos periciais elaborados pelo experto do juízo (fls. 158/167) e pelo assistente do réu (fls. 221/227), ora apelante, que confirmam a construção da mencionada via, denominada Rua Prefeito Virgílio Scheller, com a utilização de terras de propriedade dos apelados. A responsabilidade do município pelo ato expropriatório, por outro lado, encontra-se evidenciada pelo Decreto Municipal n. 1.219/84, que declara de utilidade e necessidade pública, dentre outras, a área pertencente aos autores, destinando-a à desapropriação, e pelo Edital n. 5/88, que instituiu contribuição de melhoria pela pavimentação realizada no Contorno Viário Leste, a ser paga ao município.

Insurge-se o apelante, contudo, contra o laudo pericial apresentado, que incluiu no montante devido a título de indenização valor referente a área de propriedade dos apelados ocupada para a abertura da Rua Frei Gaspar, que, no entanto, não foi objeto da presente ação.

Com efeito, requereram os apelados em sua exordial a condenação do município ao pagamento de indenização na forma assim especificada:

“a) o valor da terra nua ocupada pela implantação da via de acesso à SC 302, acrescido das demais verbas cabíveis a título de indenização;

“b) o valor da terra nua não ocupada pela implantação, mas desvalorizada pela impossibilidade de utilização econômica” (fl. 6).

Consoante se observa, não pleitearam os autores indenização pela área utilizada para implantação da Rua Frei Gaspar, que, no entanto, restou incluída no laudo elaborado pelo perito judicial nos seguintes termos:

“A área ocupada pelo Poder Público Municipal, pertencente ao requerente é de 4.278,30m², sendo 2.981,00m² ocupados pela construção do contorno viário leste e 1.297,30 m² ocupados pela abertura da Rua Frei Gaspar” (fl. 167).

Tal conclusão foi adotada pela sentença recorrida para a fixação do montante da indenização, que foi estabelecido em relação à área total de 4.278,30m², conforme apurado pelo experto, em evidente inobservância aos limites traçados pelo pedido inicial.

Apesar das considerações supra, afasta-se, de início, a nulidade do laudo pericial de fls. 158/167 e rejeita-se o requerimento de realização de nova perícia, porquanto aquela realizada, embora haja excedido seu propósito, esclareceu suficientemente a matéria, não havendo necessidade de correção de omissão ou inexatidão dos resultados obtidos, que ensejaria, a teor dos arts. 437 e 438 do CPC, a elaboração de novo laudo técnico.

Ademais, é perfeitamente destacável do laudo apresentado a parcela excedente ao pedido formulado pelos apelados, ressaltando-se, ainda, que o magistrado não se encontra adstrito às conclusões alcançadas pelo perito, podendo formar sua convicção com outros elementos constantes dos autos (art. 436, CPC), de forma a adequar a prestação jurisdicional aos limites da lide.

Por outro lado, decidindo a sentença nos moldes do laudo pericial elaborado e, portanto, além do pedido formulado na inicial, mister se faz restringir o *decisum* aos limites da lide. Esclareça-se que é desnecessária a anulação da sentença, posto que o julgamento *ultra petita* não afeta o todo da decisão e não implica sua nulidade, bastando excluir o excesso constatado.

Sobre o assunto, ensina Nagib Slaibi Filho:

“Decidirá *ultra petita* o juiz que conceder mais do que foi pedido. (...)”

“De regra, por economia processual, os tribunais, em caso de sentença *ultra petita* (sentença além do pedido), evitam a sua anulação, reformando-as para adequá-las aos limites corretos, pois assim evitam retorno à instância inferior, com prejuízo do próprio vencedor da demanda (Revista Trimestral de Jurisprudência n. 112, pág. 373). Aplicam, assim, o princípio da redução do ato jurídico” (Sentença Cível, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, pág. 406).

No mesmo sentido é a lição de Orlando de Assis Corrêa:

“Decisão *ultra petita* será a que der ao autor mais do que ele pede. Se o autor pleiteou reintegração de posse de parte de uma gleba, não pode o juiz, ao proferir sentença, condenar o réu a entregar toda a gleba, mesmo que fique provado, nos autos, que toda a gleba estava na posse do autor, e que dela se havia apossado o réu.

(...)

“A decisão, pois, do juiz, só vale até o limite do que foi pedido pelo autor. Assim como não pode julgar

menos do que foi pedido não poderá dar mais do que consta no pedido.

“Em geral, os tribunais têm decidido que, havendo sentença *ultra petita*, não deve ser anulada, mas simplesmente limitada ao pedido do autor; neste sentido, alguns acórdãos citados abaixo; o fundamento é de que seria prejudicado exatamente aquele que não havia concorrido para a possível nulidade; decidindo-se o tribunal pela nulidade da decisão de 1º grau, outra sentença deveria ser proferida, e a demora seria muito grande; podendo o tribunal reformar, totalmente, a sentença, inclusive dando-lhe outra diretriz, pode, muito mais facilmente, limitar as disposições do juiz, compondo a lide nos limites em que ela foi posta, pelo autor e pelo réu” (Sentença Cível, 3ª ed., Rio de Janeiro, Aide, 1985, págs. 94/95).

Colhe-se, a propósito, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil. Sentença *extra petita* e *ultra petita*. Entendimento. Anulação da sentença apenas no caso de condenação *extra petita*.

“Tratando-se, como se trata, de sentença *ultra petita*, descabe a sua anulação, mas apenas a sua redução pelo Tribunal aos limites do pedido.

“Recurso conhecido, mas desprovido” (REsp n. 250255/RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 18/9/2001, in DJU de 15/10/2001).

Assim, reduz-se a prestação aos limites do pedido, fixando-se a área a ser considerada para efeito de indenização como aquela efetivamente ocupada pela via de acesso à SC 302 (Contorno Viário Leste), que, segundo os laudos apresentados, cor-

responde a 2.981,00m², com o valor de Cr\$ 141.667,00 (cento e quarenta e um mil, seiscentos e sessenta e sete cruzeiros) o metro quadrado (fl. 167), o que totaliza Cr\$ 422.309.327,00 (quatrocentos e vinte e dois milhões, trezentos e nove mil, trezentos e vinte e sete cruzeiros).

Referido valor, conforme determinado pela sentença recorrida, deve ser acrescido de correção monetária desde a data do laudo de fls. 158/167, juros compensatórios de 12% ao ano a contar do apossamento do imóvel pelo município (janeiro/86) e juros de mora de 6% ao ano a partir do trânsito em julgado da decisão.

No que pertine à ausência de fundamentação, a argüição de nulidade igualmente não merece acolhida, porquanto, embora concisa, a sentença fundamentou-se no laudo pericial apresentado, analisando por inteiro os pedidos formulados pelos apelados na exordial.

2. Quanto ao requerimento de compensação de valores relativos à indenização pela desapropriação e à contribuição de melhoria, da qual se diz credor o município, observa-se que, de fato, a valorização da área remanescente do imóvel dos apelados, conforme concluíram os laudos técnicos apresentados, constitui fato gerador do tributo pleiteado.

No entanto, embora trazido aos autos o Edital n. 55/88 (fls. 35/36 e 38), pelo qual o município de Ituporanga informou a cobrança da pavimentação efetuada no Contorno Viário Leste, não há provas de que o valor referente à contribuição de melhoria devida pelos apelados tenha sofrido o respectivo lançamento e que estes te-

tenham sido notificados, conforme exige o art. 82, § 2º, do Código Tributário Nacional.

Comentando tal dispositivo, esclarece Pedro Roberto Decomain:

“O § 2º do art. 82 do Código determina que, por ocasião do lançamento, cada contribuinte deverá ser notificado do valor da contribuição que dele se pretende cobrar, assim como da forma e prazos de seu pagamento, e dos elementos que integraram o respectivo cálculo. Essa notificação abre para o contribuinte (muito embora o dispositivo não seja expresso nesse sentido) novo prazo para impugnação. Já não mais impugnação dos elementos do edital publicado antes de realizado o lançamento da contribuição, mas sim impugnação do cálculo do valor da contribuição relativa a cada imóvel, realizado exatamente por ocasião do lançamento” (Anotações ao Código Tributário Nacional, São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 358).

Pode-se inferir da declaração prestada pelo então Secretário da Fazenda do município, aliás, que o necessário lançamento de fato não ocorreu, como se observa:

“Conforme vossa solicitação verbal, vimos através deste informá-lo de que o Município de Ituporanga não cobrou a taxa de melhoria do emplantamento nas terras do Sr. Braulino Quirino Nascimento, partindo do pressuposto que o proprietário das terras não iria requerer indenização da área utilizada, conforme acordo com os proprietários das áreas atingidas a melhorias só veio a valorizar as áreas remanescentes” (fl. 246 — sic).

Inexistindo nos autos comprovação do lançamento do tributo e da notificação dos contribuintes, não restaram demonstradas a certeza e a liquidez do valor concernente à contribuição de melhoria, o que impede a compensação prevista nos arts. 1.009 e 1.010 do Código Civil.

A propósito, colhe-se de acórdão de lavra do Desembargador Anselmo Cerello, proferido em idêntica situação:

“No que concerne à compensação das verbas indenizatórias, proclamadas na sentença apelada, com a contribuição de melhoria, a teor dos arts. 1.009 e 1.010 do CCB, a mesma é totalmente inviável, uma vez que a pretendida compensação seria com uma eventual dívida tributária, ainda não constituída, o que só ocorreria, através do lançamento, o que *in casu*, inexistiu.

“Por conseguinte, carece a pretendida compensação dos pressupostos legais a sua aceitação, ou seja, a reciprocidade de débito e crédito, conquanto as características de liquidez e certeza, à luz da Lei Civil que disciplina o instituto, a teor dos arts. 1.099/1.024; CPC, art. 744, § 2º, e 741, VI, e derradeiramente ante o disposto nos arts. 46 e 164 do Diploma Falencial.

“Ainda por oportuna, se vislumbra a ensinança do tantas vezes acatao Humberto Theodoro Júnior:

‘Quanto à compensação só é admissível, quando operada ao crédito do embargante, que se revista das mesmas características do título do embargado, o que vale dizer, que não é possível admitir-se compensação de dívida líquida e certa, por crédito ilíquido, ou pendente de apuração judicial. Aliás, o Código Civil é expreso em determi-

nar que: ‘a compensação efetua-se entre dívidas, vencidas e de coisas fungíveis’ (art. 1.010)’ (*in* Direito Processual Civil, vol. II, Forense, 1986, pág. 1.020).

“Também o mesmo aplaudido autor salienta em sua prestigiada obra ‘Contratos Jurisprudência’ vol. III, pág. 869, vol. 183, que a compensação importa numa forma especial de pagamento ou sua extinção, que se subordina a requisitos específicos como a liquidez e fungibilidade fora desse campo, a compensação só pode surgir de um processo, mediante sentença que condene o autor nas verbas ilíquidas e incertas disputadas, no bojo dos autos. Para tanto é indispensável o manejo da ação reconvenção.

“Também deste entender compartilham os renomados Adelício Theodoro em sua obra ‘Breves Considerações sobre alguns Aspectos do Novo CPC’ (RT 492/16, n. 6) e Mário Aguiar, em ‘Embargos do Devedor Teoria e Prática’.

“Assim também tem-se posicionado a jurisprudência (RT 1003/1400, 629/151, 641/137, 677/1663 — JTA 33/2002, 27/57 — JTARS 62/228, 65/295 — JTJ 103/49, dentre outras)” (Ap. Cív. n. 46.152, de Ituporanga, j. em 14/3/1995).

Assim, incabível a compensação nos moldes pleiteados pelo apelante, ressalvada a exigência da contribuição de melhoria pelos meios legais próprios.

3. Por força do reexame necessário, impende reformar a sentença no que tange à fixação dos honorários advocatícios, a cargo do apelante.

Segundo se observa da inicial da presente ação de indenização, os apelados formularam dois pedidos, quais sejam, o pagamento de indenização pela área expropriada pelo município e pela terra que, embora não ocupada, foi desvalorizada pela impossibilidade de utilização econômica. O Magistrado sentenciante julgou parcialmente procedente o pedido, determinando tão-somente o pagamento de indenização pela área efetivamente ocupada pelo Poder Público, restando vencidos em parte os apelados.

Dessa forma, incide o disposto no art. 21 do CPC, segundo o qual, “se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”, não havendo que se falar em decadência de parte mínima do pedido. Por esse motivo, fixa-se a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação para cada litigante, condenando-os igualmente no pagamento das custas processuais, observadas a isenção do município, nos termos do art. 33 do Regimento de Custas e Emolumentos do Estado de Santa Catarina, e a compensação prevista no dispositivo processual supracitado.

4. Diante do exposto, dá-se provimento parcial à remessa e ao recurso, para reduzir a verba indenizatória aos limites do pedido e determinar a distribuição e compensação das custas processuais, observada a isenção do município, e dos honorários advocatícios, arcando cada litigante com o pagamento da verba honorária de seu patrono, fixada em 10% do valor da condenação.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer da remessa e do recurso e dar-lhes provimento parcial, para reduzir a verba indenizatória aos limites do pedido e determinar a distribuição e compensação das custas processuais, observada a isenção do município, e dos honorários advocatícios, arcando cada litigante com o pagamento da verba honorária de seu patrono, fixada em 10% do valor da condenação.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. João José Schaefer e Volnei Carlin. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Vidal Vanhoni Filho.

Florianópolis, 14 de fevereiro de 2002.

João Martins,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1988.086355-2, DE BLUMENAU

Relator: Des. João Martins

Desapropriação — Expedição de decreto expropriatório pela administração municipal — Imóveis localizados em município diverso — Impossibilidade — Ilegitimidade reconhecida — Sentença

mantida — Remessa provida em parte para isentar o município das custas processuais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1988.086355-2, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é apelante o município de Blumenau, sendo apelados o espólio de João Carlos Ganzo Fernandes e outros:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e da remessa, negar provimento ao recurso e dar provimento parcial à remessa para isentar o município das custas processuais.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Prefeitura Municipal de Blumenau ajuizou ação de desapropriação contra Espólio de João Carlos Ganzo Fernandes, Espólio de Juan Edison Ganzo Fernandes e Agnes Koehler, qualificados nos autos, alegando que o Decreto Municipal n. 2.073/83 declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, as áreas de terras descritas na inicial, registradas em nome dos requeridos, destinadas à instalação de um campo de treinamento do Ministério do Exército.

Efetou, em juízo, o depósito prévio referente ao valor da área pretendida e requereu a citação dos réus e de Zulmira da Rosa, Angelo Moretto e sua mulher, Laércio Moretto e sua mulher e Sizenando Moretto e sua mulher, todos qualificados, que contendem em ação de usucapião que tem por objeto imóvel integrante da área ora discutida.

Recebida a inicial, o juiz de direito determinou a expedição de mandado de imissão provisória de posse e nomeou perito para a avaliação dos bens (fl. 91).

Citada, Zulmira da Rosa apresentou contestação (fls. 105/106), afirmando não se opor à desapropriação, mas sustentando ser irrisória a quantia depositada pelo expropriante. Na mesma oportunidade indicou assistente técnico e formulou quesitos para a prova pericial.

Angelo Moretto e sua mulher, Laércio Moretto e sua mulher e Sizenando Moretto e sua mulher igualmente ofereceram contestação, insurgindo-se contra o valor da indenização oferecida pelo município, aduzindo terem realizado várias benfeitorias nos imóveis a serem expropriados e também apresentando quesitos e indicando assistente técnico (fls. 108/113).

Após manifestação da autora (fl. 138), o espólio de João Carlos Ganzo Fernandes e o espólio de Juan Edison Ganzo Fernandes apresentaram contestação (fls. 139/144), alegando, preliminarmente, nulidade do feito por incorreção do valor depositado em juízo. No mérito, impugnaram o preço oferecido pela expropriante e sustentaram não haver provas de que a medida desapropriatória seja de fato necessária, indicando, ao final, assistente técnico.

Ilma Moes, herdeira de Agnes Koehler, ofereceu contestação, insurgindo-se, da mesma forma, contra a

quantia depositada e indicando assistente técnico (fls. 154/155).

À réplica da Prefeitura Municipal de Blumenau (fls. 163/164) seguiu-se manifestação do Ministério Público (fls. 165/166).

Aos terceiros interessados, incertos e desconhecidos e ausentes, citados por edital, nomeou-se curador especial (fl. 177), que compareceu aos autos aceitando o encargo e requerendo o processamento do feito.

Compareceram aos autos Laércio Moretto e sua mulher e Sizenando Moretto e sua mulher, alegando que a desapropriação pretendida é ilegal e nula, visto que o imóvel objeto da demanda pertence ao município de Indaial, carecendo ao município de Blumenau poder expropriatório em relação àquela área (fls. 189/190).

O município de Blumenau impugnou os documentos juntados pelos requeridos, afirmando serem temporâneos e não expressarem a verdade (fls. 206/209).

O representante ministerial opinou fosse oficiado ao 1º Ofício do Registro de Imóveis de Blumenau, a fim de que o oficial maior explicasse o teor das certidões apresentadas e a atual situação dos imóveis, o que foi determinado pelo Magistrado *a quo*.

Cumprindo a determinação judicial, o registrador do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Blumenau esclareceu a situação conflitante constatada acerca dos imóveis e confirmou pertencerem estes ao município de Indaial (fl. 232).

Os requeridos Angelo Moretto, Laércio Moretto e Sizenando Moretto novamente vieram aos autos, ratifi-

cando o já alegado e sustentando a ineficácia do decreto expropriatório e a conseqüente impossibilidade jurídica do pedido, requerendo, ao final, a extinção do feito com base no art. 267, VI, do CPC (fls. 243/244).

O município de Blumenau manifestou discordância com o pleito dos requeridos, afirmando que desde o ajuizamento da ação o cartório competente certificou que os imóveis discutidos estão situados em Blumenau, inexistindo qualquer fato novo a justificar a alteração alegada.

O Ministério Público opinou pela realização de inspeção judicial (fl. 248v.).

Sentenciando, o juiz de direito julgou extinto o processo na forma do art. 267, VI, do CPC, cassando a decisão que concedeu a imissão provisória na posse ao município e condenando-o ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada um dos advogados dos requeridos.

Inconformado, apelou o município de Blumenau, argumentando que o julgamento ocorreu precipitadamente, porquanto não realizada a perícia requerida pelas partes e pelo Ministério Público. Alegou que, pelos documentos acostados aos autos, a área expropriada está dentro de seu território, pugnando pela anulação da sentença recorrida.

Com as contra-razões e o parecer ministerial, os autos ascenderam a esta instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo conhecimento e provimento do recurso, para anular-se a sentença.

Julgando os autos, a Segunda Câmara Civil, por votação unânime, decidiu converter o julgamento em diligência, para que fosse realizada a perícia proposta (fls. 402/407).

Baixando os autos à comarca de origem, realizou-se a perícia determinada (fls. 475/485), sobre cujo laudo manifestaram-se as partes, requerendo o município a designação de audiência para esclarecimento das conclusões obtidas (fls. 508/509).

O representante ministerial opinou pela designação da audiência requerida.

O Magistrado *a quo* indeferiu o pedido de ouvida do perito judicial, determinando a remessa dos autos a este Tribunal.

Os embargos de declaração oferecidos pelos requeridos contra o acórdão anteriormente proferido foram rejeitados, opinando a Procuradoria-Geral de Justiça, em manifestação anterior a este julgamento, pelo desprovemento do recurso de apelação.

Sobreveio aos autos petição do município, alegando nulidade do feito por cerceamento de defesa, em virtude da não realização da audiência solicitada, e requerendo o retorno do processo à origem para aquela providência.

II — Voto

1. Afasta-se, inicialmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, alegado pelo município em razão do indeferimento de seu pedido de realização de audiência para ouvida do perito judicial, a fim de que este esclarecesse pontos obscuros do laudo apresentado, porquanto as conclu-

sões a que chegou o experto foram devidamente justificadas e demonstradas pelas plantas e mapas anexos, não havendo necessidade de outros esclarecimentos sobre a matéria, que restou suficientemente elucidada.

2. Objetiva a Prefeitura Municipal de Blumenau a desapropriação dos imóveis descritos no Decreto Municipal n. 2.073/83, de propriedade dos ora apelados, que se encontram registrados no 1º Ofício do Registro de Imóveis de Blumenau, consoante certidões de fls. 10/12.

Ocorre que, segundo informações do oficial maior do 1º Ofício do Registro de Imóveis de Blumenau, a área objeto da desapropriação localiza-se no município de Indaial e não no território do município de Blumenau, conforme reiteradamente alegado pelo apelante, carecendo-lhe legitimidade para postular a desapropriação pretendida.

De fato, colhe-se das últimas certidões juntadas aos autos (fls. 192/195 e 237/240) que aqueles imóveis não pertencem mais à circunscrição de Blumenau, informação confirmada pelo registrador do 1º Ofício do Registro de Imóveis de Blumenau nos seguintes termos:

“Antes de 1934 os imóveis que atualmente pertencem à comarca de Indaial (e, portanto, ao Registro de Imóveis da comarca de Indaial) pertenciam à comarca de Blumenau (e, portanto, ao Registro de Imóveis da comarca de Blumenau, o qual hoje é denominado 1º Ofício de Registro de Imóveis de Blumenau).

“Em 1933, foi criado o 2º Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Blumenau, cuja circunscrição era o da

atual comarca de Indaial, sendo que este 2º Ofício foi, em 1934, arquivado junto ao 1º Ofício da comarca de Blumenau, por ter sido criada a comarca de Indaial e instalado o Registro de Imóveis da comarca de Indaial.

“Dos antigos títulos de Concessão de Terras expedidos pelo Governo do Estado de Santa Catarina, anteriormente a 1934, constava a localização dos imóveis situados nos lugares Ribeirão Encano Alto do Ribeirão Encano, e outras denominações, como sendo: município ou comarca de Blumenau, motivo pelo qual foram registrados no 1º Ofício de Registro de Imóveis de Blumenau.

“Somente, posteriormente é que se verificou que estes imóveis não mais pertenciam a Blumenau, e sim a Indaial, motivo pelo qual de algumas certidões nada consta a respeito, doutras certidões consta que ‘os imóveis constantes da certidão atualmente não mais pertencem a esta circunscrição’, ou seja, no caso específico da certidão datada de 4 de maio de 1992 que: ‘os imóveis pertencem atualmente à comarca de Indaial’, motivo pelo qual fica o Registro n. 19.920, feito à fl. 172 do livro 3-Q, bloqueado, servindo apenas para fins de filiação e disponibilidade fato que foi averbado em 22/3/1989, na margem do citado registro.

“Informamos mais a V. Excia. que as cópias reprográficas das certidões anexas ao Ofício acima mencionado, as de fls. 10, 11 e 12, são datadas de 24/2/1983, as de fls. 189 e 190, datadas de 25/3/1981, e a de fl. 191, datada de 2/3/1982, sendo a última (fl. 192, datada de 4/5/1992, e na qual consta que, em 22 de março de

1989 foi feita a averbação do bloqueio do imóvel por pertencer à comarca de Indaial, ficando o mencionado registro (n. 19.920 feito à fl. 172 do livro 3-Q) somente para fins de filiação e disponibilidade, ou seja, quando for apresentado título de alienação ou oneração, será averbado que o ato deverá ser procedido no Registro de Imóveis da comarca de Indaial, ao qual atualmente pertence o imóvel” (fl. 232).

O laudo pericial apresentado pelo experto do juízo e assistentes técnicos das partes corrobora os fatos acima narrados, afirmando expressamente que a área expropriada está localizada no município de Indaial, território a que pertencia já à época da propositura da ação de desapropriação (fl. 476). Ressalta, ainda, que “a área desapropriada está situada totalmente no município de Indaial, ficando a cerca de 3,00 quilômetros da divisa de Indaial com Blumenau” (fl. 478).

Consta do mesmo documento explicação dos peritos acerca da polêmica ocorrida em relação à exata localização dos imóveis, restando esclarecido que:

“A controvérsia havida é fácil de se entender e de explicar, é que até 1934 o território de Indaial pertencia a Blumenau, e os registros todos eram feitos no 1º Ofício de registro de imóveis de Blumenau, com a emancipação política do município de Indaial, foi criado então o registro de imóveis de Indaial, ficando os documentos antigos registrados como pertencentes a Blumenau.

“Também pode-se observar que a certidão em nome de João Carlos Ganzo Fernandez e Juan Edison Ganzo Fernandez, apresentada aos

autos (pg. 10), diz ‘...conforme escritura pública de 9 de março de 1944...’ é anterior a Lei Estadual n. 247, que fixa os limites entre os municípios, que é de 30 de dezembro de 1948, não se sabendo naquela época aonde realmente passava os limites dos municípios” (fl. 477).

Assim, conforme já mencionado, localizando-se os imóveis no município de Indaial, não possui o município de Blumenau competência e legitimidade para expedir o decreto expropriatório e propor a ação correspondente, visto que tais atos, a culminarem com a transferência do domínio dos bens ao expropriante, implicariam ofensa à autonomia político-administrativa dos municípios.

A respeito, leciona José Carlos de Moraes Salles:

“Não se perca de vista, finalmente, que a União pode desapropriar bens em todo o território nacional, mas os Estados e Municípios só poderão fazê-lo dentro das respectivas circunscrições territoriais” (A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pág. 144).

E segundo Hely Lopes Meirelles:

“No processo de desapropriação o Poder Judiciário limitar-se-á ao exame extrínseco e formal do ato expropriatório e, se conforme à lei, dará prosseguimento à ação para admitir o depósito provisório dentro dos critérios legais, conceder a imissão na posse quando for o caso e, a final, fixar a justa indenização e adjudicar o bem ao expropriante. (...) Mas é óbvio que, no

próprio processo de desapropriação, o juiz pode e deve decidir sobre a regularidade extrínseca do ato expropriatório (competência, forma, caducidade etc.), assim como sobre as nulidades processuais” (Direito Administrativo Brasileiro, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pág. 550).

Dessa forma, correta a extinção do feito na forma do art. 267, VI, do CPC, não merecendo reparo a sentença recorrida, ressalvada a condenação do município ao pagamento das custas processuais, visto que isento de tal encargo, na forma do art. 33 do Regimento de Custas e Emolumentos do Estado de Santa Catarina.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso e dá-se provimento parcial à remessa para isentar o município das custas processuais.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer do recurso e da remessa, negar provimento ao recurso e dar provimento parcial à remessa para isentar o município das custas processuais.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. João José Schaefer e Volnei Carlin. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz César Medeiros.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2002.

João Martins,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1997.003116-5, DE SÃO JOSÉ**Relator: Des. Anselmo Cerello**

Ação de consignação em pagamento — Contrato de promessa de compra e venda de imóvel — Direito intertemporal — Aplicabilidade da lei nova sobre os efeitos de contrato anteriormente celebrado — Possibilidade — Norma de ordem pública, de eficácia plena e imediata — Apelo provido.

“A Medida Provisória n. 542/94, que instituiu o Plano Real, é norma de ordem pública, de eficácia plena e imediata. Logo, tendo modificado o padrão monetário nacional, alcança as relações jurídicas estabelecidas, como, por exemplo, as cláusulas de reajustes dos contratos de locação. Afastam-se, portanto, as limitações do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, contidas no art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei de Introdução do Código Civil” (REsp n. 150.325/SP, 5ª T., rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 19/10/99, publ. DJ de 27/3/00, pág. 122).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1997.003116-5, da comarca de São José (2ª Vara), em que é apelante Fabiano da Costa, sendo apelada J. A. de Souza Empreendimentos Imobiliários Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, prover o recurso.

Custas legais.

Fabiano da Costa, devidamente qualificado perante a 2ª Vara Cível da comarca de São José, ajuizou ação de consignação em pagamento em face de J. A. de Souza — Empreendimentos Imobiliários.

Sustentou ter firmado contrato de compra e venda de um imóvel com a empresa ré, a ser quitado em 72 prestações mensais, com incidência de correção monetária mensal baseada na variação da URV. Alegou, tam-

bém, que as parcelas teriam ficado inalteradas pelo período de um ano, em face da mudança da moeda para o Real, mas que após julho/95 a ré teria passado a aplicar reajustes mensais com os quais não concordaria. Em razão disso, alegou ter efetuado depósito referente ao mês de outubro/95, tendo a credora se recusado a aceitar. Diante do exposto, requereu que as prestações passassem a ser atualizadas pelos índices de variações de preços e custas, com reajuste anual e juros sem capitalização.

Citada, a empresa ré contestou, às fls. 73/79, argumentando que as pretensões do autor estariam indo de encontro ao contrato e à legislação, razão pela qual houve recusa de sua parte em receber o depósito consignado em valor inferior ao da parcela congelada. Quanto ao objetivo do autor de ter o CUB como atualizador das parcelas mensais, discorreu sobre sua impossibilidade, visto que o

imóvel já estaria construído, sendo vedada a utilização desse índice no caso. Ressaltou, ainda, a inviabilidade do reajuste anual ante o expresse mandamento da lei, que determinava a suspensão da aplicação por apenas um ano, pois, caso contrário, estaria havendo um enriquecimento ilícito por parte do autor. Diante do exposto, postulou pela improcedência do pedido inicial, uma vez que estaria em desacordo com o contrato firmado entre as partes.

O autor respondeu à contestação às fls. 92/96.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito, às fls. 98/103, julgou improcedente o pedido formulado por Fabiano da Costa, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da causa.

Irresignado, Fabiano da Costa interpôs recurso de apelação, às fls. 106/110, pleiteando a reforma total da sentença prolatada.

Foram oferecidas as contra-razões, às fls. 113/118.

Às fls. 121/126, foi juntada aos autos cópia de acórdão que julgou parcialmente procedente a ação consignatória em pagamento ajuizada contra J. A. de Souza Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Fabiano da Costa, às fls. 128/132 e 136/147, juntou cópias dos comprovantes de depósitos consignados.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação cível em que o autor repisa, em grau de recurso, todos os argumentos

despendidos na sua peça deflagrada da lide e enfrentados na sentença.

Conforme muito bem asseverou o apelante, ao tratar dos fatos e acontecimentos jurídicos que marcaram o período de desenvolvimento do contrato em questão:

“Em 17/11/95, o apelante ajuizou ação de consignação em pagamento, pretendendo depositar os valores que julgava devidos em face de contrato de promessa de compra e venda de imóvel residencial em prestação.

“Referido contrato de promessa de compra e venda foi firmado em 10/4/94, prevendo o pagamento do preço em 72 (setenta e duas) parcelas mensais, estipuladas em URV, vencendo a primeira em 10/5/94 e a última em 10/12/99.

“Até o mês de setembro/95 as parcelas do preço foram pagas diretamente ao credor e a partir de outubro/95 passaram a ser consignadas, face a divergência no entendimento das cláusulas contratuais.

“Influi no cumprimento das cláusulas avençadas as medidas implementadas pelo Plano Real (Programa de Estabilização da Economia).

“As parcelas mensais ficaram com valores fixos de julho/94 a junho/95. A partir de julho/95 as parcelas foram atualizadas com base na inflação ocorrida nos doze meses anteriores. Desde então, a compromissária vendedora passou a aplicar reajustamentos mensais às parcelas do preço.

“Além disso, a compromissária vendedora vinha aplicando taxa de juros de 1% a.m., cobrados de forma capitalizada e mensal.

“A controvérsia se estabeleceu ao redor destes dois pontos: retorno dos reajustamentos mensais após junho/95 e cobrança mensal e capitalizada dos juros.

“Em apoio ao seu ponto de vista, contrário ao retorno dos reajustamentos mensais, e à capitalização mensal dos juros, o autor/apelante invocou:

— Lei n. 9.069 de 29/6/95 (estabelece o reajuste anual dos contratos):

‘Art. 28 — Nos contratos celebrados ou convertidos em Real com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual’.

— Medida Provisória n. 1.079/95 (desindexação) mantém a periodicidade anual para os reajustes:

‘Art. 2º — É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano’.

§ 1º — É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano’.

— Decreto n. 22.626/33, art. 4º (proíbe a capitalização mensal de juros):

‘É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano’.

“A propósito, decidiu o STJ:

‘Direito civil. Juros. Capitalização. Vedação legal. Iliquidez da dívida. Recurso provido.

‘Segundo precedentes da Corte, a capitalização de juros, salvo exceções legais, é vedada em nosso ordenamento jurídico, não guardando relação o anatocismo, repudiado no verbete 121, com o enunciado 596, ambos da súmula do Supremo Tribunal Federal.

‘Íliquida se apresenta a nota promissória fundada em novação quando demonstrada a capitalização de juros’ (Recurso Especial n. 7432, Paraná — 4ª Turma do STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, unânime, j. em 17 de setembro de 1991, recorrente Kapri Corretora de Imóveis Ltda., recorrido Banco de Crédito Nacional S.A.).

“Em sua contestação alegou a demandada que as medidas econômicas iniciadas com a Lei n. 8.880/94, não podem afetar o contrato do autor por terem sido assinados anteriormente, o que os deixaria a salvo de alterações/reflexos.

“No entanto, este argumento não pode ser aceito, pois as implicações decorrentes das medidas refletiram em todos os setores da economia nacional, afetando inclusive os salários que se transformaram na principal âncora no segundo ano do Plano Real. A desindexação começou pelos salários. Eles (os salários) deixaram de ter correção pela inflação a partir de agosto/95.

“Além do que, se o apelado entendia que novas medidas não poderiam atingir seis contratos assinados anteriormente, não deveriam sequer ter concordado com o congelamento imposto pelo governo no período de julho/94 a julho/95. Porém, neste particu-

lar acataram a legislação posterior aos contratos, tanto que mantiveram constantes os valores das mensalidades no respectivo período” (fls. 107/109).

Portanto, tendo em vista que a legislação do Plano Real trata-se de norma de ordem pública, de eficácia plena e imediata, e que por alterar o padrão monetário nacional, suas disposições acabam por incidir em todos os pactos anteriores a sua vigência, afastando-se, assim, as limitações relativas ao ato jurídico perfeito e do direito adquirido, conforme já restou decidido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“Civil — Recurso especial — Locação comercial — Cobrança de locativos — Plano Real — Medida provisória n. 542/94 — Conversão do aluguel para Real — Possibilidade — Dissídio pretoriano existente.

“1 — A Medida Provisória n. 542/94, que instituiu o Plano Real, é norma de ordem pública, de eficácia plena e imediata. Logo, tendo modificado o padrão monetário nacional, alcança as relações jurídicas estabelecidas, como, por exemplo, as cláusulas de reajustes dos contratos de locação. Afastam-se, portanto, as limitações do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, contidas no art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei de Introdução do Código Civil.

“2 — Precedentes (STF, RE n. 114.982/RS, e STJ, REsp ns. 114.504/SP e 40.629/SP).

“3 — Divergência jurisprudencial, com fundamento no art. 105, III, alínea c da CF, comprovada (art. 255 e parágrafo único do RISTJ) e existente.

“4 — Recurso conhecido por ambas as alíneas e provido para, reformando o v. acórdão de origem, julgar

improcedente a ação, invertendo-se o ônus da sucumbência” (REsp n. 150.325/SP, 5ª T., rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 19/10/99, publ. DJ de 27/3/00, pág. 122).

“Locação. Plano Real. Norma de ordem pública. Aplicação imediata. — Conquanto por princípio a lei que rege o contrato é a da época da sua celebração, a norma de ordem pública — no caso modificadora do padrão monetário — tem incidência imediata, alcançando, inclusive, relações jurídicas estabelecidas antes da sua edição — Recurso provido” (REsp n. 151.002/SP, 5ª T., rel. Min. Félix Fischer, j. 4/8/98, publ. DJ de 7/12/98, pág. 94).

“Civil. Locação comercial. Plano Real. Medida provisória n. 566/94. Conversão do aluguel em Real.

“— a Medida Provisória n. 566/94, que instituiu o Plano Real e modificou o padrão monetário nacional, e norma jurídica de ordem pública, de eficácia imediata e geral, alcançando as relações jurídicas estabelecidas antes de sua edição.

“— As regras de conversão das obrigações pecuniárias com cláusula de correção monetária baseada em índices de preços, previstas no art. 21, da citada medida provisória, são aplicáveis aos contratos de locação comercial, sem que disso resulte quebra do princípio da irretroatividade da lei.

“— Recurso especial conhecido” (REsp n. 92.852/SP, 6ª T., rel. Min. Vicente Leal, j. 15/9/97, publ. DJ de 13/10/1997, pág. 51.653).

Nesse mesmo sentido: REsp ns. 155.821/SP, 114.504/SP, 103.480/SP, 101.159/SP, 122.474/SP, 98.121/SP, 40.629/SP; RE n. 114.982/RS; RTJ

55/35, 89/634, 90/296, 112/759, 107/394 e 134/413.

Por essas razões, decidiu esta Segunda Câmara Civil prover o apelo para aplicar ao pacto litigado o estabelecido na Medida Provisória n. 542/94, convertida na Lei n. 9.069, de 29/6/95, invertidos os ônus sucumbenciais.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira e Cesar Abreu.

Florianópolis, 3 de dezembro de 2001.

*Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.013037-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Anselmo Cerello

Contrato de incorporação imobiliária sob o regime de construção por administração ou preço de custo — Regime jurídico ditado pela Lei n. 4.591/64 — Legitimidade ad causam ativa dos condôminos para acionar a construtora, sendo parte legítima passiva a construtora e não a comissão de representantes — Aumento do número de prestações convencionadas — Teoria de imprevisão não caracterizada — Inadmissibilidade da reconvenção enfrentada na lide principal — Carência de fundamentação afastada — Matéria exclusivamente de direito — Fatos convincentemente fundados em documentos dos autos — Cerceamento de defesa inexistente.

O contrato de construção imobiliária pactuado diretamente entre o adquirente e o construtor, não obstante possuir características próprias, inteiramente dissociadas das particularidades inerentes à atividade de prestação de serviços, encontra-se formalmente previsto na parte final do artigo 43 da Lei n. 4.591/64, onde se acham estabelecidas textualmente as normas específicas para “contratar a entrega de unidades a prazo e preços certos, determinados ou determináveis”, não deixando, no entanto, de ser um pacto não instantâneo mas diferido no futuro pro tempore; e, em tese admissível seria a sua revisão em hipóteses de imprevisibilidade extraordinária daquela modificação, não se reclamando a prévia previsão convencional das partes desse evento anormal que se situa fora do curso habitual das coisas. Assim, por exemplo, afora o aumento da inflação e a depreciação da moeda, pois estas não se catalogam como fatos imprevisíveis nem como riscos anormais justificadores da aplicação da norma acolhedora da teoria da imprevisão.

Para que esta se imponha, imperioso que se verifiquem os seguintes pressupostos consagrados pela doutrina, maciçamente:

1 — alteração radical do ambiente objetivo existente ao tempo da firmação do contrato, decorrente de circunstâncias imprevisas ou imprevisíveis;

2 — onerosidade excessiva para o devedor e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste;

3 — enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência direta da superveniência imprevisista.

Se o litígio se cifrou nos contratos de construção imobiliária direta, a preço e prazo certos regidos pelo artigo 43 da Lei n. 4.591/64, o litígio cinge-se no aumento do número de prestações convencionadas sendo parte legítima passiva a construtora e não a comissão de representantes dos condôminos, não obstante esta ter-se recusado a ampliar o número das referidas prestações. Tal comissão destina-se ao acompanhamento da edificação e deliberações atinentes, sempre subordinadas à vontade suprema dos condôminos manifestada em assembleia-geral, dos quais a comissão é mera representante, desempenhando um mandato, sem, contudo, revestir-se de parte na relação jurídica.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.013037-9, da comarca da Capital (6ª Vara), em que é apelante Nova Predial Comércio e Administração de Imóveis Ltda., sendo apelados Celita Pickler Oenning e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, prover parcialmente o recurso de apelação e negar provimento ao recurso adesivo.

Custas legais.

Celita Pickler Oenning e outros, todos devidamente qualificados, aforaram ação cautelar e a pertinente

ação ordinária contra Nova Predial Comércio e Administração de Imóveis Ltda.

Aduziram na prefacial que firmaram com o representante legal da requerida uma proposta de compra e venda de fração ideal de terreno, cumulado com prestação de serviços e ingresso em condomínio para construção a preço de custo, visando à edificação do Residencial Costa Norte, localizado no distrito de Ingleses do Rio Vermelho, nesta Capital.

Afirmaram tratar-se de uma incorporação imobiliária, regulada pela Lei n. 4.591/64, existindo inúmeras irregularidades cometidas pela admi-

nistradora, dentre elas a falta de registro da incorporação, atraso na entrega da obra, defeitos na construção, falta de concessão do habite-se, superfaturamento de despesas, desvio de valores, recusa em apresentar documentos, e a cobrança de uma parcela não prevista no orçamento e não aprovada por quem quer que seja, discorrendo acerca da ilegitimidade desta.

Requereram medida liminar *inaudita altera parte*, a qual foi concedida, determinando-se a busca e apreensão dos documentos relativos ao empreendimento edifício Residencial Costa Norte, que se encontravam em poder da ré, mas que por disposição legal e contratual deveriam ser apresentados; e a suspensão provisória da exigibilidade da 32ª parcela e as subseqüentes.

Devidamente citada, a requerida ofertou contestação, redargüindo ser fantasiosa a versão dos fatos descritos na inicial, porquanto jamais deixou de atender os adquirentes e de cumprir com o pactuado.

Aduziu que, ao executar a obra, constatou que as parcelas exigidas não eram suficientes e que para o cabal desempenho da função exigiu o pagamento ora sustado, com fundamento na cláusula quinta, parágrafo único, do instrumento contratual.

Interpôs agravo de instrumento perante este egrégio Tribunal de Justiça — fls. 325/352 —, ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

Tempestivamente, os autores propuseram a ação ordinária, almejando a declaração de inexigibilidade da 32ª parcela, cuja cobrança foi sustentada pela liminar concedida na ação cautelar, a condenação da ré ao reiní-

cio imediato das obras de reparação dos defeitos apontados pelo Corpo de Bombeiros, a obtenção do habite-se e a entrega das chaves aos adquirentes, sob pena de imissão de posse.

Em aditamento promovido antes da citação, os autores incluíram mais um pedido, qual seja, a declaração de integral cumprimento das obrigações contraídas pelos ora apelados.

Com a exordial vieram os documentos de fls. 24/46.

Devidamente citada, a ora apelante ofertou tempestivamente contestação e reconvenção.

Em contestação, a apelante alegou preliminarmente: 1) inépcia da inicial — ante a falta dos instrumentos procuratórios outorgados ao advogado; 2) carência de ação — por ilegitimidade passiva *ad causam*, por entender que a presente ação deveria ter sido proposta contra a comissão de representantes, que foi negligente ao realizar suas atribuições; 3) ausência de notificação premonitória a fim de constituir em mora a administradora — tratando-se de um dos requisitos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

No mérito, asseverou que vários dos autores já possuem as chaves do imóvel e que a maioria das irregularidades apontadas na vistoria já haviam sido sanadas, sendo que as faltantes serão executadas assim que regularizarem os pagamentos.

Pugnou, ao final: 1) pela improcedência da ação principal — com a cassação da liminar concedida na ação cautelar; 2) o reconhecimento da litigância de má-fé; 3) tutela antecipatória objetivando o levantamento da quantia depositada em conta vincula-

da; 4) a declaração de que os apelados são responsáveis pela integral manutenção do empreendimento desde a concessão da liminar; 5) a inalienabilidade dos três imóveis remanescentes do condomínio, a fim de garantir a execução pela eventual condenação dos apelados; 6) a determinação de perícia no imóvel, assim como a realização de auditoria objetivando a verificação dos custos unitários da obra por metro quadrado.

Ato contínuo, propôs ação de reconvenção, responsabilizando os ora apelados — autores/reconvindos — pelo descumprimento contratual, uma vez que não efetuaram o pagamento devido.

Requeru a reconvincente: antecipação de tutela — para levantamento da importância depositada a título de caução; a declaração de inexigibilidade de cumprimento de obrigações assumidas por ela nos contratos particulares de promessa de compra e venda de fração ideal de terreno cumulada com prestação de serviços e ingresso em condomínio para a construção a preço de custo firmado individualmente com a totalidade dos adquirentes do Condomínio Costa Norte, por culpa exclusiva dos autores/reconvindos, bem como sejam condenados ao pagamento dos valores devidos a título de penalidades contratuais previstas nos instrumentos firmados; a condenação dos autores/reconvindos à indenização dos prejuízos ocorridos em razão da concessão da medida liminar, além dos danos morais; a indisponibilidade/inalienabilidade dos três apartamentos remanescentes; e o ressarcimento dos prejuízos que ela — a reconvincente — vier a sofrer com o inadimplemento das obrigações assumi-

das com terceiros decorrentes da presente lide.

Devidamente intimados, os autores contestaram a reconvenção, enfatizando que o incorporador não é credor de nenhuma parcela do preço orçado, mas tão-somente da taxa de administração, e, em réplica, refutaram todos os argumentos expendidos na contestação.

A MM^a Juíza *a quo*, às fls. 165/185, na principal, e 407/423, na cautelar, julgou procedente a ação ordinária, declarando a inexigibilidade da chamada 32^a parcela, condenando a requerida à realização dos reparos necessários para a regularização da obra, bem como à entrega das chaves aos condôminos, declarando cumpridas as obrigações assumidas pelos autores.

Sob o mesmo fundamento, julgou improcedente a reconvenção, confirmando a liminar deferida na ação cautelar, a qual julgou procedente.

Irresignada, a Nova Predial Comércio e Administração de Imóveis Ltda. apelou, aduzindo em preliminar: 1) cerceamento de defesa — em face do julgamento antecipado da lide; 2) ilegitimidade passiva *ad causam* — diante do “lacônico e vazio fundamento” da sentença à fl. 417 dos autos; 3) carência de ação — diante da ausência de notificação premonitória a fim de ser constituída em mora, condição para a decretação da carência de ação, em face da falta de constituição e desenvolvimento regular e válido do processo.

No mérito renovou os argumentos esposados na contestação e na reconvenção.

Tempestivamente, Celita P. Oenning e outros ofereceram embargos de declaração — fls. 240/243, os quais foram julgados parcialmente procedentes pela MMA. Juíza *a quo* — fls. 245/248, não merecendo guarida apenas a irrisignação no tocante à ausência de apreciação do pedido de tutela antecipada, sob o fundamento de que “o insurgimento se apresenta extemporâneo, posto que não tendo o juízo se manifestado quanto ao pedido da ocasião oportuna (recebimento da inicial), cabia aos embargantes peticionarem no sentido de terem o pronunciamento judicial reclamado, mesmo que contrário a sua pretensão”.

Em contra-razões os apelados suscitaram preliminar de deserção — fulcrada na Resolução n. 2/97, que determinava que o recolhimento fosse efetuado no valor de R\$ 70,00 (setenta reais) e não de R\$ 50,00 (cinquenta reais) como no caso dos autos, com a complementação feita a destempo; no mérito requereram o improvimento da apelação, renovando os argumentos contidos na prefacial.

Tempestivamente, interpuseram os apelados recurso adesivo objetivando elevar as verbas honorárias de 15 para 20%.

Em suas contra-razões a apelante refutou o pedido formulado pelo procurador dos apelados.

É a síntese do necessário.

Cinge-se a lide no contrato formulado pelos apelados com a apelante à edificação, em regime de administração, do empreendimento denominado Residencial Costa Norte, no distrito de Ingleses, no município de Florianópolis/SC.

O embate encontra-se calcado nos seguintes pontos:

1) a declaração de inexigibilidade de parcela não prevista no orçamento da obra, parcela que já havia sido sustada pela liminar concedida nos autos apensos (na ação cautelar preparatória);

2) a condenação da apelante para que esta desse início imediato às obras necessárias à regularização dos defeitos de construção apontados em vistoria realizada pelo Corpo de Bombeiros e diligenciasse a obtenção de habite-se na municipalidade, sob pena de contratação de tais serviços perante terceira empresa às suas custas;

3) a condenação da apelante a efetuar a entrega das chaves das unidades aos adquirentes/apelados, sob pena de imissão de posse destes em suas respectivas unidades;

4) a fixação do prazo de trinta dias para que a apelante cumprisse o determinado no item anterior, com efeito de notificação judicial, nos termos e para os fins do art. 43, inciso VI, da Lei n. 4.591/64, sob pena de pagamento de multa diária pelo atraso no atendimento da condenação;

5) a declaração de estarem integralmente cumpridas as obrigações contratuais contraídas pelos apelados nas promessas de compra e venda firmadas;

6) a concessão da antecipação da tutela específica pleiteada.

Para melhor discernimento da *quaestio*, mister se faz a narrativa dos meios processuais empregados para o deslinde da contenda:

1) cautelar com cumulação dos pedidos: 1.1 exibição de documentos; 1.2 oferecimento de caução em dinheiro; 1.3 sustação da exigibilidade da mencionada parcela (32ª), até o final da decisão a ser proferida na ação principal — fls. 2/424 — julgada procedente;

2) impugnação ao valor da causa — fls. 2/14 — julgada improcedente;

3) ação ordinária — fls. 2/185 — julgada procedente;

4) reconvenção — fls. 55/71 e 185 — julgada improcedente;

5) recurso de apelação — fls. 187/290 — tempestivo;

6) recurso adesivo — fls. 291/303 — tempestivo;

7) pedido de antecipação de tutela — fls. 307/317.

Prefacialmente, há de se destacar que a construção de imóveis pelo regime de empreitada/subempreitada (art. 55) submete-se a legislação própria, encontrando-se regulamentada pelos artigos 1.237 e seguintes do Código Civil brasileiro, tendo natureza jurídica negocial completamente distinta da compra e venda, com a qual não se confunde de forma nenhuma.

Nesse norte, para dar-se a natureza jurídica a um contrato, faz-se mister enquadrá-lo na classificação dos contratos. Ora, examinando o contrato *sub judice*, vê-se que se trata de contrato bilateral, também chamado de prestações recíprocas; de um contrato oneroso, comutativo, consensual e solene. Pode ser contrato de execução instantânea, mas ordinariamente é de execução diferida no futuro; no mais das vezes representa um contrato preliminar porque na maio-

ria dos casos ele envolve a obrigação de se firmar, no futuro, um contrato definitivo. Vejamos cada uma dessas características, deixando a última para ser tratada em parágrafo autônomo.

Diz-se que um contrato é bilateral quando cria obrigações recíprocas entre as partes. Ele se opõe aos contratos unilaterais, como o depósito, por exemplo, em que, aperfeiçoado negócio pela tradição da coisa, as obrigações daí defluentes só vinculam o depositário.

Os contratos distinguem-se em onerosos e gratuitos. É óbvio que o contrato de incorporação é oneroso.

Dentro da categoria dos contratos bilaterais e onerosos estabelece-se uma outra divisão, opondo-se os contratos comutativos aos aleatórios.

Comutativo é o contrato bilateral e oneroso no qual a estimativa da prestação a ser recebida por qualquer das partes pode ser efetuada no ato mesmo em que o contrato se aperfeiçoa. Assim, por exemplo, a locação de coisa. O locador pode, desde logo, verificar a importância que deve receber, enquanto o locatário, por sua vez, conhece o objeto cujo uso pacífico lhe será assegurado.

Aleatório é aquele contrato bilateral e oneroso em que pelo menos uma das partes não pode antecipar o montante da prestação que receberá em troca da que fornece. Compra-se um risco, como no exemplo do seguro, em que o segurado, em troca do prêmio, pode vir a receber indenização, se advier o sinistro, ou nada receber, se este não ocorrer.

Na idéia de comutatividade in-sere-se, de um certo modo, a de equivalência das prestações. Porque é normal que, nas convenções de intuito lucrativo, cada parte só consinta num sacrifício se aquilo que obtém em troca lhe for equivalente. Aliás, é essa a antiga concepção que o Código Civil francês, inspirado em Pothier, fornece. Diz o art. 1.104 daquele código:

“Art. 1.104 (O contrato) é comutativo quando cada uma das partes se obriga a dar ou fazer uma coisa que é encarada como equivalente daquilo que se lhe dá, ou daquilo que a ela se faz”.

A distinção, em análise, oferece, por sua vez, considerável importância, visto que o regime criado pela lei para uma dessas espécies de contrato não é o mesmo que ela reserva para a outra. Assim, o Código Civil, ao cuidar da evicção, restringe-a ao campo dos contratos comutativos; e nos arts. 1.118 e 1.121 cria um regime especial para os contratos aleatórios.

Ademais, só os contratos comutativos estão sujeitos à rescisão por lesão (nos regimes que a admitem), estando, por conseguinte, fora de sua alçada os contratos aleatórios.

Diz-se que o contrato de incorporação é um contrato consensual em oposição aos chamados contratos reais. Realmente, mudando o ângulo em que o classificador encara os contratos e examinando segundo a maneira como se aperfeiçoam, podemos classificá-los, inicialmente, em consensuais e reais.

Consensuais são aqueles que se ultimam pelo mero consentimento das partes, sem necessidade de qualquer outro complemento; assim, por

exemplo, a compra e venda de bens móveis, ou o contrato de transporte.

Reais são aqueles ajustes que dependem, para seu aperfeiçoamento, da entrega da coisa, feita por um contratante ao outro. São contratos reais o comodato, o mútuo, o depósito, o penhor, a anticrese e as arras.

Desse modo, o mero acordo de vontades entre, por exemplo, comodante e comodatário não estabelece o contrato de comodato; este contrato só se aperfeiçoa com a entrega, feita pelo comodante ao comodatário, da coisa infungível, objeto do negócio. Antes pode existir promessa de contratar, mas não existe comodato.

Ainda dentro dessa maneira de encará-los, os contratos dividem-se em solenes e não solenes.

Solenes são os contratos que dependem de forma prescrita em lei; não solenes, os de forma livre.

Em regra, a forma dos atos jurídicos é livre. Todavia, para alguns atos a lei impõe determinada forma, não dando validade ao negócio a menos que ele se ultime por meio de tal solenidade. Nesse caso, isto é, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio (art. 154 do CPC).

Os contratos que têm forma prescrita em lei, seja ela qual for, chamam-se solenes. Os outros, não solenes.

São contratos solenes, por dependerem de forma notarial, o pacto antenupcial, os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis; são contratos solenes, por dependerem de documento escrito, o

contrato de penhor (CC, art. 770), o de seguros (CC, art. 1.432), o de fiança (CC, art. 1.483) etc.

O contrato não solene pode ser promovido a solene por vontade das partes, quando estas estipularem que não valerá sem o instrumento público (CC, art. 133). O contrato de incorporação imobiliária é contrato solene, pois a lei impõe-lhe forma determinada.

Considerando-se o tempo em que devem ser executados, distinguem-se os contratos de execução instantânea dos contratos de execução diferida no futuro.

Os primeiros são os que se cumprem pela execução efetuada por ambas as partes num só momento, como ocorre com a compra e venda à vista, com a permuta. Os segundos são aqueles em que uma das partes (ou ambas) deve cumprir sua obrigação em tempo futuro.

O contrato de incorporação é um contrato fundamentalmente de execução diferida no futuro, pois o incorporador obriga-se a promover a instituição do condomínio, a erguer a construção e entregar aos compradores as unidades autônomas; enquanto os promissários compradores obrigam-se a pagar o preço, ordinariamente em prestações. Da distinção entre contratos de execução instantânea e contratos de execução diferida no futuro decorrem importantes conseqüências na ordem prática, dentre as quais vale a pena ressaltar as seguintes:

a) Nos sistemas que admitem a revisão dos contratos pelo juiz, por acolherem a teoria da imprevisão, esta só incide sobre os contratos de execução diferida no futuro, e não sobre

os de execução instantânea. Aliás, já a velha cláusula *rebus sic stantibus* formulava a questão dentro desses termos: *Contractus qui habent tractu sucessivum et dependendum de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*.

b) Somente nos contratos instantâneos podem as partes exigir o cumprimento simultâneo das prestações; portanto, não se faculta ao contratante que deva produzir em primeiro lugar sua prestação, em contrato de execução diferida no futuro, defender-se pela *exceptio non adimpleti contractus*, recusando-se a cumprir sua obrigação, sob a alegação de que a outra parte não cumpriu a dela (cf. Rodrigues, Contratos, n. 86).

Tendo em vista o objeto, podemos distinguir os contratos em definitivos e preliminares (sobre contrato preliminar, cf., entre outros, Coviello, *Contrato Preliminare, Enciclopédia jurídica italiana*, vol. III, parte III, pág. 168; Messineo, *Doctrina general del contrato*, vol. I, cap. V, intitulado *El contrato preliminar, Promessa de contrato*; Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milão, 1948, vol. II, § 12).

O contrato definitivo tem por objeto, como é óbvio, criar vários tipos de obrigação para os contraentes. Assim, a compra e venda impõe ao vendedor o mister de entregar a coisa e, ao comprador, o de entregar o preço; o contrato de locação de imóvel obriga o locador a garantir ao locatário o uso pacífico da coisa, e este a pagar um aluguel ao senhorio. Portanto, cada qual desses ajustes tem objeto peculiar, e as partes que a eles recorrem visam a obter esse fim típico em questão.

Entretanto, o contrato preliminar (*pacto de contrahendo*) é uma espécie de convenção, cujo objeto é sempre o mesmo, ou seja, a realização de um contrato definitivo. Com efeito, o contrato preliminar tem sempre por objeto a efetivação de um contrato definitivo. As partes que, por exemplo, recorrem a um contrato preliminar de compra e venda, prometem, reciprocamente, que ultimarão, em tempo adequado, um contrato definitivo de compra e venda; quando, num ajuste preliminar, uma das partes prometeu à outra uma fiança, esse contrato preliminar cria para o promitente a obrigação de, oportunamente, prestar a fiança apalavrada.

Por conseguinte, o contrato preliminar mostra-se portador de uma característica constante, isto é, a de ter por escopo, sempre, a realização de um contrato definitivo.

Ele se fundamenta na autonomia privada e decorre, assim, da possibilidade conferida pela lei a qualquer pessoa capaz de avençar o que bem lhe aprouver, contanto que obedeça a condições de forma e liceidade por ela impostas. Ora, a lei não impede que alguém, em vez de passar um contrato definitivo de qualquer espécie, apenas lance mão de um contrato preliminar, no qual promete concluir, no futuro, o negócio em questão.

Acresça-se também que a construção de imóveis pelo regime de administração (art. 58) caracteriza-se por caber inteiramente ao proprietário/adquirente a responsabilidade do custo da edificação, sendo o construtor, como administrador da referida obra, um típico prestador de serviços. Essa modalidade de construção é

também denominada de incorporação “a preço de custo”, tendo natureza jurídica negocial inteiramente discrepante do regime de contratação direta.

A atividade operacional de construção de imóveis por incorporação direta, todavia, sujeita-se a regime que se estabelece a partir de um “contrato direto entre o adquirente e o construtor”.

Essa modalidade de construção caracteriza-se pelo compromisso firmado diretamente entre o construtor (incorporador) e o respectivo adquirente, por meio de um contrato de promessa de compra e venda, contendo, obrigatoriamente, as cláusulas, condições e preços sob os quais se construirá e concluirá a unidade imobiliária contratada.

O compromisso assumido pelos contraentes, por meio desse “contrato direto entre o adquirente e o construtor”, possui características próprias, inteiramente dissociadas das particularidades inerentes à atividade de prestação de serviços, encontrando-se formalmente previsto na parte final do artigo 43 da Lei n. 4.591/64, onde se encontram estabelecidas textualmente as normas específicas “para contratar a entrega de unidades a prazo e preços certos, determinados ou determináveis”.

Com base em todo o exposto, passo à análise da lide, principiando pelas preliminares suscitadas:

Pela apelante: cerceamento de defesa, ilegitimidade passiva *ad causam*, carência de ação.

Quanto ao alegado cerceamento de defesa, improcede, pois são os seus próprios argüintes que sustentam à fl. 190 que, “com efeito, a pre-

sente lide versa sobre matéria contro-versa envolvendo situação fática e conceitos básicos de direito obrigacional, a exemplo de ‘construção a preço de custo’ ou ‘por administração’ — modalidade de construção civil que refoge a simples análise, sob o enfoque do contrato de compra e venda puro e simples, onde são estabelecidos preços fechados e prazos certos para a entrega, pontos estes entendidos parcial e equivocadamente pela MMA. Juíza singular”.

Logo, o que se discute é a questão da possibilidade de ampliação das parcelas mensais previstas no pacto fixadas em 30 (trinta), ampliadas para 31 (trinta e uma), pretendendo a construtora elevá-las para 32 (trinta e duas), e assim por diante.

Como se denota, a *quaestio* é eminentemente de direito, pois consiste na incidência ou não da teoria da imprevisão, o que se verá mais tarde, na análise do mérito.

Diante dos argumentos espoados pela apelante, a produção de prova pericial não acrescentaria nada mais que os apresentados na contestação acerca do custo da obra, do real estado da obra, das despesas efetuadas, dos compromissos a serem sanados, da valorização do empreendimento.

Assim, agiu com acerto a MMA. Juíza ao prolatar a sentença fulcrada no art. 330 do Digesto Processual Civil. Dessa forma, improcede a assertiva de cerceamento de defesa.

Quanto à ilegitimidade passiva *ad causam*, alega a apelante à fl. 193:

“Pelos termos aduzidos pela MMA. Juíza sentenciante, registra-se flagrante equívoco quanto à análise

do contrato citado eis que das demais disposições contidas na mencionada cláusula, mais especialmente na letra ‘d) cumprimento das demais obrigações inerentes à função representativa dos promitentes compradores, futuros condôminos, visando ao funcionamento regular do condomínio’ (conforme art. 61, letra e, da Lei n. 4.591/64)”.

Também não merecem guarida os fundamentos argüidos pela apelante, porquanto, conforme aludido à fl. 75:

“Os Autores propõem ação contra a Administradora, porém a parte legítima para figurar no pólo passivo é a Comissão de Representantes, pertinente à eventual discussão sobre prestação de contas, e demais assuntos relacionados à realização do Condomínio.

“Ou seja, se a Comissão de Representantes se houve com negligência ao realizar suas atribuições, não poderá responsabilizar a Administradora”.

Contudo, a apelante às fls. 79 e 82 apresenta planilha de custos, e não prestação de contas, posto que não constitui matéria pertinente à lide.

Nesse norte, mais uma vez analisou com sapiência a MMA. Juíza *a quo*, porquanto os pedidos efetivamente formulados pelos apelados — condenação na realização dos reparos apontados pelo Corpo de Bombeiros; habite-se; entrega das chaves — somente poderiam ser dirigidos à ora apelante, a quem competia o cumprimento de tais obrigações.

Portanto, é a construtora legitimada passivamente para responder à ação proposta pelos condôminos in-

corporadores e não a “comissão de representantes”, que tem a finalidade de acompanhamento da obra, não se revestindo de parte.

Assim, se o que se discute é a possibilidade ou não de ampliação do número de prestações, o que está sendo reclamado e exigido pela construtora, não vemos como inserir a dita comissão no pólo passivo da presente relação jurídica, ao argumento de que teria negligenciado, ao se opor ao pagamento da trigésima segunda parcela.

Quanto à carência de ação, alega a apelante (fl. 196):

“A ausência de notificação premonitória a fim de constituir em mora a administradora/apelada é condição para a decretação da carência de ação, face a falta de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, conforme argüido na peça contestatória”.

Em uma análise perfunctória dos autos constata-se que, às fls. 153/154 e 155, a comissão de representantes já solicitava esclarecimentos à administradora quanto à “habitabilidade” usufruída por um bom número de condôminos, conforme alegado pela própria administradora à fl. 155, bem como esta, à fl. 154, que adquiriu, sem consentimento do conselho de representantes, ferindo o disposto na cláusula sétima do contrato particular de promessa de compra e venda de fração ideal de terreno cumulada com prestação de serviços e ingresso em condomínio para construção a preço de custo (fls. 139/150 da cautelar).

Ademais, conforme previsto em contrato, este não obriga ou autoriza a apelante a contrair dívidas em

seu nome perante quaisquer fornecedores sem a expressa autorização da assembléia-geral ou conselho de representantes, o que, se assim viesse a ocorrer, obrigaria o referido conselho à notificação premonitória.

Outrossim, a avença prevê prazo certo para entrega da obra, o que, a teor do artigo 960 do Código Civil, constitui em mora de pleno direito a construtora por não ter entregue a obra no prazo convenionado aos incorporadores.

Nesse sentido temos:

“Mora. Constituição. Obrigação positiva e líquida. Inadimplemento em seu termo que constitui o devedor em mora de pleno direito”(JTACSP 120/78).

Como se não bastasse, totalmente indevida seria a premonitória com a finalidade de constituir a ré/apelante em mora, em face da natureza da presente ação e objetividade do pedido constante à fl. 22 da inicial, sob a rubrica “Do pedido propriamente dito”, onde se postula a declaração de inexigibilidade da trigésima segunda parcela (letra a; condenação da ré em concluir a obra — letra b; com a entrega das chaves — letra c), tudo no prazo de 30 (trinta) dias, valendo a presente ação como notificação judicial, nos termos do artigo 43, VI, da Lei n. 4.591/64 — “o que deverá constar expressamente do mandado de citação” (*sic*) — sendo pleiteada a cominação de pena pecuniária (letra d).

Portanto, parece-nos um contra-senso o reclamo de notificação prévia se a própria ação destina-se a tal.

Diante do exposto, também afastamos a referida preliminar.

No que concerne à preliminar de deserção, suscitada pelos ora apelados, esta não merece prosperar, posto que quando recolheu as custas, Resolução n. 2/97—CM, a apelante encontrava-se amparada em liminar que suspendia a executoriedade da referida resolução.

De qualquer modo a questão é controvertida e a dúvida só pode favorecer a apelante.

No mérito, mais uma vez, os arazoados não socorrem a apelante, conquanto, já em sede de agravo de instrumento, o eminente Des. Vanderlei Romer posicionou-se, *in verbis*: “A hipótese envolve o chamado contrato por administração ou preço de custo. Feito o alinhamento geral dos custos da obra, dividiu-se o preço em 30 (trinta) parcelas, devidamente quitadas. A contragosto, os agravados pagaram uma 31ª, acolhendo a argumentação da agravante no sentido de que a mesma cobriria resíduos e outros custos.

“Agora, pretende a empresa cobrar também a prestação de n. 32, que os condôminos, escorados em alegações de razoável relevância, entendem não ser devida.

“E é justamente em torno desta parcela que gira a decisão agravada, uma vez que há a possibilidade da recorrente efetuar, extrajudicialmente, a venda das frações do imóvel pertencentes àqueles que se negam a pagá-la.

“Obviamente que tal alienação, acaso efetivada, por certo trará inúmeros prejuízos aos agravados, praticamente irreversíveis, donde se conclui pela evidente presença do *periculum in mora*, lembrando a plau-

sibilidade da argumentação por eles expendida.

“De qualquer sorte, a exigibilidade da multicitada parcela só poderá ser analisada na ação principal, e não aqui, na via estreita do agravo de instrumento.

“Evidente, pois, a presença dos pressupostos necessários à concessão da liminar, nega-se provimento ao recurso”.

Ressalte-se que em momento algum a apelante comprovou, diante da farta documentação acostada (atas das assembléias, fl. 211 na ordinária e fls. 230/253 na cautelar), autorização por parte dos apelados para execução de tarefas além das especificadas no contrato, e por conseguinte a liberação de recursos suplementares, bem como sustenta a apelante à fl. 201 que a comissão de representantes nunca deixou de estar presente e muito bem representada pelos adquirentes, manejando o controle e fiscalização de todas as atividades da requerida, “nos exatos termos da Cláusula Sétima: Da Administração da Obra”.

Assim, encontra-se despida de qualquer fundamento a argumentação formulada pela apelante, referente à ausência de participação do conselho de representantes na fiscalização das atividades.

Ademais, a construção por administração apresenta como característica básica, e tudo que se apanha dos autos não demove esta realidade, a de que somente o conjunto dos proprietários, devidamente respaldado por decisão assemblear, poderá autorizar modificações ou suplementação orçamentária no que se refere ao projeto inicial.

Diante de todo o exposto im-procede qualquer argumento suscita-do quanto à ausência de motivação da r. sentença hostilizada, porquanto a MMA. Juíza *a quo* bem apreciou a matéria. Senão vejamos:

“No caso *sub judice*, verifica-se que o pedido encontra previsão legal, as partes são legítimas para compo-rem a relação processual e existe por parte da autora justo interesse no aco-lhimento de sua pretensão.

“Assim, presentes todas as condições da ação, o fato enseja jul-gamento de mérito.

“As partes firmaram entre si contrato de incorporação imobiliária, regulada pela Lei n. 4.591/64, na mo-dalidade conhecida como ‘regime de construção por administração’ ou ‘pre-ço de custo’.

“Em tal regime, as partes defi-nem um orçamento, sem estabelecer preço fixo à obra.

“Os adquirentes, no presente caso os autores, são proprietários da obra e serão representados pela co-missão de representantes, enquanto o incorporador e o construtor devem executar o serviço conforme delinea-do pelos adquirentes.

“O Contrato assinado pelas partes delimita as atribuições de cada contratante.

“A questão principal que foi co-locada pelas partes e deve ser objeto desta decisão é da legitimidade ou não da construtora para cobrar a intitulado 32ª parcela.

“Colhe-se da cláusula sétima do contrato firmado:

‘Durante a execução das obras de edificação do empreendimento, a administração dos interesses comuns será exercida a nível deliberativo-nor-mativo, pela Assembléia-Geral forma-da pelos promitentes compradores, futuros condôminos, diretamente ou indiretamente através da comissão de representantes, eleita pela respectiva assembléia para este fim, e a nível operacional pela Administradora con-tratada, responsável pelos serviços de administração e construção, neste ato também signatária do presente instru-mento, devidamente qualificada.

‘Parágrafo Primeiro: Os servi-ços de administração são de respon-sabilidade da administradora, que obriga-se a executá-los do início ao término em conformidade com seus respectivos projetos, compreendem o seguinte: (...) j) reformular o cronogra-ma financeiro na fase de construção em que for previsível ocorrer oscila-ções dos preços, à medida da neces-sidade da obra; k) submeter à Comis-são de Representantes as revisões de estimativas de custo da obra, orça-mentos e cronogramas financeiros e seus reajustes’.

“À requerida, portanto, cabia ter submetido à prévia aprovação da co-missão de representantes o orçamen-to das despesas necessárias à conti-nuação da obra, sendo-lhe vedado efetuar gastos para só depois notificar os condôminos para pagamento.

“Para que os gastos fossem rea-lizados, era necessária uma aprova-ção prévia do orçamento em Assem-bléia-Geral.

“É de salientar que quando da Assembléia-Geral realizada em 27 de setembro de 1995, onde foi aprovada

a 31ª parcela, ficou consignado em ata que o orçamento apresentado era para 'o custeio das obras até sua conclusão, em 30 de novembro do corrente ano'.

"Em que pese tal deliberação, os autores foram surpreendidos com a emissão de um boleto de pagamento relativo a mais uma parcela, *in casu* a 32ª, para o qual não haviam nem sequer sido comunicados.

"Verificando que o orçamento iria novamente 'estourar', o procedimento que deveria ter sido adotado pela requerida era a convocação de uma nova assembléia de condôminos para a aprovação dos gastos.

"A construtora/incorporadora obrou com evidente precipitação, em total desconformidade com o contrato firmado com os adquirentes e futuros condôminos, tornando ilegítima a denominada 32ª parcela.

"No que tange à regularização das obras, a requerida, em sua contestação, admitiu a responsabilidade, justificando o atraso pelo fato dos adquirentes não terem realizado o pagamento da 32ª parcela.

"Como a reclamada parcela é indevida, deve a Nova Predial Comércio e Administração de Imóveis realizar as obras necessárias à reparação das irregularidades apontadas na vistoria feita pelo Corpo de Bombeiros naquele empreendimento, cuja responsabilidade lhe foi atribuída no contrato".

Concluindo, podemos acrescentar que o âmago da lide cinge-se na incidência, neste tipo de contrato de que trata a presente ação, da Teoria da Imprevisão.

Ora, a teoria da imprevisão tem aplicação quando o cumprimento da obrigação de uma das partes torne-se excessivamente oneroso e ocorram eventos extraordinários e imprevisíveis. Em contrapartida, exige um lucro exagerado para o outro contratante.

Para Emílio Betti, em sua Teoria Geral do Negócio Jurídico, Ed. Coimbra, de 1970, t. III, pág. 69, o desequilíbrio "entre as respectivas prestações, pela superveniência de eventos extraordinários imprevisíveis que tornem uma das prestações excessivamente onerosa, segundo o critério-limite da álea inerente ao tipo de contrato, cabe ao contratante, cuja razoável expectativa (típica do contrato e conforme os seus fins) haja sido iludida".

No Anteprojeto do Código de Obrigações, de autoria do jurista Caio Mário da Silva Pereira, de 1964, o artigo 358 está assim redigido:

"Art. 358. Nos contratos de execução diferida ou sucessiva, quando por força de acontecimento excepcional e imprevisível ao tempo de sua celebração, a prestação de uma das partes venha tornar-se excessivamente onerosa, capaz de gerar para ela grande prejuízo e para outra parte lucro exagerado, pode o juiz, a requerimento do interessado, declarar a resolução do contrato..."

O mestre Orlando Gomes, com a clareza de sempre, observa: "É freqüente a confusão entre a inexigibilidade econômica e a cláusula *rebus sic stantibus*, mas esta implica alteração fundamental na base objetiva do contrato, como esclarece Sarenz, devido a circunstâncias extraordinárias que provocam a excessiva onerosidade

de da prestação" (Obrigações, 4ª ed., Forense, 1976, pág. 178, n. 114).

De fato não se nega que o primeiro requisito, ou seja, a existência de um contrato comutativo de execução diferida ou sucessiva, é, a nosso ver, *conditio sine qua non* para a aplicação da teoria da imprevisão. Faz parte da própria essência dessa teoria, haja vista que nos contratos de execução imediata não teria sentido falar em fatos imprevisíveis que pudessem alterar o equilíbrio contratual. Se a execução é instantânea, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* fica comprometida, embora para alguns autores seja ela aplicável a qualquer tipo de contrato.

O segundo requisito ensejador da aplicação da teoria da imprevisão é a gritante diferença entre as condições econômicas no momento da execução do contrato e as do instante da sua formação, que, se fossem de conhecimento das partes à época de sua celebração, tal contrato não se teria firmado.

A onerosidade excessiva do contrato para uma das partes e o benefício injusto e exagerado para o outro contraente (terceiro requisito) condicionam a existência de oneração excessiva para um dos contratantes e de enriquecimento indevido para o outro. Há quem sustente bastar a onerosidade excessiva para um dos contratantes, pois não necessariamente a outra parte terá enriquecimento indevido se um dos contraentes sofrer graves prejuízos. Rogério Ferraz Donnini traz à baila as ensinanças de Regina Beatriz Papa dos Santos, que, sobre esse tema, discorre da seguinte forma: "Alguns autores acreditam que

deva ocorrer também o enriquecimento indevido para a outra parte, favorecida pelo desequilíbrio contratual, do que se ousa discordar, pois, casos há em que a onerosidade excessiva para uma das partes não implica em lucro excessivo para a outra, mas, sim, até em algum prejuízo, por sofrer também as conseqüências da alteração das circunstâncias e, além disso, a finalidade principal da imprevisão é socorrer o contratante que será lesado pelo desequilíbrio contratual e não punir a parte que se enriquecerá com esse desequilíbrio" (in A Revisão dos Contratos no Código Civil e no CDC, Saraiva, 1999, pág. 63).

Donnini, nessa mesma obra, às fls. 60/62, destaca que nesse sentido têm-se posicionado vários autores nacionais, apresentando "os pressupostos para a aplicação da teoria revisionista no direito pátrio. Merecem destaque as preleções de Francisco Campos, Arnaldo Medeiros da Fonseca, Caio Mário da Silva Pereira e Maria Helena Diniz. Para o primeiro são os seguintes os requisitos: '1º) O acontecimento que determina a mudança das circunstâncias deve ser imprevisível e imprevisível pelas partes; 2º) O acontecimento que produz a mudança deve ser anormal, extraordinário, da ordem daqueles que entram na definição de força maior; 3º) Não basta qualquer mudança, ainda que imprevista; é necessário que a mudança determine uma tal agravação da prestação, que, se prevista, teria levado os contraentes a não concluírem o contrato; 4º) É necessário, enfim, que o acontecimento que torne a execução difícil ou onerosa seja estranho à vontade do devedor'.

“Arnoldo Medeiros da Fonseca indica os seguintes requisitos: ‘a) alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, decorrente de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis; b) onerosidade excessiva para o devedor e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste; c) enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência direta da superveniência imprevista’.

“Caio Mário da Silva Pereira entende que, para que se possa atingir o contrato por meio da teoria da imprevisão, são necessários os seguintes requisitos: ‘a) vigência de um contrato de execução diferida ou sucessiva; b) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo no da celebração; c) onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro; d) imprevisibilidade daquela modificação’.

“Maria Helena Diniz aponta os seguintes pressupostos para que haja sucesso da parte lesada no pedido judicial de revisão do contrato, com supedâneo na jurisprudência: ‘a) vigência de um contrato comutativo de execução continuada (RTJ 68:95); b) alteração radical das condições econômicas no momento da execução do contrato, em confronto com as do instante de sua formação; c) onerosidade excessiva para um dos contraentes e benefício injusto e exagerado para o outro (RTJ 117/323); d) imprevisibilidade e extraordinariedade daquela modificação, pois é necessário que as partes, quando celebraram o contrato,

não possam ter previsto esse evento anormal, isto é, que está fora do curso habitual das coisas. Assim sendo, p. ex., em fase inflacionária, o aumento da inflação e a depreciação da moeda não constituem fatos imprevistos, nem riscos anormais, justificadores da aplicação da norma acolhedora da teoria da imprevisão (RTJ 117/325)”.

Assim sendo, vemos de forma meridianamente clarividente que o caso *sub judice* não se reveste, indubitavelmente, dos pressupostos que presidem a reversibilidade contratual, não obstante se trate de pacto diferido no futuro.

“No que tange à entrega das chaves, a ré apenas alegou que estas já haviam sido entregues aos condôminos, sem fazer prova de suas alegações.

“Mais uma vez desassisteu-lhe razão.

“O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, consoante a regra do art. 333, I, do CPC.

(...)

“Da mesma forma, em *reconvenção* (grifo nosso), a requerida atribui a culpa ao descumprimento contratual dos autores, que deveriam ter pago o que supostamente era devido.

“*Tal matéria foi objeto da ação principal e se encontra superada, imerecendo prosperar o reclamo da reconvincente quanto ao fato de ter deixado de honrar com sua parte no contrato pela inadimplência da 32ª parcela, anteriormente declarada inexigível.*

“Os prejuízos alegados na *reconvenção* também não foram comprovados, bem assim os eventuais danos morais.

“A título de arremate, cabe salientar que a não convocação da pertinente Assembléia-Geral para a aprovação dos gastos foi o fato gerador de toda a celeuma apresentada nestes autos, sendo a requerida/reconvinte a única responsável pelos prejuízos advindos da extrapolação dos poderes que lhe foram delimitados pelo contrato.

“Obtida a aprovação dos gastos ainda necessários para a conclusão da obra, antes de efetuarlos, certamente não teria experimentado os danos que aponta na exordial” (grifo nosso).

Não há, pois, prosperar a tese de ausência de motivação da r. sentença hostilizada, no que concerne ao julgamento da reconvenção, ou qualquer outro ponto abordado, porquanto a matéria suscitada em reconvenção é a mesma tratada quando da propositura da ação principal, não merecendo maiores divagações, diga-se de passagem, desnecessárias, em sede de reconvenção, para o deslinde da *quaestio*.

Imerece também prosperar a ir-resignação da apelante quanto ao julgamento da impugnação ao valor da causa, posto que, em uma análise perfunctória dos autos, constata-se a ocorrência do trânsito em julgado da sentença hostilizada.

Esclarece o ponto o insigne doutrinador Barbosa Moreira:

“Quando a sentença de mérito transita em julgado — isto é, quando já não se pode impugnar mediante recurso — torna-se imutável a norma jurídica concreta nela contida, enquanto norma reguladora da situação aprecia-

da” (*in* O Novo Processo Civil Brasileiro, 16^a ed., Forense, pág. 3).

Quanto ao recurso adesivo, assiste razão ao procurador da parte vencedora, eis que o critério para o arbitramento deve levar em conta a natureza da causa e a repercussão de seu resultado.

Contudo, entendo que a fixação da verba honorária em 15% sobre o valor da ação e reconvenção foi equitativamente arbitrada, segundo o princípio de que não se deve a tal título onerar, excessivamente, a parte sucumbente. Depara-se que *in casu* temos a ação e a reconvenção, sendo esta no valor de R\$ 523.610,38 (quinhentos e vinte e três mil, seiscentos e dez reais e trinta e oito centavos).

Como se não bastasse, cuida-se de processo que se estancou com o julgamento antecipado da lide.

Logo, a verba honorária foi equitativamente arbitrada e nenhum reparo está a merecer.

Nesse norte, nego provimento ao recurso adesivo.

No que concerne à cautelar, apensa, e o pedido de tutela antecipada, encontram-se prejudicados pelo julgamento da ação principal, perdendo pois o objeto do pedido.

Diante de todo o exposto, provejo parcialmente o recurso de apelação, negando provimento ao adesivo.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira e Vanderlei Romer.

Florianópolis, 28 de maio de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.000798-7, DE BLUMENAU

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Preliminar. Inépcia da inicial. Acatamento pelo magistrado. Inexistência de sucumbência à embargante. Impossibilidade de recorrer.

Desconhecendo o Meritíssimo Juízo de primeira instância a pretensão do autor concernentemente aos lucros cessantes de sua esposa e despesas médicas já efetuadas, tendo em vista que tais pedidos não foram devidamente especificados conforme manda o art. 282, inciso IV, do CPC, inexistente qualquer prejuízo para a empresa ré a esse respeito. Assim, inexistindo sucumbência à agravante, não pode esta recorrer dessa decisão.

Impossibilidade jurídica do pedido de danos morais. Evento danoso anterior à Constituição Federal de 1988. Irrelevância. Aplicação do art. 159 do Código Civil.

O artigo 159 do Código Civil, em vigor desde 1916, estabelece a responsabilidade do empregador pelo dano causado a seus trabalhadores, comprovada sua culpa ou dolo. Ressalte-se que no dispositivo em comento a expressão dano apresenta-se em sua acepção moral e patrimonial, não havendo o legislador estremado ambos os conceitos, razão pela qual exsurge nítida a possibilidade de indenização de danos morais sob a égide do art. 159 do Código Civil.

Interesse em agir. Foro competente. Plano de saúde Unimed. Salário indireto. Trata-se de indenização ampla. Teor do art. 1.538 do CC.

Tratando-se o pedido de pagamento do plano de saúde Unimed de indenização ampla, a teor do art. 1.538 do CC, não há falar em foro incompetente e falta de interesse de agir, pois não se trata de verba trabalhista, sendo a Justiça Comum competente para a apreciação do pedido.

Cumulação de pedidos. Causa de pedir. Perfectibilização. Possibilidade.

A competência para apreciação do pedido de estabelecimento de seguro Unimed recai sobre a Justiça Estadual porquanto compete a este juízo conceder o adequado ressarcimento porventura devido ao obreiro acidentado em decorrência de suas lesões, pois não se trata de verba trabalhista. Portanto, acerca da inacumulabilidade de pedidos, imerece guarida a irresignação manifestada pela empresa agravante.

Sentença extra petita. Inexistência. Magistrado que se utilizou do livre convencimento das provas.

O julgamento extra petita ocorre quando o magistrado pronuncia-se sobre o que não tenha sido pedido, o que não ocorreu no caso em tela. O juiz tem a faculdade de admitir livremente todas as provas constantes nos autos, não ocorrendo julgamento extra petita quando o magistrado utiliza prova dos autos que não tenha sido citada na inicial para formar o seu convencimento, uma vez que utilizou a mesma causa de pedir. Caso contrário, um réu que confessasse por motivos não apontados na petição inicial não poderia ser condenado.

Desnecessidade de comprovação de culpa grave. Decreto-Lei n. 7.036/44, e Súmula 299/STF. Revogação pela Lei n. 6.367/76. Dever de indenizar.

Sendo que a Lei n. 6.367/76 revogou o art. 31 do Decreto-Lei n. 7.036/44, no qual fundava-se a Súmula 229 do STF, a simples culpa, em qualquer grau, é o suficiente para ensejar o pleito indenizatório. No caso em análise, empresa que não fornece curso de treinamento para seus funcionários, deixando veículo em mau estado de conservação e com problemas no freio, ser manuseado por preposto inabilitado, ocorrendo em virtude disso acidente de trabalho, age com negligência, devendo arcar com a indenização.

Danos morais. Culpa do empregador. Indenização devida.

O dano moral deve ser compreendido como a dor, o sofrimento, a vergonha, a emoção, em geral uma sensação dolorosa experimentada pela pessoa, pela violação de um bem juridicamente tutelado. A diminuição da capacidade laborativa do autor demonstrada nos autos constitui-se em evidente dano moral, pois além de dificultar-lhe a vida em sociedade impõe-lhe dano à alegria de viver.

O dano moral deve ser arbitrado de acordo com as peculiaridades do caso vertente, devendo-se levar em conta ainda o caráter penalizante da pena. Da mesma forma, a indenização não pode ficar num patamar tão baixo que dê a entender que a vítima não possua dor moral, ou que sua moral valha muito pouco. Considerando o supra-exposto, a idade de 49 anos da vítima, a lesão corporal sofrida, ou seja, anquilose do tornozelo esquerdo (rigidez total desta articulação) e encurtamento do membro inferior esquerdo em 2cm, a verba indenizatória a este título deve ser mantida no equivalente a 100 (cem) salários mínimos.

Responsabilidade civil em acidente do trabalho. Responsabilidade extracontratual. Juros desde o evento danoso. Precedentes.

A indenização decorrente de responsabilidade civil em acidente do trabalho está fundada em responsabilidade extracontratual decorrente do ato ilícito (dolo ou culpa). Os juros moratórios serão pagos desde o evento danoso. Precedentes desta colenda Primeira Câmara e do Superior Tribunal de Justiça.

Pensão. Redução da capacidade laborativa. Pequena probabilidade de outro emprego. Valor total do salário do trabalhador.

Havendo evidente redução da capacidade laborativa do obreiro, este deve ser ressarcido pela empregadora, sendo aplicável o comando do art. 1.539 do CC. No caso vertente, trabalhador braçal que sofreu acidente de trabalho por culpa da empresa, demitido por esta, sofrendo lesões que o impossibilitam de realizar trabalho em pé, tendo sua perna esquerda reduzida em dois centímetros e anquilose no tornozelo esquerdo (rigidez total desta articulação), dificilmente conseguirá outro emprego, ainda mais na situação econômica do país, de crescente desemprego, devendo, portanto, ser-lhe concedida pensão mensal vitalícia no valor integral de seu salário à época da rescisão contratual, conforme expressamente postulado na inicial.

Início da pensão. Dia do sinistro laborativo.

Mesmo o autor tendo laborado por quase dez anos na empresa, realizou suas atividades com muito custo, sofrendo muitas dores, sendo que a empresa nem sequer respeitou o parecer da perícia, que afirmou que o autor deveria trabalhar sentado. Assim sendo, há que se conceder o benefício desde o evento danoso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.000798-7, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é apelante Rigesa, Celulose, Papel e Embalagens Ltda., sendo apelado Daniel Wiggers:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso de apelação, vencido, parcialmente, o Des. Orli Rodrigues, que reduz o valor da indenização para o equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Daniel Wiggers propôs ação de indenização por ato ilícito em acidente de trabalho contra Rigesa, Celulose, Papel e Embalagens Ltda., alegando, em síntese, que foi admitido na empresa ré na data de 3/3/80 no cargo de ajudante de produção, exercendo posteriormente o ofício de operador de caldeira. Argumentou que em 2/4/85, ao caminhar por trás do trator utilizado para o transporte de lenha, o repentino acionamento do veículo por parte de outro funcionário da empresa proporcionou graves lesões em suas pernas. Aduziu que o empregado responsável pelo acionamento do veículo não possuía a competente habilitação. Sustentou que o sinistro impossibilitou-lhe de prosseguir em sua atividade laborativa. Salientou que foi transferido para o setor de enfardamento, sendo prejudicado no desenvolvimento de seu ofício em decorrência de seu quadro nosológico incapacitante. Afirmou, ainda, que foi despedido na data de 1º/7/94 em razão da diminuição de sua aptidão fun-

cional decorrente do sinistro laborativo. Ao final, requereu a condenação da empresa ré ao pagamento de pensão mensal vitalícia retroativa à data do acidente no valor equivalente ao salário recebido, além da indenização complementar prevista no art. 1.538 do CC, assim como pagamentos das despesas médicas e a concessão de plano de saúde Unimed, que fazia parte dos benefícios oferecidos pela empresa. Pugnou, também, pela condenação em dano moral, relativo ao dano psíquico e estético, bem como constituição de capital sob responsabilidade da empresa ré, cuja renda assegure o cumprimento integral da indenização.

Regularmente citada, a empresa contestou o feito, alegando, em preliminares, inépcia da petição inicial porquanto alguns itens constantes na fundamentação jurídica da peça exordial do autor não foram pleiteados no indicativo petitório referente ao pedido; carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido do dano moral e inadmissibilidade de cumulação de pedidos. Aduziu, ainda, que o pedido de benefício médico possui natureza trabalhista, cabendo ao autor pugná-lo mediante a proposição de reclamatória na Justiça do Trabalho. No mérito, salientou a ausência de culpa grave ou de dolo por parte da empresa ré, e que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima. Afirmou, ainda, que o autor possui capacidade para o trabalho, uma vez que sua vitalidade é comprovada mediante a juntada de fotos em que aparece jogando bocha. Por fim, asseverou a impossibilidade de indenização de dano moral por fato ocorrido antes da promulgação da Constituição Federal de 1988,

e que o pleito de incorporação da Unimed deve ser feito na Justiça do Trabalho por tratar-se de verba salarial indireta.

Designada audiência de conciliação que restou inexitosa, o Meritíssimo Juiz de Direito afastou as preliminares aventadas na contestação e determinou a produção das provas requeridas pelas partes.

Irresignada com a decisão interlocutória proferida em audiência, a empresa requerida interpôs agravo retido nos autos.

Realizada a prova pericial, inquiridas as testemunhas e feitas as alegações finais, sentenciou o Meritíssimo Juízo de primeiro grau, condenando a ré ao pagamento de 100 salários mínimos a título de danos morais, bem como ao adimplemento de pensão mensal vitalícia em favor do autor desde a data do infortúnio, correspondente a 6,5 salários mínimos. Determinou, por fim, que a empresa ré constituísse capital na forma do art. 602 do CPC, cuja renda assegure o cabal cumprimento da obrigação alimentícia. Condenou a requerida ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o total das prestações vencidas e 12 vincendas.

Irresignada, apela a empresa ré pugnando pelo conhecimento do agravo retido interposto a fls. 420/429, com o provimento de seus pedidos. Ainda em preliminar, alega a nulidade da sentença por ser *extra petita* em razão do atendimento a pedidos não formulados na peça vestibular. No mérito, sustenta a ausência de culpa grave como também a inexistência de prova referente ao dano ale-

gado pelo autor. Aduz impossibilidade de condenação em danos morais, e requer a redução do *quantum*. Saliencia, também, que a imposição de pensão vitalícia não merece guarida no caso vertente uma vez que o acidentado possui intacta sua capacidade laborativa. Sustenta, ainda, que em caso de manutenção do pagamento de pensão seu valor deve ser reduzido, passando a corresponder à depreciação do trabalho do autor. Ao final, pugna pela reforma do termo inicial da pensão, alegando que a mora assim como os juros moratórios legais devem ser considerados a partir da data da citação.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos a esta superior instância.

II — Voto

1) Agravo retido

a) Inépcia da Inicial

A empresa agravante alegou a inépcia da peça preambular em decorrência da ausência de pedido em relação aos rendimentos que a consorte do autor deixou de perceber devido aos cuidados exclusivos exigidos na recuperação de seu marido, no tocante ao estabelecimento de pensão mensal com fulcro no art. 1.538, § 1º, do Código Civil, assim como no que concerne ao pagamento de despesas médicas.

Por sua vez, em sua decisão à fl. 415, do segundo volume do caderno processual, determinou o Meritíssimo Juiz de primeiro grau:

“Assim, a pretensão relativa aos lucros cessantes decorrentes daquilo que a esposa do autor deixou de perceber no tempo que teve de dedi-

car-se ao marido não pode ser conhecida, pois, a teor do estatuído no art. 282, IV, a petição inicial indicará o pedido, com suas especificações. Quanto às eventuais despesas médicas já realizadas o autor não as indica, nem as enuncia e tampouco as requer, de sorte que não há, sequer, o que afastar a respeito. Afasto pois a tese de inépcia da inicial, ressalvando porém que não será conhecido o pedido não especificado”.

Isso posto, depreende-se que o Meritíssimo Juízo de primeira instância desconheceu a pretensão do autor concernentemente aos lucros cessantes de sua esposa e despesas médicas já efetuadas. Portanto, inexistente qualquer prejuízo para a empresa ré ora agravante a esse respeito. Correta a respeito dessas pretensões a aplicação, por parte do Meritíssimo Juiz de Direito, do art. 282 de nosso Cânone Processual Civil, em seu inciso IV, que assinala:

“A petição inicial indicará:

(...)

“IV — o pedido com as suas especificações (...).”

Destarte, inexistindo sucumbência, imerece prosperar o agravo retido concernentemente à inépcia da petição inicial.

b) Impossibilidade Jurídica do Pedido de Danos Morais

No segundo item do agravo retido a empresa ré sustenta a impossibilidade jurídica do pedido de danos morais referente a infatúnio anterior à Constituição Federal de 1988.

Impende-nos, portanto, a fim de verificar a possibilidade jurídica do pedido do autor, avaliar se o ordena-

mento jurídico anterior à promulgação da Carta de 1988 tutelava as pretensões indenizatórias ensejadas por danos morais.

Como é cediço a obrigação de ressarcir danos oriundos de ato ilícito exsurge do art. 159 do Código Civil que prescreve *in verbis*:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Temos que esse dispositivo, em vigor desde 1916, estabelece a responsabilidade do empregador pelo dano causado a seus trabalhadores, comprovada sua culpa ou dolo. Ressalte-se que o termo dano apresenta-se em sua acepção moral e patrimonial, não havendo o legislador feito distinção entre ambas.

Consoante conhecida regra hermenêutica, não é lícito ao intérprete distinguir onde o legislador não distingue. Desse modo, não havendo o legislador estremado os conceitos de dano moral e patrimonial, não assiste ao julgador o direito de fazê-lo, razão pela qual exsurge nítida a possibilidade de indenização de danos morais no dispositivo legal em comento.

Assim sendo, posicionamo-nos pela obrigação da empregadora de indenizar danos morais causados a seus funcionários em decorrência de sua atitude culposa no regime jurídico anterior à Constituição de 1988.

Rui Stoco esposou essa concepção em sua obra “Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial”, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, 1999, pág. 405:

“Se no decorrer da jornada de trabalho o empregado sofre danos decorrentes de ação ou omissão intencional, ou proceder culposo do empregador, responde este civilmente perante aquele”.

Destarte, presente no ordenamento jurídico vigente anterior à Carta de 1988 a possibilidade de ressarcimento pela ocorrência de danos morais, a teor do art. 159 do Digesto Civil, reveste-se de possibilidade jurídica o pedido efetuado pelo obreiro acidentado em sua petição inicial, imerecendo agasalho a irresignação da empresa agravante a esse respeito.

c) Ausência do Interesse em Agir

Em seu agravo a empresa empregadora aponta a inexistência de interesse em agir no que pertine ao pleito do obreiro de um plano médico concedido pela empresa Unimed.

Para esclarecermos a controvérsia a esse respeito alicerçamo-nos em escólio de José Joaquim Calmon de Passos que em sua obra “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. III, 8ª ed., Forense, afirmou que o interesse em agir exsurge com dois requisitos, *in verbis*:

“O primeiro requisito, o da necessidade concreta da jurisdição, por nós já examinado, nas expressões de Cândido Dinamarco significa que não nasce a ação enquanto as forças do próprio direito substancial objetivo ainda não se mostraram incapazes de extinguir a situação da lide. Quanto ao segundo, o da adequação, também na lição do mesmo autor, significa que o estado condiciona ainda o exercício da atividade jurisdicional, em cada caso, à utilidade que o provimento desejado possa trazer ao seu escopo de

atuação da vontade concreta da lei, bem como à justiça da sujeição da parte contrária aos rigores de cada tipo de processo”.

Ainda sobre o tema, o insigne processualista Rodrigo da Cunha Lima Freire em sua obra “Condições da Ação — Enfoque sobre o Interesse de Agir no Processo Civil Brasileiro”, Editora Revista dos Tribunais, vol. 43 da Coleção de Estudos de Direito de Processo, Enrico Tullio Liebman esposa entendimento semelhante à página 86, citando o jurista italiano Aldo Attardi:

“Segundo Aldo Attardi, o princípio do interesse de agir exprime: a) exigência de que o recurso ao órgão jurisdicional para a tutela dos direitos represente o extremo remédio do cidadão, admitido se não houver, no campo extraprocessual, outros meios para a satisfação do direito, ou se a tentativa realizada neste sentido restar infrutífera; e b) que se escolha, dentre os diversos meios predispostos no ordenamento jurídico, aquele que assegure, para a tutela do direito do cidadão, a via mais rápida, conveniente e econômica. Nesse sentido, o interesse em agir decorreria da necessidade da jurisdição e da adequação do provimento e do procedimento, requisitos estes que não se excluem, mas se complementam”.

Feita a exposição doutrinária, resta-nos salientar que se encontram presentes ambos os elementos formadores do interesse em agir. Configura-se a necessidade concreta da jurisdição porquanto o autor precisa recorrer à justiça a fim de satisfazer a pretensão por ele esposada, no caso vertente, a obtenção de um plano médico da empresa Unimed. No que pertine à adequação, a ação indenizatória proposta

pelo obreiro é instrumento hígido à satisfação de sua pretensão, pois o plano de saúde Unimed não representa salário indireto, mas sim de quantia que proporciona ao autor tratamento médico para atenuação dos efeitos do acidente. Tal verba corresponderia à indenização ampla invocada com fulcro no art. 1.538 do CC. Isso posto, não há acatar a preliminar suscitada pela empresa ré em seu agravo de instrumento.

Segui esse entendimento na Apelação Cível n. 99.001935-7, da Capital, de minha lavra:

“Na ensinança de Humberto Theodoro Júnior, considera-se existente o interesse de agir pela necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto. Não se olvida que este interesse processual, que é condição da ação, não se confunde com o interesse de direito material, que diz respeito ao mérito”.

Para finalizar, impõe-se estreimar o interesse em agir do provimento à ação movida pelo obreiro. Por demais evidente, em sendo o interesse em agir uma condição da ação, que sua presença não garante de per si o acatamento da pretensão palmilhada pelo autor.

As condições da ação apenas demonstram que o conflito de interesses entre autor e réu pode ser instrumentalizado pela instauração do processo, assegurando que a lide perfectibilizou-se e aguarda o desate a ser conferido pelo Estado Juiz. Como é óbvio, as condições da ação não

significam o acatamento do pedido ou dos pedidos do autor.

d) Inadmissibilidade de Cumulação de Pedidos

A empresa sustenta, ainda, a inadmissibilidade da cumulação dos pedidos efetuados pelo autor afirmando que o estabelecimento do seguro médico Unimed é salário indireto, cuja competência para processamento e julgamento pertine à Justiça Trabalhista, ao passo que os demais pedidos hão de ser apreciados pela Justiça Comum.

A nosso ver essa tese imerece guarida. Consoante asseveramos no item anterior, a competência para apreciação do pedido de estabelecimento de seguro Unimed recai sobre a Justiça Estadual porquanto compete a este Juízo conceder o adequado ressarcimento porventura devido ao obreiro acidentado em decorrência de suas lesões.

Como é por demais evidente a possibilidade de figurar na pretensão processual não impõe o acatamento e conseqüente concessão do seguro médico. Significa, tão-somente, que o suporte fático autoriza o autor a empreender o pedido nos termos em que o fez. Isso posto, acerca da inacumulabilidade de pedidos, imerece guarida a irresignação manifestada pela empresa agravante.

2) Apelação

2.1 Preliminar

a) Inexistência de sentença *extra petita*

Julgamento *extra petita* é quando o magistrado pronuncia-se sobre o que não tenha sido pedido, ou se foi atendido tal pedido por outra *causa*

petendi. O julgamento *extra petita* ocorrerá toda vez que o provimento jurisdicional sequer tangenciar o pedido, limite da lide, o que não ocorreu no caso vertente.

Dessa forma ensina o emérito Arruda Alvim, em sua obra Manual de Direito Processual Civil, 7ª ed., pág. 658: “Assim, se o autor faz o pedido x, baseado na causa de pedir y1, e se o juiz conceder o mesmo pedido x pela causa de pedir y, não estará, na verdade, concedendo o mesmo pedido”.

No caso em tela, o autor afirmou na inicial que o operador do trator não estava habilitado (fl. 4). Ora, habilitação não consiste apenas em possuir a carteira nacional de habilitação, mas também um curso de treinamento devido. Ainda mais tratando-se de um trator que apresentava problemas mecânicos, conforme testemunho de fl. 542v. Destarte, o Magistrado *a quo* utilizou-se da mesma causa de pedir. O autor citou a habilitação e o juiz sentenciou baseado nela. Considerando que o julgamento *extra petita* ocorrerá somente quando a sentença sequer tangenciar o pedido, de forma alguma pode admitir-se que houve nulidade na sentença.

Além do mais, o juiz pode livremente admitir todas as provas constantes nos autos para realizar o seu julgamento. Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça na AGA n. 211486/SP; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, tendo como relator o Min. Carlos Alberto Menezes Direito:

“Tendo a autora submetido satisfatoriamente ao Tribunal o fato de que a vítima estava sendo transportada em veículo de propriedade da ré,

guiado por motorista desta, nada impedia que o Tribunal considerasse a prova dos autos para apontar culpa da ré, sendo certo estar caracterizado que o acidente ocorrera no transporte de empregados pela empregadora”.

Com o mesmo entendimento, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2000.003923-3, da comarca de Joinville, de minha lavra:

“Destarte, pela própria faculdade dada ao Juiz do livre convencimento, não vislumbro julgamento *extra petita* quando da admissão da existência de um direito, ou de violação deste, só que por razões próprias. Caso contrário, poderíamos chegar à hipotética situação de um réu admitir em juízo que violou o direito do autor, só que por outros fatos, que não só relatados na petição inicial, e, ainda assim, não poder ser condenado, apesar de sua confissão expressa”.

Assim, não merece prosperar a preliminar suscitada pela apelante, devendo ser afastada.

2.2 — Mérito

a) Existência de culpa grave

O réu/apelante sustenta que “em acidente de trabalho ocorrido antes da Constituição de 1988 é imprescindível a demonstração cabal de *culpa grave* ou *dolo* da apelante, pois, até então, vigia o Decreto-Lei n. 7.036/44 e a Súmula 299 do Supremo Tribunal Federal” (fl. 703).

Entretanto, esposou entendimento diverso o Prof. Fernando Noronha da Universidade Federal de Santa Catarina:

“A Súmula 229 fundava-se no art. 31 do Decreto-Lei n. 7.036/44, que responsabilizava pessoalmente o em-

pregador apenas na hipótese de dolo. Com a revogação deste diploma pela Lei n. 6.367/76 (...), a Súmula poderia ser considerada revogada, embora não tenha sido este o entendimento que prevaleceu. Numa matéria em que se deveria incentivar os patrões a se preocuparem com a prevenção dos acidentes de trabalho, a opinião preva- lecente era absurda” (Apostila de Responsabilidade Civil, Capítulo 11 — Responsabilidade Civil Subjetiva, item 11.3.2, pág. 485).

A única ressalva que faço é no tocante ao não preva- lecimento do entendimento da revogação da Súmula 229 do Supremo Tribunal Federal. Grande parte da jurisprudência admite que essa Súmula foi revogada, como colhe-se do REsp n. 12648/SP, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJ em 30/8/93:

“Segundo entendimento da Turma, a partir da edição da Lei n. 6.367/76, passou a não mais prevalecer o enunciado n. 229 da Súmula/STF, que restringia a responsabilidade do empregador pela indenização de Direito comum aos casos de dolo ou culpa grave. Pela reparação civil devida como decorrência de sinistros laborais desde então verificados, passaram a responder todos aqueles que para o mesmo tenham concorrido com culpa, em qualquer grau, ainda que leve, independentemente da existência, ou não, de vínculo empregatício com a vítima”.

Seguindo o mesmo entendimento, REsp n. 50491/SP, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Min. Barros

Monteiro, publicado no DJ em 31/10/94:

“Após o advento da Lei n. 6.367/76, é admissível o pleito de reparação civil, decorrente de sinistro laboral desde então verificado, mediante a demonstração da ocorrência de simples culpa, em qualquer de suas modalidades, prescindindo-se do dolo ou culpa grave”.

No caso em tela, está claro que a empresa agiu no mínimo com culpa, na espécie de negligência, como muito bem demonstrou o Meritíssimo Juiz de primeiro grau:

“Os depoimentos testemunhais são unânimes, claros e conclusivos, não deixando margem a dúvidas.

“Assim, é possível abstrair-se que, na empresa demandada não havia proteção contra acidentes deste tipo, embora poderia ter sido evitado, acaso a ré tivesse anteriormente utilizado como proteção as barras de ferro mencionadas pelas testemunhas.

“Além disso, era sabido pela ré que o veículo trator encontrava-se com sérios defeitos, inclusive ‘com problemas de freio’ conforme esclareceram as testemunhas inquiridas, defeitos estes, que desde logo, deveriam ter sido sanados pela demandada, a qual deveria zelar pela segurança de seus subordinados.

“Observa-se ainda, que a empresa ré, somente proporcionou cursos de treinamento aos tratoristas após ocorrido o sinistro. Desde aquela data, somente os empregados habilitados através do treinamento poderiam operar o veículo.

“Sabe-se, pois, que são elementos essenciais para a configuração da responsabilidade civil: a ação ou omissão; culpa ou dolo; o nexo causal; e o dano da perda.

“Ora, a omissão da requerida e conseqüentemente sua culpa, restam então comprovados, através da negligência da empresa ré, que deixou de fornecer cursos de treinamento aos seus subordinados, barras de proteção contra acidentes e de permitir que o referido trator fosse utilizado, ciente de que o móvel apresentava vários problemas (...)” (fls. 635/637).

Convém citar novamente o insigne Prof. Fernando Noronha, que faz a distinção entre culpa grave e leve:

“A culpa seria grave, ou grosseira, ou *lata* (em latim, *culpa lata*) quando o agente tivesse procedido com extrema inconsideração; simples ou mera culpa (em latim, *culpa levis*), quando ele não tivesse agido com os cuidados do bom cidadão, o que os romanos traduziam na idéia do *bonus pater familias*, bom pai de família (...)”.

No caso vertente, pode haver alguma hesitação em aceitar ser culpa grave. Não obstante, não há a menor sombra de dúvida que a empresa apelante agiu com culpa. Uma empresa que não fornece os cursos de treinamento para seus funcionários, deixando que eles lidem com um veículo com sérios defeitos, inclusive com problemas de freio, entre outras coisas, age claramente com negligência.

Com esse entendimento, Apelação Cível n. 99.002475-0, da comarca de Concórdia, desta Primeira Câmara:

“Não providenciando segurança no ambiente de trabalho onde se encontram fios elétricos soltos no maquinário, além do não fornecimento de equipamentos próprios ao obreiro, a empresa empregadora responde por sua omissão quando, por consequência de acidente laboral, o empregado vem a falecer” (Apelação Cível n. 99.002475-0, de Concórdia, rel. Des. Carlos Prudêncio, publicado no DJE em 26/5/1999).

Destarte, demonstrada a possibilidade da simples culpa para caracterizar o dever de indenizar, e comprovado que esta realmente ocorreu, há que se implementar o benefício ao autor.

b) Dano Moral

Devidamente demonstrada a possibilidade de condenação a título de dano moral em evento danoso anterior à Constituição Federal de 1988, há que se discorrer, agora, sobre o cabimento de tal indenização no caso vertente.

No caso em tela, está claro que a empresa agiu com no mínimo culpa leve, como foi demonstrado anteriormente, tendo assim o dever de indenizar por dano moral.

Impõe-se destacado, com invocação do escólio do respeitado Arnaldo Marmitt, que:

“Se um ato ilícito simultaneamente produz dano moral e dano patrimonial, dupla deve ser a indenização, já que o fato gerador teve duplos efeitos. Não havendo disposição legal em sentido contrário, justa será a reparação somada. É o caso do ato jurídico que concomitantemente reduz a capacidade laboral e fere a honra da vítima. O episódio gera titularidade

dúplice, ensejando ressarcimentos distintos, com verbas distintas para cada ação” (Perdas e Danos, Aide Editora, 2ª ed., pág. 138).

Sobre o tema, leciona Yussef Said Cahali:

“Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física — dor-sensação, como a denomina Carpenter — nascida de uma lesão material; seja a dor moral — dor-sentimento, de causa material” (Dano e Indenização, RT, 1980, pág. 7).

No mesmo sentido, Apelação Cível n. 96.000857-8, da comarca de Joinville, do eminente Des. Trindade dos Santos:

“Constitui-se em obrigação elementar da empresa empregadora, como inerente ao seu dever de diminuir os riscos de infortúnios laborativos, dotar os maquinários utilizados para o alcance de seus fins empresariais, de todos os equipamentos de segurança possíveis, evitando a exposição dos operadores desses maquinários a infortúnios. Se, desviando-se dessa obrigação, a empregadora não atende aos requisitos de segurança necessários, age ela indubitavelmente com culpa, tornando-se inconteste a sua obrigação de indenizar”.

A empresa apelante sustenta também que o autor/apelado continua a praticar jogo de bocha, provando assim que está apto para o trabalho e não merece nenhuma indenização. Sobre este argumento, cabe colacionar trecho da sentença do *decisum* monocrático:

“A meu ver a alegação não é digna de procedência. O simples fato de se procurar ter uma vida normal ou tanto mais normal possível, não é justificativa para o descabimento dos danos morais.

“Creio que se assim não fosse, não estaríamos falando de uma pessoa com vida e sim de um ser inanimado.

“O defeito físico causa na vítima e também nos seus parentes e amigos traumas que se alteram com maior ou menor intensidade, qual seja a extensão das seqüelas sofridas.

“E as seqüelas sofridas pelo demandante apresentam-se de forma definitiva e imutável conforme demonstra o laudo médico de fl. 389 (volume II), tornando o autor parcialmente incapaz para o trabalho” (fls. 647/648).

Por todo o exposto, dúvidas não ressaltam de que a situação esfelhada, efetivamente, está a comportar a incidência de danos morais, estes sobre cuja ressarcibilidade não paira a menor discussão. O problema que surge agora é sobre o *quantum* indenizatório.

O dano moral, acentue-se, com invocação do escólio do festejado Aguiar Dias, *in* “Da Responsabilidade Civil”, vol. II, pág. 226:

“Não decorre da natureza do direito, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. O dano moral deve ser compreendido em relação ao seu conteúdo, que não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pe-

la pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado”.

O perito judicial afirmou à fl. 489, item f, que “O autor em função do acidente sofrido apresenta anquilose do tornozelo esquerdo (igual à rigidez total desta articulação), e *encurtamento do membro inferior esquerdo em 2cm*”. Destarte, o autor que estava apto para qualquer tipo de serviço braçal, com estas seqüelas irreversíveis, está prematuramente (pois na época do acidente contava com 33 anos), incapaz para sua atividade laborativa, e para outras que necessitam de sobrecarga no tornozelo esquerdo, fato esse gerador de dano moral.

Ressalte-se que o acidente sofrido malferiu a integridade corpórea do autor. Nesse sentido, o sinistro propiciou não apenas a exigência de maior esforço do trabalhador para a realização de suas tarefas, dificultando-lhe a vida em sociedade, propiciando o que a doutrina infortunística mais avançada denomina de “dano à alegria de viver”.

Deve-se levar em conta ainda o caráter penalizante da pena, para que a empresa não cometa novamente a negligência cometida com o autor em outros de seus funcionários. A indenização deve ter caráter intimidatório. Portanto, para uma empresa do porte da Rigesa, Celulose, Papel e Embalagens Ltda., uma indenização em valor muito baixo não iria alcançar seu efeito penalizante.

Da mesma forma, a indenização não pode ficar num patamar tão baixo que dê a entender que a vítima não possui dor moral, ou que sua moral valha muito pouco.

Não se cogita no caso vertente a utilização da moeda para expungir-se a perda da sagrada capacidade para o trabalho. O que se pretende é reduzir o irreversível dano causado à parte atingida pelo sinistro.

Portanto, considerando o supra-exposto, a idade de 49 anos da vítima, a lesão corporal sofrida, ou seja, anquilose do tornozelo esquerdo (rigidez total desta articulação) e encurtamento do membro inferior esquerdo em 2cm, a verba indenizatória a este título deve ser mantida no equivalente 100 (cem) salários mínimos, devendo a verba ser convertida na data da sentença, acrescida de juros legais e correção monetária a partir do mesmo momento.

c) Responsabilidade extracontratual

A empresa afirma que a indenização tem natureza “contratual legal, por fundar-se em um contrato de trabalho”, devendo os juros incidir somente a partir da citação.

Citando novamente o Professor Fernando Noronha, comentando o caso de responsabilidade de transportador, em acidente, ele afirma que: “Em nossa opinião, a solução ficará mais clara se admitirmos que a responsabilidade do transportador, no caso de danos corpóreos, nunca poderá ser considerada contratual, por estarem em causa bens indisponíveis” (Apostila de Responsabilidade Civil, Capítulo 7 – Caracterização, Modalidades, Pressupostos, item 7.10.1, pág. 329).

Se aplicarmos analogicamente a este caso, também trata-se de danos corpóreos, bens indisponíveis, não podendo ser assim responsabilidade contratual.

Se assim não for entendido, esta Primeira Câmara Civil já entendeu que a responsabilidade civil decorrente de acidente do trabalho trata-se de responsabilidade extracontratual.

Dessa forma decidiu o Des. Trindade dos Santos, na Apelação Cível n. 99.002157-2, da comarca de Jaguaruna. Extrai-se do bojo do acórdão:

“Incensurável, no tópico em apreço, a sentença guerreada, uma vez que, consoante está pacificado na doutrina e na jurisprudência pátrias, inexistente compensação com relação aos benefícios da Previdência Social, uma vez que as indenizações são originárias de fontes diferentes; ou seja, a indenização decorrente de responsabilidade civil está fundada na responsabilidade extracontratual decorrente de ato ilícito (dolo ou culpa) e os benefícios previdenciários têm como origem a previdência e a seguridade social”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também tem decidido no sentido de ser responsabilidade extracontratual no caso de acidente de trabalho, conforme extrai-se do REsp n. 118492, da Quarta Turma, tendo como relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJ em 8/2/99:

“Tratando-se de indenização pelo direito comum, relativa a acidente de trabalho, contra empregador que agiu com culpa, a hipótese é de responsabilidade extracontratual, de sorte que os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (enunciado n. 54 da Súmula/STJ)”.

Com o mesmo entendimento, REsp n. 45363, da Terceira Turma, tendo como relator o Min. Cláudio Santos, publicado no DJ em 15/4/96:

“Tratando-se de ação de indenização decorrente de acidente de trabalho, fundada na responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana (art. 159), correta a decisão que fixa os honorários advocatícios com base no artigo 20, § 5º, do CPC”.

Esses julgados mostram a forma como está a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, admitindo o caráter extracontratual dos acidentes de trabalho decorrentes por culpa do empregador. Assim sendo, aplica-se ao caso a Súmula 54 do STJ, e o art. 962 do CC, correndo os juros e a correção desde o sinistro laboral, e não a partir da citação.

d) Pensão mensal vitalícia

Conforme o art. 1.539 do Código Civil, se da ofensa resultar incapacidade para o exercício de sua profissão, a indenização deve incluir pensão correspondente à importância para o qual se inabilitou. No caso vertente, em conformidade com a perícia de fl. 489, item c, o perito afirmou que “A incapacidade não permite que o autor desenvolva a mesma atividade. Poderia desenvolver atividade laboral sem sobrecarga sobre o tornozelo esquerdo”. Por não poder mais realizar a sua profissão, a indenização deve corresponder à remuneração integral do que ele percebia ao tempo do sinistro. O fato de poder exercer outro trabalho não altera a definição do valor do dano sofrido, mesmo porque encontrar novo emprego, para um trabalhador braçal, que teve seu membro inferior esquerdo diminuído em 2cm, com a

idade de 49 anos, em época de aumento crescente de desemprego, não passa de possibilidade remota que não deve ser usada para exonerar ou diminuir a responsabilidade da empresa culpada pelo dano.

Assim ensina o emérito Carvalho dos Santos, em sua obra Código Civil Brasileiro Interpretado, volume XXI/146:

“Por isso mesmo, o Código preocupou-se unicamente com a impossibilidade do exercício da profissão ou ofício que exercia o ofendido antes do acidente. Não levou em conta a possibilidade de exercer outra profissão ou ofício, compatível com o defeito que o inabilitou para o serviço que fazia anteriormente. É uma solução justa e equitativa, mesmo porque as profissões ou ofícios que podem ser exercidos por inválidos, portadores de defeitos físicos de certa monta, não devem ser obrigatórios por importarem em um sacrifício imenso, que se não tem o direito de exigir de ninguém, principalmente quando daí resultar pessoa na situação de despertar a caridade pública, que seria verdadeiramente humilhante se fosse forçada pela necessidade”.

Assim tem decidido a jurisprudência, conforme REsp n. 242598, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ em 27/11/00:

“O valor da pensão corresponde ao da perda decorrente da incapacidade para o exercício da profissão que desempenhou até aquela data. A possibilidade de desempenhar outro serviço, além de ser remota — considerando-se as condições pessoais do

autor e da economia, com aumento da taxa de desemprego — não deve servir para diminuir a responsabilidade da empresa que causou o dano”.

Destarte, há que se conceder a pensão no valor integral do salário do autor, ou seja, 6,5 salários mínimos.

e) Início da pensão

O Magistrado *a quo* condenou a empresa apelante ao pagamento da pensão desde o dia do infortúnio. Usou para isso vários julgados e em analogia a Súmula 54 do STJ.

A empresa afirmou que não se poderia usar a supracitada Súmula, pois o caso é de responsabilidade contratual, e não extracontratual. Essa controvérsia já foi resolvida acima, decidindo-se ser responsabilidade extracontratual. Com esse entendimento, pode-se utilizar da Súmula 54 do STJ, que assim dispõe:

“Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

Usando a analogia, segundo o art. 4º da LICC, conclui-se que a pensão também é devida desde o fato danoso.

Assim tem decidido a jurisprudência, conforme REsp n. 35842/RJ, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Extrai-se do corpo do acórdão:

“(…) pensão esta devida desde a data do evento danoso (28 de maio de 1987), cumprindo sejam as parcelas vencidas saldadas conforme o salário mínimo vigente à época da liquidação, e as vincendas segundo as posteriores alterações”.

A apelante também refere-se que o apelado trabalhou por quase dez anos na empresa, não merecendo pois a pensão neste período. Pois bem. O autor trabalhou este tempo pois se não o fizesse de onde tiraria dinheiro para seu sustento. Destaca-se também que laborou com muito sacrifício, conforme constata as testemunhas. Extrai-se do testemunho de Osvaldo Bonetti Kuestner, fl. 552:

“(…) que após o acidente o autor trabalhou alguns dias na portaria, indo em seguida para a enfardadeira; que viu o autor na enfardadeira; que na maioria das vezes o trabalho era feito em pé; que quando a máquina funcionava bem, podia sentar; que o autor reclamava de dores nas pernas; que desconhece qualquer questão que se refira a reabilitação; que o autor gostava de esportes e jogava futebol o bocha; que atualmente o autor reclama de dores; que atualmente o autor sai bem pouco”.

A testemunha Alvir José Florentino Koehler, afirmou à fl. 553:

“(…) que o autor trabalhava em pé; que de vez em quando o autor podia sentar um pouco; que durante o período que o autor trabalhou neste setor, o autor reclamava de dores, trabalhando inclusive de muletas; que desconhece detalhes sobre a reabilitação (…)”.

Destaque-se a perícia, que asseverou que o autor não poderia realizar atividade que não fosse sentada. As tarefas associadas a ficar de pé e caminhar deveriam ser realizadas em curto período (fl. 491, item 5).

Não foi o que aconteceu, conforme asseverou a perícia. O autor continuou trabalhando a maior parte do tempo em pé.

Sendo que o autor laborou por quase dez anos, com muito sofrimento e sentindo dores, e que a empresa não seguiu o que foi determinado pela perícia, sendo despedido, e com pouca probabilidade de conseguir novo emprego, ainda mais neste momento que o país atravessa, há que se confirmar a sentença do Magistrado a *quo*, concedendo o benefício da pensão desde a data do sinistro laboral, 2/4/85, correspondente a 6,5 salários mínimos.

No tocante aos honorários advocatícios, no presente caso aplica-se o artigo 21, parágrafo único, do CPC, haja vista que o autor decaiu em parte mínima no pedido, devendo a empresa pagar, por inteiro, as despesas e honorários.

III — Decisão

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso de apelação, vencido, parcialmente, o Des. Orli Rodrigues, que reduz o valor da indenização para o equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos.

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

Florianópolis, 20 de novembro de 2001.

*Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.013682-5, DE JOINVILLE**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

Apelação cível. Responsabilidade civil. Depósito bancário via DOC. Crédito não efetivado na conta destinatária. Imperícia do preposto do estabelecimento bancário. Devolução de cheques por insuficiência de fundos. Inserção da correntista em cadastro restritivo de talonários. Dano moral caracterizado.

Se o Banco se propõe a oferecer a modalidade de depósito via DOC, consistente na transferência de crédito entre agências de estabelecimentos bancários diversos, cabe a ele prestar adequadamente tal serviço, não havendo como, posteriormente, invocar a ausência de padronização do sistema bancário nacional para justificar o fracasso da transação.

In casu, agiu com imperícia o preposto do banco réu, ao inserir dígitos indevidos no formulário de depósito, em que pese colhidos diretamente do cartão magnético apresentado pelo depositante, circunstância que ocasionou a não efetivação do crédito na conta da autora, e a conseqüente devolução de cheques por insuficiência de fundos, bem como a inserção de seu nome no cadastro mantido pelo Banco Central.

Não concretizado o depósito a tempo e modo, responde a fornecedora de serviços bancários pelos danos materiais e morais advindos de tal fato.

Quantum indenizatório estipulado em sessenta mil reais. Inconformismo manifestado pelo lesante. Conduta que acarretou graves conseqüências à lesada. Verba, porém, arbitrada em quantia excessiva. Recurso provido para reduzir a indenização para o equivalente a duzentos salários mínimos.

Embora as circunstâncias do caso concreto, principalmente as graves conseqüências que a conduta do preposto do réu acarretou à autora, tais como: devolução de quatro cheques por insuficiência de fundos e a conseqüente divulgação do fato aos portadores; anotação do seu nome no CCF (cadastro de emitente de cheques sem fundos) resultando no cancelamento do fornecimento de talonários; vedação à aquisição de mercadorias em estabelecimento comercial, evidenciem a necessidade do arbitramento da verba em patamar su-

ficiente para, ao mesmo tempo, punir o ofensor e compensar os sofrimentos impingidos à vítima, excessiva se mostra a fixação do quantum no valor de R\$ 60.000,00, razão pela qual dá-se provimento ao recurso do réu para reduzir o montante para o equivalente a duzentos salários mínimos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.013682-5, da comarca de Joinville (2ª Vara), em que é apelante Banco Bamerindus do Brasil S.A., sendo apelada Rosilda Cipriano Ronchi:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso de apelação para reduzir os danos morais para o equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Adoto o relatório de fls. 86/88, acrescentando que o MM. Juiz de Direito julgou procedente o pedido formulado por Rosilda Cipriano Ronchi, na ação de responsabilidade civil c/c indenização por perdas e danos movida contra Banco Bamerindus do Brasil S.A., para o fim de condená-lo ao pagamento das quantias de R\$ 76,00, a título de reparação dos danos materiais, e R\$ 60.000,00, para a compensação dos prejuízos morais sofridos pela autora em decorrência da não efetivação de depósito em sua conta corrente, fato que culminou na devolução de cheques e inserção de seu nome em cadastros restritivos de crédito. Determinou arcasse o demandado, ainda, com o pagamento das despesas processuais e honorários advoca-

tícios, fixados em 20% sobre o total da condenação.

Irresignado, apela o vencido Banco Bamerindus do Brasil S.A. reeditando as teses manifestadas no curso da demanda, quais sejam: a) culpa exclusiva da vítima e de terceiro; b) ausência de responsabilidade pelos reflexos do ilícito; e, ainda, a excessividade da indenização arbitrada.

Contra-arrazoado o recurso, os autos alçaram a este egrégio Tribunal de Justiça.

II — Voto

Trata-se de ação de indenização por perdas e danos, pretendendo a autora apelada Rosilda Cipriano Ronchi ver indenizados os prejuízos materiais e morais por si sofridos, em decorrência da não efetivação de depósito na conta corrente de sua titularidade, em virtude de erro cometido por preposto do réu apelante Banco Bamerindus do Brasil S.A., fato que motivou a devolução de cheques e a inserção de seu nome em cadastro restritivo de crédito.

a) Responsabilidade pelo evento danoso:

A culpa exclusiva do banco recorrente bem como a responsabilidade pelos reflexos do ato ilícito foram minuciosamente analisados na bem-lançada sentença de fls. 86/94, da lavra do MM. Juiz de Direito Dr.

Carlos Adilson Silva, ao qual pedimos vênia para transcrever o excerto que segue:

“A autora comprovou a existência da conta corrente n. 242123, mantida na agência 0190 do antigo Banco Nacional S.A., hoje Unibanco S.A., conforme recibo de depósito de fl. 22 e extrato de fl. 25.

“Comprovou também que seu marido Aloisio Serafim Ronchi (certidão de fl. 21) mantinha a conta corrente n. 03495-92 na agência 1972 do Banco Bamerindus do Brasil, instalada na empresa Carrocerias Nielson, conforme extrato de fl. 26, que, saliente-se, era em conjunto com a autora.

“O documento de crédito — doc c, n. 402200 de fl. 23, no valor de R\$ 800,00, autenticado na data de 7/5/96, comprova a existência da operação bancária de transferência de crédito para a conta corrente da autora n. 242123, agência 0190 do Banco Nacional.

“O documento de crédito — doc c, n. 077874 de fl. 24, no valor de R\$ 800,00, autenticado na data de 14/5/96, comprova a existência de nova tentativa de transferência de crédito para a conta corrente da autora n. 242123, agência 0190 do Banco Nacional.

“O extrato de fl. 26, da conta corrente da autora e de seu marido, demonstra a existência de um crédito no valor de R\$ 800,00, na data de 24/5/96.

“O extrato de conta corrente da autora de fl. 25 comprova a devolução do cheque n. 000201, no valor de R\$ 170,00; n. 000199, no valor de R\$ 410,00; n. 000200, no valor de R\$ 45,00 e n. 000193, no valor de R\$

35,00, todos por insuficiência de fundos em poder do banco sacado. Os dois primeiros foram devolvidos na data de 8/5/96 e os dois últimos, na data de 9/5/96.

“Demonstrando, destarte, que foram emitidos e compensados entre os dias 7 e 8 de maio de 1996, pois confiava a autora que a transferência de crédito de R\$ 800,00 interagências bancárias havia se materializado.

“Cláudio Wolfgran, informante e funcionário do réu, declarou que a transferência do crédito não se efetivou em razão da não coincidência do número da conta corrente da favorecida afirmando, ainda, ter efetuado nova operação visando à transferência do numerário que, mais uma vez, resultou frustrada.

“Confirmou, por outro lado, que foi o marido da autora quem apresentou o cartão magnético do Banco Nacional S.A., de onde foram retirados os dados para a operação bancária.

“Inexiste nos autos, no entanto, prova no sentido de que a operação de transferência de crédito não se efetivou por erro do número da conta corrente da autora/favorecida, até porque o número confere: c/c 242123, da agência 0190.

“Releva ponderar, ademais, que foi o preposto do réu quem extraiu os dados do cartão magnético da autora, logo, se houve a indevida inserção dos dígitos 112, após o n. 242123, o fez por sua conta e risco.

“Se dúvida pairasse sobre a necessidade ou não da inclusão de aludidos numerais, deveria primeiro certificar-se para, em seguida, realizar a operação, mormente diante da ausên-

cia de padronização entre as entidades bancárias que atuam no País.

“Não competia à autora verificar junto ao Banco Nacional a efetiva transferência do crédito, posto que em se tratando de depósito em espécie, deveria, na mesma data, estar creditando na sua conta corrente.

“Prepondera na hipótese *sub examen* o princípio da confiança nos estabelecimentos bancários, que está norteado pela imperiosa necessidade de segurança nas relações jurídicas estabelecidas entre as instituições financeiras e os clientes.

“Houve, inegavelmente, deficiência do serviço bancário, culminando por causar à autora danos morais e materiais que devem ser reparados.

“Com efeito, por culpa do preposto do réu, a autora teve quatro (4) cheques devolvidos por insuficiência de fundos, e a inclusão de seu nome no cadastro de emitentes de cheques sem fundos (fl. 31).

“(…)

“O entendimento dos especialistas e dos tribunais continua no sentido de reconhecer a responsabilidade do banco, tanto por incidência de culpa quanto com base no risco profissional assumido pelo estabelecimento bancário, em sua atividade altamente lucrativa, pois é quem extrai maior lucro do instituto do cheque” (fls. 88/91).

Em síntese: Se a instituição bancária se propõe a oferecer tal espécie de serviço, ou seja, transferências de valores entre agências de bancos distintos, cobrando por essa tarefa, cabe tão-somente a ela prestá-lo adequadamente, fornecendo treinamento aos seus funcionários que

possibilite a efetivação da transação. Se equívoco houve e a operação não foi concretizada a tempo e modo, não pode ele ser creditado à autora apelada Rosilda Cipriano Ronchi ou a seu marido, mas sim em desfavor do preposto do réu apelado Banco Bamerindus do Brasil S.A.

b) *Quantum* indenizatório:

O MM. Juiz de Direito arbitrou a indenização no equivalente a cem vezes o valor das cópias indevidamente devolvidas (R\$ 660,00), limitando a condenação, entretanto, à quantia expressamente postulada pela autora apelada Rosilda Cipriano Ronchi na exordial, ou seja, R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

O réu apelante Banco Bamerindus do Brasil S.A. manifestou inconformismo com a condenação, aduzindo que a verba se afigura *exorbitante* (fl. 112).

Verifica-se da sentença *a quo* que o douto Sentenciante arbitrou a indenização levando em conta as circunstâncias do caso concreto, tais como o caráter compensatório/punitivo da indenização, situação econômica do lesante, dentre outras.

Mesmo se somadas tais circunstâncias às graves conseqüências que o fato acarretou à autora apelada Rosilda Cipriano Ronchi, tais como: efetivo abalo de crédito, ao ser inserida no CCF (cadastro de emitentes de cheques sem fundos), sendo-lhe vedado o fornecimento de talonários de cheques; situação vexatória diante dos portadores dos cheques devolvidos e também nas Lojas Americanas, consoante confirmou a testemunha Ilse Maria Hellmann Nack: “(...) poste-

riormente, quando acompanhava a autora nas Lojas Americanas, a mesma, ao efetuar o pagamento de uma compra através de cheque, não pode fazê-lo, pois foi informada que a mesma estava com restrições em relação à utilização de cheques” (fl. 72); excessiva mostra-se a fixação da verba no patamar em que arbitrada.

Assim, dou provimento ao recurso de apelação para reduzir o *quantum* indenizatório para o equivalente a duzentos (200) salários mínimos.

III — Decisão

Por votação unânime, dar provimento ao recurso de apelação para reduzir os danos morais para o equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos.

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

Florianópolis, 18 de dezembro de 2001.

Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.005922-4, DE JARAGUÁ DO SUL

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Embargos à execução. Renegociação de dívida. Inexistência de animus novandi. Confirmação da obrigação anterior. Ausência do contrato originário. Documento indispensável à formação do título executivo. Nulidade.

A novação é forma de extinção da dívida contraída, gerando nova obrigação, que substitui a anterior. Não podendo ser presumida, condiciona-se ao inequívoco intuito de inumar a relação obrigacional que até então vigia, engendrando uma outra que lhe toma o posto.

Não operada a novação, a obrigação originária é apenas confirmada pela que a segue (art. 1.000 do CC). Assim, cumpre ao exequente a juntada dos documentos que representam a dívida renegociada para que se possa atestar a higidez do título executivo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.005922-4, da comarca de Jaraguá do Sul, em que é apelante

Churrascaria Larissa Ltda. — ME, sendo apelado Banco Itaú S.A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, extinguir a execução e os embargos, prejudicado o recurso.

Custas de lei.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto por Churrascaria Larissa Ltda. — ME contra sentença proferida em sede de embargos à execução que lhe move Banco Itaú S.A.

O *decisum* objurgado julgou improcedentes os pedidos, rejeitando as irregularidades suscitadas sobre o contrato e a nota promissória em execução. Por se tratar de instituição financeira, não foram aplicados o Código de Defesa do Consumidor e o Dec. n. 22.626/33. Manteve-se a taxa de juros avençada, declarando-se ainda não ter havido cumulação de correção monetária e comissão de permanência.

Em sua insurgência o apelante sustentou a ausência de liquidez, certeza e exigibilidade do título em execução, dizendo que a nota promissória foi passada em branco e que lhe foram cobrados valores que não correspondem aos pactuados.

Alegou a abusividade da fixação de juros em 13,5% ao mês, ser inviável a cobrança de multa, não haver demonstrativo que esclareça a evolução da dívida, bem como que estão sendo utilizadas taxas superiores às permitidas legalmente.

Contra-arrazoando, o apelado aduziu que o Estatuto do Consumidor e o Decreto n. 22.626/33 não se aplicam às instituições bancárias, e que o contrato de confissão de dívidas e a nota promissória são títulos executi-

vos. Salientou ter detalhado a evolução do débito e preenchido a cambial nos exatos valores da dívida.

Ainda, sublinhou não ter capitalizado juros, tampouco cumulado comissão de permanência e reajuste monetário, por pender de regulamentação o art. 192, § 3º, da Constituição da República, e ser devida a multa contratual de 10%.

2. Extingue-se a execução e os embargos, prejudicado o recurso.

Toda execução tem por base título executivo, líquido, certo e exigível, daí a necessidade de se analisar as relações havidas entre as partes e a origem do *quantum debeatur*.

A *actio* ampara-se em contrato de confissão de dívida que, diante das peculiaridades do caso, não representa título extrajudicial, como requer o artigo 585, II, do Código de Processo Civil.

Referido contrato teve como objetivo a confissão e a renegociação de dívida proveniente de empréstimo denominado “Girocomp Pre A” (fl. 5 dos autos da execução).

Não podendo ser presumido, evidencia-se a inexistência de *animus novandi*, remanescendo a obrigação anterior, apenas confirmada pelo contrato em execução, voltado à renegociação de débitos, com a estipulação de novos prazos para pagamento e de outros encargos.

Segundo J. M. Carvalho Santos, o “ânimo não pode ser presumido, sendo necessário que seja expresso ou pelo menos tácito, resultando dos termos da convenção ou das circunstâncias, de modo a tornar destacada a segunda obrigação da primeira” (Có-

digo civil brasileiro interpretado. 6ª ed., Livraria Freitas Bastos, 1955, pág. 178).

Washington de Barros Monteiro também acentua que “a intenção de novar não se presume. Deve ser expressamente declarada pelas partes, ou resultar, de modo inequívoco, da natureza das obrigações, inconciliáveis entre si” (*Curso de direito civil*. 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, vol. IV, pág. 297).

Colhe-se de julgados desta Casa:

“Novação — Ausência de *animus novandi* — Descaracterização.

“Para que resulte caracterizada a novação, de todo imprescindível é a comprovação da existência de uma efetiva intenção de novar, pois essa intenção, consistente na vontade irrefutável de extinguir o crédito primitivo, é o elemento tipificador por excelência do instituto em causa. O ânimo de novar, todavia, não se presume, pelo que, expressamente excluído ele pelas partes, a nova obrigação estipulada há que ser entendida como meramente confirmatória da anterior” (TJSC, Ap. Cív. n. 52.273, de Imbituba, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 20/8/1996).

A novação somente se aperfeiçoa quando as partes intencionalmente criam obrigação nova para extinguir uma antiga. Se esse não foi o intuito dos contratantes, a segunda obrigação será vista como confirmação da primeira (art. 1.000 do CC), ficando ambas interligadas. Nessa senda as-sentou-se:

“É indispensável, para ocorrer novação, que assim seja da vontade expressa das partes ou por incompati-

bilidade entre o novo pacto e o anterior, isto porque, não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira” (RT 591/149)” (TJSC, Ap. Cív. n. 1997.003850-0, de Jaguaruna, de relatoria do Signatário, j. 29/4/1999).

Destarte, o processo de execução deveria estar instruído com o contrato originário, porquanto as cláusulas nele contidas integram o contexto da lide, ganhando relevância na discussão acerca da liquidez, certeza e exigibilidade do crédito que se busca satisfazer.

Essa interpretação decorre do princípio *ex iniuria non oritur ius*, ou seja, da injúria não nasce o direito, pois somente assim será possível aferir eventuais vícios existentes no primeiro contrato.

Pierangelo Catalano, citando texto de Vélez Sarsfield acerca do brocardo, diz que “em todos os ordenamentos de Direito Civil a situação emergente de ilicitude originária não desaparece com o ‘reconhecimento da dívida’. No ordenamento jurídico argentino o artigo 723 do Código Civil dispõe: ‘*se el acto del reconocimiento agrava la prestación original, o la modifica en perjuicio del deudor, debe estarse simplemente al título primordial, si no hubiese una nueva y lícita causa de deber*” (Princípios gerais do direito, direito à vida e dívida externa. *Revista Cidadania e Justiça*, 1º semestre/2000, pág. 16).

Em julgado inovador, decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná:

“Embargos do devedor. Confissão de dívida bancária. Necessidade da juntada dos instrumentos das dívidas confessadas, principalmente

quando existir dúvidas, pelo exame de um desses instrumentos, a respeito do *quantum debeatur*. Iliquidez. Conhecimento de ofício pelo Tribunal.

“Os contratos bancários são de consumo e, possuindo essa natureza, requerem um processo efetivo e que contenha regras que propiciem a igualdade substancial e a correta aplicação das normas de direito material.

“Existindo dúvida quanto ao valor confessado, cumpria ao exequente a juntada dos instrumentos das dívidas confessadas para possibilitar aos executados e ao Juiz o exame do *quantum debeatur*” (Ap. Cív. n. 128.502-9, de Curitiba, rel. Juiz Albino Jacomel Guérios, j. 24/2/1999).

Ausente o pacto originário, não se pode conferir a qualidade de título executivo ao contrato em execução.

Tampouco se poderia dar seguimento à execução com base na nota promissória que acompanha referido contrato, porquanto perde sua autonomia característica quando passada em garantia.

Não se podendo atestar a validade do contrato, também não se poderá reconhecer certeza, liquidez e exigibilidade à nota promissória proveniente desta relação.

Em caso análogo decidiu-se:

“Perde a autonomia a nota promissória emitida como garantia do cumprimento da obrigação contida no contrato de abertura de crédito em conta corrente, e se este não possui liquidez, aquela segue o mesmo destino” (TJSC, Ap. Cív. n. 99.000972-6, de Criciúma, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 15/6/1999).

Nesse contexto, reconhece-se a ausência de título executivo, impondo-se a extinção processual.

A apresentação de título executivo é um dos requisitos indispensáveis ao manejo do processo de execução. Sem ele, deve ser indeferida a inicial ou, em curso a execução, ser declarada a sua nulidade, nos moldes do artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

Tal regra decorre do rigor necessário ao processo de execução, haja vista que o “Estado intrromete-se no patrimônio do devedor, independentemente de sua concordância; ou impõe-se meios coercitivos, de pressão psicológica. Em suma, a execução é processo bastante rigoroso para quem nele figura como réu. Bem por isso, impõem-se ao processo executivo requisitos especiais” (Flávio Renato Correia de Almeida. *Curso avançado de processo civil*. 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, vol. 2, pág. 46).

Cândido Rangel Dinamarco salienta:

“Título executivo é o ato ou fato jurídico legalmente dotado de eficácia de tornar adequada a tutela executiva para a possível satisfação de determinada pretensão. Ele torna adequadas as medidas de execução forçada para a atuação da lei. Ainda quando o ingresso em juízo seja necessário para obter o bem almejado, só se tem legítimo acesso às vias executivas quando a pretensão estiver amparada por título executivo” (*Execução civil*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, pág. 453).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery destacam:

“Não há execução que não se aparelhe por meio de título executivo, judicial ou extrajudicial. Trata-se de processo documental (...), pois o título é documento indispensável à proposição da ação (CPC 283) e sua falta acarreta o indeferimento da petição inicial, caso não emendada na forma do CPC 284” (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 815).

Humberto Theodoro Júnior esclarece não haver “consenso doutrinário sobre o conceito e a natureza do título executivo.

“No entanto, em toda a doutrina e na maioria dos textos dos Códigos modernos está unanimemente expresso a regra fundamental da *nulla executio sine titulo*. Isto é, nenhuma execução forçada é cabível sem o título executivo que lhe sirva de base” (*Curso de Direito Processual Civil*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, vol. II, pág. 30).

E finaliza:

“Mais grave do que a iliquidez, a incerteza ou inexecutibilidade é a pró-

pria ausência do título executivo. É evidente que nenhum credor pode iniciar execução sem título executivo. Mas se por descuido do órgão judicial foi despachada uma petição inicial sem esse pressuposto básico da execução, é claro que será nulo todo o processado” (*op. cit.*, pág. 144).

Adotando a mesma linha, Araken de Assis enfatiza que “toda execução terá por base título judicial ou extrajudicial, cuja ausência gera nulidade (*nulla executio sine titulo*), a teor do artigo 618, I” (*Manual do processo de execução*. 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, pág. 97).

3. Por todo o exposto, extingue-se a execução e os embargos, prejudicado o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Luiz Carlos Cercato Padilha.

Florianópolis, 20 de setembro de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.008758-9, DE SOMBRIO

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Consignação em pagamento. Indeferimento de perícia. Cerceamento de defesa. Não configuração. Consumidor equiparado. Interpretação do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor. Juros contratuais. Aplicabilidade da Lei de Usura. Inconstitucionalidade de delegação ao Conselho Monetário Nacional para dispor sobre a matéria. Limite de 12% ao ano. Capitalização de juros. Ausência de autorização legal. Comissão de permanência. Inadmissibilidade. Litigância de má-fé. Requisitos não configurados.

Como efeito do princípio da persuasão racional, o juiz tem ampla liberdade para conduzir a produção probatória no curso do processo, podendo recusar a realização de prova irrelevante para o deslinde da questão.

Mesmo não se amoldando no conceito concreto de consumidor — aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final —, as pessoas sujeitas às práticas abusivas previstas nos Capítulos V e VI do Código de Defesa do Consumidor também têm a proteção e a defesa asseguradas durante todo o processo contratual.

A Constituição Federal de 1988, pelo art. 192, determinou que o Sistema Financeiro Nacional seria regulamentado por lei complementar, e no art. 48, XIII, determinou ser da competência exclusiva do Congresso Nacional a disposição sobre matéria financeira e operações das instituições financeiras.

Por sua vez, o §1º do art. 68 da mesma Carta Constitucional prevê que não serão objeto de delegação atos de competência exclusiva do Congresso Nacional e aqueles reservados à lei complementar.

Logo, depois da promulgação da Constituição Cidadã, revogadas estão quaisquer delegações a órgãos do Poder Executivo de competências assinaladas ao Congresso Nacional, inclusive as delegações ao Conselho Monetário Nacional. Desse teor, aliás, é o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Segundo jurisprudência pacífica da Câmara, as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima desse limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

“Somente nas hipóteses em que expressamente autorizada por lei específica, a capitalização de juros se mostra admissível. Nos demais casos é vedada, mesmo quando pactuada, não tendo sido revogado pela Lei n. 4.595/64 o art. 4º do Decreto n. 22.626/33. O anatocismo, repudiado pelo verbete n. 121 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, não guarda relação com o enunciado n. 596 da mesma Súmula” (REsp n. 237302, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

A submissão do débito a índice de comissão de permanência tem cristalino caráter potestativo, não revelando parâmetros concretos de fixação. Seja vinculando genericamente a normas do Banco Central, seja a taxas flutuantes de mercado, fica o contraente inteiramente à mercê de órgãos que atuam exclusivamente no interesse de instituições financeiras.

A correção monetária do débito deve ocorrer exclusivamente pelos índices oficiais, ou seja, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Em princípio, quem contende em juízo fá-lo de boa-fé. A praesumptio juris tantum derrui unicamente quando indisfarçável o intuito de alterar a verdade dos fatos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.008758-9, de Sombrio, em que é apelante Derleu da Silva Lima — ME, sendo apelada Autolatina Leasing S.A. — Arrendamento Mercantil:

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

Custas de lei.

1. Trata-se de apelação interposta em face de sentença que, entendendo não se aplicar ao caso o Código de Defesa do Consumidor, julgou improcedente os pedidos formulados em ação de consignação em pagamento proposta por Derleu da Silva Lima em face de Autolatina Leasing S.A. — Arrendamento Mercantil. A mesma sentença, tendo em vista conexão com ação de reintegração de posse do bem objeto de contrato de *leasing*, examinou as demandas em conjunto, julgando procedente, em parte, a possessória.

O apelante alegou preliminarmente a ocorrência de cerceamento de defesa, ante o julgamento antecipado da lide, uma vez que entendia necessária a realização de prova pericial.

Ainda, em preliminar, pugnou pela decretação da nulidade da sentença, haja vista não ter sido examinada a prefacial de carência da ação de reintegração de posse.

No mérito, após discorrer sobre as características do contrato de *leasing*, concluiu haver sido transmutado para compra e venda em prestações, em virtude da antecipação do valor residual garantido.

Pugnou pelo reconhecimento da abusividade das cláusulas que estabelecem os juros acima de 12% ao ano, sob o fundamento de que a partir da promulgação da atual Constituição faltaria competência ao Banco Central para regulamentação da taxa de juros, tornando-se novamente aplicável o Decreto n. 22.626/33.

Insurgiu-se contra a imposição de capitalização de juros no contrato *sub judice*, por entender que não há

autorização legal para tanto. No tocante à comissão de permanência, argumentou ser abusiva a cláusula contratual que a preveja.

Em contra-razões, a apelada postulou preliminarmente o reconhecimento de litigância de má-fé, com as conseqüentes cominações legais, por ter o apelante juntado documentos novos após a sentença. Salientou que a juntada deu-se no mesmo dia do protocolo do recurso, o que, em seu entender, faria presumir o dolo processual.

No mérito, alegou serem demasiadamente antigas as decisões citadas pelo apelante, repisando, no mais, os argumentos lançados na peça contestatória para, por fim, pugnar pela manutenção da sentença.

2. Dá-se provimento ao recurso.

O apelante suscitou, preliminarmente, a carência de ação do requerido na ação de reintegração de posse em que é autor. Tal questão, todavia, refoge ao âmbito desta apelação, devendo ser examinada nos respectivos autos daquela ação.

Antes de ingressar no mérito da questão relativa à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, impende examinar o suscitado cerceamento de defesa.

2.1. A preliminar levantada não merece acolhida.

É necessário ter-se em mente que no moderno processo civil, como ensina Ovídio Batista da Silva, o sistema vigente, em se tratando de avaliação das provas, é o da *persuasão racional*. Abandonou-se o medieval *sistema legal*, que impunha valores a determinadas provas, sem que pu-

desse o magistrado sopesá-las conforme sua convicção.

Portanto, uma vez expurgado do ordenamento jurídico aquele sistema, não tem razão o apelante, pois via de regra o juiz tem ampla liberdade para apreciar a prova, sendo necessário reconhecer-lhe a possibilidade de determinar a produção daquelas que forem convenientes ou necessárias para o julgamento da causa. Colhe-se o escólio do mestre gaúcho:

“A distinção fundamental entre este sistema (persuasão racional) e o denominado sistema do livre convencimento está em que, naquele, o Juiz tem o dever de fundamentar sua decisão, indicando os motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos fatos provados. Cumpre-lhe demonstrar na sentença os elementos de prova que formaram sua convicção, e isso, naturalmente, de certo modo, limita a completa liberdade que o sistema do livre convencimento sugere” (Teoria geral do processo civil. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 299).

Vê-se, nesse íterim, que não há que ser censurada a decisão impugnada pelo único fato de ter sido preterida a realização da prova pericial, mormente quando não presentes os requisitos de necessidade, utilidade e possibilidade.

No caso em tela, o Togado esteou sua decisão nas provas constantes dos autos, em nenhum momento rechaçadas pelo apelante. Leciona Ovídio Baptista:

“O princípio da persuasão racional da prova, embora aceite em geral a tese do livre convencimento, impõe certas restrições à legitimidade da for-

mação do convencimento judicial. Fundamentalmente, impõe ao juiz a observância das regras lógicas e das máximas da experiência comum, considerando ilegítima, por exemplo, uma convicção que o Juiz haja formado exclusivamente com base numa intuição pessoal, incapaz de ser demonstrada segundo regras lógicas e de senso comum” (*op. cit.*, pág. 299).

Portanto, não houve cerceamento de defesa.

2.2. Pela fundamentação da sentença proferida, percebe-se que o Magistrado somente deixou de revisar o contrato por entender não ser aplicável à espécie o Código de Defesa do Consumidor. Todavia, a doutrina mais atualizada em direito dos contratos e direito do consumidor tem solução interessante e juridicamente perfeita para a questão.

É que, em que pese não poder o apelante enquadrar-se na figura concreta de consumidor, consoante o art. 29 da Lei n. 8.078/90, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais previstas nos Capítulos V e VI.

E na Seção II do Capítulo VI, sobre a rubrica *cláusulas abusivas*, enunciaram-se limitações à liberdade contratual, impondo normas de proteção do consumidor, de ordem pública e interesse social.

Arruda Alvim explica que, pelo sistema do CDC, restariam desprotegidas pessoas que, apesar de poderem vir a ser prejudicadas por práticas abusivas, mereceriam a tutela lá prevista. Para o desfazimento desse defeito de modo a manter a ampla proteção, optou-se por inserir a figura do

equiparado ao consumidor, consolidada em três momentos distintos do Código: no parágrafo único do art. 2º, ao equiparar a coletividade de pessoas a consumidor; no art. 17, ampliando o conceito de consumidor para todas as vítimas do evento danoso; e, por fim, no art. 29, ao equiparar a consumidor todas as pessoas expostas às práticas dos Capítulos V e VI. Vale transcrever trecho da obra coletiva organizada pelo eminente jurista:

“Em ficando explícito que essas pessoas (as expostas às práticas comerciais) são, para esses efeitos, consideradas consumidores, podem elas, individual ou coletivamente, usar dos meios previstos neste Código do Consumidor, para se voltar contra os que, por sua vez, são considerados fornecedores e, conseqüentemente, responsáveis pelas práticas comerciais” (Código do consumidor comentado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, pág. 79).

Luiz Antônio Rizzato Nunes, comentando o dispositivo, assevera:

“Trata-se, portanto, praticamente de uma espécie de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que desde já e desde sempre todas as pessoas são consumidoras por estarem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial. É, como dissemos de início, o aspecto mais abstrato da definição, que, partindo do elemento mais concreto — daquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final —, acaba fixando de forma objetiva que se respeite o consumidor potencial. Daí ter-se de dizer que o consumidor protegido pela norma do art. 29 é uma potencialidade. Nem sequer precisa

existir” (*Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 89).

Dessas normas de proteção ao consumidor e a todas as pessoas atingidas pelas práticas comerciais colhe-se justamente a proibição de cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”, de acordo com o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Daí o fundamento para a proibição de juros acima do patamar legal, capitalização, comissão de permanência, multas abusivas, entre outras cláusulas leoninas.

A regra vem bem ao encontro da atual principiologia contratual, não exclusiva do direito do consumidor, mas nele apenas especificada, que atende aos ditames do princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual. Esse último princípio tem, para Fábio Ulhoa Coelho, a função primordial de invalidar “certas cláusulas abusivas, como as que estabelecem obrigações incompatíveis com a boa-fé, com a equidade ou exageradamente desvantajosas para os consumidores” (*O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo, Saraiva, 1994, págs. 144/146).

Esse princípio, também denominado por justiça contratual, conforme Fernando Noronha, é “a relação de paridade, ou equivalência, que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do valor que recebeu” (*O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia

privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 214).

Nesse contexto, em virtude da índole pública da matéria e para que se preserve o equilíbrio contratual, passa-se ao exame das cláusulas indigitadas pelo apelante de abusivas.

2.3. A primeira ilegalidade apresentada pelo apelante é a pactuação de juros acima do permitido pela Lei de Usura, em virtude da falta de autorização do Conselho Monetário Nacional para fixação acima daquele limite de 12% ao ano.

Argumentou-se que em virtude dos arts. 22, 48 e 68 da Constituição Federal, em conjunto com o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, teria sido revogada a delegação de competência do Legislativo ao Executivo para dispor sobre o limite de juros das instituições financeiras sujeitas ao controle do Banco Central.

Precioso voto, da lavra do eminente Des. Trindade dos Santos, examina na Ap. Cív. n. 1999.009682-3 a complexa relação entre os dispositivos constitucionais citados, concluindo pela falta de competência do Conselho Monetário Nacional, órgão do Poder Executivo, para expedir normas sobre os juros bancários. Em consequência, reestabelece-se a aplicabilidade da Lei da Usura, não podendo mais os juros ultrapassar o teto de 12% ao ano.

É que o art. 48, XIII, da Constituição Federal dispõe expressamente:

“Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor so-

bre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(...)

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

O art. 68, § 1º, da mesma Constituição, por sua vez, impediu a delegação dessa competência do Congresso Nacional a quaisquer dos outros entes da Federação, nos seguintes termos:

“Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

“§ 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar (...)” (grifou-se).

Veja-se que fica clara a impossibilidade de delegação daquela competência para dispor sobre matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações, bem como a competência para delegar os atos referentes à matéria reservada à lei complementar.

E note-se que, como bem observa o Des. Trindade dos Santos, o tão falado art. 192 reservou à *lei complementar* a regulamentação dos juros reais. Vale transcrever o dispositivo comentado:

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, *será regulado em lei*

complementar, que disporá, inclusive, sobre:

(...)

“§ 3º. As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar” (grifou-se).

Portanto, somente o Congresso Nacional, por meio de lei complementar, pode dispor sobre taxas de juros.

Não poderia ser diferente. Se a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, como preceitua o art. 170 da CF, não há permitir a livre pactuação de juros por órgãos comprometidos com políticas internacionais momentâneas que só colaboram para afrontar a soberania nacional, impondo juros escorchantes e tarifas abusivas.

Por outro lado, o invocado art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias revogou, a partir de 180 dias da promulgação da Carta Federal, os dispositivos legais infraconstitucionais que houvessem atribuído ou delegado a órgão do Poder Executivo competência conferida pela Lei Maior ao Congresso Nacional, especialmente à ação normativa.

É o texto do art. 25:

“*Ficam revogados*, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito esse prazo à

prorrogação por lei, *todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional*, especialmente no que tange a:

“I. ação normativa;

“II. alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie” (grifou-se).

Como enumera o eminente Des. Trindade dos Santos em seu precioso voto, “é o caso, pois, da Lei n. 4.595/64 pela qual foi delegada ao Conselho Monetário Nacional competência que, pela Constituição Federal de 1988, é acometida com exclusividade ao Congresso Nacional, delegação essa que restou revogada *ex vi* do disposto no art. 25 das Disposições Constitucionais Transitórias.

“Mercê dessa revogação, ruiu por terra toda a legislação anterior a respeito das taxas de juros, tais como a Lei n. 4.595 e as Resoluções do Bacen que abordavam a matéria, restandorevigorada a Lei de Usura, esta não revogada em momento algum, mas que, em razão de súmula pretoriana (Súmula 596, STF), se entendia inaplicável ao mercado financeiro” (Ap. Cív. n. 99.009682-3, j. 29/3/2001).

Não bastassem esses dados, importa ressaltar que afronta qualquer ordenamento jurídico fundado no princípio da legalidade a possibilidade de um órgão do Poder Executivo, como o Conselho Monetário Nacional, revogar por ato normativo ato do Poder Legislativo, como a limitação de juros do Código Civil e da Lei de Usura. Trata-se de afronta à célebre separação das funções estatais, esboçada

por Aristóteles na *Política*, revista por John Locke no *Segundo tratado do governo civil* e, finalmente, consagrada em *O espírito das leis*, de Montesquieu, como nos dá conta Alexandre de Moraes (*Direito constitucional*. 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, pág. 358).

Portanto, por incompetência absoluta, não é dado ao Conselho Monetário Nacional dispor sobre taxas de juros, sujeitando-se os contratos, quaisquer que sejam, ao limite da Lei da Usura, que não deixa dúvidas:

“Art. 1º — É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal” (Código Civil, art. 1.062).

Por fim vale transcrever precedente desta Câmara que põe termo ao assunto:

“Segundo jurisprudência pacífica da Câmara, as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar” (Apelação Cível n. 98.007591-2, de Brusque, relator o Signatário)

Dessa forma, reduzem-se os juros pactuados para o máximo de 12% ao ano.

2.4. Quanto à capitalização, há que se verificar primeiramente a natureza do contrato entabulado entre as partes, pois somente em cédulas de crédito permite-se o anatocismo. O entendimento da Câmara também é

uníssonos e o assunto não requer maiores dilações. Veja-se:

“A capitalização de juros da cédula de crédito industrial necessariamente deverá seguir a determinação do art. 5º do Decreto-Lei n. 413/69, ou seja, somente poderá ocorrer semestralmente” (Ap. Cív. n. 97.010949-0, de Maravilha, relator o Subscritor. Julgado em 31/5/2001).

O caso *sub examine* encerra todavia, um contrato de *leasing*. Não há, portanto, motivo para a aplicação da exceção das leis permissivas, incidindo a Súmula 121 do STF: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”. Dessa forma nos contratos de *leasing* não é admitida a capitalização de juros.

2.5. A comissão de permanência, por sua vez, vem sendo repetidamente excluída dos contratos bancários, por representar nítida cláusula abusiva. Nesse ponto, a jurisprudência da Câmara também não destoa:

“A submissão do débito a índice de comissão de permanência tem cristalino caráter potestativo, não revelando parâmetros concretos de fixação. Seja vinculando genericamente a normas do Banco Central, seja a taxas flutuantes de mercado, fica o contraente inteiramente à mercê de órgãos que atuam exclusivamente no interesse de instituições financeiras.

“A correção monetária do débito deve ocorrer exclusivamente pelos índices oficiais, ou seja, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)” (Ap. Cív. n. 1997.010949-0, de Maravilha, j. 31/5/2001, relator o Subscritor).

Exclui-se, portanto, a indexação do débito ao fluante índice da comissão de permanência, substituindo-a pelo INPC.

2.6. No pertinente à condenação por litigância de má-fé, na análise de sua ocorrência importa considerar que, em princípio, quem contende em juízo fá-lo de boa-fé. A *praesumptio juris tantum* derrui unicamente quando indisfarçável o intuito de alterar a verdade dos fatos.

No caso, não se vislumbram nas atitudes dos recorrentes quaisquer das hipóteses legais passíveis de punição, permanecendo a presunção de boa-fé. E a simples juntada extemporânea de documentos não tem força suficiente para afastar a presunção.

Sobre o tema, pronunciou-se o Tribunal de Justiça catarinense:

“Existe litigância de má-fé somente quando caracterizada a manifesta intenção de prejudicar. Presume-se que os litigantes estejam agindo sempre de boa-fé” (Ap. Cív. n. 50.445, de São Carlos, rel. Des. Eládio Torret Rocha, *in* DJ de 4/12/995).

3. Por todo o exposto, dá-se provimento ao recurso interposto para declarar a nulidade das cláusulas que estabeleçam a possibilidade de capitalização de juros e de exigência de comissão de permanência. Reduzem-se os juros, em qualquer caso, para 12% ao ano. Autoriza-se a compensação dos valores. Invertidos os ônus sucumbenciais.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cercato Padilha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 8 de novembro de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.021312-8, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Orli Rodrigues

Ação de usucapião — Imóvel localizado no município de Criciúma — Concessão pelo estado de Santa Catarina a particular — Terras consideradas devolutas — Equívoco do Poder Público — Nulidade da matrícula imobiliária decretada de ofício pelo juízo a quo — Possibilidade — Alegação de sentença extra petita — Descabimento — Decisão que não tem natureza diversa da pedida (art. 460 do CPC) — Preenchimento dos requisitos necessários ao usucapião extraordinário — Declaração de domínio dos possuidores — Função social da propriedade — Preceito constitucional — Recurso conhecido e desprovido.

1. Terras devolutas são áreas desocupadas, vazias, sem destinação econômica alguma. Não possui essa qualidade terreno que há décadas é cultivado mediante plantação e criação de animais, diretamente ou por meio de arrendamento, e que por isso pode ser objeto de usucapião.

2. “O fato de um terreno não se achar transcrito em nome de particular não gera a presunção de ser o mesmo de propriedade pública, pois que a entidade pública está obrigada a provar seu domínio sobre as terras que entender devolutas” (JC, 1973, vol. 2, pág. 116).

3. “Não é extra petita: (...) b) a decisão que, apreciando o suporte fático que faz objeto da ação, em vez de aplicar a regra jurídica a, entende que o caso é regido pela regra jurídica b e é de deferir-se, ou não, o pedido (iura novit curia!), porque a aplicação da lei só envolve aí, quaestio juris, e não depende de citação de texto, nem fica sacrificada pelo erro de invocação da regra jurídica” (Miranda, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, Brasília: INL, 1973, tomo II, pág. 356).

4. “*Se, por um lado, é certo que a propriedade pode ser definida como monopólio de utilização econômica, não é menos certo ainda que esta determina e legitima a propriedade. É como se a propriedade se apagasse quando a utilização econômica desaparecesse*” (Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 209).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.021312-8, da comarca de Criciúma (Vara da Faz., Acid. de Trab. e Registros Públicos), em que são apelantes Celso Carlos Porto e outros, sendo apelados Alfredo Schaukoski e outro:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Criciúma, Alfredo Schaukoski e sua mulher, Olga Dayeri Schaukoski, aforaram ação de usucapião objetivando a declaração de domínio de imóvel, cuja localização e confrontações foram descritas na inicial, sob o fundamento de exercerem posse mansa e pacífica sobre a área há mais de dez anos.

Realizada audiência de justificação, em que foram colhidos os depoimentos de três testemunhas, o Magistrado *a quo* declarou justificada a posse dos demandantes.

Após o transcurso *in albis* do prazo de resposta, o Togado singular prolatou sentença julgando procedente o pedido. Reconheceu preenchidos os requisitos necessários para a declaração do usucapião, determinando

a expedição de mandado ao registro imobiliário.

Compareceram, então, aos autos, Carlos Porto, Celso Carlos Porto e Lia Dalva Araújo Porto, afirmando que o imóvel estava inscrito em seus nomes e que por isso o processo seria nulo, uma vez que não foram citados nem intimados da decisão que declarou justificada a posse, o que foi acolhido pelo acórdão de fls. 118/120, da lavra do Des. Xavier Vieira, após manifestação ministerial de ambas instâncias no mesmo sentido.

Anulado *ab initio*, o processo retornou à comarca de origem, onde habilitaram-se os sucessores dos autores, ambos falecidos, bem como os sucessores do réu Carlos Porto, os quais, em contestação, sustentaram a existência de conexão com outro feito em curso, que os demandantes não detêm justo título, e que não transcorreu prazo para o usucapião ordinário, dado que o imóvel pertencia ao domínio público até o ano de 1966.

Após réplica, houve o saneamento do processo seguido de apresentação de alegações finais pelas partes.

O Juiz *a quo*, Dr. Hélio do Valle Pereira, atendendo o parecer ministerial, julgou procedente o pedido, declarando o domínio dos autores sobre a área descrita na exordial e condenando os réus ao pagamento das custas e

honorários advocatícios, fixados em 20% do valor dado à causa.

Inconformados com a decisão, apelam os vencidos, alegando, em suma, que se trata de sentença *extra petita*, porquanto decretou de ofício a nulidade da matrícula do imóvel, por não caracterizá-lo como terra devoluta, sem que o tema houvesse sido discutido nos autos, e porque concedeu usucapião extraordinário, quando o pedido referia-se ao ordinário. Aduzem que não se encontram presentes, na hipótese em tela, os requisitos necessários ao usucapião, como o lapso temporal, o justo título e a boa-fé, uma vez que a “escritura pública de cessão e transferência de direitos de posse”, que instrui a inicial, não possui tal qualidade.

Em contra-razões, os autores pugnam pela manutenção do *decisum*, no que são acompanhados pelo representante do *Parquet* local.

Contados e preparados, ascenderam os autos a este segundo grau de jurisdição, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer chancelado pelo Dr. Jobél Braga de Araújo, manifesta-se pela nulidade da sentença, por considerá-la de natureza diversa da pedida (art. 460 do CPC).

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de apelação cível interposta contra sentença que declarou o domínio de área localizada no Bairro Linha Batista, município de Criciúma, em favor dos sucessores de Alfredo e Olga Schaukoski, diante da prescrição aquisitiva atingida pelos autores.

Os apelantes, sucessores de Carlos Porto, em cujo nome as terras estavam registradas, fundamentam seu inconformismo em duas premissas principais: primeiro, na nulidade da sentença, que consideram *extra petita*; segundo, na ausência dos requisitos para a configuração do usucapião. Cabe analisá-las separadamente.

1. Da nulidade da sentença

1.1 Reconhecimento de ofício da nulidade da matrícula do imóvel usucapiendo:

Sustentam os recorrentes que o Magistrado não poderia ter declarado de ofício a nulidade da matrícula n. 10.839 do 1º Ofício Imobiliário de Criciúma, na qual constava a concessão das terras pelo Estado de Santa Catarina a Carlos Porto e sua mulher. Aduzem que o tema não foi em nenhum momento abordado nas quase duas décadas em que tramitou o processo, não permitindo a produção de provas nem a defesa dos interessados.

A certidão de fl. 46 indica que a área foi transmitida aos apelantes pelo Governo do Estado de Santa Catarina mediante “título definitivo de concessão de terras”, datado de 27/10/1966, e assinado pelo Presidente do Instituto de Reforma Agrária do Estado de Santa Catarina. É evidente que se considerada como terra devoluta, a área não estaria sujeita à prescrição aquisitiva, por consistir em bem público (art. 191, parágrafo único, da Constituição da República).

Cumpra, pois, examinar o conceito de terra devoluta.

Hely Lopes Meirelles leciona que “terras devolutas são todas aquelas que, pertencentes ao domínio pú-

blico de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos. São bens públicos patrimoniais ainda não utilizados pelos respectivos proprietários. Tal conceito nos foi dado pela Lei Imperial 601, de 18.9.1850, e tem sido aceito uniformemente pelos civilistas” (Direito Administrativo Brasileiro, 24ª ed., Malheiros, 1999, pág. 488).

Mais especificamente, a norma mencionada pelo saudoso mestre prevê no art. 3º:

“Art. 3º. São terras devolutas:

“§ 1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal.

“§ 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

“§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta lei.

“§ 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta lei” (grifou-se).

Assim, seriam devolutas as terras não destinadas a qualquer uso público, as que não se encontravam no domínio particular em razão de título legítimo, bem como as que não estavam na posse de particulares com ou sem título.

Trata-se de conceito por exclusivo hodiernamente admitido, como sustenta Hélio Novoa, na obra *Discriminação de Terras Devolutas*:

“Na vontade do legislador imperial, pois, apenas eram devolutas as terras desocupadas, ermas, sem destinação alguma, vazias, à disposição de qualquer um, *permanecendo esta concepção até hoje*” (São Paulo: Universitária de Direito, 2000, pág. 95 — *grifou-se*).

Na hipótese em tela, verifica-se que não se trata de área abandonada, sem dono ou destinação econômica adequada. Na verdade, o terreno usucapiendo é cultivado pelos posseiros para seu sustento há várias décadas, os quais plantam e criam animais, diretamente ou por meio de arrendamento, conforme informações unânimes das testemunhas ouvidas (fls. 354/356).

Seria correto, pois, considerar devolutas tais terras?

Parece que não, equivocando-se o Poder Público Estadual ao considerar pública a área e transmiti-la a terceiros.

Outro conceito de terra devoluta, que reforça o rumo aqui defendido, é trazido pelo art. 5º do Decreto-Lei n. 9.760/46, que dispõe que são devolutas as terras que “não sendo próprias nem aplicadas a algum uso público federal, estadual ou municipal, não se incorporaram ao domínio privado: (...) f) por se acharem em posse pacífica e ininterrupta, por 30 (trinta) anos, independentemente de justo título e boa-fé”.

Também nesse norte, Benedito Silvério Ribeiro, em seu Tratado de Usucapião, anota:

“As terras devolutas constituem espécie de terras públicas detendo estas compreensão abrangente daquelas, que são do patrimônio público, mas não se encontram cadastradas ou individualizadas nem cultivadas ou destinadas a qualquer uso público” (2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 1, pág. 518).

Ademais, há muito superada pela jurisprudência a tese de que a ausência de transcrição imobiliária em nome de particular conduz à presunção *juris tantum* de ser devoluta a terra assim caracterizada (RTJ 65/856; 122/760).

Nesse sentido, julgado desta Corte de Justiça:

“Usucapião. Alegação de serem devolutas as terras, visto não se haver comprovado, mediante a exibição de transcrição, a entrada do imóvel no domínio particular. Admissibilidade de outros meios de prova para comprovação de que não são devolutas as terras. Posse *ad usucapionem* de particulares devidamente comprovada. Pedido julgado procedente. Apelação. Recurso desprovido.

“O fato de um terreno não se achar transcrito em nome de particular não gera a presunção de ser o mesmo de propriedade pública, pois que a entidade pública está obrigada a provar seu domínio sobre as terras que entender devolutas’ (*in JC* 1973, vol. 2, pág. 116)” (Apelação Cível n. 50.950, da Capital, rel. Des. Wilson Guarany).

Então repita-se: por não se tratar de terra devoluta, a área não pertencia ao Estado de Santa Catarina, e portanto não poderia ter sido transmitida ao ascendente dos apelantes.

Trata-se de nulidade absoluta, que deveria, como realmente foi, ser conhecida de ofício pelo Juiz.

Nesse prisma, afirmou com propriedade o Magistrado sentenciante:

“De fato, o art. 214 da Lei n. 6.015/73 não permite tergiversação: ‘as nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no independentemente de ação direta’. Cuida-se de aplicação, ademais, do princípio albergado de forma genérica no art. 146 do Código Civil, que possibilita ao juiz, em todo processo, declarar a invalidade absoluta. Aliás, mesmo no âmbito registral chega-se a autorizar o cancelamento de matrícula imobiliária mesmo em procedimento meramente administrativo (TJSP, LEX/JTJ 204/139, rel. Des. Alves Bevilacqua). Inclusive, no precedente citado é invocado julgamento convergente do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 6.417/São Paulo, rel. Min. Garcia Vieira)” (excerto de fl. 415).

Mutatis mutandis, esta Primeira Câmara Civil já assentou:

“A venda a *non domino* envolve objeto ilícito, a fulminar de nulidade o ato jurídico praticado. É princípio coezinho do direito que somente pode oferecer à venda aquele que é o proprietário ou legítimo representante da coisa. Ora, a venda daquilo que não se tem é ato nulo, conforme textualiza o art. 145, II, do Código Civil, quando for ilícito, ou impossível o seu objeto” (corpo da Apelação Cível n. 1999.006340-2, de Blumenau, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Desse modo, não houve julgamento *extra petita* que enseje anulação do *decisum*, uma vez que, como dito, trata-se de ato comprovadamen-

te nulo, passível de conhecimento de ofício pelo Juiz independentemente de arguição pelas partes.

1.2 Reconhecimento de usucapião extraordinário:

Os apelantes sustentam também a nulidade da sentença, porque reconheceu usucapião extraordinário em lugar do ordinário, citado no intróito. Afirmam que a exordial menciona os dispositivos legais que prevêm a segunda espécie de prescrição aquisitiva, além de descrever o tempo de posse como “há mais de dez anos (...)”, e não vinte como reconhecido pelo juízo. Classificam a decisão singular como *extra petita*.

O argumento, contudo, não convence.

A sentença é *extra petita* quando decide matéria estranha à lide, ou seja, “soluciona causa diversa da que foi proposta através do pedido. E há julgamento fora do pedido tanto quando o juiz defere uma prestação diferente da que lhe foi postulada, como quando defere a prestação pedida mas com base em fundamento jurídico não invocado como causa do pedido na propositura da ação” (Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1995, pág. 514).

Na hipótese, o pedido dos autores foi a declaração de domínio do imóvel, e nestes termos a lide foi posta: os autores asseverando o preenchimento dos requisitos para o usucapião e os réus o negando. A prestação jurisdicional cingiu-se a declarar a prescrição aquisitiva, além da nulidade já analisada. Não desviou-se, portanto, do pedido introdutório; tampouco se baseou em fundamento jurídico

diverso do invocado na peça preambular, uma vez que a sentença reconheceu a presença dos pressupostos para o usucapião extraordinário, ou seja, prazo vintenário, sem a necessidade de justo título.

Foi amplamente possível aos apelantes refutarem o cumprimento desses requisitos, inexistindo prejuízo à sua defesa diante do reconhecimento de modalidade diversa de usucapião.

A questão fica mais clara se se buscar as ensinanças de Pontes de Miranda sobre o assunto. Ensina o mestre:

“No sistema jurídico brasileiro, têm-se de expor, em seus traços essenciais, os fatos (= é preciso e basta que se caracterize o suporte fático, ou o que o possa compor) e que se ‘peça’ (= faça ou formule o pedido) não se precisa citar a lei, porque *iura novit curia*. Nem o nome da pretensão, ou da ação, ou da exceção; ou, sequer, do direito. O que importa é a *causa agendí*, o que se pede após se dizer o que se passou, ou que se passa, ou que se vai passar. O que se pede é a conclusão, porque se pôs a maior da decisão do fato e se aludiu a haver menor (regra jurídica), donde a consequência” (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, Brasília: INL, 1973, tomo II, pág. 355).

E destaca:

“Não é *extra petita*: (...) *b*) a decisão que, apreciando o suporte fático que faz objeto da ação, em vez de aplicar a regra jurídica *a*, entende que o caso é regido pela regra jurídica *b* e é de deferir-se, ou não, o pedido (*iura novit curia!*), porque a aplicação da lei só envolve aí, *quaestio juris*, e não depende de citação de texto, nem fica

sacrificada pelo erro de invocação da regra jurídica (cf. 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 7 de abril de 1947)” (*op. cit.*, pág. 356).

In casu, o Juiz sentenciante entendeu que era de aplicar-se a regra jurídica do art. 550 do CC (usucapião extraordinário), em lugar da do art. 551 do mesmo diploma (usucapião ordinário), pois preenchidos os pressupostos para tanto, impedindo que o erro na invocação da norma prejudicasse o direito dos postulantes.

Ainda de modo esclarecedor, Pontes de Miranda exemplifica:

“Se a vítima de acidente do trabalho se refere, na petição, a determinada doença e pericialmente se apura que outra é a causa da incapacidade, a decisão que alude à causação e condena não é *extra petita* (3ª Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, 21 de junho de 1961, RT 318)” (*idem*, pág. 359).

A sentença monocrática, portanto, não está eivada de nulidade, razão pela qual também nesse aspecto deve ser mantida.

Ao inferir-se que “o julgamento *ultra* ou *extra petita* refere-se ao pedido, ou aos pedidos; não ao fundamento ou aos fundamentos” (Pontes de Miranda, *op. cit.*, pág. 358), verifica-se que a decisão de primeiro grau não tem natureza diversa da pedida (art. 460, CPC), subsumindo licitamente o direito dos postulantes à regra jurídica diferente da invocada.

Outro precedente nesse sentido:

“Não há decisão *extra petita* quando o juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diver-

sos dos fornecidos na petição inicial” (JTJ 164/176).

2. Dos requisitos para o usucapião

Os requisitos para o usucapião extraordinário são: coisa hábil, posse atual, *animus domini* e duração mínima de vinte anos.

A prova do justo título e da boa-fé não é necessária para esta espécie (art. 550, CC), razão pela qual desde logo se afasta o inconformismo nesse aspecto.

Com efeito, a própria decisão monocrática combatida reconheceu a inexistência de justo título por parte dos possuidores, entendendo que a “escritura pública de cessão e transferência de direitos de posse” apresentada não possui tal qualidade. Todavia, repisa-se que para o usucapião extraordinário o documento é despiçando.

Em relação à boa-fé, esta é presumida, não havendo nos autos prova que contrarie a sua presença.

De resto, os pressupostos indispensáveis estão presentes, senão vejamos:

O bem é hábil para usucapir, porquanto de domínio particular, conforme já analisado.

A posse pelos usucapientes é inconteste. A prova oral produzida é uniforme nesse sentido, inclusive ressaltando que os apelados sempre residiram no local e possuíram as terras como se donos fossem, ou seja, com *animus domini*. Tal fato foi examinado à exaustão pelo Togado sentenciante, deixando claro que, ao contrário dos recorridos, os apelantes nunca exerceram posse sobre a área. E posse é fato.

Também houve o transcurso do lapso temporal necessário, visto que há mais de vinte anos os postulantes cultivam as terras de forma contínua e pacífica, sendo-lhes permitido somar o tempo dos seus antecessores (art. 552, CC). Por não acolher o pleito dos recorrentes de considerar pública a área no período anterior a 1966, tem-se que tal prazo pode ser computado a fim de atingir o necessário à prescrição aquisitiva.

3. *Da função social da propriedade.*

Finalmente, não se pode olvidar o escopo social da lei na sua interpretação e as exigências do bem comum (art. 5º, LICC), bem como a função social da propriedade assinalada na Constituição da República (art. 5º, XXIII).

Tal princípio prescreve que o proprietário exerça seu direito mediante uma conduta positiva, não apenas visando a atender seus próprios interesses, mas o de toda a coletividade. Trata-se de verdadeiro encargo, “que torna seu titular, obrigado para com a sociedade, a comportamentos positivos, sintonizados com o interesse coletivo, e passível, portanto, de sanção pela ordem jurídica” (Cavalcanti, Marise Pessôa. Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade. Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pág. 45).

Nesse norte, a doutrina ensina que:

“Concebida como direito fundamental, a propriedade não é, contudo, um direito absoluto, estando ultrapassada a afirmação constante da Declaração dos Direitos do Homem e do Ci-

dadão, de 1789, considerando-a sagrada.

“Ao dispor que ‘a propriedade atenderá a sua função social’, o artigo 5º, XXIII, da Constituição, a desvincula da concepção individualista do século XVIII. A propriedade, sem deixar de ser privada, se socializou, com isso significando que deve oferecer à coletividade uma maior utilidade, dentro da concepção de que o social orienta o individual.

“A função social da propriedade, que corresponde a uma concepção ativa e comissiva do uso da propriedade, faz com que o titular do direito seja obrigado a fazer, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem comum” (Carvalho, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional Didático. 7ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001, págs. 284/285 — grifou-se).

Sob esse aspecto, é patente que a parte que há anos trabalha a terra, tirando dela seu sustento, deve ser beneficiada com o domínio do imóvel em detrimento daqueles que, agraciados com um favor do Poder Público, nunca deram um adequado aproveitamento econômico ao bem.

Celso Ribeiro Bastos, em seu Curso de Direito Constitucional, arremata:

“Parece ser uma característica do direito de propriedade moderno o estar determinado pelo uso econômico da coisa.

“Se, por um lado, é certo que a propriedade pode ser definida como monopólio de utilização econômica, não é menos certo ainda que esta determina e legitima a propriedade. É como se a propriedade se apagasse quando a utilização econômica desa-

parecesse” (19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 209).

Diante do exposto, vota-se pelo desprovimento do recurso, mantendo-se na íntegra a sentença açoitada.

III — Decisão

A Câmara, após debates, decidiu, sem discrepância de votos, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Do julgamento presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio participaram, com votos vencedores, os

Exmos. Srs. Des. Wilson Augusto do Nascimento e Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 12 de março de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente para o acórdão;
Orli Rodrigues,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.006056-6, DE LAGES

Relator: Des. Orli Rodrigues

Dano moral — Insultos perpetrados na cobrança de um cheque sem fundo supostamente entregue pela ofendida — Autor das ofensas funcionário de empresa que comercializa bebidas com a lesada — Dever de indenizar configurado — Código de Defesa do Consumidor — Quantum indenizatório majorado para 40 (quarenta) salários mínimos diante das peculiaridades do fato — Sentença reformada neste particular.

1. O ordenamento jurídico pátrio determina àquele que deve a obrigação de responder pela dívida contraída perante seu credor. Mas tal preceito não confere a este o direito de cobrar seu crédito usando de meio gravoso ou vexatório, pois o devedor só responde com seu patrimônio material, restando a salvo o de ordem moral, que também é tutelado pelo Direito Positivo.

2. “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça” (art. 42, CDC).

3. “A reputação pessoal integra-se no direito da personalidade como atributo da honra do ser humano, merecendo, assim, a proteção das normas penais e das leis civis reparatórias” (Yussef Said Cahali. Dano Moral. 2ª ed., RT: São Paulo, 1998, pág. 358).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.006056-6, da comarca de Abelardo Luz, em que é apelante/apelada Zulma dos Santos, sendo apelada/apelante Cria Comercial de Bebidas Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso de Zulma dos Santos para elevar o valor da indenização para 40 salários mínimos, e negar provimento ao de Cria Comercial de Bebidas Ltda.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Irresignados com a decisão monocrática que, nos autos da ação de indenização interposta por Zulma dos Santos contra Cria Comercial de Bebidas Ltda. e Pedro Machado, condenou os requeridos a pagarem à autora a quantia equivalente a dez salários mínimos, a título de dano moral, entendendo o MM. Juiz *a quo* ofensiva a conduta do segundo réu quando cobrou indevidamente, no estabelecimento da requerente, um cheque sem fundos supostamente entregue por ela por conta de compra de bebidas. Apela a requerente Zulma e a empresa ré Cria Comercial de Bebidas Ltda., cada qual pretendendo a reforma do veredicto naquilo que lhes desfavoreceu.

A autora busca a majoração da verba indenizatória monocraticamente fixada, dizendo-a ínfima diante da repercussão do *eventus damni* e da dimensão das ofensas dirigidas à sua pessoa.

A empresa ré, por sua vez, reitera a tese de que agiu, por meio de seu preposto, de forma regular e de acordo com o costume estabelecido no comércio de bebidas. Defende também que a tentativa de cobrança do indigitado cheque não se deu de forma ofensiva ou desabonadora. Preliminarmente argúi a nulidade do processo por ausência de pressuposto de existência — não distribuição da inicial.

As insurgências foram preparadas e respondidas, ascendendo os autos a esta Corte de Justiça.

É o relato do essencial.

II — Voto

A preliminar aventada não comporta acolhimento.

Argumenta a empresa ré que “o presente processo *carece* de pressuposto processual subjetivo de existência”, e que se desenvolveu “um processo *totalmente* eivado pela *nulidade absoluta*”, “face a *inexistência de distribuição*”.

Quando da autuação, o processo recebeu uma capa na comarca de origem, e nesta foi colada uma etiqueta indicando o número do feito, o valor da causa, os nomes das partes e advogados bem como do Oficial de Justiça. Logo abaixo, neste mesmo rótulo, consta: “Distribuído por sorteio em 9/6/00”.

Como se vê, distribuição houve, e por sorteio, conforme aliás determina o Código de Processo Civil (arts. 251 e 252).

Ademais, a ré não demonstrou qualquer impedimento que pudesse refutar a competência do Magistrado em exercício na unidade jurisdicional em que correu a *actio*.

Quanto ao mérito, a sentença não merece qualquer reforma.

A autora logrou provar, segundo lhe cumpria (art. 333, I, do CPC) o fato constitutivo do seu direito, caracterizado na hipótese pelo ato ilícito atribuído à empresa ré e o prejuízo moral que dele adveio.

É de sabença de todos que as relações comerciais, como bem salientou o digno Magistrado sentenciante, envolvem particularidades que formam uma série de regras não normatizadas formalmente, mas que servem de norte aos que delas se valem. Uma dessas é a noticiada pela empresa ré, e que justificou a ida de seu preposto ao estabelecimento da autora. Assim está descrita na contestação:

“...nas vendas realizadas com o pagamento em cheque de terceiros, a ré anota no verso do cheque a zona em que se localiza o estabelecimento, e, caso exista algum problema com o cheque (se este volta), pelo número da zona é localizado o vendedor que efetuou a venda e este vai atrás para realizar a cobrança” (fl. 37).

Realmente não há qualquer irregularidade no aludido procedimento, mas não é isso que ora se repele. No caso em tela o ilícito reside justamente na forma de abordagem realizada pelo representante da ré perante a autora.

Pelo que se deduz dos registros dos autos, especialmente do depoimento da autora, que tem respaldo na prova testemunhal produzida, a demandante, Zulma dos Santos, ao ser cobrada do cheque que supostamente havia entregue à requerida como forma de pagamento das bebidas adquiridas desta se viu envolvida,

diante de seus clientes, numa situação extremamente embaraçosa e ofensiva à sua moral.

Digo supostamente porque sequer conseguiu provar a empresa ré que o cheque que deu causa à pendência havia realmente sido passado pela requerente.

Porém ainda que provada a inadimplência da autora, e a sua consequente responsabilidade pelo débito, não estava o réu Pedro Machado autorizado a proceder da forma negativa denunciada na inicial e no decorrer da instrução do feito.

Consabido que o ordenamento jurídico pátrio determina àquele que deve a obrigação de responder pela dívida contraída perante seu credor. Mas tal preceito não confere a este o direito de cobrar seu crédito usando de meio gravoso ou vexatório, pois o devedor só responde com seu patrimônio material, restando a salvo o de ordem moral, que também é tutelado pelo Direito Positivo.

Assim está disposto no art. 42 da famigerada Lei n. 8.078/90 — Código de Defesa do Consumidor:

“Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

Comentando aludido dispositivo, Cláudia Lima Marques, *in* Contratos no Código de Defesa do Consumidor, RT, 3ª ed., págs. 632/633, elucida:

“A norma do art. 42 institui um mínimo ético de conduta, qual seja não expor o consumidor a ridículo, não ameaçá-lo com meias-verdades — como aquelas comuns em cartas

de cobrança, ameaçando-o de prisão, quando se sabe da estrita regulamentação legal sobre o assunto –, não impor um constrangimento ao consumidor, como impedi-lo de entrar no estabelecimento comercial etc. (...).

“Ao exigir um tratamento mais leal e transparente dos fornecedores e sua cadeia de auxiliares em relação aos seus clientes, impôs o Judiciário brasileiro através da interpretação teleológica do CDC um novo paradigma de boa-fé nas relações de consumo contratuais, caracterizado pela aceitação do dever de cuidado do fornecedor ao cobrar suas dívidas ou movimentar seus auxiliares, suportando o risco profissional de ter causado dano moral ao consumidor em caso de cobrança indevida de dívida...”.

Com efeito, as palavras de baixo calão proferidas pelo referido empregado da ré como forma de cobrar o cheque devolvido, v.g. “calhorda, velhaca, mau caráter” (fl. 74), no estabelecimento comercial da autora, e na presença inclusive de seus clientes, indubitavelmente ensejaram o dano moral, diante da vergonha e do desconforto causados a ela.

Nesse sentido a lição sempre hialina de Yussef Said Cahali:

“Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, ‘como a privação ou diminuição daqueles que têm um valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos’; e se classificando, assim, em dano que afeta ‘a parte social do patrimônio moral’ (honra, reputação etc.) e dano que molesta a ‘par-

te afetiva do patrimônio moral’ (dor, tristeza, saudade etc.); e dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.), e dano moral puro (dor, tristeza etc.)” (*in* Dano e Indenização, pág. 7, 1980).

Em outra oportunidade, anunciou o insigne autor:

“A reputação pessoal integra-se no direito da personalidade, como atributo da honra do ser humano, merecendo, assim, a proteção das normas penais e das leis civis reparatorias” (Dano Moral. 2ª ed., RT: São Paulo, 1998, pág. 358).

Destarte, presentes os pressupostos que justificam o pleito indenizatório, a saber, fato ilícito, resultado danoso e nexa de causalidade entre aquele (ato perpetrado pela demandada) e este (dano moral sofrido pela requerente), outra não poderia ser a solução da demanda que não a procedência do pedido inaugural.

Vale registrar, ainda, à guisa de fundamentação, que o Estatuto Repressivo tipifica, em seu art. 316, § 1º, a conduta do funcionário público que emprega na cobrança de tributo ou contribuição social devidos meio vexatório ou gravoso. É o chamado Excesso de Exação.

A decisão monocrática apenas merece reforma no que tange ao *quantum* indenizatório.

O arbitramento em 10 (dez) salários mínimos não se mostra suficiente à reparação do fato, das circunstâncias em que ocorreu o ilícito perpetrado pela requerida e a sua repercussão.

Diante do ocorrido algumas relações comerciais entabuladas costumadamente pela autora certamente estremeceram, tornando até inviável a sua mercancia.

Mas também é bom registrar que, mesmo após o infortúnio, a demandante negociou com a empresa requerida, como mostra a nota fiscal trazida à peça preambular (fl. 5).

Com efeito, há que se prover o recurso da autora para majorar a verba indenizatória para 40 (quarenta) salários mínimos, equivalente a quase 25 vezes o valor do cheque cobrado pela ré (R\$ 290,00), diante das razões acima explicitadas, lembrando sempre que “não há um critério objetivo para a fixação da indenização pelos danos morais sofridos, devendo o problema ser solucionado dentro do prudente arbítrio do julgador à luz das peculiaridades de cada caso, e de maneira que o lesado tenha reparação, mas de maneira também que o patrimônio do

ofensor não seja por demais ofendido” (Ap. Cív. n. 00.023262-9, da Capital)” (Ap. Cív. n. 99.021095-2, da Capital, rel. Des. Ruy Pedro Schneider).

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, após debates, decidiu, à unanimidade de votos, dar provimento ao recurso de Zulma dos Santos para elevar o valor da indenização para 40 salários mínimos, e negar provimento ao de Cria Comercial de Bebidas Ltda.

Do julgamento presidido pelo Relator, participaram os eminentes Desembargadores Wilson Augusto do Nascimento e José Volpato.

Florianópolis, 26 de fevereiro de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente para o acórdão;
Orli Rodrigues,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.008355-8, DE ITUPORANGA

Relator: Des. Orli Rodrigues

Ação de anulação de ato jurídico — Venda de ascendente a descendente por interposta pessoa sem o consentimento dos demais — Prescrição vintenária — precedentes — Simulação — Prejuízo de herdeiro necessário — Presunção juris tantum — Recurso conhecido e desprovido.

“(…) Não permite a lei que, em franca fraude à proibição legal, o ascendente transfira o bem a um terceiro, o qual integra a relação negocial apenas como interposta pessoa, com este terceiro transferindo-o, posteriormente, ao descendente a ser beneficiado. Esta segunda operação compromete a primeira, entrelando-as e transformando-as em uma só, para efeito de declaração de nulidade,

com ambas tornando-se juridicamente insubsistentes” (Apelação Cível n. 51.359, de Turvo, rel. Des. Trindade dos Santos).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.008355-8, da comarca de Ituporanga (Vara Cível, Crime e Anexos), em que são apelantes Leopoldo Hadlich e outros, sendo apelados Gerit Hadlich e outros:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Ituporanga, Gerit Hadlich ajuizou *ação anulatória de escritura pública* em face de Leopoldo Hadlich e sua mulher Elly Hadlich, Siegfried Hadlich e sua mulher Iolanda Hadlich, e Inigert Hadlich, noticiando que os dois primeiros réus, genitores do autor, transferiram, em 15/1/79, dois imóveis de sua propriedade a Reinoldo Kunz, havendo este, quatro meses depois, negociado os bens com os demais réus, filhos e nora dos antigos proprietários, pela mesma quantia. Alegou que se tratou de venda de ascendente a descendente por interposta pessoa, mediante simulação que prejudicou os demais herdeiros, razão pela qual a transferência deve ser anulada.

Regularmente citados, os réus apresentaram resposta, argüindo, em preliminar, carência de ação por falta de interesse processual, e argumentando, no mérito, que inexistiu a alegada nulidade.

O autor impugnou a contestação, reforçando os argumentos iniciais.

Em despacho saneador, o Juiz *a quo* afastou a preliminar de carência de ação (fl. 61); decisão de que não houve recurso.

Designada audiência de instrução e julgamento, expediram-se sucessivas cartas precatórias para a oitiva de testemunhas, seguidas de alegações finais das partes e parecer do representante ministerial.

Ante a falta de citação de Reinoldo Kunz, primeiro adquirente dos imóveis e litisconsorte passivo necessário, o Togado singular vislumbrou nulidade absoluta, invalidando o processo a partir do despacho saneador, inclusive (fl. 284).

Contestando o feito, o réu asseverou a regularidade da transferência, pleiteando a improcedência do pedido. O mesmo deslinde foi postulado por Sigmar Hadlich e sua mulher, citados em razão do falecimento de seus pais Leopoldo e Elly Hadlich.

Continuando na instrução processual, outras testemunhas foram ouvidas por carta precatória e em audiência, na qual o autor também apresentou razões finais oralmente. As alegações dos réus foram oferecidas em forma de memorial.

O Ministério Público de primeiro grau opinou pelo não acolhimento das preliminares e, no mérito, pela procedência do pedido.

Em sentenciando, o MM. Juiz de Direito julgou procedente o pleito inicial, determinando o retorno dos bens ao patrimônio dos primeiros vendedores, e condenando os réus ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado, fixados em 20% sobre o valor da causa.

Inconformados com a decisão, apelam os vencidos, asseverando a regularidade das escrituras públicas, bem como das transações que lhes deram origem, havendo o autor ajuizado a ação movido por sentimento de vingança; que não houve comprovação da alegada fraude; que carecia ao apelado interesse na demanda; e que o direito de ação já se encontrava fulminado pela prescrição à época do seu aforamento.

Em contra-razões, o recorrido pugna pela manutenção da sentença, no que foi acompanhado pelo representante do *Parquet*.

Contados e preparados, ascenderam os autos a este segundo grau de jurisdição, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de apelação cível interposta por Leopoldo Hadlich, Elly Hadlich, Siegfried Hadlich, Iolanda Hadlich, e Inigert Hadlich, contra sentença que, em ação de anulação de ato jurídico, invalidou a venda de imóveis de propriedade dos dois primeiros apelantes, por entender haver sido efetuada de ascendente a descendente por inter-

posta pessoa, caracterizando o vício da simulação.

O apelo fundamenta-se em três aspectos: em preliminar, carência de ação por falta de interesse processual, e, no mérito, a prescrição do direito de ação e a regularidade do ato impugnado.

1. Da preliminar

A preliminar é desde logo afastada.

A alegação de que o autor não teria interesse em anular a transferência dos bens, visto que permaneceriam com Reinoldo Kunz — caracterizado como interposta pessoa — não procede. O atendimento do pleito acarretou o retorno dos imóveis ao patrimônio dos genitores do demandante, de quem este é herdeiro necessário.

Evidente, pois, seu interesse na ação.

Ademais, a questão foi rejeitada por despacho proferido pelo Julgador *a quo* (fl. 61), do qual não houve recurso, incidindo, assim, o efeito da preclusão consumativa (art. 473, CPC).

2. Do mérito

No mérito, argúi-se, inicialmente, a prescrição do direito de ação.

Embora haja divergência jurisprudencial a respeito, a tendência nos pretórios é de que se considere o prazo de vinte anos para a venda de ascendente a descendente por interposta pessoa (art. 177 do Código Civil), assim como o é na venda direta de pai para filho — ato nulo por força do art. 1.132 do CC.

É o que ensina Ulderico Pires dos Santos, na obra *Prescrição — doutrina, jurisprudência e prática*:

“Feita diretamente pelo ascendente ao descendente, ou realizada por este, por intermédio de terceiro, ligado ou não por laço de parentesco com o vendedor, a venda assim concebida é nula *pleno iuris* (Súmula 494 do Supremo Tribunal Federal). Aberta a sucessão, qualquer dos prejudicados (herdeiros ou credores) pode pleitear a declaração de sua nulidade para que a coisa passe a integrar os bens da herança. O prazo que tem para isso é de *vinte anos*” (2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, pág. 262 — grifos no original).

Os julgados desta Corte de Justiça caminham no mesmo sentido:

“Embargos infringentes — Ação anulatória de ato jurídico — Venda de ascendente a descendente por interposta pessoa — Prescrição — Inteligência da Súmula 494 — Revogação da Súmula 152 do STF — Embargos desprovidos.

“Na aplicação do artigo 1.132 do Código Civil, a corrente doutrinária e jurisprudencial que considerava a venda feita com vulneração desse preceito, apenas anulável quando ocorrente a intervenção de interposta pessoa, cedeu passo ao entendimento de que tais vendas, independentemente de prova de simulação, são nulas de *pleno jure*” (Embargos Infringentes n. 98.013759-4, de Mondai, relator Des. Anselmo Cerello).

Também precedente desta Primeira Câmara Civil:

“Prescreve em vinte anos a ação para anular venda de ascendente para descendente, sem consentimento dos demais, mesmo que através de interposta pessoa” (Apelação

Cível n. 97.008754-3, de Mondai, relator Des. Newton Trisotto).

Ainda conforme o autor *supra*, discute-se se o termo inicial é a data da abertura da sucessão ou a data do ato. Em um ou outro caso, porém, o prazo na hipótese não havia transcorrido, dado que o ato de transmissão ocorreu em 15/1/1979 e a ação foi proposta em junho de 1985; aproximadamente seis anos e cinco meses depois, portanto.

Desse modo, não assiste razão ao apelante nesse aspecto.

Igualmente, no que tange à questão de fundo, a decisão monocrática deve ser mantida.

Extrai-se das certidões de fls. 5 a 8 que menos de quatro meses depois de haver comprado os imóveis do casal Leopoldo e Elly Hadlich, Reinoldo Kunz os negociou, exatamente pelo mesmo preço, com Siegfried e Inigert Hadlich, filhos dos antigos proprietários, cada qual adquirindo um dos imóveis.

Tal fato aliado à desavença entre os genitores e o outro filho, Gerit (ora apelado), demonstrada a fls. 46/47, levam a crer que se tratou de um ato jurídico simulado, a fim de excluí-lo da participação nos bens da herança.

Mesmo a prova oral produzida deixou entrever que a comunidade vizinha aos litigantes não soube da primeira transação, porquanto quem sempre deteve a posse dos imóveis foi a família Hadlich — primeiro os pais, depois os filhos —, sendo ignorado pelos confinantes que Reinoldo Kunz adquiriu as terras. Na verdade, este apenas serviu de intermediário entre as partes, a fim de elidir a expressa vedação legal (art. 1.132, CC).

Sobre o assunto, assentou julgado deste Tribunal:

“Todo o proprietário é livre para dispor de seus bens, podendo transferi-los a terceiros com os quais venha a transacionar. Entretanto, está impedido de aliená-los a seus descendentes, independentemente da anuência expressa dos demais descendentes, consoante expressa o art. 1.132 do Código Civil, que veda a transação direta e verticalmente. Pelas mesmas razões, não permite a lei que, em franca fraude à proibição legal, o ascendente transfira o bem a um terceiro, o qual integra a relação negocial apenas como interposta pessoa, com este terceiro transferindo-o, posteriormente, ao descendente a ser beneficiado. Esta segunda operação compromete a primeira, entrelaçando-as e transformando-as em uma só, para efeito de declaração de nulidade, com ambas tornando-se juridicamente insubsistentes” (Apelação Cível n. 51.359 (88.089093-7), de Turvo, rel. Des. Trindade dos Santos).

Por fim, a fraude, como afirmou o Magistrado *a quo*, na venda de bem a um dos filhos sem o consentimento

dos demais, é presumida (*juris tantum*), cabendo aos beneficiários comprovar a inexistência de prejuízo.

Diante do exposto, vota-se pelo desprovimento do apelo, mantendo-se na íntegra a decisão guerreada.

III — Decisão

A Câmara, após debates, decidiu, sem discrepância de votos, negar provimento ao recurso.

Do julgamento presidido pelo Relator, participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Wilson Augusto do Nascimento e César Abreu.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça tem a chancela do Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 5 de março de 2002.

Carlos Prudêncio.

Presidente para o acórdão;

Orli Rodrigues,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1997.012099-0, DE TROMBUDO CENTRAL

Relator: Des. Trindade dos Santos

Cautelar. Hipoteca. Pretensão à substituição por títulos da dívida pública. Art. 820 do Código Civil. Inaplicabilidade. Carência de ação reconhecida. Extinção. Sentença confirmada. Reclamo recursal desprovido.

O art. 820 do Código Civil, que possibilita a substituição da hipoteca por títulos da dívida pública federal ou estadual, é restrito à hipoteca legal, não se estendendo às hipóteses de hipoteca conven-

cional. Enquanto esta resulta de livre contratação das partes, aquela decorre de imposição legal ou judiciária, tendo disciplinamento próprio, sendo aplicável nos casos restritos, exaustivamente catalogados no art. 827, incisos I a VIII, do Código Civil.

Prestada a garantia por meio de hipoteca, esta, uma vez cercada a constituição do direito real de garantia de todas as formalidades legais, somente pode ser desconstituída com expressa anuência da parte credora ou nas hipóteses expressas em lei, não estando a parte credora compelida a anuir com a substituição da garantia instituída em seu favor por títulos de dívida pública emitidos há quase um século, de difícil comercialização e de resgate incerto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1997.012099-0, da comarca de Trombudo Central, em que é apelante Indústria de Móveis e Artefatos de Madeira Sasse Ltda., sendo apelado Banco do Brasil S.A.:

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

Custas de lei.

I — Relatório

Indústria de Móveis e Artefatos de Madeira Sasse Ltda. ajuizou, contra o Banco do Brasil S.A., ação preventiva de caução com substituição de garantia, argumentando, em linhas gerais, ter recebido, em 4 de fevereiro de 1997, notificação extrajudicial, formulada por meio de Ofício de Registro Civil, Pessoas Jurídicas e Títulos e Documentos de Trombudo Central, no valor arbitrado de R\$ 35.000,00.

Sustentou a requerente que os títulos oferecidos são regulamentados pelo art. 184 da CF/88 e pelo Decreto n. 578, de 24/6/92, podendo ser usados como prestação de garantia ou

depósito para assegurar a execução em ações judiciais ou administrativas, segundo o disposto no art. 11, incisos III e IV, do referido Decreto, achando-se, pois, revestidos de aceitabilidade jurídica; o mesmo Decreto, em seu art. 10, garante a transferência dos questionados títulos, razão pela qual a aquisição e transferência destes ocorrem de forma legal e prescrita em lei; por fim, os TDA's se constituem em verdadeira moeda, visto que circulantes e garantidos pelo Tesouro Nacional, os emissores e os garantidores são os mesmos (art. 184 da Magna Carta), dispensando quaisquer questionamentos sobre os valores e a validade dos títulos.

Ademais, se deferido o pedido, a substituição a operar-se dispensará uma série de atos processuais, como a avaliação, praça etc., tornando mais célere a execucional, posto que os títulos ofertados converterão diretamente ao patrimônio do credor, com seus valores sendo devidamente corrigidos.

Após várias considerações a respeito da pretendida substituição, requereu a procedência do pedido, com a aceitação da substituição pro-

pugnada, resguardando-se assim os direitos da postulante.

Na contestação que trouxe aos autos, o estabelecimento de crédito requerido, após invocar em preliminar a inépcia da inicial, por descumprimento do art. 295, inciso II, do CPC, argüiu a ilegitimidade ativa da postulante, já que os TDA's ofertados pertencem a Ingo Sasse, nos termos da escritura pública de cessão de direitos creditórios outorgada a este, pelo que somente ele poderia requerer a substituição pretendida.

No mérito, contrapôs à pretensão exposta na inicial, postulando a improcedência da ação.

Equacionando o litígio de plano, o MM. Juiz de Direito julgou extinto o processo, em decorrência da carência de ação existente, aplicando, para tanto, o art. 267, IV e VI, do CPC, impostos à requerente os encargos da sucumbência.

Irresignada com o sentenciamento de extinção, a autora apelou, reeditando, em síntese, os mesmos argumentos contidos na exordial.

O apelo foi rebatido em todos os seus termos pelo recorrido, pronunciando-se pela confirmação da sentença de extinção atacada.

II — Voto

A irresignação recursal manifestada pela apelante, gize-se, não tem condições de prosperabilidade.

Ora, objetivou ela, em linhas gerais, obter, pela cautelar proposta, a substituição, mediante a caução de títulos da dívida pública federal, da garantia prestada em contrato de empréstimo, celebrado entre a instituição financeira apelada, José Vendolino

Régis e João Tensini, este falecido, no qual foi dado como garantia um imóvel de sua propriedade, pretendendo, então, com essa substituição, ver suspensas as praças designadas do imóvel hipotecado e penhorado; para tanto, ofereceu uma apólice emitida em 1917, com valor atualizado de R\$ 104.970,00, consoante tabela divulgada pela Fundação Getúlio Vargas, tratando-se de título emitido e endossado pelo Tesouro Nacional.

Sustentou o postulante recursal que a caução pode ser perfeitamente prestada por títulos da União, podendo ser a hipoteca substituída por títulos da dívida pública federal, conforme enunciam os arts. 827 do CPC e 789 e 820 do Código Civil.

Razão não assiste, entretanto, ao recorrente!

É de sabença que, prestada garantia por meio de hipoteca, esta, uma vez cercada a constituição do direito real de garantia de todas as formalidades legais, somente pode ser desconstituída com expressa anuência da parte credora.

De início, diga-se ser totalmente inaplicável, no caso vertente, o art. 820 do Código Civil, que se refere à substituição da hipoteca legal por caução de título da dívida pública federal ou estadual.

Aqui, entretanto, não se cuida de hipoteca legal, mas sim de hipoteca convencional, eis que não decorrente ela de imposição legal ou judiciária, mas resultante de livre contratação entre as partes.

A hipoteca legal, acentue-se, tem disciplinamento próprio, sendo aplicável a hipóteses restritas, exaurien-

temente catalogadas no art. 827, incisos I a VIII, do Código Civil.

No caso presente, entretanto, insista-se, cuida-se de hipoteca convencional; e a nossa lei civil não prevê, em momento algum, a possibilidade da substituição da hipoteca convencional por caução de títulos da dívida pública, pelo que essa substituição somente é de ser admitida acaso com ela concorde expressamente a parte beneficiada com a garantia: o credor.

De outro lado, não fosse assim, a parte credora não estaria obrigada a aceitar a substituição de uma hipoteca devidamente constituída em seu favor por títulos de dívida pública emitidos há quase um século, de difícil comercialização e de resgate incerto.

Por analogia, são aplicáveis ao caso em julgamento os norteamientos jurisprudenciais a respeito dos Títulos da Dívida Agrária.

E, quanto a estes, já expressamos:

“Não pode o credor ser compelido a aceitar, em garantia de seus haveres, Títulos de Dívida Agrária, posto tratem-se de papéis de difícil aceitação no mercado e que, por isso mesmo, se mostram inadequados para, com a necessária presteza, atender à finalidade precípua do processo de execução: a satisfação do crédito do exeqüente” (AI n. 97.006667-8, de Capinzal).

Em outro precedente, enfatizamos:

“Executivo fiscal. Indicação de bens pela executada. Títulos de dívida agrária. Não aceitação pela exeqüente. Recusa legítima. Agravo de instrumento desprovido.

“A devedora não pode impor à Fazenda Pública credora a aceitação, para garantia do crédito exeqüendo, de Títulos de Dívida Agrária, posto tratem-se de documentos com data de resgate incerta e, por isso mesmo, de nenhum valor mercadológico imediato; nesse contexto, títulos desse jaez, mostram-se totalmente inadequados para atender de imediato à função precípua do processo de execução: a pronta realização do crédito da parte exeqüente” (AI n. 98.002653-9, de Joaçaba).

Não divergindo desse posicionamento, disse o colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“Não está a exeqüente obrigada a aceitar TDA's oferecidas em penhora pela executada, podendo optar pela constrição sobre bens imóveis” (AI n. 425.585—PR, DJU de 11/11/92, pág. 36.630).

Ou, como tem fixado o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Penhora. Títulos de dívida agrária. Não é ilegal a decisão que não aceita a nomeação à penhora de Títulos da Dívida Agrária, ainda não vencidos” (Agravo Regimental n. 25.657—SP, DJU de 26/9/94, pág. 25.654, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

“Execução fiscal — Penhora — TDA — Ordem da Lei n. 6.830/80. A devedora não obedeceu a ordem estabelecida pelo art. 11 da Lei n. 6.830/80 porque, em primeiro lugar, vem o dinheiro e não os títulos da dívida pública. A credora e o julgador não estão obrigados a aceitar os TDA's como garantia. Recurso improvido” (REsp n. 61.008—SP, rel. Min. Jaci Garcia Vieira).

Na mesma esteira, proclamou esta Corte de Justiça:

“Legítima é a recusa do credor em aceitar Títulos da Dívida Agrária ofertados à penhora, possuindo o devedor bens diversos capazes de atingir com mais eficiência o fim precípua da execucional” (AI n. 97.004007-5, de Joaçaba, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

“Caução — Títulos da dívida agrária — Não aceitação por parte do credor — Admissibilidade” (Ap. Cív. n. 97.012149-0, de Trombudo Central, rel. Des. Newton Trisotto).

Outros tribunais pátrios têm adotado a mesma linha de entendimento, como bem pontuam os arestos assim ementados:

“Penhora — Direitos sobre TDA — Recusa pelo credor — Possibilidade. (...) Legítima se apresenta a decisão que acolhe os argumentos do credor e declara ineficaz a nomeação à penhora de simples direitos sobre títulos de dívida agrária, cedidos por terceiros ao devedor, seja porque não foram sequer expedidos, seja porque a expectativa não constitui garantia necessária à execução” (TJMS, AI n. 47.406-2, de Caarapó, rel. Des. Josué de Oliveira).

“Repele-se a pretensão de se substituir a penhora, incidente sobre bens dados em garantia pignoratícia e hipotecária, situados em juízo da execução, por Títulos de Dívidas Agrárias, de difícil aceitação no mercado e a serem repassados ao executado, cessatório de direitos em autos de expropriatória por interesse social” (TJGO, AI n. 9.615-5/180, de Jandaia, rel. Des. Jalles Ferreira da Costa).

Assim, por qualquer ângulo que se enfoque a questão versada nestes autos, há que se confirmar a sentença atacada.

III — Decisão

Na forma do exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume, pois, a douda sentença atacada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, a Exma. Sra. Des. Maria do Rocio Santa Ritta e o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 23 de agosto de 2001.

*Trindade dos Santos,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.017676-1, DE BIGUAÇU

Relator: Des. Trindade dos Santos

Prestação de contas. Cartão de crédito. Financiamento de saldo devedor. Mera indicação do percentual dos juros incidentes. Não indicação da instituição financeira concedente do financiamento e não esclarecimento das condições desse financiamento. Extinção do pleito. Pedido genérico. Não configuração na hipótese.

Sentença extintiva reformada. Apelo acolhido.

Nos contratos de cartão de crédito, a administradora é mera mandatária da parte devedora, agindo em seu nome para a captação de empréstimos em instituições bancárias a fim de financiar eventuais saldos devedores de responsabilidade do titular da conta. Como mandatária que é, está a administradora obrigada a prestar contas de todo o período da contratualidade, sendo suficiente, para que essa obrigação se instale, que a titular do cartão de crédito comprove suficientemente a relação jurídica contratual existente, não se exigindo, nesse caso específico, que sejam apontados na inicial os excessos praticados ou os períodos em que foram eles debitados.

Mesmo nesse contexto, não se estará diante de um pedido simplesmente genérico, pois para a viabilização do pleito bastante é que, conforme evidenciado por um dos extratos mensais, não perfeitamente elucidados os débitos lançados em face da compreensão e limitação daquele demonstrativo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.017676-1, da comarca de Biguaçu (1ª Vara), em que é apelante Mecllet Maria Kayser, sendo apelado BEMGE – Banco do Estado de Minas Gerais S.A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, prover o apelo.

Custas de lei.

I — Relatório

Mecllet Maria Kayser ajuizou, contra BEMGE — Administradora de Cartões de Crédito Ltda., ação de prestação de contas, sustentando, em síntese, ter aderido a um contrato formulado pela demandada, visando a utilização de cartão de crédito, este codificado pelo número 4732.7300.2809.6039, com a acionada passando a ser procuradora da postulante, de acordo com o mandato

outorgado por meio de cláusula existente no aludido contrato de adesão.

Esse mandato possibilitava que a acionada, em nome e por conta da autora, realizasse empréstimos para financiar eventual débito mensal, resultante da aquisição de produtos e serviços, com a utilização do cartão, cujo saldo não fosse, por conveniência sua, pago a vista e sim de forma parcelada.

É pertinente esclarecer que a operação de financiamento de saldos por terceiros — instituições bancárias — ocorre em razão de não serem as administradoras de cartões de crédito integrantes do Sistema Financeiro Nacional, conforme Lei n. 4.595/64, estando, em decorrência, impedidas de realizar tais negócios de forma profissional e habitual.

E verifica-se, pelo extrato juntado, que a demandada limita-se a indicar o percentual de juros sobre o saldo devedor, sem, no entanto, indi-

car a instituição financeira onde o empréstimo foi realizado e as condições deste, não cedendo qualquer documentação a respeito, impossibilitando a conferência da exatidão das obrigações assumidas em seu nome e que lhes são transferidas e exigidas, o que ocorreu durante todo o período da contratualidade.

Por inúmeras vezes a requerente solicitou, conforme documento anexo, cópia dos referidos financiamentos e também do recibo de quitação de tais empréstimos, havendo a acionada, por seus prepostos, respondido com evasivas e nada providenciando a respeito.

E o mandatário está, por força de lei — art. 1.303 do Código Civil —, obrigado a prestar contas do exercício do mandato que lhe foi outorgado.

De outro lado, os extratos mensais remetidos pela demandada são historiados, em seus elementos, de forma resumida, impossibilitando a conferência indubitosa dos pagamentos a terceiros, feitos em nome do usuário e debitados em seu desfavor, a par do que lança ela valores a título de taxas e despesas genéricas, sem qualquer explicação, com a autora somente tomando conhecimento dessas verdadeiras “mordidas” pelos malsinados e mal explicados extratos que, de compreensível, só possuem o valor final a ser pago.

Diante do dissídio existente quanto aos elementos lançados nos extratos, com reflexos no saldo devedor, outra alternativa não resta à autora que não se valer da via jurisdicional para obter a prestação de contas que lhe é devida.

Outrossim, pugnou pela concessão de tutela antecipada, para inibir que a demandada faça inscrever seu nome nos organismos de proteção ao crédito, vez que qualquer inscrição que a respeito vier a ser feita estaria baseada em valores destituídos de liquidez, pois o débito existente, acaso exigível, somente o será após o trânsito em julgado da sentença que o declare.

Indeferida a tutela antecipatória requerida, a demandada deduziu contestação, impugnando todos os termos da inicial, argumentando, mais, que os extratos por si remetidos à postulante descrevem as datas das compras, os estabelecimentos comerciais em que foram elas feitas e os valores respectivos, bem como todos os encargos cobrados do cliente, no caso de ocorrer a falta de pagamento, pagamento parcial ou parcelamento.

Em momento algum, aduz mais a contestante, a requerente pautou-se pela objetividade, não tendo demonstrado que os extratos recebidos não possibilitam a conferência ou apresentam taxas desconhecidas, o que conduz à extinção da ação, com base no art. 267, VI, do CPC, verificada, mais, a carência de ação, por falta de interesse processual.

Rebatidos, pela demandante, os termos contestatórios, o MM. Juiz de Direito singular prolatou sentença de plano, julgando extinto o processo, sem conhecimento do mérito, com respaldo nos arts. 267, VI, e 295, I, ambos do CPC, por entender que os argumentos lançados pela autora na peça exordial são meramente expositivos, sem indicação localizada ou do *quantum* de excesso dos encargos fi-

nanceiros contratuais firmados. Impôs à postulante os encargos sucumbenciais.

Inconformada com o teor do provimento jurisdicional emitido, apelou a demandante, alinhando, para tanto, os mesmos argumentos anteriormente mencionados.

Na resposta que introduziu nos autos, o apelado manifestou-se pela confirmação da sentença atacada.

II — Voto

A insurgência recursalmente manifestada pela apelante está a clamar por acolhida.

O insigne julgador singular, a fim de ditar a extinção do processo instaurado pela recorrente, valeu-se do pressuposto de ter ela formulado pedido genérico, por não haver indicado, de forma precisa e localizada, os excessos alegadamente praticados pela administradora de cartões de crédito apelada.

Entretanto, constata-se do documento de fl. 13, referente ao extrato vencido em 8/7/99, que encargos de financiamento foram lançados a débito da insurgente, sem identificar-se a origem deles e as taxas utilizadas para a apuração do montante desses encargos.

A situação é deveras mal esclarecida, bastando constatar-se do aludido extrato, por exemplo, que para aquisições no importe de R\$ 55,25 foram debitados encargos de financiamento no valor de R\$ 143,37, sem qualquer esclarecimento a respeito.

Nem, muito menos, a apelada presta qualquer informação a respeito da financeira com a qual obteve financiamento para as aquisições feitas pe-

la apelante, se foram feitos tais financiamentos e, em caso positivo, quais os juros e os encargos pagos efetivamente.

E a prestação e a comprovação dessas situações é, evidentemente, obrigação da administradora de cartões de crédito, posto que, inquestionavelmente, age ela em nome de seus usuários, por força de mandato que lhe é outorgado quando da assinatura do respectivo contrato.

Isso ressalta claro da resposta prestada pela Diretoria de Normas da Organização do Sistema Financeiro do Banco Central à consulta formulada pela Coordenadoria de Defesa dos Direitos Individuais e Coletivos da Procuradoria da República no Estado de São Paulo, conforme consta da Revista LEX – Jurisprudência do STJ e TRFs n. 103, pág. 251, transcrita com total propriedade nas razões recursais da insurgente.

Inscribe-se na mencionada resposta que:

“Vigora no seio deste Banco Central o entendimento de que a atividade financeira, tal como concebida nos arts. 17 e 18 da Lei n. 4.595/64 e art.1º da Lei n. 7.492/86, exige que a captação, intermediação ou aplicação de recursos a que aludem tais dispositivos implique intromissão especulativa nos mercados financeiros e de capitais, isto é, exploração do dinheiro como mercadoria, visando a obtenção de lucro.

(...)

“As administradoras de cartão de crédito, dada a diversidade de objetos sociais, não se amoldam à definição de instituição financeira, não de-

pendendo, por isso, de autorização do Banco Central para funcionar (...).

“De outro lado, a documentação oferecida por V. Sa. não indica, a meu ver, estar a administração ali referida (American Express do Brasil S.A. Turismo) agindo em desconformidade com o seu objeto social, isto é, praticando operação privativa de instituição financeira. Ao contrário, consta que, ocorrendo pagamento parcelado dos bens/serviços adquiridos, o financiamento da importância não paga é bancado pela instituição financeira autorizada, agindo a administradora em nome do usuário, amparada em mandato a ela outorgado por ocasião da assinatura do contrato de cartão de crédito (...).

“Em face dessas considerações, entende esta Autarquia que as empresas administradoras de cartões de crédito deveriam melhor explicitar os encargos cobrados aos seus clientes, tanto nos contratos que regulam essas operações como nos extratos e informações periodicamente encaminhados aos usuários de cartões de crédito. De resto, as operações e procedimentos descritos no contrato oferecido como modelo não configuram, no entender desta Autarquia, a prática de intermediação financeira, caracterizável como operação privativa das instituições financeiras, para os fins dos arts. 17 e 18 da Lei n. 4.595/64 e art. 1º da Lei n. 7.492/86”.

O cartão de crédito, conforme definido com inteira propriedade pelo eminente Alfredo Buzaid:

“(...) é um documento representativo de um negócio jurídico plurilateral, oneroso, típico, que abrange a um tempo as figuras do contrato de

adesão e de financiamento de crédito junto a instituições financeiras exclusivamente para cobertura de débito oriundo de compra de bens ou utilização de serviços. O caráter plurilateral está em que, sendo necessariamente partes do contrato a empresa e o titular, a relação jurídica se alarga, abrangendo outros sujeitos. Um deles é o comerciante ou prestador de serviço, com quem a empresa celebra um contrato, a fim de atender o titular do cartão de crédito. Deste contrato não participa o titular do cartão de crédito; é dele simplesmente beneficiário. Outro sujeito é o estabelecimento bancário, com o qual a empresa trata diretamente compondo a rede de financiamento. A empresa opera em nome do titular do cartão, de quem recebe procuração com poderes especiais para pleitear o financiamento” (LEX — Jurisprudência do STJ e TRFs, vol. 103, pág. 246).

Destarte, a administradora de cartões de crédito age como mandatária dos usuários dos cartões de crédito na obtenção de empréstimo bancário, tornando-se evidente que os recursos obtidos ingressam diretamente no patrimônio dos mandantes, que são representados pela administradora perante a instituição financeira. Em outros dizeres: em verdade, as partes no contrato de mútuo são os bancos e os titulares dos cartões de crédito.

É exatamente a situação dos autos, posto que, nos moldes do contrato de prestação de serviços de administração de cartão de crédito do sistema Credicard firmado entre as litigantes, consta expresso que, na hipótese de pagamento parcelado dos bens/serviços adquiridos, o financiamento da importância não paga seria

bancado por instituição financeira autorizada, agindo a administradora, destarte, em nome do usuário, estando ela amparada, para tanto, em mandato que lhe foi conferido por ocasião da assinatura do contrato em questão.

Inquestionavelmente, em assim sendo, é a administradora de cartões de crédito apelada mandatária da recorrente.

E, nos exatos termos do art. 1.301 do nosso Código Civil:

“O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja”.

Ao contrário do entendimento esposado pelo douto magistrado singular, a insurgente, na introital da ação aforada, especificou de modo assaz claro os motivos da controvérsia: a prestação de contas dos financiamentos obtidos em seu nome e cujos encargos lhe são repassados mês a mês.

Está cristalino nos autos, de outro lado, que a apelada não presta contas desses financiamentos e nem demonstra os encargos que lhe são cobrados e que, na seqüência, são transferidos à postulante recursal, titular do cartão de crédito identificado na vestibular.

Suficiente é que se examine o extrato trazido aos autos para que se chegue à conclusão absoluta de que a administradora demandada não presta contas da administração que lhe foi confiada, não identificando nem sequer a instituição financeira na qual foi obtido o empréstimo para o financiamento do saldo devedor de responsabilidade da insurgente, não declinando, de outro lado, as taxas de juros e

demais acessórios impostos e que por ela são repassados à apelante.

Limita-se ela, como se tem do documento de fl. 13, a repassar os débitos do financiamento à titular do cartão de crédito, englobando-os sob a rubrica “encargos de financiamento”, sem fazer qualquer prova quanto a ter pago esses encargos ou parte deles, bem como dos juros cobrados e dos demais acessórios praticados.

E conferir a condição de documentos incontestáveis e completos a meros extratos que não informam ao menos com que financiadora foram realizados financiamentos em nome da irressignada, nem mesmo as taxas de juros e de outros acessórios praticados, equivaleria a emprestar à Administradora de Cartões de Crédito a prerrogativa de criar títulos executivos por simples lançamentos, a exemplo do que ocorre com as certidões de dívida ativa, concedendo-lhe um privilégio totalmente discutível sob o prisma legal e moral.

Como não é dado ignorar:

“Ação de prestação de contas. Cartão de crédito. A teor do contrato entabulado entre as partes, a ré é obrigada, como mandatária, a prestar contas do mandato que foi conferido pelo titular da conta de cartão de crédito, dentre eles o da captação de recursos junto a instituições bancárias. Apelo improvido” (TJRGS, 15ª Câm. Cív., Apel. n. 599065992, rel. Des. Manuel José Martinez Lucas).

De outra banda, como bem sustentou o colendo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do festejado Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“Processo civil. Ação de prestação de contas ajuizada por correntista. Extratos bancários emitidos e apresentados extrajudicialmente. Divergência quanto aos lançamentos. Interesse de agir. Supressão da primeira fase. Critério de fixação dos ônus da sucumbência. Recurso conhecido e provido.

“I — Ao correntista que, recebendo extratos bancários, discorde dos lançamentos deles constantes, assiste legitimidade e interesse para ajuizar ação de prestação de contas visando a obter pronunciamento judicial acerca da correção ou incorreção de tais lançamentos.

“II — O interesse de agir decorre, em casos tais, do fato de que ‘o obrigado a prestar contas se presume devedor enquanto não prestá-las e forem havidas por boas’.

“III — Sendo certo, porém, que o fornecimento periódico de extratos de movimentação de conta corrente pela instituição bancária traduz reconhecimento de sua obrigação de prestar contas, injustificável se afigura, por ausência de litigiosidade em relação a tanto, a divisão do rito em duas fases (art. 915), constituindo imperativo de ordem lógica a supressão da primeira, cuja finalidade (apuração de existência da obrigação de prestar contas) resta, em face de tal reconhecimento, esvaziada e superada.

“IV — Adstrito o âmbito da controvérsia tão-somente à exatidão, ou não, das contas extrajudicialmente apresentadas, apenas em função do êxito ou fracasso das partes a esse respeito é que se há de balizar a fixação dos ônus da sucumbência” (RSTJ 60/219).

Na mesma linha de entendimento, valioso é transcrever-se os acórdãos assim ementados, todos do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

“Prestação de contas. Cartão de crédito. Cláusula-mandato que, em princípio, viabiliza a demanda. Sentença que indefere a inicial. Desconstituição” (6ª Câm. Cív., Apel. Cív. n. 598070977, rel. Des. Lúcia de Castro Boller).

“Prestação de contas. Cartão de crédito. Cabimento. Cabe ao usuário do cartão de crédito, signatário de contrato de adesão, exigir prestação de contas para verificar a legalidade ou excessos nos lançamentos feitos. Apelação provida” (3ª Câm. Cív., Apel. Cív. n. 597063817, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis).

“Ação de prestação de contas. Administradora de cartão de crédito. Integra o contrato de cartão de crédito o mandato conferido pelo usuário à administradora, razão por que possível o pleito de prestação de contas quando não perfeitamente elucidado aquele, pela incompreensão e limitação dos extratos fornecidos. Recurso provido. Sentença desconstituída” (15ª Câm. Cív., Apel. Cív. n. 598320943, rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel).

“Processo civil. Prestação de contas. Petição inicial. Requisitos. Atendimento. Ao deduzir pedido de contas, em nome do usuário, sob fundamento de necessidade da prestação jurisdicional para conhecimento dos critérios e índices de encargos computados no débito, a petição inicial não incide em nenhuma das hipóteses elencadas no parágrafo único do art. 295 do CPC, apresentando-se apta à

instauração da ação para exigir contas. Sentença modificada” (9ª Câmara Cív., Apel. Cív. n. 598335891, rela. Des. Mara Larsen Chechi).

“Apelação cível. Prestação de contas. Administradora de cartão de crédito. Viabilidade. Direito tem o utente de cartão de crédito, que outorga mandato à administradora, para obtenção de financiamento junto a instituições financeiras, a prestação de contas, quanto o mais quando os extratos remetidos não permitem inferir a composição dos encargos cobrados. Apelação desprovida” (6ª Câmara Cív., Apel. Cív. n. 597055938, rel. Des. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior).

“Cartão de crédito. Prestação de contas. Admissibilidade. Tem a cliente de administradora de cartões de crédito, nada obstante a remessa periódica de extratos, o direito de pedir contas, se discorda do montante dos lançamentos” (5ª Câmara Cív., Apel. Cív. n. 596060814, rel. Des. Arakem de Assis).

“Prestação de contas. Administradora de cartão de crédito. Interesse de agir. Extratos. O mero envio de extratos pela administradora, que, em verdade, objetivam mera conferência por parte do devedor, não podem ser considerados como documentos que, por si só, ostentam liquidez e certeza *juris et de jure*, não retirando, por isso, o interesse de agir de quem postula a prestação de contas, pois discordando dos lançamentos, ou, ainda, querendo melhor examinar a relação de débito e crédito, tem ele legítimo interesse processual no ajuizamento desse tipo de ação” (16ª Câmara Cív., Apel. Cív. n. 598120723, rel. Des. Roberto Expedito da Cunha Madrid).

Do mesmo Pretório, alinham-se ainda os acórdãos a seguir:

“Prestação de contas. Cartão de crédito. Tem interesse jurídico o associado de administradora de cartão de crédito em exigir contas relativamente aos encargos praticados no parcelamento das operações por ele realizadas, contratados pela administradora junto às instituições financeiras, os quais não são informados nas faturas mensais” (Ap. Cív. n. 599245271, rela. Des. Rejane Dias de Castro).

“Cartão de crédito. Prestação de contas. Cabimento.

“I — Tem legítimo interesse o usuário de cartão de crédito, signatário de contrato de adesão, que outorga mandato à administradora, para obtenção de financiamento junto a instituições financeiras.

“II — A prestação de contas enseja debater taxas de juros e capitalização, vez que objetiva acertamento do saldo devedor, a que a lei empresta força executiva (art. 918 do CPC)” (Ap. Cív. n. 598601664, rel. Des. Genaro José Baroni Borges).

“Banco. Prestação de contas. Viabilidade.

“A administração, prestação de serviços e mandato exercidos pela administradora de cartão de crédito, enseja o dever de prestar contas e autoriza o manejo da ação correspondente.

“Apelo negado” (Apel. Cív. n. 599045234, rel. Des. Genaro José Baroni Borges).

É de se prover, pois, o reclamo recursal apresentado pela autora, para que a apelada, nos termos e no prazo previstos em lei, preste as contas pedidas.

III — Decisão

Na forma do exposto, empresta-se provimento ao apelo deduzido.

O julgamento foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, dele participando a Exma. Sra. Desa.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta, ambos com votos vencedores.

Florianópolis, 30 de agosto de 2001.

Trindade dos Santos,
Presidente para o acórdão e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.022019-9, DE BLUMENAU

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Ação de reintegração de posse — Extinção do processo (art. 267, inc. IV, do CPC) — Descaracterização do contrato de leasing para compra e venda a prazo — Cobrança antecipada do valor residual garantido — Reconhecimento de ofício pelo magistrado — Inadmissibilidade — Matéria que não se insere no conceito de ordem pública — Sentença anulada — Recurso provido.

— A descaracterização do contrato de arrendamento mercantil, “tendo em vista as conseqüências tributárias, não pode acontecer de ofício pelo juiz. Deve ser argüida pelo arrendatário” (RT 756, à pág. 84).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.022019-9, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é apelante a Companhia Real de Arrendamento Mercantil sendo apelada Russimar Comércio e Confecções Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para anular a sentença, prosseguindo a ação nos seus ulteriores termos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Ação de reintegração de posse aforada pela empresa Companhia Real de Arrendamento Mercantil contra Russimar Comércio e Confecções Ltda.

Alega ter firmado com a ré em 3 de junho de 1998 contrato de arrendamento mercantil (n. 800.0708-0) envolvendo “um veículo marca Renault Clio RN, ano e modelo 1997”, a ser pago em vinte e quatro (24) prestações, encontrando-se esta inadimplente a partir de 30 de julho de 1998, não obstante notificada para tanto, ensejando, assim, a rescisão do contrato, e conseqüente esbulho apto a ser remediado pela presente ação. Reque-reu a concessão de liminar (deferida às fls. 20/21), e, a final, a procedência

do pedido, juntando, para tanto, os documentos de fls. 6/18.

Após determinada a intimação por edital do representante legal da arrendatária (fl. 35), o Juiz de Direito extinguiu o processo com base no artigo 267, inc. IV, do Código de Processo Civil.

Apelou a vencida, pedindo a reforma pelos motivos ali declinados.

Sem as contra-razões, os autos, preparados, ascenderam a este Tribunal.

II — Voto

Compulsando os autos, observa-se que as partes, no dia 3 de junho de 1998, entabularam contrato de arrendamento mercantil, tendo como objeto o bem ali constante, no valor de R\$ 15.200,00, a ser pago em vinte e quatro (24) parcelas.

Avençaram, ainda, que o valor residual garantido (VRG), 20,00% seria pago antecipadamente, e 40,00%, diluído (item IV, à fl. 6).

O Magistrado, escudado em pronunciamento da Corte (Apelação Cível n. 99.013431-8 da Capital), em que foi relator o Des. Anselmo Cerello, segundo o qual “o pagamento antecipado do valor residual garantido (VRG) em contratos de arrendamento mercantil (*leasing*) desnatura o próprio instituto, uma vez que, ao final do pacto, outra alternativa não resta ao arrendatário senão a de receber o bem pelo qual já pagou o seu valor integral”, extinguiu o processo com base no artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Em que pese o valor dos seus argumentos, não se houve com acerto.

Muito embora a tese da descaracterização do contrato de arrendamento mercantil para compra e venda a prazo, em face da cobrança antecipada do valor residual garantido, venha-se consolidando nesta Corte, não se insere dentre as matérias de ordem pública, daquelas que podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado, ou como assevera Edson Prata (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I, 1987, à pág. 820): as “de alta relevância para o processo e não poderá, portanto, ficar aguardando a iniciativa da parte (...)”.

Nesse sentido, aliás, o excerto publicado na Revista dos Tribunais, vol. 756, à pág. 84, de autoria do Des. Irineu Mariani, em que a descaracterização do contrato de arrendamento mercantil, “tendo em vista as consequências tributárias, não pode acontecer de ofício pelo juiz. Deve ser argüida pelo arrendatário”.

III — Decisão

Por isso, dá-se provimento ao recurso para anular a sentença, a fim de que a ação prossiga.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha, vencido o Des. Cesar Abreu no que se refere à fundamentação da matéria de Direito.

Florianópolis, 26 de fevereiro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.025057-0, DE LAGES**Relator: Des. Mazoni Ferreira**

Inventário — Partilha homologada — Concessão de usufruto da quarta parte dos bens do falecido — Possibilidade — Cônjuge supérstite casada sob regime da separação total de bens — Exegese do art. 1.611, § 1º, do CC — Recurso desprovido.

1. “*Em face da regra do parágrafo 1º do artigo 1.611 do Código Civil, à viúva não se atribui a qualidade de herdeira ou legatária, mas nos próprios autos do inventário se há de reconhecer e consignar o benefício legal a seu favor*” (REsp n. 4.625, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

2. *Enquanto não reconhecida a comunhão dos aquestos, tem a viúva meeira, ainda que casada sob regime diverso do da comunhão universal de bens, direito ao usufruto viudal no art. 1.611, § 1º, do CC.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.025057-0, da comarca de Lages (1ª Vara), em que é apelante Renato Borges Nunes e apelada Maria de Oliveira Donato Nunes:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Renato Borges Nunes requereu judicialmente, em julho de 1999, a abertura de inventário em razão do falecimento de seu pai, Sebastião Maurício Nunes, em data de 30/6/99.

Informou que é o único herdeiro do *de cujus* e está na posse e administração dos bens do espólio, motivo pelo qual postulou sua nomeação para o cargo de inventariante.

Por fim, valorou a causa e pediu a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita.

Após prestado o compromisso, a Sra. Maria de Oliveira Donato Nunes protocolou petição (fls. 11/12), aduzindo que conviveu maritalmente com o inventariado por mais de seis anos e que dessa convivência resultou casamento, em 7/5/99.

Ressaltou que o regime de bens adotado foi o da separação total de bens em face da avançada idade do falecido, e durante o relacionamento o auxiliou na construção da casa existente sobre o imóvel objeto do inventário.

Ao final, requereu sua nomeação para o cargo de inventariante.

Em seguida o inventariante Sr. Renato se manifestou, alegando que o pedido da requerente deveria ser rechaçado, inclusive com o desentranhamento dos documentos acostados.

Ouvido o representante do *Parquet* e apresentadas as declarações no prazo legal, o Dr. Galvão Nery Caon indeferiu o pleito formulado pela Sra. Maria de Oliveira Donato Nunes, mantendo o Sr. Renato Borges Nunes no cargo de inventariante.

Posteriormente, a viúva protocolou nova petição, requerendo, desta vez, a averbação, em seu favor, do usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo falecido.

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito homologou o plano de partilha apresentado, bem como resguardou à viúva o usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo *de cujus*.

Inconformado com o *decisum*, o inventariante interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, que: a) a concessão do usufruto em favor da viúva contrariou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal; b) o usufruto não deveria ter sido deferido, já que o imóvel em questão foi avaliado em apenas R\$ 8.700,00 e que passa por sérias dificuldades financeiras; c) a apelada recebe a pensão integral do inventariado no valor de R\$ 1.696,98 e não reside no imóvel objeto do litígio. Pleiteou, ainda, a condenação da recorrida em pena de multa por litigância de má-fé.

Regularmente intimada, a apelada apresentou as contra-razões de recurso (fls. 69/71), postulando pela manutenção da decisão prolatada.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Antônio Gercino de Medeiros, manifestou-se pelo desprovimento do apelo.

II — Voto

O recurso é conhecido porque próprio e tempestivo; porém, não merece ser provido, tendo em vista que, nos termos do art. 1. 611, §1º, do CC, o cônjuge viúvo, se o regime adotado não era o da comunhão universal, tem direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos deste ou do casal, e à metade se não houver filhos.

Com efeito, a disposição contida na referida norma tem a finalidade de proteger o consorte sobrevivente, garantindo-lhe o usufruto sobre a quarta parte ou metade dos bens do *de cujus*.

No caso *sub judice*, constata-se que o regime de bens adotado pelo casal foi o da separação total de bens em decorrência da avançada idade do inventariado. Desse modo, é direito da viúva, ora apelada, o usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo falecido, pois este deixou um filho, sendo total mente válida e legal a aplicação do dispositivo acima mencionado.

A respeito da matéria, leciona Maria Helena Diniz:

“O consorte supérstite, se o regime não era o da comunhão universal, terá direito ao usufruto (RT 599/261, 642/117, 707/93, 710/178, 713/219; RJTJSP 135/309, 128/188; RSTJ 90/173): a) da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, em concorrência com os filhos deste ou do casal (EJSTJ 16/48, 13/89; RSTJ 64/210; AASP 1.948/33); b) da metade, se não houver filhos, em concorrência com os ascendentes do *de cujus*. O mesmo se diga do companheiro sobrevivente desde que não venha a constituir nova

união (art. 2º, I e II, da Lei n. 8.971/94)” (Código Civil Anotado, Saraiva, 2000, 6ª ed., pág. 1.023).

No mesmo sentido, é a lição de Sílvio Rodrigues:

“A lei, portanto, concedeu ao cônjuge o usufruto da quarta parte, ou da metade dos bens do *de cujus*, conforme concorra com seus descendentes ou ascendentes.

“O benefício só é outorgado se o regime de bens não é o da comunhão, pois, neste caso, tendo o cônjuge do defunto direito à sua meação, não necessita amparo. Se, contudo, o regime é outro, não fica o cônjuge desprotegido, pois terá usufruto, enquanto durar a viuvez, de uma parte dos bens do falecido.

“Mas a lei vai mais longe. Mesmo em caso de casamento sob regime de comunhão de bens, não deixa de proteger o cônjuge sobrevivente, pois assegura-lhe, enquanto viver e permanecer viúvo, direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que se trate do único bem daquela natureza a inventariar (Cód. Civ., art. 1.611, § 2º).

“Estas duas regras, ao contrário das outras, aplicam-se em numerosas sucessões e são de alto alcance na proteção do cônjuge sobrevivente” (Direito Civil, Saraiva, 1993, vol. 7, págs. 85/86).

O Superior Tribunal de Justiça não discrepa deste entendimento:

“I — O usufruto viudal é direito real, ainda que originado no direito de família. O direito de uso e gozo que dele decorre para o beneficiário é de natureza hereditária, ainda que revestido de cunho assistencial.

“II — Havendo processamento comum dos inventários do *de cujus* com o de sua primeira esposa, pré-morta, o usufruto viudal do cônjuge sobrevivente deve abranger, enquanto não ultimada a partilha, todos os bens inventariados, embora limitado à quadra legal ou à metade cabível ao marido.

“III — O direito ao usufruto, por não se subordinar à prévia determinação, em divisão judicial, da parte gravada, deve ser observada pelos herdeiros necessários. Se estes o violam, alienando bens sobre os quais incidam àquele, sem compensação na partilha, cabe indenização a ser verificada segundo as exigências do caso concreto” (REsp n. 209.706, Min. Nancy Andrichi).

“O direito de usufruto da quarta parte da herança, que a lei atribui à viúva casada em regime que não era o da comunhão, não fica excluído pelo fato de a viúva já ser proprietária de uma parte do bem inventariado” (REsp n. 61.521, Min. Ruy Rosado de Aguiar).

“Em face da regra do parágrafo 1º do artigo 1.611 do Código Civil, à viúva não se atribui a qualidade de herdeira ou legatária, mas nos próprios autos do inventário se há de reconhecer e consignar o benefício legal a seu favor” (REsp n. 4.625, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

“Sucessão do cônjuge sobrevivente. Direito ao usufruto da quarta parte dos bens (Código Civil, art. 1.611, parágrafo 1º) Prescrição. Prescrição supõe inércia do titular da ação pelo seu não-exercício. Não foi inteligente aquele que, uma vez aberto o inventário, defende a existência de direito mais amplo, sendo-lhe até e depois reconhecido o direito ao usufruto. Hipótese em que se tornou desnecessário definir a

natureza do direito para os fins do art. 17 do Código Civil, ante a presença de causas interruptivas da prescrição” (REsp n. 56.206, Min. Nilson Naves).

Registra-se, por oportuno, que os argumentos esposados pelo apelante não alteram a situação em tela, já que o § 1º do art. 1.611 do Código Civil não possui a restrição que pretende lhe atribuir. O fato de estar enfrentando problemas financeiros, e de a apelada receber a aposentadoria do falecido nada tem a ver com a questão dos autos.

Demais, é importante ressaltar que o Togado singular remeteu às vias ordinárias a questão referente ao reconhecimento da união estável, que poderá dar à apelada o direito à meação, posto que demanda alta indagação, bem como depende de outras provas.

Assim, enquanto não reconhecer a comunhão dos bens, tem a viúva meeira, ainda que casada sob regime diverso do da comunhão universal de

bens, direito ao usufruto vidual do art. 1.611, § 1º, do CC.

Destarte, inexistindo qualquer violação do disposto na lei, há que se manter na íntegra a decisão proferida pelo Togado singular.

À vista do exposto, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

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

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu e Sérgio Roberto Baasch Luz. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Dr. Antônio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2001.

Mazoni Ferreira,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.011740-1, DE BLUMENAU

Relator: Des. Mazoni Ferreira

Apelação cível — Ação de cobrança — Seguro de vida — Morte do de cujus tendo como beneficiária sua esposa — Negativa da seguradora — Alegação de doença preexistente — Reclamo interposto contra decisão que julgou procedente o pedido da autora/beneficiária — Alegação de má-fé por parte do segurado quando da contratação do seguro de vida, haja vista a ocultação de doença grave capaz de gerar o evento morte — Má-fé não demonstrada — Havendo dúvidas acerca da má-fé por parte do segurado deve o feito ser resolvido a favor do beneficiário — Recurso conhecido e desprovido.

“*Se não demonstrado convincentemente ter o segurado agido de má-fé ou que a omissão, ao prestar informações, foi intencional, o contrato é válido, devendo a seguradora efetuar o pagamento do benefício*’ (JC 55/208). A dúvida resolve-se em favor do segurado (JC 29/287)” (Apelação Cível n. 99.010217-3, de Itajaí, rel. Des. Newton Trisotto).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.011740-1, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que é apelante MBM Seguradora S.A., sendo apelada Luiza Martins David.

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

Custas na forma da lei.

Luiza Martins David ingressou com ação de indenização em face de MBM Seguradora S.A., postulando, em suma, o recebimento da quantia de R\$ 25.690,00 (vinte e cinco mil, seiscentos e noventa reais), aduzindo ser beneficiária de um seguro de vida deixado por seu esposo Sr. Astor Basílico David.

Destacou que o falecimento ocorreu em 19/5/99, sendo diagnosticado pelos médicos como causa da passamento um “choque hemorrágico e aneurisma roto de art. ilíaca” (fl. 10). Comunicada a seguradora acerca do sinistro, esta negou-se a pagar o benefício, sob a alegação de que o *de cujus*, na época da contratação do seguro, tinha pleno conhecimento da doença causadora do evento, ainda mais por ter escondido tais fatos no momento da aquisição do seguro.

Por fim, pugnou pela citação da requerida e a procedência do pedido para condená-la ao pagamento do

principal, acrescido de juros, correção monetária, custas processuais e honorários advocatícios. Com a exordial vieram os documentos de fls. 6/13.

Determinada a citação da ré, esta ofereceu defesa, aduzindo, inicialmente, que o segurado, no momento da aquisição da apólice de seguro, não declarou que era possuidor de doença grave capaz de gerar a ocorrência do sinistro em debate, devendo ao caso ser aplicado o que alude o art. 1.444 do CC.

Alegou que, após a comunicação do sinistro, foi efetuada uma investigação com médicos que o atenderam no passado, e constatado que o *de cujus* era portador de hipertensão com hipertrofia do VE e de depressão. Dessa forma, o segurado não agiu de boa-fé no momento da aquisição do seguro, razão pela qual perdeu todos os direitos, à indenização pactuada na avença, conforme preceituam os arts. 1.043 e 1.044 do CC.

Por derradeiro, pugnou pela improcedência do pedido e a condenação da autora nos honorários de sucumbência. Com a defesa vieram os documentos de fls. 28/50.

Manifestação à contestação às fls. 53/56.

Designada audiência de instrução e julgamento, oportunizada a conciliação entre as partes, restando esta inexitosa, prosseguiu a sessão com o

depoimento pessoal da autora e inquirição de duas testemunhas arroladas pela ré.

Alegações finais às fls. 69/71.

Prolatada a sentença, a Magistrada de primeiro grau decidiu pela procedência do pedido proemial, destacando que nos autos não ficou evidenciada má-fé por parte do segurado quando da contratação do seguro, sobretudo que não ficou comprovado que a morte foi ocasionada pela doença que o *de cuius* possuía.

Inconformada, a ré apelou da decisão (fls. 91/96), destacando que nos autos há provas que o *de cuius*, na época da contratação do seguro, era portador da doença grave, tendo íntima ligação com o evento morte.

Ressaltou que ambos os médicos inquiridos no feito relataram que, nos anos de 97 e 98, atenderam o segurado em seus respectivos consultórios, a fim de efetuar tratamento contra hipertensão e depressão, razão pela qual agiu de má-fé ao não declarar tais fatos na proposta de aquisição de seguro.

Destacou que, sendo o contrato disciplinado sob a égide do princípio da boa-fé, deve ao caso ser aplicado o que preceitua o art. 1.444 do CC.

Por fim, pugnou pela reforma da sentença vergastada.

Em contra-razões, a apelada pugnou pela manutenção da decisão de primeiro grau (fls. 102/105).

É o relatório.

Tratam os autos de ação de indenização de seguro de vida, em que a apelante nega-se a conceder o benefício à apelada, sob a alegação de

que na época da contratação do seguro o *de cuius* possuía doença grave capaz de gerar o sinistro (morte) em debate, destacando que estes fatos (doença preexistente) foram ocultados pelo segurado quando do preenchimento da proposta.

Inicialmente, cumpre destacar que os contratos, segundo o Código Civil vigente, primam pela construção e execução sob a égide da boa-fé entre as partes, de sorte que, demonstrada qualquer atitude contrária a esse princípio, deve a parte maldosa ser excluída da relação jurídica, sem fazer jus aos benefícios que a avença em princípio lhe traria.

Sobre o tema, preleciona Orlando Gomes, dissertando que:

“Ao princípio da boa-fé empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente, não se pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta, tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir dificulte uma parte a ação da outra” (Contratos, Forense, 1987, 12^a ed., pág. 43).

Pois bem. Sopesando o elenco probante, constata-se que o segurado adquiriu a apólice de seguro em debate na data de 20/3/99 (fl. 8). Verifica-se também que o contratante fale-

ceu em 19/5/99 (fl. 10), ou seja, aproximadamente dois meses após a aquisição do seguro, tendo como causa do evento “choque hemorrágico” e “aneurisma roto de art. ilíaca”.

Logo, para verificar se o segurado agiu ou não imbuído de má-fé quando da contratação do seguro, cumpre verificar se as causas da ocorrência do sinistro (morte) advieram da doença suportada pelo *de cuius* antes da aquisição da apólice.

No intuito de comprovar a má-fé, ou seja, de que a doença preexistente foi a causadora do evento “morte”, a apelante arrolou como testemunhas os médicos que vinham cuidando da saúde do falecido antes da contratação do seguro.

Como prova importante para solução do embate, transcreve-se, por oportuno, parte do testemunho prestado por Siegmur Starke:

“(…); que esclarece haver uma relação leve entre as doenças sofridas pelo paciente e a causa de sua morte constante na certidão de óbito de fl. 10, eis que o fato de tratar-se de paciente hipertenso aumenta as chances da ocorrência de aneurisma abdominais; no entanto esclarece que esse fato não é condição obrigatória para a causa morte do paciente; (...)”.

No mesmo sentido, a testemunha Edson Tafner delatou:

“(…); que existe uma relação bastante próxima entre o fato de tratar-se de pessoa hipertensa e a causa da morte ser de aneurisma; que esclarece ainda que a arteriosclerose é a principal causa dos tipos de aneurisma; que por sua vez a hipertensão acelera as causas de arteriosclerose no organismo; que esclarece ainda

que na grande maioria dos casos a ocorrência dos aneurismas não precede nenhum sintoma, ou seja, são assintomáticos; somente por ocasião de exames casuais é que o médico toma conhecimento da existência de alterações; (...)”.

Pelas declarações prestadas pelos médicos, torna-se impossível verificar se o segurado agiu de má-fé quando da contratação do seguro de vida, sobretudo que ambos afirmaram que a doença preexistente apenas tem leve relação com as causas da morte diagnosticadas na certidão de óbito do segurado, não sabendo precisar se a hipertensão e a depressão foram causas preponderantes na ocorrência do evento “morte” posto em debate.

Assim, torna-se impossível acolher a tese sustentada pela apelante, de sorte que a ocorrência da má-fé não ficou evidenciada nos autos, a qual poderia até ter sido demonstrada, desde que as causas da morte tivessem íntima ligação com a doença suportada pelo segurado antes da contratação do seguro.

Ademais, os tribunais pátrios têm decidido que, havendo dúvidas acerca da má-fé por parte do segurado, deve o feito ser resolvido em favor do beneficiário. “A dúvida resolve-se em favor do segurado” (JC 29/287).

É cediço que o ônus da prova cabe a quem alega. Contudo, a seguradora alegou a má-fé, mas não a comprovou, contrariando o preceito estatuído no art. 333, inciso II, do CPC. Dessa forma, não conseguiu eximir-se da obrigação, em vista do contrato firmado. Não pode agora a apelante, simplesmente, negar-se ao

cumprimento da obrigação securitária, alegando fatos e não os comprovando.

Nesse diapasão, verificando-se que o segurado não agiu de má-fé quando da contratação do seguro de vida, não há falar em aplicação do art. 1.444 do Código Civil.

Convergindo nesse prisma, a corte Catarinense já decidiu que:

“Seguro — Indenização — Causa exonerativa — Má-fé do segurado — Prova — Ônus.

“Se não demonstrado convincentemente ter o segurado agido de má-fé ou que a omissão, ao prestar informações, foi intencional, o contrato é válido, devendo a seguradora efetuar o pagamento do benefício’ (JC 55/208). A dúvida resolve-se em favor do segurado (JC 29/287)” (Apelação Cível n. 99.010217-3, de Itajaí, rel. Des. Newton Trisotto).

Outra:

“Seguro — Omissão da declaração de doença preexistente — Má-fé não demonstrada — Contrato válido — Dever da seguradora efetuar o pagamento — Recurso provido.

“Se não demonstrado convincentemente ter o segurado agido de má-fé ou que a omissão, ao prestar informações, foi intencional, o contrário é válido, devendo a seguradora efetuar o pagamento do benefício. Dispensando a seguradora, no contrato, exame médico, há que se crer na palavra do segurado, cabendo àquela provar a má-fé deste. Em caso de dúvida, resol-

ve-se em favor do segurado (JC 72/395)” (Apelação Cível n. 96.010934-0, de Mafra, rel. Des. Anselmo Cerello).

Também:

“Seguro de vida — Moléstia anterior, cuja existência não era ignorada pela segurada — Inexistência, porém, de má-fé quando do preenchimento da proposta — Para legitimar a recusa ao pagamento da seguradora, não basta a seguradora alegar má-fé por parte do segurado. Deve, sim, provar cabalmente sua ocorrência. Caso contrário, é inafastável sua obrigação de repassar o prêmio do seguro ao beneficiário” (TJSC — Ap. Cív. n. 97.010945-8-SC — 3ª Câmara Civil, rel. Des. Vanderlei Romer — j. 10/3/1998).

Dessa forma, não demonstrada a ocorrência de má-fé por parte do contratante do seguro de vida, deve a seguradora pagar à autora o benefício descrito na apólice de seguro.

Isso posto, decide a Segunda Câmara Civil, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu e Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 22 de outubro de 2001.

Mazoni Ferreira,
Presidente para o acórdão e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.014315-1, DA CAPITAL**Relator: Des. Mazoni Ferreira**

Apelação cível – Previdência complementar – Limitações impostas pelo Decreto n. 81.240/78 – Matéria não contemplada pela Lei n. 6.435/77 – Ofensa à hierarquia do ordenamento jurídico – Ilegalidade das limitações – Restabelecimento da complementação nos moldes pactuados.

Embora tenha a Fundação Elos, ao comando do Decreto n. 81.240/78, adaptado, em 7/4/80, seu plano de benefícios às restrições impostas pelo mencionado decreto, proporcionou, sponte sua, em 1992, aos participantes do Plano de Suplementação de Aposentadoria, inscritos entre 1º/1/78 e 7/4/80, a opção de ratificar a proposta de adesão original, a qual não previa limitação de teto para contribuição e de idade mínima para a aposentadoria, que foi aceita. Assim, as alterações contidas no regulamento adaptado não podem atingir os contratos celebrados anteriormente e nem invalidar ou impedir a convenção das partes, sob pena de ferir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e o pacta sunt servanda.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.014315-1, da comarca da Capital (6ª Vara), em que é apelante Elos – Fundação Eletrosul de Previdência e Assistência Social, sendo apelados Fernando Luiz Pereira Dias, José Vicente Valença dos Santos e Olenca Maria Stringhini:

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

Custas na forma da lei.

Fernando Luiz Pereira Dias, José Vicente Valença dos Santos e Olenca Maria Stringhini ajuizaram ação ordinária com pedido de tutela antecipada contra Elos – Fundação Eletrosul de Previdência e Assistência

Social, aduzindo terem sido admitidos na Eletrosul em 3/7/78, 2/5/78 e 1º/2/77, respectivamente, e aderido ao “Plano de Suplementação de Aposentadoria – Regulamento 001”. Afirmaram que se aposentaram pelo INSS, também de forma respectiva, em 7/10/98, 11/11/98 e 30/9/98 e, conforme o estabelecido em contrato de adesão firmado pelas partes — “Proposta de Inscrição e Mantenedor” e “Plano de Suplementação de Aposentadoria — Regulamento 001”, solicitaram à requerida a complementação da aposentadoria a que tinham direito, no total para Fernando, em 1º/4/99, de R\$ 1.378,51; José Vicente, em 6/7/99, R\$ 3.381,92; e para Olenca, em 29/9/99, R\$ 1.168,67. Todavia, independentemente dos termos do contrato celebrado, a requerida fixou a

complementação da aposentadoria dos requerentes em R\$ 732,42, R\$ 3.018,49 e R\$ 207,57, respectivamente, ou seja, valores inferiores aos pactuados, justificando a redução pela limitação imposta no Decreto n. 81.240/78 que estabelece o teto para contribuição e limite mínimo de idade de 55 anos.

Alegaram que o pacto acima citado foi ratificado por meio do “Termo de Opção”, firmado em outubro de 1992, mantendo as mesmas condições iniciais do plano de complementação e que, uma vez cumpridas todas as obrigações avençadas, têm direito ao recebimento integral dos valores contratados.

Requereram, por fim, a antecipação da tutela almejada, bem como a procedência do pedido e a condenação da requerida ao pagamento da suplementação de aposentadoria na forma acordada, retroagindo para Fernando Luiz Pereira Dias, a 1º de abril de 1999, no valor de R\$ 1.378,51; para José Vicente Valença dos Santos, a 6 de julho de 1999, no valor de R\$ 3.381,92; e para Olenca Maria Stringhini, a 29 de setembro de 1999, a R\$ 1.168,67, atualizado monetariamente e acrescido de juros legais, mais ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

A antecipação da tutela pleiteada foi deferida às fls. 106/108.

Citada, a ré apresentou defesa em forma de contestação, aduzindo que o autor, José Vicente Valença dos Santos, foi admitido na Eletrosul e se filiou à Fundação requerida, em 2/5/78 e não em 1º/2/77 e, assim como os demais autores, tem seu contrato submetido às limitações impos-

tas pela Lei n. 6.435/77 e pelo Decreto n. 81.240/78, pois todos ingressaram no plano de suplementação após a vigência do aludido decreto, o qual limitou o valor do Salário Real de Contribuição dos participantes de entidades fechadas de Previdência Privada.

Alegou que, ao fixar os valores da complementação da aposentadoria dos requerentes de acordo com os ditames legais, nada mais fez a ré do que atender às determinações impostas pela Secretaria de Previdência Complementar (SPC), visto que suas atividades são por ela reguladas e fiscalizadas, razão pela qual deve o feito ser julgado improcedente.

Pleiteou, também, a revogação da antecipação da tutela concedida.

Em manifestação à contestação, asseveraram os autores que a data de adesão de José Vicente Valença dos Santos está correta, estando, contudo, equivocada a data referente à de Olenca Maria Stringhini, a qual foi admitida em 2/5/78 e não como consta na inicial, em 1º/2/77. No mais, rebateram os argumentos expendidos pela demandada.

Sentenciando o feito, antecipadamente, julgou a MMA. Juíza procedente o pedido formulado pelos autores, e condenou a requerida ao pagamento da complementação da aposentadoria, no valor de R\$ 1.378,51 para Fernando Luiz Pereira Dias, a partir de 1º de abril de 1999; no valor de R\$ 3.381,92 para José Vicente Valença dos Santos, a partir de 6 de julho de 1999; e para Olenca Maria Stringhini, a contar de 29 de setembro de 1999, no valor de R\$ 1.168,67, incidindo sobre a diferença das parcelas vencidas juros legais a partir da ci-

tação, com atualização dos valores desde que estes são devidos, assim como também aos ônus da sucumbência, fixando os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa.

Inconformada com a prestação jurisdicional recebida apelou a requerida pretendendo a reforma da decisão, porquanto a inscrição dos apelados Fernando, José Vicente e Olenca no plano de benefício se deu em 13/7/78, 2/5/78 e 2/5/78, respectivamente, ou seja, após a vigência do Decreto n. 81.240/78, estando eles incluídos naqueles participantes que têm seu benefício limitado pelo citado regulamento.

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

A Quinta Câmara Civil, por votação unânime, não conheceu do recurso e determinou sua remessa à redistribuição.

É o relatório.

O recurso é conhecido porque próprio e tempestivo, porém não merece ser provido.

Justifica a apelante a não concessão integral dos valores contratados pelas partes, porque os apelados Fernando, José Vicente e Olenca ingressaram no plano de benefício da Fundação Elos em 13/7/78, 2/5/78 e 2/5/78, respectivamente, quando já em vigor o Decreto n. 81.240/78, o qual, em seu art. 31, IV, limitou o valor do salário real de contribuição, bem como a idade mínima para a aposentadoria por tempo de serviço, não sendo possível à Fundação agir em desacordo com a legislação.

Os apelados, por seu turno, afirmam que as restrições introduzidas pelo decreto regulamentar são ilegais, porquanto impõe regras diferentes daquelas constantes na Lei n. 6.435/77, e que somente após sua incorporação no Regulamento da Fundação Elos é que passaram a ter vigor, regulando, porém, apenas os contratos celebrados a partir de 8 de abril de 1980, data da aprovação do novo regulamento.

O cerne do presente conflito está, justamente, em saber se as regulamentações constantes do art. 31, IV, do Decreto n. 81.240/78, são capazes de produzir efeitos válidos ou não.

A Lei n. 6.435/77 disciplinou a previdência privada, reconhecendo-lhe caráter complementar à previdência social prestada pelo Estado, e estabeleceu os princípios e critérios a serem por ela observados, deixando a cargo do Poder Executivo o dever de regulamentá-la.

Analisando-se a citada legislação, verifica-se que não há em seus regramentos limitações no que concerne à idade mínima para aposentadoria, tampouco quanto ao salário de contribuição, restrições estas somente impostas por meio do Decreto n. 81.240/78 que a regulamentou.

Dentro da hierarquia das normas, tem-se que os decretos visam a regulamentar a lei, ou seja, é uma forma de operacionalizar a execução de determinada legislação, não podendo, assim, dispor de maneira contrária a ela, assim como também não lhe é permitido exorbitar as disposições legais que pretende regulamentar, sob pena de nulidade, pois se assim não fosse, estaria o Executivo invadindo esfera de atuação do Poder Legislativo.

Preleciona Celso Antonio Bandeira de Mello que “é questão pacífica que os regulamentos executivos – únicos existentes no Direito brasileiro – nada podem dispor *contra legem*, *praeter legem*, *ultra legem* ou *extra legem*, mas tão-somente *intra legem*” (Regulamento e princípio da legalidade, *in* Revista de Direito Público – n. 96 – outubro-dezembro, 1990 – pág. 45).

Maria Sylvia Zanella di Pietro adverte que “em todas as hipóteses, o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, nem impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos sob pena de ofensa ao princípio da legalidade” (Arts. 5º, II, e 37, *caput*, da Constituição) (Direito Administrativo, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1995, pág. 75).

Hely Lopes Meirelles leciona que “decreto regulamentar ou execução é o que visa a explicar a lei e facilitar a sua execução, aclarando seus mandamentos e orientando sua aplicação (...) os regulamentos são atos administrativos, postos em vigência por decreto, para especificar os mandamentos da lei ou prover situações ainda não disciplinadas por lei. Desta conceituação ressalvem os caracteres marcantes do regulamento: ato administrativo (e não legislativo); ato explicativo ou supletivo da lei; ato hierarquicamente inferior à lei; ato de eficácia externa (...).

“Como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar da lei, é írrito e nulo, por caracterizar situação de ilegalidade” (Direito Administrativo Brasileiro, 22ª ed., Malheiros, págs. 163/164).

O Decreto n. 81.240/78 extrapolou sua função regulamentadora e inovou ao criar restrições inexistentes na Lei n. 6.435/77, o que não é admitido no ordenamento brasileiro. Assim, ao fixar a idade mínima de 55 anos para a aposentadoria por tempo de serviço e estabelecendo a remuneração não superior a 3 vezes o teto estabelecido para as contribuições à previdência social, ultrapassou o decreto os ditames da mencionada Lei, sendo, por conseguinte, ilegais tais limitações.

O Professor Caio Tácito, em parecer sobre a matéria, em sua obra Temas de Direito Público (estudos e pareceres), preleciona:

“(...) A norma legal em causa, que integra o novo regime de autorização administrativa a que ficou adstrita a atividade privada, alcança e obriga aos participantes que ingressaram na entidade de previdência privada a partir do início da vigência da lei que a instituiu.

“Diversamente do que assim ocorreu, em função da obrigatoriedade da lei, a nova regra de limitação editada em ato regulamentar não tem força vinculativa sobre as situações jurídicas constituídas entre a entidade e os participantes de seus planos de benefício.

“Como exposto, o regulamento não opera no sentido de limitar direito formado pela vontade das partes dentro do território fixado na lei.

“A restrição do valor das complementações devidas aos participantes dos contratos de seguridade privada é impotente e a imposição que se lhes pretender impor constitui abuso do poder regulamentar.

“Certamente, a liberdade de que gozam as entidades de previdência privada não as impede, como não as impedia, de acolher, em seus regulamentos internos, normas que fixassem um valor-teto para as complementações a serem auferidas pelos beneficiários de seu sistema especial de seguro social.

“Mas, a assim ter ocorrido, a aplicação desse limite incorporado às normas internas da entidade, apenas se verificará *ex nunc*, ou seja, para novas relações jurídicas que se venham a constituir, mantida a validade e eficácia dos direitos anteriormente constituídos” (1º vol., Renovar, RJ, 1997, págs. 922/923).

Ora, o decreto regulamentar ao criar direito novo, indo além da lei regulamentada, se constituiu em abuso de poder, sendo, por conseqüência, nula a fixação de limite à complementação da aposentadoria nele constante.

Convém ressaltar que a Lei n. 6.435/77, em seu art. 42, dispôs que deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados dos participantes das entidades fechadas as condições de admissão, as normas de cálculo dos benefícios, período de carência, entre outros, sendo possível a inserção das mencionadas restrições nesses regulamentos, porém sua eficácia somente poderá ser verificada para aqueles que se filiarem ao novo plano, não podendo as normas recentes ser aplicadas aos planos já em vigor, sob pena de ferir o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

A Lei n. 6.435/77 entrou em vigor em 1º de janeiro de 1978; o Decreto n. 81.240/78, em 20 de janeiro de 1978; e as alterações no Regulamento

da Fundação Elos restaram aprovadas em 7 de abril de 1980 pela Secretaria da Previdência Complementar. Destarte, somente a partir dessa data é que entraram em vigor as novas regras pertinentes à previdência complementar da Elos.

Sob essa ótica, os contratos celebrados entre a Elos e os funcionários da Eletrosul no período de 1º/1/78 a 7/4/80 não estão vinculados às alterações da regulamentação, sendo hígidas as cláusulas pactuadas pelas partes, não incidindo o teto para contribuições e a limitação de idade para a aposentadoria.

É da jurisprudência:

“Complementação de aposentadoria — A complementação de proventos de aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data de admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito” (TST — 85.278/83, rel. Min. Nestor Hein).

Os apelados filiaram-se ao plano de previdência complementar em 13/7/78, 2/5/78 e 2/5/78, respectivamente, ou seja, já na vigência do Decreto n. 81.240/78, mas antes das alterações no regulamento da Elos que restringiram as complementações previdenciárias, não se aplicando a eles, por conseguinte, as restrições impostas pelo novo regulamento.

Ademais, é relevante dizer que a Elos, em 30/9/92, por meio do “Termo de Opção de Alteração dos Critérios de Cálculo do Salário Real de Contribuição e do Benefício de Complementação”, oportunizou aos integrantes do Plano de Previdência Complementar, inscritos entre 1º/1/78 a 7/4/80, a opção de ratificar a proposta de adesão originária — sem a limita-

ção imposta pelo Dec. n. 81.240/78 —, retroagindo a 1º/1/89. Os apelados fizeram a referida opção e assumiram as diferenças de contribuição apuradas a partir daquela data, quitando-as à vista. Assim, uma vez estabelecida a relação contratual entre as partes e constituído o vínculo obrigacional, as alterações posteriores referentes aos critérios de complementação de aposentadoria não poderiam atingir os apelados, sob pena de ferir o princípio da imutabilidade do ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Registra-se, outrossim, que a apelante reconheceu serem devidos os valores requeridos na inicial, porquanto tanto as contribuições pessoais como as que a empresa realizou foram dimensionadas para uma complementação sem limite de renda e de limite etário, bem como informou que a concessão sem limitações do benefício não implicaria em prejuízo financeiro à Fundação, aos participantes e, tampouco, à Patrocinadora, pois as reser-

vas foram constituídas para esse fim (fls. 44/46). Dessa forma, afastada a eficácia das limitações constantes no Decreto n. 81.240/78, de 20 de janeiro de 1978 e demonstrada a não incidência das novas regras do Plano Suplementar de Aposentadoria da Elos ao contrato dos apelados, seu direito de receber os valores pleiteados na inicial é incontroverso, razão pela qual não merece reforma a sentença prolatada no Juízo *a quo*.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Monteiro Rocha e Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 1º de abril de 2002.

Anselmo Cerello,
Presidente;
Mazoni Ferreira,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.018234-7, DE PALHOÇA

Relator: Des. Volnei Carlin

Desapropriação indireta — Indenização pretendida — Legitimidade ativa ad causam da entidade autora não reconhecida — Aplicação do Código de Processo Civil.

A empresa autora, que reivindica direitos sobre imóvel cujo título dominial pertence ao Estado, não tem legitimidade ativa para buscar, em ação desapropriatória, qualquer indenização, eis que é inquestionável a falta de lei dando legitimidade ativa ad causam para a entidade acionante, exigência explícita e imposta pelo art. 6º do Código de Processo Civil, donde há de ser reconhecida a inexistência de uma das condições da ação, devendo ser declarada a extinção do processo, sem julgamento de mérito, ex vi do inciso VI, art.

267, do Codex Instrumentalis.

Ação desapropriatória — Significado dos vocábulos administração e propriedade — Princípio teleológico — Aplicabilidade.

Os atos de administração limitam-se aos de guarda, conservação e percepção dos frutos dos bens administrados, sendo, no último caso, arrendados. A possibilidade de alienação não se insere na hipótese, pois é ato característico de quem é proprietário (possuidor do domínio), sempre subordinado à voluntas (vontade expressamente manifestada). Ademais, a administração é atividade daquele que não é senhor absoluto.

Numa eventual incerteza, aqui não ocorrida, mister se faz a invocação do princípio da finalidade, no qual deverá prevalecer o interesse coletivo. Enfim, o juiz deve perguntar-se o que seria se, em presença de tantas mudanças (nas idéias, costumes, instituições, princípios, estado social e econômico), a justiça e a razão não recomendassem adaptar o texto às realidades da vida contemporânea.

Ação indenizatória por desapropriação indireta — Parque Estadual da Serra do Tabuleiro — Campos de Maciambu ou Araçatuba — Decreto Presidencial n. 30.443/52 — Propriedade.

São de domínio do Estado de Santa Catarina as terras situadas nos Campos do Maciambu ou Araçatuba, tendo a Lei Estadual n. 652/1904 transferido, tão-só, sua administração à municipalidade de Palhoça.

Registro de imóveis — Cancelamento — Art. 859 do Código Civil — Presunção juris tantum.

Presume-se titular do direito real aquele constante do registro. Tal presunção, no entanto, é relativa, sendo passível de cancelamento a transcrição da venda efetuada a non dominus.

Escritura pública de compra e venda — Nulidade — Prescrição — Art. 177 do Código Civil.

É vintenário o prazo prescricional para intentar ação de nulidade de ato jurídico de compra e venda a contar da data do registro do título no Cartório de Registro de Imóveis.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.018234-7, da comarca de Palhoça, em que é apelante Alvorada Administração e Empreendimentos Sociais Ltda., sendo apelados o Estado de Santa Catarina e o município de Palhoça:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, afastar a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Palhoça, Alvorada Administração e Empreendimentos Ltda. interpôs a presente ação indenizatória de desapropriação indireta em face do Município (fls. 1/7), em decorrência de ter adquirido deste uma gleba de terras em 1977, na região de Campos do Maciambu, com o intuito de concretizar um projeto de loteamento. Ocorre que dita área, de acordo com o Plano Diretor (Lei Municipal n. 41/92, fls. 68/159), foi classificada como APP (área de preservação permanente), esvaziando, assim, seu conteúdo econômico, razão pela qual se insurge a autora pleiteando indenização por entender caracterizada, no caso, desapropriação indireta.

Aditando a inicial (fls. 169/170), a demandante requer a citação do Estado de Santa Catarina para responder aos termos da ação em decorrência do veto do Sr. Prefeito Municipal de Palhoça ao Projeto de Lei n. 11/94, que pretendia alterar as Áreas

de Preservação Permanente para Áreas Turísticas Residenciais, entendendo impossível tal modificação já que as terras localizam-se no Parque da Serra do Tabuleiro, criado por lei estadual.

Contestando o feito (fls. 183/186), o município de Palhoça alegou, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam*, pois teria, em seu Plano Diretor apenas atendido às disposições normativas estaduais que instituíram o parque. No mérito, argüiu a precedência da criação do parque em relação ao Plano Diretor, e o exagerado valor indenizatório pretendido pela acionante, qual seja, R\$ 12.294.858,32 (doze milhões, duzentos e noventa e quatro mil, oitocentos e cinqüenta e oito reais e trinta e dois centavos).

O Estado de Santa Catarina, por ocasião de sua resposta aos termos da inicial (fls. 189/212), busca, preliminarmente, ver reconhecida a carência de ação em virtude da inexistência de domínio válido e eficaz a legitimar a transação efetuada entre a Prefeitura de Palhoça e a autora. No mérito, argüiu a impossibilidade da indenização recair sobre o Estado uma vez que as terras já eram consideradas de preservação permanente antes da criação do Parque da Serra do Tabuleiro, tanto pela Lei n. 4.771/52, art. 3º, f (Código Florestal), quanto pelo Decreto n. 30.443/52, no qual o Presidente Getúlio Vargas declarou remanescentes as florestas e vegetações existentes na área do Vale do Maciambu, de propriedade do Estado de Santa Catarina (fl. 222). Assim sendo, se houvesse algum direito à indenização, caberia ele à União e não ao Estado.

Alega, ainda, a ausência de desapossamento da área pelo Estado, requisito indispensável para a caracterização da desapropriação indireta, a dar ensejo a eventual indenização.

Quanto ao valor da causa, as-severa dever ser o correspondente à importância do bem quando da aquisição corrigido monetariamente, arguição esta objeto de ação de impugnação julgada procedente (fls. 381/383), na qual a Togada monocrática reduziu o valor para R\$ 1.689,05 (um mil, seiscentos e oitenta e nove reais e cinco centavos), com trânsito em julgado.

Em sede de ação declaratória incidental (fls. 231/241), interposta em face da empresa autora e do município de Palhoça, busca o Estado de Santa Catarina a extinção do processo em virtude da declaração de nulidade dos atos jurídicos representados pela escritura pública de compra e venda em que figuram como vendedora a Prefeitura Municipal e compradora Alvorada Administração e Empreendimentos Sociais Ltda. Sustenta a Procuradora do Estado que o imóvel não possuía matrícula nem registro em nome da Prefeitura, não sendo possível, em ofensa à Lei n. 6.015/73, ter-se realizado inscrição diretamente em nome da empresa autora sem registro anterior. Ademais, não poderia o dito Ente Público Municipal alienar o imóvel simplesmente porque não lhe pertencia, uma vez que a Lei Estadual n. 652/1904 (fl. 243) transferiu a esta administração dos Campos de Araçatuba ou Maciambu, concedida a possibilidade de arrendamento.

Impugnando as contestações (fls. 257/258 e 324/325) e em resposta à ação declaratória incidental (fls.

326/327), repete a acionante as alegações expendidas na peça exordial, e pretende ver reconhecida a propriedade das aludidas terras ao município de Palhoça (Lei Municipal n. 62/1904) e a impossibilidade do cancelamento do registro pretensamente eivado de nulidade em decorrência da prescrição. Aduz, ainda, a não suscetibilidade de registro imobiliário de terras devolutas.

Em resposta à ação declaratória incidental (fls. 330/331) o município de Palhoça pugna pelo reconhecimento de seus termos, extinguindo-se, assim, a ação principal.

Instado a se manifestar, o representante do *Parquet* opinou pela procedência da ação declaratória e a extinção da inicial sem julgamento do mérito (fls. 349/360).

A respeito do despacho de fl. 367 (autos conclusos para decisão), veio aos autos mais uma vez a autora reiterando as alegações já expostas nas manifestações anteriores, e requerendo seja determinada a produção das provas pericial e testemunhal (fls. 368/371).

O Ministério Público (fl. 379v.) renovou os termos do parecer de fls. 349/360.

Sentenciando, finalmente, a Togada monocrática julgou procedente a ação declaratória incidental, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, de acordo com o art. 267, VI, do Código de Processo Civil, determinando ao Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Palhoça o cancelamento do respectivo registro (fls. 390/397).

Não resignada com a decisão, a qual chamou de raivosa, apelou a empresa vencida (fls. 400/407) postu-

lando, preliminarmente, a declaração de cerceamento de defesa em virtude da falta de realização de audiência e prova pericial. No mérito, reitera a validade do ato jurídico de compra e venda baseando-se, sobretudo, na suscitação de dúvidas de fls. 374/376, na qual teria o juiz determinado o arquivamento, o que só viria a comprovar sua legítima propriedade.

Contra-razões do Estado de Santa Catarina (fls. 429/444), pugnant pelo pela manutenção do *decisum a quo*.

O município de Palhoça, da mesma forma, requer a manutenção da decisão de primeiro grau em suas contra-razões (fls. 447/450).

Manifestando-se (fls. 453/464), o representante do Ministério Público de primeira instância opinou pelo improvimento do recurso.

Os autos ascenderam a este Tribunal, sendo o parecer do membro do *Parquet* no sentido de se conhecer do recurso e a ele negar provimento (fls. 469/477).

II — Voto

Cumpra examinar, primeiramente, a arguição de cerceamento de defesa (fl. 402).

Em realidade, a matéria *sub judice* é unicamente de fato e de direito, comportando perfeitamente o julgamento antecipado da lide, nos expressos termos do art. 330, I, do Código Processual Civil, pois a *vexata quaestio* permite, de plano, o convencimento judicial apenas com os documentos e demais elementos objetivos colacionados aos autos.

“A questão é de direito e de fato se há controvérsia sobre fatos da causa, seja sobre os fatos do autor, constitutivos do pedido, seja sobre os fatos do réu, constitutivos da exceção ou da objeção por ele levantada” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1994, págs. 499/502).

Esse o entendimento jurisprudencial:

“Versando a discussão apenas sobre matéria de direito ou matéria de fato não dependente de outras provas, cabível é o julgamento antecipado da lide. ‘A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o conhecimento do magistrado (STF, RTJ 115/789)’” (Ap. Cív. n. 52.087, de Joinville, rel. Des. João José Schaefer).

“Julgamento antecipado — Questão essencialmente de direito — Prova documental suficiente — Cerceamento de defesa inócurrenente.

“Não se há falar em cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide, se a controvérsia gira em torno de matéria essencialmente de direito e os fatos estão comprovados documentalmenente” (Ap. Cív. n. 97.006049-1, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

Ora, *in specie*, o julgamento antecipado configurou-se oportuno e salutar por apresentar vantagens quanto à celeridade, à economia e à eficácia, pois a instrução probatória seria desnecessária e poderia representar perda de tempo (§ 2º, do art. 331, CPC).

Ao julgar a ação declaratória incidental dispensando dilação probatória em audiência, a Togada monocrática assim o fez por entender que os documentos inseridos aos autos (fls. 8/167) são suficientes para orientar, com segurança, a solução da *quaestio*.

O instituto em apreço, assim, foi bem aplicado (art. 330, I, do CPC). Legitimamente notório, atendeu aos próprios interesses das partes e notadamente do Estado, na administração da Justiça, pois a Julgadora se apresentou satisfeita e convicta da verdade formal dos fatos questionados.

A antecipação “é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado” (RT 115/789). Mesmo sentido: PAULA, Alexandre de. Código de Processo Civil Anotado. 3ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, pág. 298.

É, sem dúvida, tendência do Direito Adjetivo simplificar os atos do processo, racionalizando-os e seguindo uma teleologia contemporânea, cumprindo ao juiz — *iura novit curia* — aplicá-la. In *hypothesis*, repita-se, os aspectos decisivos da *actio* encontram-se suficientemente líquidos e com prova documental incontestável, a tornar inócua a dilação probatória.

De sorte que não havia justificativa para a designação de audiência ou produção de prova pericial, conforme questionado no recurso (fl. 402), pois se anteviam como totalmente desnecessários, não havendo justificativa para a sua realização e nem razão de ser. A matéria é só de direito (documentos de fls. 243/244). Consta que o imóvel pertence ao Estado, conforme a Lei n. 652 de 1904, que o

transferiu ao Município para efeitos de arrendamento. Nunca ocorreu qualquer transferência de acordo com o que diz o próprio Município à fl. 331. Além do que, com base no seu livre convencimento (art. 131, CPC), o juiz possui a direção do processo. Os argumentos em contrário não guardam maior consistência teleológica, jurídica e axiológica, lembrando tratar-se a condução do processo numa faculdade-poder do juiz, logo, sem possibilidade de vício processual.

“Já é tempo para deixar-se de espolhar nulidades em tudo, prejudicando a essência do processo que é encontrar a verdade” (DJU, em 22/11/1993, pág. 24.969).

Rejeita-se a preliminar, portanto.

Superado esse ponto, impõe-se a análise da relação de direito material que vincula as partes.

A empresa apelante busca ver reconhecida a validade do ato jurídico de compra e venda de imóvel situado na região denominada Campos do Maciambu, alienadas pelo município de Palhoça e comprovada por meio da Escritura Pública de fls. 21 e verso, a fim de que se conceda indenização por desapropriação indireta tendo em vista que as terras foram consideradas de preservação permanente com a criação do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, esvaziando, assim, seu conteúdo econômico.

Alega, para tanto, que a Prefeitura Municipal de Palhoça era, por força de lei (Lei Municipal n. 62/1904), a legítima proprietária da área, e que a não existência de registro anterior deve-se ao fato de serem as terras devolutas, não ensejando obrigatoriedade de inscrição.

Aduz, ainda, a impossibilidade de cancelamento do registro eivado de nulidade, conforme determina a decisão hostilizada, em decorrência da prescrição.

A *ratio decidendi* está em definir o domínio do imóvel alienado pela Prefeitura de Palhoça à empresa ora apelante Alvorada Administração e Empreendimentos Ltda. Segundo esta, a Lei Estadual n. 652, de 20/5/1904 (fls. 268/269), comprova o domínio em favor da alienante ao permitir o aforamento da área.

Ocorre que a Lei Estadual n. 652, de 16/9/1904 (fl. 214), concede ao Município a administração e possibilidade de arrendamento das terras, conforme se depreende do seu art. 1º:

“Fica transferida para a Municipalidade de Palhoça a *administração* dos Campos de Araçatuba ou Maciambu, que fará medir e demarcar à sua custa, e *autoriza a arrendá-los* anualmente aos que estiverem ocupando esse logradouro público, ou a outros quaisquer, em lotes nunca maiores de oito hectares” (original sem grifos).

De acordo com o art. 679 do Código Civil, o contrato de aforamento ou enfiteuse é perpétuo, enquanto que o arrendamento não passa da *emphiteuse* por tempo limitado. E arrendar as terras significa, tecnicamente, a alocação de bens, por determinado prazo, mediante pagamento de renda, dinheiro ou fruto.

Além de tudo, prevendo a Lei Estadual n. 652/1904, expressamente, a faculdade de o Município *administrar os bens*, quer significar, tão-somente, tanto no direito privado quanto no público, que os atos da administração limitam-se “aos de guarda, conservação e percepção dos frutos dos

bens administrados; *não incluem os de alienação*” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12ª ed., São Paulo : Editora Atlas S.A., 2000, pág. 53) (original sem grifos).

Acresce a doutrinadora, agora citando Ruy Cirne Lima, distingue administração e propriedade dizendo que “na administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade”. E conclui: “Administração é a atividade do que não é senhor absoluto” (autora e obra citadas, pág. 53, *in fine*).

Registre-se que na administração há uma atividade dependente de uma vontade externa, vinculada ao princípio teleológico (finalidade).

Não poderia, portanto, dispor o Município das terras da maneira que bem lhe aprouvesse, afrontando, assim, a Lei Estadual acima referida.

Ademais, o Decreto Presidencial n. 30.443, de 26/1/1952 (fl. 222), mais fortemente confirma o domínio do Estado sobre a área ao declarar remanescentes as florestas e vegetações existentes no Vale do Maciambu “de propriedade do Governo do Estado de Santa Catarina”, único Ente Público com capacidade jurídica para alienar ditos terrenos. A Constituição Federal de 1967, por sua vez, manteve no domínio dos Estados todas as terras devolutas não compreendidas no patrimônio da União.

Quanto a estas, Caramuru Afonso Francisco assevera que:

“As terras devolutas necessitam de prévio registro da carta de sentença da ação discriminatória que as separou das terras particulares para que se faça a aquisição por parte dos

particulares que tiveram suas ocupações legitimadas pelo Estado.

“Com efeito, como ensina Vito José Guglielmi, ‘efetivada a discriminação das terras (seja administrativa, seja judicial) — e reconhecido o domínio público — para que delas se possa dispor, essencial é que as tenha inscrito como de seu domínio’.

É a partir do registro que adquire o poder de disposição e, assim, válida e eficazmente, o instrumento de alienação ao particular ingressa na serventia imobiliária” (Caramuru, Afonso Francisco. *Do registro de imóveis e seu cancelamento*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 1999, págs. 176/177).

Dessa forma, não poderia o ato jurídico ter-se realizado validamente pois:

“Os Estados, por sua vez, terão, por força da norma constitucional, a propriedade de ilhas fluviais e lacustres e de terras devolutas não compreendidas entre as pertencentes à União (CF/88, art. 26, III e IV). Mas, se a entidade pública federal, estadual ou municipal vier a alienar ou a adquirir, a qualquer título, bem de raiz, inclusive por desapropriação, deverá matriculá-lo no Registro Imobiliário competente para que haja transferência ou aquisição da propriedade válida *erga omnes* (RTJSP 36/332; RT 548/103)” (DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de Registros de Imóveis*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 494).

Destarte, levar a efeito o novo registro sem que previamente se tenha inscrito o título de propriedade do alienante configura ofensa ao art. 195 da Lei de Registros Públicos (Lei n.

6.015/73), que consagra o princípio da continuidade, consistente no “imprescindível encadeamento entre assentos pertinentes a um dado imóvel e às pessoas nele interessadas” (CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 366).

Por outro lado, o registro efetuado em nome da autora não é prova incontestada de propriedade do imóvel. Conforme o entendimento de Maria Helena Diniz:

“A força probante, que se funda na fé pública do registro, levado a efeito por serventuário provido de autoridade legal, gera a presunção de que o direito real pertence à pessoa em cujo nome se registrou. Assim, o título, de per si, não comprovará o domínio nem o ônus real, pois somente com o assento se operará sua aquisição. A prova do direito real far-se-á pelo registro, do qual decorre uma presunção *juris tantum* de sua aquisição, que prevalecerá até prova em contrário (RT 169/383, 278/355, 505/75, 547/252, 421/298, 441/74, 579/91 e 343/186; RF 329/292, 185/218; RTJ 107/28)” (Diniz, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, págs. 658/659).

Na mesma linha dispõe Afonso Francisco Caramuru que “no que se refere à presunção gerada pela transcrição ou inscrição, ainda fiel às observações de Lafayette e do próprio Conselheiro Nabuco, o codificador não acolheu o princípio germânico, conferindo à transcrição uma presunção relativa, que admite prova em contrário e discussão” (*Do Registro de Imóveis e seu Cancelamento*, São Paulo : Juarez de Oliveira, 1999, pág. 119).

A jurisprudência é no mesmo sentido:

“Ninguém se torna proprietário por força exclusiva da transcrição, independentemente de título válido. A presunção do art. 859 do Código Civil é relativa e admite prova em contrário” (RT 278/355).

“Brasil. Supremo Tribunal Federal. Registro de Imóveis — Transcrição — Em nosso direito, a presunção que resulta da transcrição no registro de imóveis é sempre *juris tantum*, admitindo assim prova em contrário” (REsp n. 10.182, DF, rel. Min. Luís Gallotti. Revista Forense, n. 143, set./out. 1952, págs. 113/114).

D'autre part, a legitimidade é requisito exigido pelo art. 3º do Cânone Processual Civil para que o autor possa propor a ação. É a denominada legitimação para a causa ou *legitimatio ad causam*. Significa que só o titular de um direito pode discuti-lo em juízo. É, segundo Chiovenda, “a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei” (Barbi, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, págs. 37/38).

Em suma, por força das lições doutrinárias e jurisprudenciais supra-transcritas, todas insitivamente ligadas aos fatos do processo, constata-se a inquestionável falta de legitimação ativa *ad causam* da autora, donde há de se aplicar o inciso VI do art. 267 do Código de Processo Civil, em face da inexistência de uma das condições da ação.

E nem pode a postulante ver reconhecida a legitimidade do domínio das questionadas terras em virtude do registro imobiliário, em face da

suscitação de dúvidas de fls. 374/376, uma vez que o arquivamento determinado, etéreo e simples, no despacho de fl. 323 sequer se refere ao estudo do registro anterior, não servindo, outrossim, para deslindar a questão.

Quanto ao pretendido reconhecimento da prescrição do direito de ação para anular o ato jurídico de compra e venda do imóvel e, conseqüentemente, cancelar o registro, cumpre esclarecer que o lapso temporal para intentar a demanda rege-se pelo art. 177 do Código Civil. Portanto, o prazo é de 20 (vinte) anos a contar da data do registro do título no Cartório de Registro de Imóveis. Nesse sentido o entendimento da jurisprudência:

“As nulidades e vícios que contaminam os atos jurídicos em geral, sempre que inexistente norma específica a respeito, estão sujeitas, quanto à sua arguição, à prescrição vintenária apontada no art. 177 do Código Civil. Interrompe-se esse prazo nas circunstâncias elencadas no art. 172, itens I a V da mesma Codificação, dentre as quais não se inclui a citação para ação reivindicatória daquele que detém legitimidade para invocar a nulidade. Desta forma, se a parte interessada permanece inerte por tempo superior a 20 anos, sem intentar a ação específica para obter a anulação do ato que pretende maculado, fica impossibilitada de pretender o reconhecimento da aventada nulidade, pela expurgação do vício, em decorrência da fluência do prazo prescricional” (Ap. Cív. n. 88.089517-0, de São Francisco do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos).

“Preclusão. Ocorrência. Usucapão articulado como matéria de defesa somente na fase recursal.

“Prescrição. Ação de declaração de nulidade de escritura pública de compra e venda de imóvel. Prazo prescricional de 20 (vinte) anos. Aplicação do art. 177 do Código Civil. Prefacial corretamente repelida. Recurso improvido” (Ap. Cív. n. 40.588, de Curitiba, rel. Des. Nestor Silveira).

Considerando que a escritura pública de compra e venda (Município para a autora) é datada de 28/1/1977 (fl. 21 e verso), e o registro foi procedido em 18/4/1977 (fl. 242) e tendo a ação declaratória sido intentada em 1º/9/1995 (protocolo de fl. 231v.), não há aventar a prescrição vintenária.

Além disso, se validade houvesse na transação efetuada, não caberia qualquer direito à indenização por desapropriação direta ou indireta, nem do Estado e, tampouco, do Município, uma vez que a restrição administrativa imposta à área é anterior (1975) ao ato de compra e venda (1977), não podendo a apelante alegar desconhecimento de tais limitações (criação do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro — Decreto n. 1.260, de 1º/11/1975, dois anos antes, portanto — área de preservação permanente — Código Florestal, Lei n. 4.771/65).

Enfim, parafraseando Henri Lévy-Bruhl, ao analisar especificamente as evoluções ocorridas na França, diz que o juiz deve perguntar-se o que seria se, em presença de todas as mudanças que, de um século

para cá, se operaram nas idéias, nos costumes, nas instituições, no Estado social e econômico, a justiça e a razão recomendam adaptar liberalmente o texto às realidades da vida moderna (*Sociologia do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2000, pág. 73), ou seja, conceber-se, concretamente, a aplicação do princípio teleológico, matriz destacada do Direito Público.

Pelo exposto, a manutenção do *decisum* é medida que se impõe, confirmando a procedência da ação declaratória incidental interposta pelo Estado de Santa Catarina, e extinguindo o processo, sem julgamento do mérito, consoante o art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, afastar a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Des. João José Ramos Schaefer. Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz Cesar Medeiros.

Florianópolis, 7 de março de 2002.

João Martins,
Presidente para o acórdão;
Volnei Carlin,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.005648-8, DE PORTO UNIÃO**Relator: Des. Volnei Carlin**

Ação civil pública proposta por órgão do Ministério Público Estadual — Defesa do erário — Fundamentação em atos de improbidade administrativa — Possibilidade não exclusiva.

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, viabiliza a propositura de ação civil pública, bem assim de inquérito civil, para se proteger interesses difusos e coletivos de modo geral, incluindo-se, então, aqueles atinentes à Lei n. 8.429/92. Como não poderia deixar de ser, tanto a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público quanto a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina seguem tal disposição constitucional.

No entanto, não se está a afirmar que a ação civil pública é a única maneira possível de tutela para as hipóteses da Lei n. 8.429/92, mas sim que ela é uma das possibilidades aceitas, bem como a ação popular, com legitimidade ativa diversa, entre outras ações.

Ação civil pública — Litisconsórcio passivo inexistente — Legitimidade passiva ad causam dos beneficiários — Disposição legal expressa.

Acerca do alegado litisconsórcio passivo necessário, consigne-se que tal assunto já foi objeto de estudo em decisão interlocutória, motivo pelo qual, não tendo sido apresentado o recurso cabível, a matéria não pode ser ressuscitada no presente momento.

Apenas para não restarem dúvidas, consigne-se que, especialmente conforme a prova documental carreada, quem ordenou as despesas, assentou o empenho autorizando o pagamento da dívida e homologou o procedimento foi o então Prefeito Municipal.

Nos moldes do art. 3º da Lei n. 8.429/92, tanto a empresa recorrente quanto seus sócios devem figurar no feito como demandados, pois foram beneficiados na licitação atacada, ainda que indiretamente.

Apelação cível em ação civil pública — Procedimento licitatório — Atos de improbidade administrativa — Inobservância dos princípios regentes da administração pública.

Impossível se negar, diante de todos os fatos comprovados no decorrer da instrução processual, que o procedimento administrativo em análise desrespeitou frontalmente os princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade e finalidade, os quais devem estar sempre presentes nas ações da Administração Pública, restando, assim, comprometida a lisura do certame. Logo, caracterizada está a improbidade administrativa.

Com base na Lei n. 8.429/92, àqueles que praticam atos de improbidade deve ser cominada uma sanção. As sanções referentes ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa — aplicáveis ao caso — são menos severas, uma vez que não há prejuízo ao erário nem enriquecimento ilícito, o que, ademais, não foi estudado no presente feito. Desse modo, irretocável a condenação no mínimo estabelecido no texto legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.005648-8, da comarca da Porto União, em que são apelantes Móveis Ferrart Ltda. e outros, sendo apelado o Ministério Público:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, afastar as preliminares e, no mérito, desprover os apelos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O representante do Ministério Público propôs ação civil pública contra Roberto Batschauer e outros, alegando que o primeiro réu, na condição de prefeito do município de Irineópolis, contratou a empresa Móveis Ferrart Ltda. para o fornecimento de materiais escolares, por licitação

irregular. Formulou requerimento de aplicação de pena de suspensão dos direitos políticos, dentre outros.

O feito foi contestado e instruído.

Sentenciando, o Togado monocrático julgou procedente o pedido (fls. 198/204).

Móveis Ferrart Ltda. e outros apelaram às fls. 207/215, argüindo, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, sustentando que não restou comprovado nos autos que tinham conhecimento das irregularidades do processo licitatório.

Roberto Batschauer apelou às fls. 219/229, suscitando preliminar de falta de interesse de agir, uma vez que a ação correta para o caso seria a ação popular, bem como de ausência de litisconsortes passivos necessários, pois não foram chamados ao feito os integrantes da comissão lici-

tatória. No mérito, alega que não há prova de que tenha agido com improbidade, impugnando o resultado da auditoria realizada e requerendo a reforma da sentença.

Nesta instância, o representante do Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovemento dos recursos (fls. 252/255).

II — Voto

O ponto nevrálgico do presente apelo é a legalidade, ou não, da licitação feita pelo município de Irineópolis para a aquisição de material escolar em novembro de 1992.

Inicialmente, cumpre ser equacionadas as preliminares argüidas.

Quanto à *possibilidade de o Ministério Público, por ação civil pública, proteger o Erário*, a Constituição da República Federativa do Brasil, ao tratar das funções institucionais do *Parquet*, viabiliza a propositura de tal ação, bem assim de inquérito civil, para se proteger interesses difusos e coletivos de modo geral.

Veja-se:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

“III — *promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*” (original sem grifos).

No mesmo rumo, como não poderia deixar de ser, foram editadas as Leis ns. 8.625/93 (art. 25, IV) e 197/00 (art. 82, VI), respectivamente Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Tendo em vista a determinação do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública no sentido de que, para a defesa de interesses ou direitos difusos — conceituados no art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor —, aplicam-se as disposições deste Código, a exemplo da admissibilidade de qualquer espécie de ação capaz de tutelar efetivamente tais interesses (art. 83, CDC), impossível se afastar a razoabilidade da utilização da presente *actio*, para os fins aqui pretendidos.

Extrai-se da doutrina:

“É inegável o caráter preponderantemente difuso do interesse que envolve a higidez do erário público. Talvez esse seja o exemplo mais puro de interesse difuso, na medida em que diz respeito a um número indeterminado de pessoas, ou seja, a todos aqueles que habitam o Município, o Estado ou o próprio País...”

(...)

“Comentando sobre a Lei n. 8.429/92, Dr. José Galvani Alberton diz o seguinte:

“Soa-nos equivocada a pregação de que somente agora, com o advento da Lei n. 8.429/92, teria o Ministério Público sido guindado à condição de parte legítima para buscar valores desviados dos cofres públicos; ou ainda de que a ação civil pública ressarcitória, de que trata essa lei, é instituto processual próprio, inconfundível com a ação pública referida no texto constitucional (art. 129, III). *A Lei 8.429/92 teria se limitado apenas a reafirmá-la, introduzindo alguns adornos de ordem processual, como, por exemplo, a possibilidade de, além do procedi-*

mento dos bens e da obrigação de reparar o dano, cominar-se judicialmente as penas correspondentes à perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa civil e outras medidas restritivas de direitos previstas no art. 12, I, II e III, do referido diploma” (BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001, págs. 210/211) (original sem grifos).

“Discussões a respeito, nos parece claro que a forma adequada prevista pelo legislador para buscar a aplicação de todas as sanções previstas na Lei n. 8.429/92 é ação civil pública, assunto que trataremos adiante.

(...)

“Entre as funções previstas na Lei Maior deve o Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, inc. III).

“Como se vê, a Constituição da República aumentou o alcance da Lei da Ação Civil Pública, determinando o Ministério Público como defensor da própria cidadania, devendo resguardar todos os interesses difusos e coletivos.

“Nos termos do art. 22 da LIA o Ministério Público para apurar qualquer ilícito referente aos atos de improbidade administrativa, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação legal, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

(...)

“O Ministério Público pode não só requisitar a instauração de inquéritos policiais — no caso de crimes — e procedimentos administrativos, como instaurar direta e pessoalmente o competente inquérito civil.

“O Ministério Público tem o poder-dever de receber as denúncias referentes aos casos de improbidade administrativa ou verificá-las de ofício, apurando pessoalmente através de procedimento próprio (inquérito civil) a existência ou não do ato administrativo questionado.

“Concluindo pela existência do ato de improbidade, conforme for, poderá propor a ação penal cabível, sem prejuízo da interposição da competente ação civil pública para proteção dos interesses públicos lesados pela própria Administração Pública ou por particulares.

(...)

“Restando evidenciada a lesão ao erário público (danos morais ou materiais), proveniente do ato de improbidade administrativa praticado pelo agente público, e sendo flagrante o interesse difuso na proteção do patrimônio público, não há que se questionar a legitimidade do Ministério Público.

“Irrefratável é a legitimidade do Ministério Público para promover as medidas judiciais cabíveis, seja a medida cautelar de seqüestro ou a ação civil pública, na defesa integral do patrimônio público” (Rosa, Alexandre e outro. *Improbidade administrativa e lei de responsabilidade fiscal*. Florianópolis: Habitus, 2001, págs. 85 e 99/102) (original sem grifos).

“Veja-se que a Constituinte de 1988 quebrou o sistema anterior, no qual as ações civis públicas eram con-

feridas ao Ministério Público caso a caso, por leis expressas, ampliando tal titularidade, destinando a ação civil pública, agora, à proteção do patrimônio público e social, e de outros interesses coletivos e difusos, consagrando-se norma de extensão na própria Lei n. 7.347/85.

“Não procede, pois, eventual alegação de que a ação civil pública da Lei n. 8.429/92 seria absolutamente incompatível com o alcance da Lei n. 7.347/85, porquanto esta última contém cláusula que permite sua utilização para defesa do patrimônio público lato sensu.

(...)

“Quanto à forma, não há dúvidas de que o legislador instituiu claramente a *ação civil pública para a obtenção da sanção em exame*, sendo ponderável que também a denominação de ação civil de improbidade seja passível de aceitação, mormente quando ajuizada por pessoa jurídica outra que não o Ministério Público” (Osório, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*, 2ª ed., Porto Alegre, Síntese, 1998, págs. 233 e 253) (original sem grifos).

No mesmo norte: Ferracini, Luiz Alberto. *Improbidade administrativa*, 2ª ed., Campinas : Agá Juris, 1999, pág. 128.

Outro não é o posicionamento jurisprudencial:

“Ação civil pública. Ressarcimento de danos ao erário municipal. Legitimidade ativa do Ministério Público. Aquisição de bem para beneficiar terceiros. Ausência de licitação. Improbidade administrativa concretizada. Acolhida da ação. Sentença confirmada. Remessa desprovida.

“— Inafastável é, ante o conteúdo da Lei n. 8.429/92, a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública, tendo como meta a busca de ressarcimento de prejuízos causados ao município por ato de improbidade administrativa.

“— Nos termos do DL n. 2.300/86, em vigor à época dos fatos, imprescindível para a eficácia plena dos contratos administrativos que visassem à contratação de obras ou serviços, compras e alienações, fazia-se o antecedente processo licitatório. Evidenciando que o contrato firmado pelas partes, pelo qual o município assume o compromisso de efetuar a suplementação de numerário para o pagamento de trator destinado à cooperativa agrícola, cedendo, ainda, funcionário público para operá-lo, com o grupo de agricultores, obrigando-se à transferência do bem para o patrimônio municipal após determinado tempo, presente faz-se uma compra e venda simulada, com integral burla à exigência legal de prévia licitação. E a dispensa indevida do processo licitatório, bem como a liberação de verbas públicas sem a estrita observância das normas pertinentes ou a irregular aplicação das mesmas, convola-se, como contemplado na Lei n. 8.429/2/6/92, em ato de improbidade administrativa, obrigando os praticantes do ato a recompor os danos causados ao patrimônio público” (Ap. Cív. n. 88.081935-1 (48.836), de Braço do Norte, rel. Des. Trindade dos Santos).

“Ação civil pública — Ressarcimento de danos ao erário — Ministério Público — Legitimidade ativa.

“A Lei n. 8.429/92 confere legitimidade ao Ministério Público para ajuizar ação civil pública visando ao ressarcimento de prejuízo causado ao erário por administrador ou servidor ímprobo” (Ap. Cív. n. 51.190, de Maravilha, rel. Des. Newton Trisotto).

“Ação civil pública — Danos ao erário por ato de improbidade de presidente de câmara de vereadores — Ministério Público — Ilegitimidade ativa argüida na contestação — Lei n. 7.347/85, art. 1º; art. 129, III, CF/88 e Lei n. 8.429/92, art. 17 — Prefacial rejeitada.

“O Ministério Público tem legitimidade para ingressar com ação civil pública na defesa de interesses difusos ou coletivos, entre os quais se insere — por força de preceito legal (Lei n. 8.429/92) — a proteção do patrimônio público contra atos que lhe sejam lesivos” (AI n. 96.009506-3, de Criciúma, rel. Des. Alcides Aguiar).

“Ação civil pública. Dano ao erário público, por ato de improbidade de prefeito municipal. Ministério Público. Legitimação para agir. Extinção do processo. Decisão cassada. Recurso provido.

“A Constituição da República, em seu art. 129, inc. III, cometeu ao Ministério Público o dever de zelar pelo patrimônio público e social, pelo meio ambiente e por outros interesses difusos e coletivos, promovendo, para tanto, o inquérito civil e a ação civil pública.

“O ditame constitucional dilargou a legitimidade do *Parquet*, roborada pela Lei n. 8.249/92, que versa sobre a aplicação de sanções aos agentes públicos por enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo,

emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

“A Lei n. 7.347/85, por seu turno, evidencia a independência entre a ação em apreço e a ação popular, tutelando, além dos expressamente elencados, quaisquer outros interesses difusos ou coletivos (art. 1º, inc. IV).

“Presente o interesse difuso e sendo a proteção ao patrimônio público uma das funções institucionais do Ministério Público, constitucionalmente prevista, é indubitável sua legitimação para a propositura de ação civil pública em defesa do erário” (Ap. Cív. n. 97.000318-8, de Braço do Norte, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Ação civil pública — Atos de improbidade administrativa — Defesa do patrimônio público — Legitimidade ativa do Ministério Público — Constituição Federal, arts. 127 e 129, III — Lei n. 7.347/85 (arts. 1º, IV, 3º, II, e 13) — Lei n. 8.429/92 (art. 17) — Lei n. 8.625/93 (arts. 25 e 26) — Recurso provido para anular a sentença.

“Dano ao erário municipal enquadra-se na categoria dos interesses difusos ou coletivos, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para propor ação civil pública na defesa desses interesses” (Ap. Cív. n. 97.001552-6, Braço do Norte, rel. Des. Luiz César Medeiros).

Vide, no mesmo diapasão: AI n. 98.007557-2, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio; AI n. 96.011155-7, de Timbó, rel. Des. Trindade dos Santos; AI n. 9.904, de Papanduva, rel. Des. Orli Rodrigues; Ap. Cív. n.

47.136, de São Francisco do Sul, rel. Des. Vanderlei Romer; Ap. Civ. n. 98.018210-7, de Mondáí, rel. Des. Newton Trisotto.

Ainda, do Superior Tribunal de Justiça, veja-se o REsp n. 329735/RO, rel. Min. Garcia Vieira.

Consigne-se que não se está a afirmar que a ação civil pública é a única maneira possível de tutela para as hipóteses da Lei n. 8.429/92, mas sim que ela é uma das possibilidades aceitas, bem como a ação popular, com legitimidade ativa diversa, entre outras ações.

É da doutrina:

“Determina este art. 17, e em consonância com o art. 806 do Código de Processo Civil, que a *ação principal (ação civil de reparação de danos, ação declaratória de nulidade de ato administrativo, ação civil pública etc.)* deverá obedecer o rito ordinário...” (Mascarenhas, Paulo. *Improbidade administrativa e crime de responsabilidade de prefeito*. Leme : Editora de Direito, 1999, pág. 54) (original sem grifos).

Afasta-se, pois, a prefacial de impropriedade do manejo da presente *actio*.

Acerca do alegado *litisconsórcio passivo necessário*, consigne-se que tal assunto já foi objeto de estudo em decisão interlocutória (fl. 110), motivo pelo qual, não tendo sido apresentado o recurso cabível, a matéria não pode ser ressuscitada no presente momento.

Apenas para não restarem dúvidas, consigne-se que, especialmente conforme documentos de fls. 12/13, 14 e 18, quem ordenou as despesas, assentou o empenho autorizando o

pagamento da dívida e homologou o procedimento foi o então Prefeito Municipal, Roberto Batschuer.

Logo, rechaça-se tal preliminar.

Como última das proemias levantadas, tem-se a *ilegitimidade passiva de Móveis Ferrart Ltda. e dos sócios desta empresa*.

Acerca do tema, convém lembrar o que dispõe a Lei n. 8.429/92:

“Art. 3º — *As disposições desta lei são aplicáveis*, no que couber, *àquele que, mesmo não sendo agente público*, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie *sob qualquer forma direta ou indireta*” (original sem grifos).

Colhe-se da doutrina:

“*Todos concorrem para a produção do mesmo fato, ou seja, improbidade administrativa*, podendo fazê-lo de diversos modos e em diversos momentos e não somente por induzir ou concorrer para a prática do ato de improbidade ou *dele se beneficiar sob qualquer forma direta ou indireta*. Tais núcleos são meramente exemplificativos.

“Em todo o curso do *iter* de improbidade pode intervir a participação, desde o momento em que nasce o ato de deliberação do agente público para a realização do mundo exterior, até que se realiza a meta optada desejada. Todos esses momentos já começam a ser puníveis, isto é, *poderá ser ele, o partícipe, arrolado pelo titular da ação de improbidade para configurar o pólo passivo da demanda. Poderíamos aqui exemplificar os casos de licitação sem observância da Lei n. 8.666, de 21/6/1993, que pune a infração sobre as licitações*” (Ferracini, Luiz

Alberto. *Improbidade administrativa*: teoria, legislação, jurisprudência e prática. 3ª ed., Campinas: Agá Juris, 2001, págs. 36/37) (original sem grifos).

Pelo texto legal, pode-se concluir que a empresa e seus sócios são beneficiários da licitação ora atacada.

Assim, também não merece guarida a preliminar em tela.

Superada a fase de análise das prefaciais, passa-se ao exame do *meritum causae*.

Os fatos atacados na presente ação civil pública estão bem delimitados pelas provas coligidas aos autos.

Visando à aquisição de material escolar, a Prefeitura Municipal de Irineópolis, como demonstram os documentos de fls. 16/18 e 147/149, em 5/11/1992, iniciou procedimento licitatório, na modalidade de convite, enviando cartas-convite a 3 (três) empresas, dentre elas a recorrente Móveis Ferrart Ltda.

O encerramento do *certamen* estava previsto para 11/11/1992, às 17 horas, data esta que contava nas cartas-convite (fls. 16/18 e 147/149). Pelo que consta do verso das fls. 16/17 e 147/148, 2 (duas) das convidadas informaram não possuir as mercadorias pretendidas.

Por sua vez, a demandada Móveis Ferrart Ltda. apresentou seus preços em 11/11/1992 (verso das fls. 18 e 149). Contudo, emitiu a nota fiscal respectiva em 9/11/1992 (fl. 152), ou seja, 2 (dois) dias antes do término da licitação, enviando a mercadoria para o Município na mesma data.

Pode ser observado à fl. 150 que o empenho está datado de 9/11/1992, como já dito, em dia anterior

ao termo final do procedimento. No mesmo documento foi assentada a informação de que o material foi recebido naquele dia (9/11/1992). Entretanto, tal se mostra impossível em face do carimbo da fiscalização estadual de tributos, constante da nota fiscal de fl. 152, com data de 10/11/1992.

Mais um fato que demonstra a irregularidade do certame em tela é que, em 11/11/1992, quando deveria a licitação ser encerrada, ocorreu o pagamento de Cr\$ 15.171.000,00 (quinze milhões, cento e setenta e um mil cruzeiros) à empresa feita “vencedora” (fls. 175/176).

Veja-se o que foi asseverado pelo representante do *Parquet* nas suas razões finais:

“Ora, diante desse quadro está *evidente* a ocorrência de fraude, de burla à lei.

“Pretendeu-se, apenas, dar ares de legalidade a uma transação previamente acertada entre os requeridos, em completa desatenção à exigência de licitação, determinação constitucional ínsita no art. 37, inciso XXI, e cujas normas vinham estampadas, à época, no Dec-Lei n. 2.300, de 21/11/86” (fl. 182).

E na sentença, da lavra do Juiz Osvaldo Alves do Amaral:

“Também não tem lógica que uma empresa venha a participar da licitação com o caminhão carregado de mercadorias para entregar caso vença a licitação.

“Por outro lado, embora não se discuta valores e as testemunhas (membros da comissão de licitação) sustentem que teriam adquirido a mercadoria por preço menor do que uma

outra suposta empresa, com vantagens, o fato é que a licitação foi frustrada, porque convidou-se empresas que de antemão sabia-se não tinham o material e o convite foi feito apenas para dar ares de legalidade à licitação e deixou-se de convidar outras que poderiam eventualmente apresentar preços mais vantajosos” (fl. 202).

Registre-se que, além da farta prova documental já citada, a prova oral (fls. 134/144 e 168) demonstra de maneira indiscutível a fraude licitatória.

Impossível se negar, diante de todos os fatos comprovados no decorrer da instrução processual, que o procedimento administrativo em análise desrespeitou frontalmente os princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade e finalidade, os quais devem estar sempre presentes nas ações da Administração Pública, restando, assim, comprometida a lisura do certame. Logo, mais do que caracterizada está a improbidade administrativa.

Com base na Lei n. 8.429/92, àqueles que praticam atos de improbidade deve ser cominada uma sanção. As sanções referentes ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa são menos severas, uma vez que não há prejuízo ao erário nem enriquecimento ilícito, o que, ademais, não foi estudado no presente feito. Desse modo, irretocável a condenação no mínimo estabelecido no texto legal para o caso concreto.

Extrai-se do parecer da lavra do Procurador de Justiça Raul Schaefer Filho:

“No mais a ação é procedente e as partes com responsabilização nos fatos e atos apontados como de improbidade administrativa restringem-se

àquelas direcionadas na exordial. O primeiro, ocupando à época o cargo de prefeito municipal, foi o ordenador primário das despesas efetuadas pelo município, inclusive firmando nota de empenho autorizativo do pagamento de verba pública para Móveis Ferrart Ltda., havendo esta, por beneficiária, enquadrar-se no disposto no art. 3º da Lei n. 8.429, de 2/6/92, e seus sócios por deslinde conseqüencial.

“De feito, por toda a prova carreada, não só pela precisão documental, como pelas informações orais, o procedimento de licitação, embora em modalidade mais singela, acoimado de viciado, exsurge contrário aos princípios que devem nortear a Administração Pública e insculpidos no art. 37, *caput*, da Carta Magna.

(...)

“*In casu sub judice*, a modalidade de licitação escolhida, ainda que regida pelo Decreto-Lei n. 2.300/86, foi o convite, objetivando a aquisição de material destinado às escolas do município. Todavia, enquanto ainda se processava o certame, com o reconhecimento das propostas, o participante vencedor já emitia nota fiscal relativa à venda do material fornecido, e, o que mais escandaliza, restou emitido também a correspondente nota de empenho, culminando com o pagamento, este, coincidentemente, na exata data em que, pelos prazos, deveria encerrar-se o procedimento. Fraude explícita! Subverteu-se todos os princípios contidos no *caput* do art. 37 da CF, bem como àqueles inerentes ao processo de licitação, seja qual for a modalidade aplicada.

“As sanções aplicadas pelo edito de primeiro grau, *permissa venia*, ativeram-se ao prescritivo legal e sua

possibilidade, sendo mínimas nas circunstâncias apresentadas, de modo que não estão a ensejar reparos” (fls. 254/255).

Por todo o exposto, afastam-se as proemias e, no mérito, nega-se provimento aos recursos.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, afastar as preliminares e, no mérito, desprover os apelos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 4 de abril de 2002.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 1997.004869-6, DE PORTO UNIÃO

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Ação civil pública — Atos de improbidade administrativa — Defesa do patrimônio público — Legitimidade ativa do Ministério Público — Constituição Federal, arts. 127 e 129, III — Lei n. 7.347/85 (arts. 1º, IV, 3º, II, e 13) — Lei n. 8.429/92 (art. 17) — Lei n. 8.625/93 (arts. 25 e 26) — Cerceamento de defesa — Fatos incontroversos — Matéria de direito — Nulidade inócurrenente — Fatos sobejamente comprovados nos autos — Provimento parcial do recurso.

1. Dano ao erário municipal enquadra-se na categoria dos interesses difusos ou coletivos, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para propor ação civil pública na defesa desses interesses.

2. Versando a lide sobre fato que além de incontroverso vem respaldado em prova documental, bastando aplicar a norma pertinente, é dever do juiz observar o disposto no art. 330, I, do CPC, e proceder ao julgamento do processo no estado em que se encontra.

3. Restando sobejamente comprovados os atos de improbidade administrativa, torna-se imperiosa a procedência da ação civil pública, condenado o requerido ao pagamento dos danos causados ao erário municipal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1997.004869-6, da comarca de Porto União, em que é apelante Roberto Batschauer, e apelado o representante do Ministério Público:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O representante do Ministério Público, na comarca de Porto União, doutor Jorge Orofino da Luz Fontes, na qualidade de curador da moralidade administrativa, aforou ação civil pública contra Roberto Batschauer, ex-prefeito de Irineópolis, sob o argumento de que o requerido, eleito para administrar o município no período 1989/1992, permeou sua administração de inúmeros atos de irregularidade que ocasionaram danos ao erário. Dentre esses atos destaca-se a série publicitária, visante à promoção pessoal do prefeito Roberto Batschauer, custeada pelos cofres da municipalidade, incluindo programação televisiva.

Aduz o membro do *parquet* estadual que, em data de 28 de junho de 1991, a Companhia Catarinense de Rádio e Televisão RBS TV Joinville celebrou contrato com o município de Irineópolis objetivando a veiculação da programação intitulada “Festividades do Município, com gravação do Alma Cabocla — dia 20/7/91”, de conformidade com a autorização de publicidade. Essa programação publicitária, afrontosa ao princípio da finalidade administrativa, custou aos cofres da municipalidade

de a importância de Cr\$ 750.000,00, consoante nota de empenho n. 2102 e fatura de prestação de serviços n. 20.296-1.

Afirma que, no dia 21 de julho de 1991, o jornal *A Notícia*, de Joinville, publicou matéria referente ao município de Irineópolis, sob os títulos “Cruzada dos Eucaliptos, o reflorestamento nas mãos dos agricultores” e “Concurso tem 400 inscrições”, propaganda essa que custou aos cofres do município a quantia de Cr\$ 60.000,00, como comprovam a nota de empenho n. 2314 e a nota fiscal n. 0988. Essas matérias, além de veiculadas com o nome do então prefeito municipal, estão ilustradas com um clichê fotográfico dele.

Já o jornal *O Melhor*, da cidade de Canoinhas, em 24/12/92, veiculou mensagem de Ano Novo subscrita pelo réu, serviço esse que custou aos cofres do município a importância de Cr\$ 1.500.000,00, paga à empresa Studio Foto Arte, conforme nota fiscal n. 000138.

Entende o ilustre representante do Ministério Público que os contratos, visantes à prestação dos serviços de publicidade acima referidos, são — todos eles — viciados por desatenderem ao interesse público, já que tais temas não se prestam a informar ou educar a comunidade, prestando-se, tão-somente, à promoção pessoal do alcaide.

Sustenta o autor da ação que o requerido foi ordenador primário das despesas consideradas irregulares, tendo, por isso, legitimidade para ocupar a angularidade processual passiva, já que foi o único beneficiário

das mensagens publicitárias veiculadas com afronta à Constituição Federal.

Fulcrado nas disposições do art. 37, §1º, da CF, e calcado na doutrina e em precedentes jurisprudenciais pertinentes, o douto representante do Ministério Público requer a citação da autoridade demandada, a produção de provas e a procedência do pleito, pedindo a condenação do réu a restituir aos cofres públicos municipais o montante correspondente aos valores consignados nas notas de empenho ns. 2302 e 2314 e na nota fiscal n. 000138, sob o conforto de juros e de correção monetária.

Requer, também, a condenação do réu nas custas do processo e na verba honorária advocatícia, com a devida reversão ao Fundo Estadual para a Reconstituição dos Bens Lesados (art. 13 da Lei n. 7.347/85).

Regularmente citado, o réu contestou o feito, suscitando preliminar de impropriedade da ação, ao entendimento de que o veículo processual adequado à postulação ministerial não pode ser a ação civil pública, mas a ação popular.

No mérito, disse o acionado que as matérias objeto de publicação nos meios de comunicação visaram à promoção do município de Irineópolis, nos atos comemorativos de aniversário de sua emancipação política; que não houve a intenção de promoção pessoal, que as reportagens visaram ao interesse público, pois a propaganda do nome da cidade, na mídia, objetivou atrair investidores e empresas, com vistas ao desenvolvimento municipal; que o fato de as publicações saírem com seu nome e sua fotografia não o tornam responsável pelo ocorri-

do, pois a iniciativa de tais publicações é dos próprios órgãos veiculadores das reportagens; que os jornais, no afã de vender mais exemplares, ilustram, diariamente, suas matérias com fotografias de prefeitos, presidentes ou parlamentares, mas nem por isso tais pessoas devem ser responsabilizadas por essas publicações, como se se tratasse de matéria autopromocional.

De outra parte, assevera que o programa televisivo, levado ao ar durante o período das festividades comemorativas da emancipação de Irineópolis, em nenhum momento ostentou o nome do ex-prefeito Roberto Batschauer para o fim de dar-lhe projeção política ou pessoal; que o valor correspondente à mensagem natalina, publicada nas páginas do jornal *O Melhor*, até a presente data, não foi pago pelo município de Irineópolis; que o responsável pelas matérias jornalísticas, à época (dezembro de 1992), era Lúcio Colombo, que, indevidamente, inseriu o nome de Roberto Batschauer nos textos sem que para isso tivesse havido alguma solicitação.

Realça que as contas da gestão 89/92 foram aprovadas, sem qualquer restrição, tanto pelo Tribunal de Contas como pela Câmara de Vereadores de Irineópolis.

Salienta que a publicação feita não pode ser tachada de imoral do ponto de vista ético-administrativo, nem caracterizada como ilegal, porque feita de acordo com os ditames da lei e os princípios da administração pública.

Requer, por fim, a improcedência da demanda e a condenação do autor ao pagamento das custas do processo e dos honorários advocatícios.

A RBS TV Joinville foi intimada a exibir, em cartório, a gravação do programa *Alma Cabocla*, levado ao ar em 20/7/91, por ocasião das festividades comemorativas da emancipação do município de Irineópolis.

Entretanto, não foi possível o atendimento da diligência, pois as fitas gravadas permanecem nos arquivos da emissora pelo prazo de 30 (trinta) dias, quando então voltam a ser utilizadas com novas gravações, conforme ressaltou a RBS TV Joinville à fl. 48.

O Ministério Público manifestou-se novamente, reiterando o pedido de julgamento antecipado da lide.

Sentenciando o feito, o MM. Juiz houve por bem julgar procedente em parte a ação ajuizada, condenando o réu a restituir ao município de Irineópolis os valores constantes na nota de empenho n. 2314 e na nota fiscal n. 000138, corrigidos monetariamente desde 19/7/91 e 19/12/92, respectivamente, acrescidos de juros legais a partir da citação.

Condenou-o, ainda, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, na ordem de 10% sobre o valor da condenação.

Inconformado com o teor do decisório, Roberto Batschauer, ao argumento de que a sentença foi silente no que se refere à reciprocidade de sucumbência, opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

Ainda irresignado com a sentença, o réu interpôs recurso de apelação, argüindo, em preliminar, a impropriedade da ação e cerceamento de defesa, aduzindo que não foram produzidas as provas requeridas. No mérito, pleiteou a improcedência da

ação, haja vista a ausência de provas dos fatos alegados pelo autor.

Contra-arrazoando o apelo, o recorrido pugnou pela manutenção da sentença prolatada.

II — Voto

1. Ao contrário do sustentado pelo recorrente, o Ministério Público tem sim legitimidade para ingressar com ação civil pública objetivando obter o ressarcimento de prejuízo causado ao erário por atos praticados pelos administradores ou servidores públicos.

O fundamento em que se escora o apelante de há muito não mais representa o entendimento dominante e mais abalizado da doutrina e jurisprudência.

O art. 129, inciso III, da Constituição da República, estabelece como uma das funções institucionais do Ministério Público a promoção do inquérito civil e a propositura da ação civil pública para a proteção do patrimônio público. Em complemento, o art. 5º da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, estatui que, “ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”.

Sobre a legitimidade do Ministério Público, de forma expressa, determina a mesma lei em seus artigos 17 e 18:

“Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.”

“Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens

havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito”.

Importante ressaltar, também, que a Lei n. 7.347/85 deixa clara a independência entre a ação civil pública e a ação popular, tutelando, além daqueles interesses que expressamente relaciona, todos aqueles que possam ser enquadrados na categoria de difusos ou coletivos (art. 1º, inc. IV). O citado édito, no seu art. 5º, arrola os legitimados para a propositura do remédio judicial em comento, sendo o Ministério Público um deles.

Em situação semelhante à retratada nos presentes autos, inclusive envolvendo outro mandatário municipal da mesma cidade, este Tribunal, em acórdão da lavra do eminente Des. Pedro Manoel Abreu, já decidiu:

“Ação civil pública. Dano ao erário, por ato de improbidade de prefeito municipal. Ministério Público. Legitimação para agir. Extinção do processo. Decisão cassada. Recurso provido.

“A Constituição da República, em seu art. 129, inc. III, cometeu ao Ministério Público o dever de zelar pelo patrimônio público e social, pelo meio ambiente e por outros interesses difusos e coletivos, promovendo, para tanto, o inquérito civil e a ação civil pública.

“O ditame constitucional dilargou a legitimidade do *Parquet*, roborada pela Lei n. 8.429/92, que versa sobre a aplicação de sanções aos agentes públicos por enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

“A Lei n. 7.347/85, por seu turno, evidencia a independência entre a ação em apreço e a ação popular, tutelando, além dos expressamente elencados, quaisquer outros interesses difusos ou coletivos (art. 1º, inc. IV).

“Presente o interesse difuso e sendo a proteção ao patrimônio público uma das funções institucionais do Ministério Público, constitucionalmente prevista, é indubitável sua legitimação para a propositura de ação civil pública em defesa do erário” (Apelação Cível n. 1997.000318-8, de Braço do Norte. Quarta Câmara Civil. Data do julgamento: 13/5/99).

E no mesmo sentido:

“Ação civil pública — Danos ao erário por ato de improbidade de presidente de câmara de vereadores — Ministério Público — Ilegitimidade ativa argüida na contestação — Lei n. 7.347/85, art. 1º, art. 129, III, CF/88, e Lei n. 8.429/92, art. 17 — Prefacial rejeitada.

“O Ministério Público tem legitimidade para ingressar com ação civil pública na defesa de interesses difusos ou coletivos, entre os quais se insere — por força de preceito legal (Lei n. 8.429/92) — a proteção do patrimônio público contra atos que lhe sejam lesivos” (AI n. 1996.009506-3, de Criciúma, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 15/5/97).

O professor Nelson Nery, a respeito do tema em debate, obtempera:

“A tendência legislativa é, portanto, a de alargar, sempre que necessário e possível, a legitimidade do Ministério Público e dos demais co-legitimados, para a defesa de direitos metaindividuais em juízo. (...)

“O Ministério Público tem, portanto, legitimidade para ingressar com ação civil pública na defesa de ‘qualquer outro interesse difuso ou coletivo’ (art. 1º, n. IV, LACP). Entre outros, são exemplos de interesse difuso ou coletivo: (...) i) a proteção do patrimônio público contra o enriquecimento ilícito de agente ou servidor público (Lei n. 8.429/92)” (Ação Civil Pública. Coordenador Édis Milaré. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pág. 357).

Na mesma alheta:

“Ação civil pública. Patrimônio público. Ato administrativo. Interesse difuso. Admissibilidade. Legitimidade do Ministério Público.

“A Constituição Federal atribui titularidade ao Ministério Público para a defesa do patrimônio público em sede de ação civil pública e a lei que a disciplina faz menção expressa à independência da ação de responsabilidade frente ao manejo da ação popular, estendendo seu objeto a todo e qualquer interesse difuso juridicamente protegível” (Terceira Câmara Civil — Apelação Cível n. 1997.008332-7, de Imaruí, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 30/9/97).

Também:

“A Constituição Federal de 1988, dispondo sobre as funções institucionais do Ministério Público, suprimiu a limitação imposta pelo art. 1º da Lei n. 7.347/85’ (REsp n. 31.547-9/SP, rel. Min. Américo Luz, *in* DJU de 8/11/93, pág. 23.546), viabilizando o manejo da ação civil pública para coibir a prática de ato que possa causar lesão ao patrimônio público” (Segunda Câmara Civil, Apelação Cível n.

1997.000456-7, de Porto União, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 14/8/97).

E do mesmo relator:

“Ação civil pública. Contrato administrativo firmado com município. Dano ao erário. Defesa do patrimônio público. Interesse difuso. Legitimidade ativa do Ministério Público. Inteligência do art. 129, inciso III, da Carta Magna. Recurso provido.

“O Ministério Público tem legitimidade ativa para a ação civil pública que objetive a responsabilização por danos causados ao patrimônio público, a teor do preceituado no art. 129, III, da Constituição Federal” (Segunda Câmara Civil, Apelação Cível n. 1998.014724-7, de Blumenau, j. 8/4/99).

Do corpo do citado acórdão destaca-se:

“A ação civil pública é o meio processual destinado à responsabilização pelos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo, bem como pelos produzidos por infração à ordem econômica, nos termos do preceituado no art. 1º da Lei n. 7.347/85, norma que dispõe sobre o seu cabimento.

“O mesmo diploma legal, em seu art. 5º, estabelece quem dela pode utilizar-se, arrolando primeiramente o Ministério Público, instituição cuja existência visa exata e essencialmente a defesa da sociedade.

“Entretanto, a Constituição Federal promulgada em 1988, ampliando o campo de atuação do Ministério Público, inseriu, entre suas funções

institucionais, a promoção de inquérito civil e o ajuizamento de ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem qualquer restrição.

‘A Lei Magna vigente elevou ao nível constitucional tanto o inquérito civil como a ação civil pública. Antes ambos eram regulados pela Lei n. 7.347, de 24/7/1985, com vinte e dois artigos, que disciplinava a referida matéria. A ação civil pública e o inquérito civil foram assim introduzidos anteriormente pela legislação infraconstitucional e ganharam dignidade constitucional’ (Pinto Ferreira, Comentários à Constituição Brasileira, São Paulo, Saraiva, 1989, 5º vol., pág. 139).

‘Na seqüência de seus comentários ao art. 129 da Carta Magna, tratando especificamente da ação civil pública, disserta o supracitado autor, *verbis*:

‘Tem por objetivo a defesa do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio cultural, já sendo um campo de atuação do MP ao qual a Constituição deu agasalho. O MP tem assim na ação civil pública um instrumento importante na defesa de interesse difuso ou coletivo, assim como na defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis.

‘Deve-se salientar que em defesa desses interesses a Constituição denegou exclusividade da ação ministerial (art. 129, § 1º), determinando que a legitimação do MP nas ações civis assim previstas no art. 129 não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, conforme o disposto na Constituição e na lei.

‘A ação civil pública é um instrumento ágil que permite o amparo aos interesses difusos, de construção doutrinária muito recente no Brasil, mas originária do processo civil romano, no qual se mencionam as *actiones populares*, como os primeiros instrumentos de proteção de interesses difusos.

‘Elucida José Celso de Mello Filho:

‘Os interesses difusos constituem valores cuja titularidade transcende a esfera meramente individual das pessoas. São direitos que pertencem a todos, reunidos em comunhão social. Deles, ninguém, isoladamente, é o sujeito. Não se concentram num titular único, simplesmente porque inerem a todos e a cada um de nós, enquanto membros participantes da coletividade’ (*idem*, págs. 142/143).

‘A atribuição ao Ministério Público de poder-dever para atuar em defesa dos interesses difusos, impondo-lhe o ônus de resguardar o patrimônio público e social, tornou imperativa a outorga de legitimidade para instaurar inquérito civil e ajuizar ação civil pública, ‘melhorando o sistema de proteção judicial do patrimônio público, que é uma espécie de direito difuso’ (Nery Júnior, Nelson. Código de processo civil comentado e legislação civil extravagante em vigor: atualizado até 1º/8/1997, 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, nota 25 ao art. 1º da Lei n. 7.347/85, pág. 1.129).

‘A Lei autoriza o Ministério Público a ajuizar ação civil pública em defesa do patrimônio público. Não o fará como advogado da Fazenda nem intervirá necessariamente em qual-

quer ação em que se discuta questão fazendária. Acionará ou intervirá em defesa do patrimônio público sempre que especial razão exista para tanto, como quando o Estado não tome a iniciativa de responsabilizar o administrador por danos por este causados ao patrimônio público, ou quando motivos de moralidade administrativa exijam seja nulificado algum ato ou contrato da administração que esta insiste em preservar, ainda que em detrimento da coletividade.

‘Como se vê, portanto, a defesa do patrimônio público cabe não só ao cidadão, pelo sistema da ação popular, como também é afeta ao Ministério Público (art. 129, III, da CF) e aos demais legitimados o art. 5º da LACP, que podem promover a defesa judicial de qualquer interesse coletivo ou difuso — não excluída naturalmente a defesa do patrimônio público’ (Mazzilli, Hugo Nigri. A defesa dos interesses difusos em juízo, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1992, São Paulo, pág. 96)”.

O que deve ser realizado é que, em todas as hipóteses de promoção de ação civil, seja na defesa do patrimônio público ou social, seja, ainda, na defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos, e até nos chamados interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (Lei n. 8.078/90, art. 81, parágrafo único, III), o Ministério Público estará sempre defendendo não direito próprio e sim direito alheio. Direito, ou de toda a comunidade, ou de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ou classes, categorias, grupos e pessoas individualmente consideradas.

Trata-se, como se vê, de legitimação extraordinária, para a qual se exige habilitação legal específica, a teor do art. 6º do Código de Processo Civil. Quem defende em juízo, em nome próprio, direito de que não é titular, assume, no processo, a condição de substituto processual. Assim, o Ministério Público, quando, como no caso, ingressa em juízo com ação civil pública, age na condição de substituto processual.

Em outros tribunais o posicionamento a respeito da legitimidade do Ministério Público não discrepa do aqui adotado:

“Nada obstante consigne o inc. LXXIII do art. 5º da Constituição da República que ‘qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público...’, tal não quer significar que não possa o Ministério Público, por meio de ação civil pública, buscar o mesmo objetivo, sem provocação de populares ou de outros servidores públicos” (TJSP, 5ª CC, ED n. 228.723-1, rel. Des. Jorge Tannus, j. 30/3/95, in JTJ 173/246).

De igual forma, o egrégio Superior Tribunal de Justiça tem dado alento a essa inteligência, consignando:

“Processual civil. Ação civil pública. Defesa do patrimônio público. Ministério Público. Legitimidade ativa. Inteligência do art. 129, III, da CF/88, c/c o art. 1º da Lei n. 7.347/85. Precedente. Recurso especial não conhecido.

“I – ‘O campo de atuação do MP foi ampliado pela Constituição de 1988, cabendo ao *Parquet* a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio

público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem a limitação imposta pelo art. 1º da Lei n. 7.347/85' (REsp n. 31.547-9/SP)" (STJ — REsp n. 67.148/SP, rel. Min. Adhemar Maciel, DJU n. 231, de 4/12/95, pág. 42.148).

"Processual civil — Ministério Público — Legitimidade — Ação civil pública — Ressarcimento ao erário.

"O Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento segundo o qual tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, visando ao ressarcimento de danos ao erário municipal" (REsp n. 119827/SE, Min. Garcia Vieira. DJ 10/7/99).

"Ação civil pública — Atos de improbidade administrativa — Defesa do patrimônio público — Legitimação ativa do Ministério Público. Constituição Federal, arts. 127 e 129, III. Lei n. 7.347/85 (arts. 1º, IV, 3º, II, e 13). Lei n. 8.429/92 (art. 17). Lei n. 8.625/93 (arts. 25 e 26).

"1. Dano ao erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para propor ação civil pública na defesa dos interesses coletivos.

"2. Precedentes jurisprudenciais.

"3. Recurso não provido" (REsp n. 154128/SC, Min. Demócrito Reinaldo, DJ 18/12/98).

E também: AEREsp n. 167783/MG, Min. Ari Pargendler — DJ 9/10/2000; REsp n. 226863/GO, Min. Humberto Gomes de Barros — DJ

4/9/2000; REsp n. 190886/MG, Min. José Delgado — DJ 30/8/1999.

Do magistério de Mário Sérgio de Albuquerque Shirmer, promotor de justiça no Estado do Paraná, destaca-se:

"Não se pode negar que os titulares do patrimônio público, considerado em seus aspectos patrimoniais e morais, são todas as pessoas que estão sujeitas a determinado governo ou determinada Administração Pública, não o próprio Estado enquanto pessoa jurídica, pois, a toda evidência, estas pessoas têm direito a uma administração pública honesta pautada pelo respeito aos princípios constitucionais e que não seja lesado o patrimônio público em seus aspectos econômicos e morais, pois tais pessoas são titulares do interesse público primário.

"Portanto os titulares do patrimônio público, em seus aspectos morais e patrimoniais, são indeterminados, pessoas não unidas por qualquer relação-base, cujo vínculo entre elas apóia-se tão-somente no fator conjuntural de estarem sujeitas ao mesmo governo e à mesma Administração Pública. Esses interesses são insuscetíveis de divisão, pois a satisfação de um dos titulares importa, necessariamente, a satisfação de todos, bem como a lesão de um implica, necessariamente, em lesão para todos. É que o patrimônio público não pode ser dilapidado para um dos titulares e não ser para outros e se houver a reconstituição deste patrimônio para um, por óbvio, esta recomposição aproveitará a todos, do mesmo modo quanto ao aspecto moral, pois se um governo ou uma Administração não for ética para

um, obviamente não será ética para os demais, não pode haver um governo ético para um e não ético para os demais pessoas sujeitas ao seu império.

“Assim, respondendo a indagação feita, fica demonstrado que o direito popular a uma administração pública acate aos princípios constitucionais, dentre os quais o da moralidade administrativa, bem como o direito popular ao patrimônio público, contido nestes os bens econômicos das pessoas de direito público, são interesses difusos.

“Destarte, podemos concluir que se o objeto jurídico protegido pela Lei n. 8.429/92 é o patrimônio público em seus aspectos morais e patrimoniais, e se este constitui interesse difuso, então a Lei n. 8.429/92 visa a proteger interesse difusos.

“Portanto, por uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, iniciando-se pela Constituição Federal, percebe-se que sendo a ação civil pública o instrumento processual adequado para a proteção dos interesses difusos (art. 129, III), a ação civil mencionada nos arts. 17 e 18 da Lei n. 8.429/92, destinada a perseguir punições pela prática de atos de improbidade administrativa, só pode ser a ação civil pública” (11º Congresso Nacional do Ministério Público. Livro de Teses. Tomo II, págs. 688/9).

Desse modo, presente o interesse difuso e sendo a proteção ao patrimônio público uma das funções institucionais que a Constituição da República confere ao Ministério Público, é inquestionável sua legitimidade para a propositura de ação civil pública em defesa do erário. Rejeito, pois, a prefacial suscitada.

2. O apelante alega, ainda em preliminar, cerceamento de defesa. Entretanto a matéria por ele rebatida versa exclusivamente sobre direito, não necessitando de instrução probatória, comportando, perfeitamente, o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 331, I, do CPC, conforme entendimento deste egrégio Tribunal.

Nesse sentido a jurisprudência vem-se posicionando:

“Processual civil. Cerceamento de defesa. Ausência de fato a provar.

“Não há cerceamento de defesa quando, segundo os termos das peças postulacionais, não há fato a provar em audiência, impondo-se, pois, o julgamento antecipado da lide” (REsp n. 21.298-8/DF, rel. Min. Dias Trindade).

“Não ocorre cerceamento da defesa quando, segundo os termos das peças postulatórias, a matéria questionada dispensa a produção de outras provas em audiência, permitindo o julgamento antecipado da lide” (Ap. Cív. n. 1997.002714-1, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Afasto, portanto, a preliminar de cerceamento de defesa.

3. No que se refere ao mérito, da mesma forma, imerece prosperar a pretensão do apelante, haja vista a sentença objurgada ter analisado corretamente os fatos narrados nos presentes autos.

Pela percuciência de sua manifestação, adoto como razão de decidir trecho do parecer exarado pelo ilustre procurador de justiça, doutor Luiz Carlos Freyesleben, nos seguintes termos:

“Acerca da questão de mérito, não creio que a insurreição do ex-prefeito deva merecer tratamento diferente do que há de ser dado às preliminares que suscitou.

“Discorda o apelante do MM. Julgador da contenda, quando este lhe impôs na sentença a obrigação de repor, nos cofres da municipalidade de Irineópolis, as importâncias que pagou a seus propagandistas, proprietários dos jornais *A Notícia* e *O Melhor*. É que, em sua ótica, nada se provou a respeito de tais pagamentos.

“Ora, a afirmação chega a ser leviana, pois as três notas juntadas aos autos — a de empenho (fl.17), a fiscal (fl. 18) e a de serviços (fl.19) — dão conta, de forma insofismável, da realização dos pagamentos feitos, pelo município de Irineópolis, aos prestadores dos serviços de divulgação das matérias promocionais da pessoa do ex-prefeito Roberto Batschauer. Evidenciam-se, em tais divulgações, o nome e o clichê fotográfico do réu, caracterizando bem a intenção de promover-se pessoalmente à custa de dinheiro público. Mais nada há a dizer, frente às evidências que dimanam da documentação acostada. Por isso, dou parecer no sentido do conhecimento e desprovimento do recurso” (fl.97).

Convém ressaltar, de outro lado, que razão assiste em parte ao apelante quando afirma que as publicações referentes à “Cruzada do Eucalipto, o reflorestamento nas mãos dos agricultores” promoveram também o município de Irineópolis, atraindo turistas, principalmente agricultores, trazendo benefícios à cidade.

Entretanto, não se pode olvidar que juntamente com o município houve promoção pessoal do prefeito, Roberto Batschauer, o qual aparece em uma grande foto que ilustra a reportagem, cuja cópia consta à fl.16. Inegável, pois, a existência de promoção pessoal na referida reportagem, motivo pelo qual o apelante/réu deve arcar com o pagamento de 50% das despesas referentes à publicação, cuja nota fiscal consta à fl. 18 dos presentes autos.

No que diz respeito à mensagem de Natal e Ano Novo, entendo não assistir razão ao apelante, pois restou evidente a ocorrência de exclusiva promoção pessoal, conforme se extrai da cópia juntada à fl. 20 dos presentes autos. Portanto, a despesa oriunda da citada publicação deve ser arcada somente pelo apelante/réu, sendo defesa a promoção pessoal em publicidade de atos dos órgãos públicos, conforme dispõe o art. 37, §1º, da Constituição Federal:

“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:

(...)

“§1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

A Carta Magna vigente, como visto, não proíbe a publicidade referente a atos, obras, serviços, progra-

mas e campanhas. Entretanto, a veiculação publicitária não pode ter caráter de promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, mas sim caráter educativo, informativo ou de orientação social.

Ao publicar atos ou campanhas dos órgãos públicos é vedado às autoridades vinculá-los a seus nomes, “devendo, ao invés disso, figurar a denominação genérica do cargo, o Prefeito, o Governador, o Presidente” (José Cretella Júnior, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Forense Universitária, 1991, 1ª ed., vol. IV, págs. 2.252/2.253).

Celso Ribeiro Bastos, ao comentar sobre a matéria exposta no dispositivo em questão, assim consignou:

“O Texto Constitucional em vigor não proibiu, é óbvio, toda e qualquer publicidade, mesmo porque para certos atos administrativos ela é indispensável. Procurou, no entanto, discriminar a publicidade consentida condicionando-a à satisfação de determinados objetivos e impedindo a existência de certos elementos.

“Em primeiro lugar a publicidade há de ter caráter educativo, informativo ou de orientação social. Sem dúvida nenhuma há muitos pontos em que a coletividade pode receber uma informação ou mesmo uma educação relativa a questões atinentes à ordem, à saúde e ao bem-estar público. Portanto, a matéria veiculada há de ter um caráter eminentemente objetivo e voltado para o atingimento da sua finalidade, sem com isso estar simultaneamente promovendo o governo ou algumas de suas autoridades. É por isso que a parte subsequente do preceito vai consignar que não podem cons-

tar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

“A regra é bastante rigorosa. Proíbe a aparição da imagem da autoridade e mesmo da sua referência por meio da invocação do seu nome ou de qualquer símbolo que produza igual efeito. Lembre-se que alguns políticos ficaram conhecidos por certos objetos, por exemplo, vassoura (Jânio Quadros), marmita (Hugo Borgui). É uma lástima constatar que até agora não tenha havido uma aplicação drástica desse preceito. Ainda é freqüente ver-se nos órgãos de comunicação matérias que não atendem aos pressupostos positivos ou negativos da atividade de publicidade. Os atos assim viciados são passíveis de ataque por ação popular, visto que são lesivos e inconstitucionais” (Comentários à Constituição do Brasil. Saraiva, 1998, vol. III, tomo III, pag. 159).

Assim, com base no entendimento acima exposto e forte nas provas irrefutáveis dos autos, dou provimento parcial ao recurso de apelação interposto por Roberto Batschauer, para que o apelante seja condenado ao pagamento de 50% das despesas referentes à notícia intitulada “Cruzada do Eucalipto”, mantida a condenação ao pagamento das despesas integrais referentes à publicação da mensagem de Natal e Ano Novo.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, deram provimento parcial ao recurso.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça,

lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 8 de novembro de 2001.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.021299-8, DE SEARA

Relator: Des. Cercato Padilha

Direito comercial – Embargos de terceiro – Sociedade por cotas de responsabilidade limitada – Constituição por marido e mulher – Possibilidade – Teoria da desconsideração da personalidade jurídica – Inadmissibilidade – Ausência de fraude ou abuso de direito – Penhora de bem da sociedade por dívida de sócio – Declaração de nulidade da constrição – Sentença confirmada – Recurso desprovido.

É possível a constituição de sociedade comercial exclusivamente por marido e mulher, não se podendo falar, a priori, em desconsideração da personalidade jurídica, salvo quando comprovado que esta tenha sido utilizada pelos sócios como instrumento para atingir o injusto, por meio de fraude ou abuso de direito.

Por isso, é nula a penhora de bem integrante do patrimônio de sociedade comercial quando realizada nos autos de ação de execução ajuizada em face de um dos seus sócios, tendente à cobrança de dívida contraída somente por este, dada a regra insculpida no art. 20 do Código Civil, que reconhece a existência distinta das pessoas jurídicas e dos seus membros.

I — Relatório

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.021299-8, da comarca de Seara, em que é apelante Banco do Brasil S.A., sendo apelada Robi Transportes Ltda. ME:

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

Custas de lei.

Trata-se de recurso de apelação interposto como expressão de inconformismo diante da sentença prolatada nos autos do processo relativo aos embargos de terceiro opostos por Robi Transportes Ltda. ME, em face do Banco do Brasil S.A., que julgou procedente o pedido inicial, para o fim de declarar nula a penhora realizada sobre bem pertencente à empresa embargante nos autos da ação de execução movida contra um dos seus

sócios, condenando, por fim, o embargado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Objetiva o presente recurso a substituição da sentença, sob o argumento de que a empresa Robi Transportes Ltda. ME é constituída exclusivamente pelo executado Hélio Casarotto e sua mulher, Marli Nair B. Casarotto, casados pelo regime de comunhão universal de bens, o que tornaria nulo de pleno direito o contrato social de constituição da sociedade por cotas de responsabilidade limitada, viabilizando, dessa forma, a aplicação da teoria da descon sideração da personalidade jurídica, motivo pelo qual seria perfeitamente lícita a constrição judicial levada a cabo sobre o veículo da referida empresa.

Em contra-razões, a apelada pugnou pela manutenção do *decisum*.

II — Fundamentação

O recurso é tempestivo e formalmente regular, bem como inexistente qualquer fato extintivo ou impeditivo, e, por fim, está preparado.

O presente exercício do poder de exigir o dever do Estado de reexaminar seus próprios pronunciamentos judiciais reúne as condições recursais, ou seja, a expressão do inconformismo é adequada e corresponde à natureza do ato atacado (possibilidade jurídica); a interposição dos recursos é a única forma capaz de afastar o ônus da sucumbência e melhorar a sua situação diante do ato impugnado (interesse recorrente) e o recorrente legitimado (vencido).

Assim sendo, é admissível e não merece provimento.

Justifica-se:

É cediço que o Juiz, ante o fato de que a pessoa jurídica é utilizada para fins contrários ao direito, pode, em casos específicos, desconsiderar a personalidade jurídica, equiparando os sócios e a sociedade para coibir o abuso de direito.

O direito dos sócios em ver intangíveis os seus bens em face das obrigações da sociedade – e vice-versa – não é absoluto. Há casos em que fraudes e abusos de direito são cometidos precisamente pela personalidade jurídica que a sociedade apresenta, ficando imunes de sanções os seus componentes. Por isso é que a doutrina vem pacientemente formulando princípios, que de tempos para cá cristalizaram-se na teoria do superamento da personalidade jurídica, segundo a qual é desconsiderada essa personalidade, de modo a ser responsabilizados os seus integrantes que praticaram aqueles abusos.

A assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico insculpido no art. 20 do Código Civil, mas não pode ser tido como um tabu inexpugnável, a entrar a própria ação do Estado-juiz na realização da perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do magistrado procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito.

Por isso, o juiz não só pode como deve julgar de ofício ineficaz a personificação societária sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros. Aliás, as hipóteses de descon sideração da personalidade jurídica da so-

riedade estão previstas no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, competindo a quem a alegar produzir provas ou apontar indícios que revelem a presença dos requisitos nele enunciados.

In casu, contudo, a hipótese é absolutamente diversa, sendo inaplicável a teoria da *disregard of legal entity*.

Isso porque não há falar, *a priori*, em nulidade absoluta da sociedade comercial constituída exclusivamente por marido e mulher, tendo por objetivo penhorar bem integrante do patrimônio da pessoa jurídica em ação de execução ajuizada em face de um dos seus sócios, tendente à cobrança de dívida contraída somente por este.

Ora, é perfeitamente possível a existência de pessoa jurídica constituída unicamente pelos cônjuges, ou por estes e pessoas da família, desde que, obviamente, não haja manipulação abusiva e ilegal da sociedade por parte dos seus sócios, com vistas a lesar direitos e interesses de terceiros.

Em igual diapasão, este Tribunal de Justiça já teve oportunidade de manifestar-se expressamente em lide idêntica à presente, *in verbis*:

“Embargos de terceiro. Sociedade comercial constituída por marido e mulher. Desconsideração da personalidade jurídica. Ausência de manipulação da pessoa jurídica visando à fraude ou abuso de direito. Impossibilidade. Ilegitimidade da constrição.

‘A sociedade entre cônjuges, a princípio, não pode ser considerada hipótese de aplicação da descon-

sideração da personalidade jurídica. Para que seja desconsiderada a personalidade jurídica de uma sociedade civil ou comercial, é necessário que esta tenha sido utilizada pelos sócios como instrumento para atingir o injusto, através da fraude ou abuso de direito.

‘Frontini, analisando o assunto, comenta: ‘A sociedade, civil ou comercial, entre cônjuges é válida. É anulável quanto à sua constituição, como qualquer negócio jurídico. Sem prejuízo de sua validade, todavia, sua personalidade jurídica será ‘desconsiderada’ quando instrumento de fraude ou abuso, exclusivamente em relação aos efeitos cuja plena efetivação dependem de ‘transposição’ da pessoa jurídica” (Alexandre Couto Silva).

“Recurso desprovido” (Ap. Cív. n. 2000.001264-5, de Seara, rel. Des. Silveira Lenzi, DJ de 7/7/00, j. 13/6/00).

Do corpo do acórdão supracitado, colhe-se o seguinte excerto:

“Sociedade por cotas de responsabilidade limitada – Penhora de bens particulares de sócios – Sociedade constituída por marido e mulher – Confusão entre os bens das pessoas físicas e da pessoa jurídica – Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – Constrição válida.

‘Em princípio não se pode falar em irregularidade na sociedade de marido e mulher, salienta-se que, havendo abuso da personalidade jurídica, esta pode ser desconsiderada para, no caso concreto, admitir-se a responsabilidade pessoal, solidária e ilimitada dos sócios pelas dívidas

da sociedade independentemente das hipóteses do art. 10 do Dec. n. 3.708/19'. Ap. Cív. n. 581.975-0, 9ª C, j. 20/12/94, rel. Juiz Roberto Galdeira Barioni' (in Beno Frederico Hubert, Desconsideração da Pessoa Jurídica nos Tribunais, Curitiba, JM Editora, 1999, pág. 87)".

Portanto, conclui-se que a pessoa jurídica tem existência distinta da dos seus membros, de forma que, resguardadas hipóteses excepcionais não verificadas no caso concreto, um não responde pelas dívidas contraídas pelo outro, motivo pelo qual é nula a constrição judicial levada a efeito nos autos da ação de execução movida pelo Banco do Brasil em face de Hélio Casarotto e outros,

devendo-se confirmar *in totum* a sentença recorrida.

III — Dispositivo

Por esses fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 23 de maio de 2002.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.003792-3, DA CAPITAL

Relator: Des. Cercato Padilha

Processual civil – Embargos do devedor – Oferecimento por mulher casada – Execução proposta contra o marido – Legitimidade ativa ad causam.

Na condição de litisconsorte necessária decorrente da intimação da penhora de bens imóveis do cônjuge varão (CPC, art. 669, parágrafo único), tem legitimidade ativa para opor embargos à execução movida apenas contra seu marido, a mulher casada que pretende discutir a validade do título executado, o excesso da dívida cobrada, a regularidade do processo executivo e, até mesmo, a defesa de sua meação, não obstante esta última matéria tenha seu caminho normal nos embargos de terceiro, a partir do art. 1.046, § 3º do CPC

Ordem de Perfeita, sendo apelado Banco do Brasil S.A.:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.003792-3, da comarca da Capital (2ª Vara Cível/Registros Públicos), em que é apelante Maria Bernadete

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso, para anular o processo a partir do *decisum* de fl. 69,

inclusive, a fim de que os embargos do devedor retomem o seu curso regular, procedendo-se, então, como de direito.

Custas de lei.

I – Trata-se de recurso de apelação interposto como expressão de inconformismo diante da sentença prolatada nos autos do processo relativo aos embargos do devedor opostos por Paulo Ferreira e Maria Bernadete Cordeiro Ferreira, em face do Banco do Brasil S.A., que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, em relação à segunda embargante, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, por ilegitimidade ativa *ad causam*, condenando-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor atribuído aos embargos à execução.

Objetiva o presente recurso a substituição da sentença, sob o argumento de que não há carência da ação relativamente a Maria Bernadete Cordeiro Ferreira, porquanto ela seria cônjuge do primeiro embargante, condição esta que, segundo o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência pátria, dar-lhe-ia dupla legitimidade, podendo optar entre o ajuizamento de embargos à execução ou de embargos de terceiro para defender seus bens da meação e interesses particulares.

Em contra-razões, o apelado pugnou pela manutenção do *decisum*.

É o relatório.

II – O recurso é tempestivo e formalmente regular, bem como inexistente qualquer fato extintivo ou impeditivo, e, por fim, está preparado.

O presente exercício do poder de exigir o dever do Estado de reexaminar seus próprios pronunciamentos judiciais reúne as condições recursais, ou seja, a expressão do inconformismo é adequada e corresponde à natureza do ato atacado (possibilidade jurídica); a interposição do recurso é a única forma capaz de afastar o ônus da sucumbência e melhorar a sua situação diante do ato impugnado (interesse recursal) e o recorrente legitimado (vencido).

Assim sendo, é admissível e merece provimento.

Justifica-se:

O nó górdio do presente recurso cinge-se em verificar a existência, ou não, de legitimidade ativa *ad causam* da esposa para opor embargos do devedor, juntamente com seu marido, em razão de ação de execução ajuizada única e exclusivamente contra este na condição de avalista de cédula de crédito, buscando discutir a validade do título, o excesso da dívida cobrada, a regularidade do processo executivo e a defesa de sua meação.

A questão em debate divide-se fundamentalmente em dois pontos distintos. No primeiro deles, se a mulher casada é co-devedora e figura no pólo passivo da ação de execução desde o seu início, somente deverá defender os seus interesses por meio de embargos à execução, nele podendo alegar todas as matérias que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento (CPC, art. 745).

De outra parte, se a mulher casada vem a tornar-se ulteriormente parte do processo, na condição de litisconsorte necessária do marido, em virtude da intimação obrigatória pre-

vista no art. 669, parágrafo único, do CPC, decorrente da penhora de bens imóveis do cônjuge varão, poderá adotar um ou até mesmo os dois caminhos a seguir descritos, de acordo com o objetivo almejado: 1) opor embargos do devedor, arguindo todas as matérias que lhe aprouver, inclusive a defesa da meação; e/ou 2) opor embargos de terceiro, quando desejar defender apenas e tão-somente os seus bens da meação.

A lição valiosa de Humberto Theodoro Júnior é de veras curial à espécie:

“Com relação à situação do cônjuge, cumpre distinguir entre a mulher que, como devedora solidária, figura como parte desde o início do processo (hipoteca, aval, fiança, ou qualquer outro tipo de vínculo que a sujeite como devedora ao lado do marido) e aquela situação em que, recaindo a penhora, na execução contra o marido, sobre bem imóvel, veio a consorte a integrar o processo por força de sua obrigatória intimação (art. 669, § 1º).

“Na primeira hipótese, como co-responsável pela dívida exequenda, não é possível divisar legitimidade da mulher para agir como terceira. Sua defesa terá de ser em torno da existência ou não de seu débito, o que, naturalmente, só se poderá fazer nos embargos normais de devedor.

“Na segunda hipótese, a mulher torna-se litisconsorte necessária do marido, mas apenas no que toca à excussão do bem imóvel do casal. Duas relações materiais, no entanto, se acham presentes paralelamente: a do marido com o credor, que é o objeto da execução, e a da mulher sobre

sua meação ou seus bens reservados, que deve ser oposta ao credor, por se tratar de vínculo de direito real estranho à responsabilidade executiva do devedor.

“Assim, para discutir o título, a dívida e a regularidade do processo executivo, a mulher agirá na qualidade de litisconsorte do marido e terá de se valer dos embargos de devedor. Mas, para defender os bens reservados ou sua meação, o caminho normal serão os embargos de terceiro (art. 1.046, § 3º), ainda que tenha sido intimada da penhora e tenha assumido a condição de litisconsorte passiva no processo executivo. É que, ao defender ditos bens, o título jurídico invocado pela mulher é diverso do que se achava envolvido no processo de cobrança do débito do marido. Embora parte na execução, a mulher se apoiará em título jurídico que tornará seus bens particulares inatingíveis pela execução da dívida do marido.

“Diante de uma só execução, haverá ensejo para mulher participar tanto de embargos de devedor como de embargos de terceiro, mas com conteúdos diferentes” (Curso de Direito Processual Civil, 18ª ed., Forense, 1999, vol. III, págs. 330/331).

E arremata:

“Tendo assim legitimidade para propor ambos os tipos de embargos, e não havendo profunda diversidade de rito entre eles, nada impede que a mulher utilize os embargos à execução, desde logo, seja para atacar o título do credor, seja para defender sua meação, seja para ambas as finalidades. O que, todavia, não se tolera é que, tendo perdido a oportunidade dos embargos de devedor, venha a mulher a se

prevalecer dos embargos de terceiro para discutir o mérito da dívida ou dos atos executivos, porque isso é matéria exclusiva dos primeiros embargos, os quais estariam preclusos depois de exaurido o prazo assinado pela lei para seu manejo” (*op. cit.*, pág. 331).

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar a respeito do assunto, reconhecendo expressamente que, nestes casos, “ao cônjuge do executado, uma vez intimado da penhora sobre imóvel, assiste dupla legitimidade: para ajuizar embargos à execução, visando a discutir a dívida, e embargos de terceiro, objetivando evitar que a sua meação responda pelo débito exequendo” (REsp n. 19.335/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 5/10/92, j. 31/8/92).

Colhe-se ainda daquele conspícuo Areópago:

“Embargos do devedor. Oferecimento por mulher casada na execução movida contra o marido. Legitimidade.

“Pretendendo a mulher casada discutir o próprio débito exequendo, admissíveis são os embargos do devedor por ela opostos.

“Inocorrência de afronta ao art. 1.046 e parágrafo 3º do CPC.

“Recurso especial não conhecido” (REsp n. 11.169/SP, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 22/6/92, j. 18/5/92).

Este Tribunal de Justiça também já decidiu no mesmo diapasão em hipóteses semelhantes. A propósito, veja-se *mutatis mutandis*: Ap. Cív. n. 97.015351-1, de Criciúma, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, DJ de 3/4/00, j. 16/3/00; Ap. Cív. n. 51.679, de Itapi-

ranga, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, DJ de 28/11/96, j. 19/11/96.

Na hipótese *sub judice*, o ilustre Juiz sentenciante extinguiu os embargos do devedor, sem julgamento do mérito, em relação a Maria Bernadete Cordeiro Ferreira, por ilegitimidade ativa *ad causam* (CPC, art. 267, VI), sob o fundamento exclusivo de que ela não seria parte na ação de execução que o Banco do Brasil S.A. ajuizou em face de Paulo Ferreira (seu marido) e Oscar José de Lima – FI, postulando a cobrança do importe de R\$ 47.940,24 em 10/9/96. Ressalvou, contudo, o direito da embargante de defender sua meação por meio de embargos de terceiro (fl. 70).

Ocorre que a matéria articulada ao longo da extensa petição inicial dos embargos do devedor versou sobre os seguintes temas: a) nulidade do título de crédito executado, por ausência de certeza e liquidez; b) ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo de execução; c) ilegalidade da utilização da Taxa Referencial (TR) como fator de atualização monetária; d) aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato em execução; e) nulidade da cláusula que autoriza o vencimento antecipado da dívida na hipótese de inadimplemento dos devedores; e f) excesso de execução (juros extorsivos, anatocismo, multa contratual de 10% sobre o saldo devedor etc.).

Como se vê, em momento algum a referida embargante restringiu-se a defender sua meação nos embargos à execução; pelo contrário, sequer tangenciou, ainda que *en passant*, a respeito do assunto. Todavia, mesmo que o tivesse feito, não seria

causa por si só de extinção do processo por ilegitimidade ativa *ad causam*, conforme já visto na lição de Humberto Theodoro Júnior, pois, em sede de embargos do devedor, também é admissível a defesa da meação dos bens da esposa do devedor executado, embora seja desaconselhável, em princípio, dada a natureza jurídica diversa da relação material subjacente.

Portanto, não restam dúvidas acerca do desacerto da sentença recorrida, merecendo ser reformada integralmente, para que Maria Bernadete Cordeiro Ferreira reingresse no pólo ativo dos embargos do devedor, figurando novamente como embargante juntamente com seu marido, Paulo Ferreira.

III – Por esses fundamentos, dá-se provimento ao recurso, para anular o processo a partir do *decisum* de fl. 69, inclusive, a fim de que os embargos do devedor retomem seu curso regular, procedendo-se, então, como de direito.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 4 de abril de 2002.

Trindade dos Santos,
Presidente com voto;
Cercato Padilha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.016354-6, DE JARAGUÁ DO SUL

Relator: Des. Cercato Padilha

Apelação cível – Ação de cobrança – Reconvensão – Pedido de indenização – Inexistência de prova do dolo ou culpa do agente – Improcedência – Recurso desprovido.

É indevida a indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, regida pelas normas do direito comum, quando não há prova de dolo ou culpa do agente, o que afasta a configuração do ato ilícito.

Processual civil – Recurso adesivo – Sucumbência recíproca – Requisito indispensável (CPC, art. 500, caput) – Ausência – Não conhecimento.

É inadmissível o recurso adesivo quando não tenha havido sucumbência recíproca das partes, a teor do art. 500, caput, do CPC.

“Se foram julgadas improcedentes ação e reconvensão e o réu apelou quanto à reconvensão, o autor não tem recurso adesivo visando à procedência da ação, porque quanto a esta não houve recurso principal do réu” (Theotônio Negrão).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.016354-6, da comarca de Jaraguá do Sul (2ª Vara), em que são apelantes e apelados Banco Nacional S.A. e H. F. Assessoria, Factoring e Fomento Comercial Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento à apelação cível da H. F. Assessoria, *Factoring* e Fomento Comercial Ltda. e não conhecer do recurso adesivo.

Custas de lei.

I – Na comarca de Jaraguá do Sul, Banco Nacional S.A. ajuizou ação de cobrança em face de H. F. Assessoria, *Factoring* e Fomento Comercial Ltda., postulando a condenação da demandada ao pagamento do valor de R\$ 58.873,93 (cinquenta e oito mil, oitocentos e setenta e três reais e noventa e três centavos), decorrente do não-pagamento do saldo devedor registrado na sua conta corrente no dia 31/10/1994.

No final do procedimento, no primeiro grau de jurisdição, sobreveio a respeitável sentença recorrida, que julgou improcedente tanto o pedido inicial da instituição financeira, como também o pedido reconvenicional da empresa devedora.

Insatisfeita com a entrega da prestação jurisdicional, H. F. Assessoria, *Factoring* e Fomento Comercial Ltda. interpôs o presente recurso de apelação cível, buscando a substituição do *decisum* na parte referente à reconvenção, sob o argumento de que sofreu significativo abalo de crédito em virtude da inscrição do seu nome em entidades protetivas do crédito,

razão por que seria cabível a condenação do banco ao pagamento de indenização por dano moral.

À vista do apelo da ré, o Banco Nacional S.A. interpôs recurso adesivo, repisando a argumentação articulada na petição inicial, sobretudo no que se refere ao fato de que é credor da empresa de faturização da importância postulada na exordial.

Ambos os recursos foram contra-arrazoados.

É o relatório.

II – O recurso da empresa demandada é tempestivo e formalmente regular, bem como inexistente qualquer fato extintivo ou impeditivo e, por fim, está preparado.

O presente exercício do poder de exigir o dever do Estado de reexaminar seus próprios pronunciamentos judiciais reúne as condições recursais, ou seja, a expressão do inconformismo é adequada e corresponde à natureza do ato atacado (possibilidade jurídica); o ajuizamento do recurso é a única forma capaz de afastar o ônus da sucumbência e melhorar a sua situação diante do ato impugnado (interesse recursal) e o recorrente legitimado (vencido).

Assim sendo, é admissível, mas não merece provimento.

Justifica-se:

A empresa H. F. Assessoria, *Factoring* e Fomento Comercial Ltda. postulou, em sede de reconvenção, a condenação da instituição financeira ao pagamento do importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), correspondente ao *quantum* tido por indevidamente debitado na sua conta corrente, e bem assim ao pagamento

de valor a ser arbitrado pelo Juízo a título de danos morais, em razão de supostos abalos de crédito decorrentes do lançamento de seu nome em órgãos de proteção ao crédito, o que teria causado a rescisão de alguns contratos comerciais (fl. 18, *in fine*).

Não tem razão a empresa demandada, porquanto se equivoca a partir de sua premissa básica, a saber: culpa da instituição bancária, o que de modo algum ocorreu durante a operação financeira realizada.

Compulsando os autos, exsurge indubitado que a ré, em 5/7/1994, depositou em sua conta corrente n. 085.779, mantida no banco autor, o cheque n. 768 no valor de R\$ 50.000,00 (fl. 43), emitido por um terceiro contra o Banco do Brasil S.A., o qual foi posteriormente devolvido pelo banco sacado por insuficiência de fundos.

Por um erro de cálculo ocasionado à época em razão da conversão do padrão monetário, debitou-se na conta corrente da ré o valor insignificante de R\$ 18,18 (dezoito reais e dezoito centavos), no dia 7/7/1994 (fl. 45), a fim de estornar o que havia sido indevidamente creditado. Tal equívoco flagrante foi constatado posteriormente pela instituição financeira responsável e, em 31/8/1994 (fl. 48), foi debitado o valor remanescente de R\$ 49.981,82 (quarenta e nove mil, novecentos e oitenta e um reais e oitenta e dois centavos), perfazendo, dessa forma, o total original de R\$ 50.000,00.

Toda a operação foi devidamente escriturada nos extratos da conta corrente da ré (fls. 43/50), como também comunicada às partes interessadas, consoante se observa dos

documentos de fls. 38 a 42, acostados aos presentes autos pela própria empresa demandada. Além disso, é de bom alvitre frisar que sempre se observou fielmente a determinação emanada do item IX da Circular Compe n. 94/28, de 28/6/1994, do Banco Central do Brasil, a qual impunha a obrigatoriedade por parte das instituições bancárias de acatar os acertos de diferenças registradas nas movimentações financeiras efetuadas no período de 4 a 29 de julho de 1994 (fl. 38).

À vista desses fatos resta pelo menos uma única certeza absoluta e incontroversa, a H. F. Assessoria, *Factoring* e Fomento Comercial Ltda. teve creditado, em sua conta corrente, o valor de R\$ 50.000,00, que na verdade não lhe era devido efetivamente, porquanto o cheque, que em princípio lhe daria origem, foi devolvido pelo banco sacado (Banco do Brasil) por insuficiência de fundos. Nada obstante, a empresa de faturização fez uso indevido dessa importância, adimplindo normalmente os débitos que eram lançados em sua conta corrente.

É cediço que um dos requisitos básicos para condenação por ato ilícito é a existência de dolo ou culpa do agente. Os elementos constitutivos da responsabilidade civil são: a) o dano (elemento ou requisito essencial na etiologia da responsabilidade civil; em que não há prejuízo, não há responsabilidade); b) a culpa ou o dolo (elemento fundamental da teoria subjetiva, sendo a culpa considerada a infração de uma obrigação preexistente, de que a lei ordena a reparação quando causou um dano a outrem; e o dolo tido como a vontade consciente de violar o direito, dirigindo-se à consecução do fim ilícito); e c) o nexo de causalidade (relação necessá-

ria entre o evento danoso e a ação que o produziu. Não pode existir responsabilidade civil sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou. Em se tratando de elemento causal, cumpre ao lesado, no curso da ação, prová-lo cumprimamente).

Portanto, trazendo esses elementos à luz do art. 333 do CPC, cumpre ao autor, ou ao reconvinente, demonstrar, a um só tempo, o dano, a culpa *lato sensu* e o nexo de causalidade para obter êxito em sua pretensão indenizatória.

Na hipótese *sub judice*, inexistente culpa por parte do Banco Nacional, quanto mais ato ilícito por ele praticado. Pelo contrário, todo procedimento levado a cabo obedeceu *in litteris* as determinações legais, conforme já visto. De mais a mais, o autor foi apenas um intermediário do lançamento do crédito, seguindo os termos do Documento de Acerto de Diferença – DAD emitido pelo Banco do Brasil em virtude da cobrança a menor do *quantum* realmente devido pela ré.

Assim, não estando presentes os requisitos da responsabilidade subjetiva da instituição financeira, não deve esta ser condenada a indenizar os danos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais eventualmente ocasionados por terceiro que emitiu cheque sem provisão de fundos.

No que tange ao recurso adesivo, interposto pela instituição financeira, não pode ser admitido, porquanto não foi preenchido um dos requisitos específicos e indispensáveis a que se refere o *caput* do art. 500 do CPC, qual seja, a existência de sucumbência recíproca das partes.

Observa-se que, *in casu*, o Juiz *a quo* julgou improcedente assim o pedido inicial do Banco Nacional S.A., como também o pedido reconvenicional da H. F. Assessoria, *Factoring* e Fomento Comercial Ltda., ou seja, não houve o acolhimento parcial de nenhum deles, motivo por que não se pode falar que o autor e a ré foram vencidos em parte nas suas respectivas pretensões.

A respeito, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery ensinam o seguinte: “Para que seja admissível o recurso adesivo é preciso que: a) tenha havido sucumbência recíproca (vencidos parcialmente autor e réu) (Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., RT, 1997, pág. 727).

Da jurisprudência, Theotonio Negrão traz à colação:

“Igualmente, se foram julgadas improcedentes ação e reconvenção e o réu apelou quanto à reconvenção, o autor não tem recurso adesivo visando à procedência da ação, porque quanto a esta não houve recurso principal do réu (RJTJESP 124/64; RP 57/248)” (Código de Processo Civil, 31ª ed., Saraiva, 2000, pág. 514).

Logo, não se pode conhecer do recurso adesivo.

III – Diante do exposto, nega-se provimento à apelação cível da H. F. Assessoria, *Factoring* e Fomento Comercial Ltda. e não se conhece do recurso adesivo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 21 de março de 2002.

*Trindade dos Santos,
Presidente;
Cercato Padilha,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.003002-1, DE BLUMENAU

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Ação de consignação em pagamento. Contrato de arrendamento mercantil. Impossibilidade de aplicação da TR como índice de correção monetária. Substituição pelo INPC. Limitação constitucional dos juros. Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF/88. Admissibilidade. Capitalização de juros. Hipótese em que é descabida. Depósitos realizados de acordo com os parâmetros tidos como corretos. Consignatória procedente. Sentença cassada. Recurso provido. Voto vencido.

1 — Impõe-se a adoção do INPC como índice de correção monetária, tanto em razão de haver sido consagrado pela Jurisprudência, quanto porque recomendado pela Corregedoria-Geral da Justiça deste Tribunal pelo Provimento n. 13/95, ainda que as partes hajam pactuado a aplicação da TR como índice de correção monetária.

2 — Hodiernamente, inúmeros são os precedentes, doutrinários e jurisprudenciais, que entendem auto-aplicável o § 3º do art. 192 da CF/88.

3 — A capitalização de juros somente é possível quando exista expresse dispositivo de lei que a admita.

4 — Havendo o autor consignado os valores devidos após a realização de cálculos que obedeceram a todos os parâmetros mencionados, não há ter por insubsistentes os referidos depósitos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.003002-1, da comarca da Blumenau (2ª Vara), em que é apelante Terraplanagem Rocha Ltda., sendo apelada Boavista S.A. Arrendamento Mercantil:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por maioria de votos, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Blumenau, Teraplanagem Rocha Ltda. ajuizou ação de consignação em pagamento contra Boavista S.A. Arrendamento Mercantil visando ao depósito judicial das parcelas vencidas e vincendas a serem corrigidas monetariamente pelo INPC e com juros legais de 1% ao mês, com o fito de evitar a caracterização da mora.

Pleiteia, outrossim, a revisão do contrato.

Colacionou documentos (fls. 24/58).

O depósito dos valores, na forma requerida, foi autorizado pelo decisório de fl. 60.

O primeiro depósito — relativo às prestações vencidas em 17/5/96, 17/6/96 e 17/7/96 — foi efetuado em conta vinculada ao Juízo (fls. 62/63). O segundo depósito — relativo à prestação vencida em 17/8/96 — foi também realizado (fls. 66/67). O terceiro depósito — relativo à prestação vencida em 17/9/96 — também foi comprovado nos autos (fls. 71/72).

Devidamente citada, a ré apresentou contestação (fls. 73/116), argüindo, em sua defesa, a prevalência do princípio do *pacta sunt servanda* e requerendo a extinção do processo sem julgamento do mérito.

A ré interpôs agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a consignação (fls. 123/132), ao qual foi negado seguimento (fl. 137).

A autora apresentou comprovação do depósito da prestação vencida em 17/10/96 (fls. 134/135) e, ao depois, apresentou réplica à contestação (fls. 140/143), bem como a comprovação dos depósitos das prestações vencidas

em 17/11/96 e 17/12/96 (fls. 145/146 e 147/148, respectivamente).

Sobreveio, então, a prestação jurisdicional monocrática (fls. 150/154), a qual julgou improcedente o pedido, declarando insubsistentes os depósitos efetuados pela autora.

Irresignada com o teor do decisório adverso, apelou a vencida (fls. 156/161), suscitando a reforma da sentença para liberá-la da dívida, posto que consignou as parcelas devidas aplicadas ao saldo devedor taxas de juros que não infrinjam o limite constitucional e correção respeitando o indexador do INPC, postulando, assim, o provimento do apelo.

Contra-arrazoados e preparados, subiram os autos a esta Corte.

II — Voto

O recurso está a merecer provimento.

A apelante propôs ação consignatória pretendendo depositar em Juízo as últimas 11 (onze) prestações do contrato de arrendamento mercantil firmado com a apelada, utilizando, como fator de correção monetária, o INPC e juros legais de 12% ao ano.

No entanto, entende o Magistrado sentenciante ser cabível a correção monetária com base na TR, porque ajustado entre as partes, e não ser auto-aplicável o art. 192, § 3º, da CF.

A despeito do entendimento adotado pelo ilustre Magistrado, não me filio a nenhuma dessas correntes.

É que o art. 6º, II, da Lei n. 8.177/91, que extinguiu o BTN, adotou a TR como índice substitutivo para atualização das obrigações com cláusula de correção monetária, nos ca-

sos em que não haja previsão de outro índice.

No entanto, o colendo Supremo Tribunal Federal, ao examinar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (medida liminar) 959-1/DF, “deferiu a medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia do inciso II do art. 6º e seu parágrafo único e dos arts. 15 e 16 da Lei n. 8.177, de 1º/3/91” (Publicada no DJ de 13/5/94).

Demais disso, “A TR retrata as oscilações do custo primário de captação dos depósitos a prazo fixo no mercado financeiro; não a desvalorização da moeda. Por ser remuneração de capital — juros —, é inservível como fator de correção monetária, e conflita com o sistema de proteção ao consumidor.

“A cláusula que a preveja é nula, porque abusiva, geradora de enriquecimento sem causa. Deixar a matéria ao inteiro sabor de uma ilusória autonomia da vontade seria assentir que os pactuantes — notadamente o mais forte — pudessem, por estipulação contratual, alterar contratualmente a verdade dos fatos, transmutando em correção monetária o que é remuneração de capital” (Ap. Cív. n. 97.010843-5, de Videira, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Diante disso, impõe-se a adoção do INPC como índice de correção monetária, quer em virtude de haver sido consagrado pela Jurisprudência, quer porque recomendado pela Corregedoria-Geral da Justiça deste Tribunal pelo Provimento n. 13/95, ainda que as partes tenham pactuado a aplicação da TR como índice de correção monetária.

A respeito, colho da jurisprudência desta Corte:

“Execução. Embargos. Nota promissória. Borderô de desconto. Capitalização de juros. Inadmissibilidade. Súmula 121 do STF. Código de Defesa do Consumidor, arts. 3º, § 2º, 47, 51, IV, 52, § 1º, e 54. Matérias de ordem pública. Conhecimento de ofício. Ilegalidade da Taxa Referencial. Adoção do INPC. Constituição da República, art. 192, § 3º. Auto-aplicabilidade. Decreto n. 22.626/33. Limitação dos juros a 12% ao ano. Multa contratual. Redução para 2%. Lei n. 9.298 de 2/8/1996. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. CPC, art. 21, *caput*, e 23. Recurso desprovido” (Ap. Cív. n. 98.003644-5, de Criciúma, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

No que tange à auto-aplicabilidade do mencionado dispositivo constitucional, cumpre-me lembrar que a norma insculpida no § 3º do artigo 192 da Constituição Federal é clara, e, a meu ver, de eficácia plena e auto-aplicabilidade imediata, ao dispor que “As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% 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” (Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 192, § 3º).

Não obstante, é sabido que o tema provocou acaloradas discussões na doutrina e jurisprudência pátrias. No entanto, após muito refletir, e, sobretudo, a partir da aprofundada leitura dos votos vencidos dos eminentes

Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Néri da Silveira e Paulo Brossard, proferidos naquela mesma ADIn, e, bem assim, sensível às últimas tendências jurisprudenciais e doutrinárias a respeito da matéria, inclusive no seio desta Corte, entendo de fazer coro àqueles que, hodiernamente, vêm como auto-aplicável o regramento constitucional em tela.

Estão, ademais, a fundamentar tal posicionamento a doutrina de José Afonso da Silva (*in* Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: RT, 1990), José Carlos Barbosa Moreira (*in* Temas de Direito Processual, São Paulo: Saraiva, 1997) e Cândido Rangel Dinamarco (*in* A Instrumentalidade do Processo, São Paulo: RT, 1990).

Nesta Corte, anoto, entre outros, os seguintes precedentes jurisprudenciais que seguem o mesmo norte: Ap. Cív. n. 00.008141-8, de Mondai, rel. Des. Nelson Schaefer Martins; Ap. Cív. n. 98.015993-8, de Xanxerê, rel. Des. Sérgio Roberto Basch Luz; Ap. Cív. n. 00.018624-4, de Urubici, rel. Des. Trindade dos Santos; Ap. Cív. n. 97.010949-0, de Maravilha, rel. Des. Pedro Manoel Abreu; Ap. Cív. n. 96.004875-8, de Sombrio, de minha lavra, dentre outros.

Assim é que, atualmente, ao que parece, o argumento daqueles que entendem não ser auto-aplicável o dispositivo constitucional mencionado encontra amparo apenas no voto vencedor proferido na ADIn n. 004-7, do colendo Supremo Tribunal Federal, o qual — há lembrar —, não possui feições vinculativas.

Anoto, nesse passo, por necessário, que, diante do entendimento quanto à auto-aplicabilidade do mencionado dispositivo constitucional, os juros remuneratórios, fixados em 12% ao ano, devem ser cobrados anualmente.

Dessa feita, estabelecidos os juros em taxa ânua, no teto permitido, resta prejudicada qualquer cogitação sobre a capitalização desses encargos, que se dará necessariamente a cada ano da contratação ou, em caso de período menor, proporcionalmente.

É que a par da limitação da taxa de juros, que inadmite a cobrança de juros sobre juros, uma vez estabelecida a taxa máxima, a capitalização mensal ainda encontra a vedação legal do art. 4º do Decreto n. 22.626/33, e da Súmula 121 do STF, *verbis*: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

Nesse sentido, colaciono o seguinte precedente desta Casa:

“Somente é possível a capitalização dos juros quando exista expresso dispositivo de lei que a admita, como para os créditos rurais (Decreto-Lei n. 167/67, art. 5º), industriais (Decreto-Lei n. 413/69, art. 5º) e comerciais (Lei n. 6.480/80, art. 5º); ‘a não ser assim, vige a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal, não revogada pela Súmula 596 do mesmo Pretório (RTJ 124/616)’ (STJ, REsp n. 16.864/SP, DJU, DE 29/3/93, pág. 5.258)” (Apelação Cível n. 44.946, de Indaial, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Feitas essas considerações, e compulsando os autos, anoto haver a autora, ora apelante, elaborado cál-

culo na petição inicial (fls. 22/24) acerca dos valores que entendia devidos a fim de consigná-los, embora a apelada, por seu turno, em momento algum, haja apresentado impugnação específica contrariando aqueles apresentados, pugnando, apenas, pelo cumprimento do contrato, defendendo suas cláusulas.

Do mencionado cálculo apresentado constato que a apelante calculou corretamente as 13 (treze) prestações já pagas corrigindo-as pelo INPC, e fazendo incidir sobre elas juros de 1% ao mês — de acordo, portanto, com o entendimento por mim adotado —, chegando ao valor total de R\$ 52.270,10 (fl. 23).

Registrou, no entanto, que o valor pago até então — respeitado o cálculo determinado pela apelada — somava R\$ 70.329,35.

Ao depois, calculou o valor das parcelas vincendas, fazendo incidir sobre elas juros constitucionais de 11% — porque relativas a onze prestações/meses — totalizando R\$ 43.445,74.

Na seqüência, somou o valor pago (R\$ 52.270,10) ao valor vincendo (R\$ 43.445,74), chegando ao total de R\$ 95.715,84.

Desse total subtraiu o que já havia pago à apelada, e o dividiu em 11 parcelas (quantidade ainda faltante), fazendo incidir sobre elas, mês a mês, a variação do INPC como fator de correção monetária.

E assim foram calculados todos os valores depositados: o primeiro depósito — relativo às prestações vencidas em 17/5/96, 17/6/96 e 17/7/96 — foi efetuado logo após o deferimento da liminar, em 23/7/96

(fl. 60), em conta vinculada ao Juízo, em 26/7/96 (fls. 62/63); o segundo depósito — relativo à prestação vencida em 17/8/96 — foi também realizado (em 19/8/96, fls. 66/67); o terceiro depósito — relativo à prestação vencida em 17/9/96 e pago na mesma data — também foi comprovado nos autos (fls. 71/72).

Ao depois, a apelante apresentou, também, comprovação do depósito da prestação vencida em 17/10/96 (fls. 134/135) — realizado em 18/10/96 —, bem como a dos depósitos das prestações vencidas em 17/11/96 e 17/12/96 (fls. 145/146 e 147/148, efetuados em 19/11/96 e 17/12/96, respectivamente).

Mediante simples cálculo aritmético constato que, de fato, foram aplicados os juros de 12% ao ano e correção monetária pelo INPC, não havendo, portanto, falar em insubsistência dos depósitos consignados.

Posto isso, pelo meu voto, tenho os depósitos efetuados na presente consignatória como subsistentes, determinando que os valores ainda devidos pela apelante, relativamente ao contrato de arrendamento mercantil objeto da presente ação, sejam pagos corrigidos monetariamente pelo INPC e que sobre eles incidam juros moratórios à taxa legal (6% ao ano) e juros remuneratórios de 12% ao ano, vedada a capitalização mensal.

Condeno a apelada ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor dado à causa.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por maioria de votos, deu provimento ao recurso, vencido o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, que entende não ser auto-aplicável a norma do artigo 192, § 3º, da Constituição Federal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni.

Florianópolis, 28 de maio de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra:

Continuo divergindo da douda maioria, por entender que o comando da norma constitucional depende de regulamentação, num contexto global do Sistema Financeiro, tese, aliás, vigente no Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Constituição (v. RE n. 290465/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 9/2/2001).

Por isso, meu voto foi no sentido de prover parcialmente o recurso.

Florianópolis, 28 de maio de 2002.

Cláudio Barreto Dutra.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.009687-4, DE GASPAR

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Reintegração de posse. Leasing. Cobrança antecipada do valor residual garantido. Prova emprestada a fim de constatar a descaracterização do contrato para compra e venda a prazo. Matéria recentemente pacificada no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça. Ação possessória. Ausência de interesse de agir. Inteligência do artigo 267, VI, e § 3º, do CPC. Extinção do feito de ofício. Recurso prejudicado.

1 — “Prova emprestada. Sua validade é igual à da que foi ou poderia ter sido colhida nos autos a que veio acostada. Requisitos necessários para tanto: que tenha sido obtida em processo no qual figuraram as mesmas partes, que na colheita da mesma tenham sido observadas as formalidades legais aplicáveis e que o fato probando seja idêntico. Recurso provido” (Ap. Cív. n. 27.059, de Ponte Serrada, rel. Des. Norberto Ungaretti, in JC 60, págs. 175/178).

2 — “A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda à prestação” (Súmula 263 do STJ).

3 — Sendo assim, carece de interesse de agir, por inadequação do meio processual, o vendedor que ajuíza ação possessória contra o comprador inadimplente.

4 — As questões de ordem pública, tais como as condições da ação, podem ser apreciadas, de ofício, em qualquer grau de jurisdição. Ausente qualquer delas, é imperiosa a extinção do feito sem julgamento do mérito, nos moldes do artigo 267, VI, e § 3º, do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.009687-4, da comarca da Gaspar (Vara do Crime, Cível e Anexos), em que é apelante Terraplanagem — Rocha Ltda., sendo apelada Boavista S.A. Arrendamento Mercantil:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Gaspar, Boavista S.A. Arrendamento Mercantil ajuizou ação de reintegração de posse com pedido de liminar contra Terraplanagem Rocha Ltda.

Deferida a liminar de reintegração de posse (fl. 28) e cumprido o mandado, a requerida interpôs agravo de instrumento cuja decisão determinou a suspensão dos efeitos da liminar reintegratória até decisão final (fls. 117/121).

Após marchas e contramarchas, o feito foi sentenciado (fls. 147/151), e o pedido foi julgado procedente, restando a ré condenada ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Irresignada, a tempo e modo, apela a vencida, aduzindo que o decisório atacado não considerou o fato de estar em curso ação consignatória envolvendo as mesmas partes, por meio da qual estava efetuando o depósito mensal das prestações referentes ao contrato de arrendamento mercantil também objeto desta ação, pretendendo desonerar-se da obrigação. Alega, ainda, que o fato de estar depositando as parcelas vencidas deveria obstar o pleito reintegratório.

Requeru, a final, o provimento do recurso (fls. 153/158).

Contra-arrazoados e preparados, subiram os autos a esta Corte.

II — Voto

Antes mesmo de adentrar na análise das razões recursais, preocupei-me em examinar o contrato de *leasing* firmado entre as partes.

Constato não estabelecer o referido contrato a forma de pagamento do Valor Residual Garantido (VRG) — devido nas hipóteses de opção de compra do bem no final do contrato —, muito embora no Quadro de Referências (fl. 13) venha indicado que o total de VRG seria de “24%

do custo total — do bem arrendado — (*reajustável*)”.

O Anexo I do pacto firmado entre as partes (fl. 19), o qual se ocupa da descrição do bem que lhe é objeto e seu valor, dispõe da seguinte forma: Veículo Modelo Scania T 112, no valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais). Disso depreende-se que o valor do VRG, na hipótese, seria R\$ 16.800,00 (dezesesseis mil e oitocentos reais).

Muito embora conste do resumo do contrato (fl. 21) que o VRG ou opção de compra seria pago apenas em 17/3/97, ou seja, ao término do contrato de arrendamento mercantil, anoto, por relevante, haver sido juntada à ação consignatória que envolve as mesmas partes (Ap. Cív. n. 98.003002-1) — e que julgo conjuntamente nesta data — um “Instrumento de Penhor de Reais” no exato valor de R\$ 16.800,00 (dezesesseis mil e oitocentos reais) a ser pago em 24 parcelas (fl. 41 da consignatória).

Na planilha de cálculo juntada também àqueles mesmos autos (fl. 42 da ação de consignação), constato que uma das colunas da tabela traz um valor *residual*, o qual adere à prestação mensal do arrendamento.

Esclareço, por oportuno, que, embora as ações não careçam de julgamento simultâneo, valho-me das provas coletadas naqueles autos a fim de embasar esta decisão.

A respeito do tema assim já se manifestou esta Casa:

“Apelação. Prova emprestada. Sua validade é igual à da que foi ou poderia ter sido colhida nos autos a que veio acostada. Requisitos necessários para tanto: que tenha sido obti-

da em processo no qual figuraram as mesmas partes, que na colheita da mesma tenham sido observadas as formalidades legais aplicáveis, e que o fato probando seja idêntico. Recurso provido” (Apelação Cível n. 27.059, de Ponte Serrada, rel. Des. Norberto Ungaretti, in JC 60, págs. 175/178).

Anoto, ainda, que na sentença proferida na consignatória — juntada a estes autos (fls. 140/144) — o Magistrado deixou claro que: “O valor do bem arrendado correspondia, na época da celebração do contrato, a R\$ 70.000,00 (setenta mil reais). Estabeleceu-se que esse valor deveria ser resgatado em 24 (vinte e quatro) contraprestações, cada qual no valor de R\$ 3.412,85, *acrescido das 24 (vinte e quatro) parcelas do VRG, cada qual em valor correspondente a 1% (um por cento) do valor do bem, ou seja, R\$ 700,00.* Vale dizer, então, que, logo de início, o custo total da operação foi de R\$ 98.708,40” (grifei — fl. 143).

Assim, pelo que se deduz da prova coligida, a forma de cobrança do VRG, embora não especificada no corpo do contrato de arrendamento mercantil firmado entre as partes, deu-se, de fato, mês a mês.

Posto isso, anoto que até recentemente podia-se colher facilmente da leitura de acórdãos — tanto desta Corte quanto de outros tribunais — a divergência sobre a cobrança antecipada do VRG.

Entretanto, o tema já está superado, sendo hoje pacífico o entendimento no sentido de que a cobrança antecipada do valor residual garantido – VRG — descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, ensejando,

assim, sua transformação em contrato de compra e venda a prazo.

Nesse sentido, vale mencionar alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“A opção de compra, com o pagamento do valor residual, ao final do contrato, é uma característica essencial do *leasing*. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83), com o desaparecimento da causa do contrato e prejuízo ao arrendatário” (REsp n. 178.272/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

E, também:

“A cobrança antecipada do Valor Residual Garantido importa na descaracterização do contrato de arrendamento mercantil, de forma a tornar inadmissível o pedido de reintegração de posse. Carência da ação” (REsp n. 296997/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior).

Não destoa desse entendimento a Corte Catarinense, consoante se depara:

“A oferta unilateral da arrendadora à arrendatária de, no final do contrato, optar pela aquisição do bem arrendado, por devolver o bem ou renovar o arrendamento, é característica essencial do contrato de *leasing*. Retirada do arrendatário qualquer uma dessas opções o contrato de arrendamento mercantil não existe. É o que ocorre quando o contrato embute cláusula de antecipação do VRG, impondo o seu pagamento ao longo da relação contratual, seja em uma úni-

ca parcela, seja em parcelas mensais, pois, com isso, eliminadas restam as opções conferidas pela lei em favor do arrendatário, vez que a aquisição do bem já se efetivou. Em tal contexto há a desnaturação do contrato de *leasing*, com a sua recharacterização como operação de compra e venda em prestações.

“Descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, a inadimplência do arrendatário há que ser dirimida no âmbito do direito creditício, mostrando-se juridicamente inviável, para tanto, a ação de reintegração de posse, para a qual carece a arrendante de interesse de agir, na modalidade adequação, gerando a sua extinção, nos moldes do art. 267, VI, do Código de Processo Civil” (Ap. Cív. n. 1998.010500-5, de Caçador, rel. Des. Trindade dos Santos).

Todavia muito recentemente tal entendimento pacificou-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pela sua Segunda Seção, ao editar a Súmula 263, a qual estabeleceu que “A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda à prestação”.

Assim, caracterizando-se o contrato em tela, conforme se infere dos documentos colacionados aos autos e da Súmula supramencionada, verdadeiro contrato de compra e venda a prazo, concluo ser incabível a ação de reintegração de posse manejada.

E isso porque, como dito, a autora ora apelada é carecedora do direito de ação, faltando-lhe interesse de agir, por inadequação do meio eleito.

É valiosa a lição de Ovídio Baptista sobre o interesse de agir:

“O legítimo interesse de agir a que se refere o art. 3º do CPC, define-se como a necessidade que deve ter o titular do direito de servir-se do processo para obter a satisfação de seu interesse material, ou para, através dele, realizar o seu direito. Se o provimento judicial pretendido por aquele que pede a proteção jurisdicional não for idôneo para a realização do direito cuja proteção se requer, seria realmente inútil prosseguir-se no processo, até a obtenção de uma sentença que desde logo se sabe incapaz de proteger o respectivo interesse da parte (...).

“Se não houver adequação entre a situação concreta de direito material indicada pelo autor e o provimento que o mesmo solicita para protegê-la, o processo resultaria inútil e o interessado estaria a fazer uso indevido do Poder Judiciário, sem qualquer utilidade prática” (*in* Curso de Processo Civil, processo de conhecimento, vol. 1, São Paulo: RT, 2000, pág. 106).

Dessa forma, ante a ausência de uma das condições da ação — interesse de agir — entendo deva ser extinto o processo sem julgamento do mérito, com base no inciso IV do artigo

267 do CPC, com a imediata devolução do veículo à apelante.

Já sopesados os pressupostos constantes do § 3º do artigo 20 do CPC, fixo os honorários advocatícios em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), segundo o critério da apreciação equitativa, na conformidade do § 4º do mesmo dispositivo legal.

Da mesma forma, pelo meu voto, julgo prejudicado o apelo interposto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade de votos, extinguiu o feito originário de ofício, na forma do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, fixando os honorários em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni.

Florianópolis, 28 de maio de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.014123-3, DE ITAIÓPOLIS

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Processo de execução. Embargos do devedor. Cheques emitidos para garantia de mútuo. Juros abusivos. Agiotagem configurada. Prática ilegal e condenável. Nulidade dos títulos. Sentença confirmada. Apelo desprovido.

I – Não obstante o entendimento prevalente segundo o qual sobre o título de crédito recai presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, ou, ainda, de que o cheque é ordem de pagamento à vista,

há que ter em conta que essa presunção sucumbe sempre que o devedor consiga demonstrar que a cambial não tem causa ou então que a sua causa é ilegítima.

II – Sendo assim, tendo o devedor alegado e o próprio credor admitido que a dívida, objeto da execucional, tem origem em empréstimo de dinheiro sobre o qual incidiram juros em taxa superior a legal, configurada está a prática de usura.

III – A usura ou agiotagem, por ser uma prática abjeta e por isto mesmo danosa à comunidade em geral e ao indivíduo em particular, encontra reprovação desde Aristóteles — perpassando, inclusive, pelos textos bíblicos — até os nossos dias, como algo que precisa ser reprimido com vigor, avultando, assim, nessa tarefa, o papel reservado à atuação do Judiciário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.014123-3, da comarca de Itaiópolis, em que é apelante Miguel Bay Filho, sendo apelado Pedro Amadeu Kachel:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Pedro Amadeu Kachel propôs, na comarca de Itaiópolis, embargos do devedor à execução que lhe foi movida por Miguel Bay Filho.

Alegou, em síntese, que a execução promovida pelo embargado funda-se em cheques dados como garantia de pagamento de dívida, sobre a qual foram cobrados juros extorsivos.

Impugnados os embargos e apresentada a réplica, foi realizada audiência de conciliação, instrução e julgamento (fls. 15/17).

Após sucessivas controvérsias no concernente aos valores devidos, sobreveio a prestação jurisdicional monocrática, a qual deu provimento parcial aos embargos (fls. 32/37).

Irresignado, apelou o exeqüente/embargado, alegando, em suma, que os valores que a decisão recorrida condenou a pagamento não representam a realidade, considerando haver emprestado muito mais dinheiro ao embargante/executado.

Contra-arrazoados e preparados, subiram os autos a esta Casa.

II — Voto

O apelo, todavia, não merece prosperar.

Travou-se, na hipótese dos autos, aguerrida discussão sobre a verdadeira origem dos três cheques que fundamentam o processo de execução.

De fato, enquanto o embargante, ora apelado, alega que recebeu, de empréstimo, quantias de, respectivamente, R\$ 5.000,00 (em 27/8/96) e R\$ 3.000,00 (em 2/7/97), o embargado, ora apelante, sustenta

haver emprestado dinheiro para aquele em três oportunidades — 27/8/96, 7/1/98 e a última em data não precisada — nos valores de R\$ 10.000,00, R\$ 10.000,00 e R\$ 5.800,00, respectivamente.

Pelo sim, pelo não, o que salta aos olhos do julgador, desde logo, é o exacerbado aumento da dívida contraída pelo apelado, daí a necessidade de se aprofundar no exame de sua origem.

De efeito, muito embora o entendimento prevalente na doutrina e na jurisprudência segundo o qual sobre o título de crédito recai presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, ou, ainda, de que “O cheque não é título causal e sim ordem de pagamento à vista, possuindo autonomia desde que preenchidos os requisitos do art. 586 do CPC” (Apelação Cível n. 96.008072-4, de Brusque, rel. Des. Nelson Schaefer Martins), há que ter em mente que tal presunção sucumbe diante de prova concreta e subsistente da invalidade da cártula.

É que, diante da literalidade e autonomia do cheque, o portador nada tem que provar a respeito de sua origem. No entanto, uma vez suscitada discussão sobre o negócio subjacente, ao devedor incumbe o encargo de provar que o título não tem causa ou que sua causa é ilegítima (Ap. Cív. n. 96.003331-9, de Biguaçu, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

De outro lado, como sabido, os artigos 1.256 e seguintes do Código Civil prevêem a possibilidade de particulares firmarem contrato de mútuo. O mútuo feneratício — empréstimo de dinheiro a juros —, por seu turno, está regulado no art. 1.262 do mesmo Di-

ploma, o qual determina que em tais casos a fixação de juros deva dar-se por cláusula expressa.

É terminantemente vedado, entretanto, pelo ordenamento jurídico em vigor, o empréstimo de dinheiro entre particulares com a cobrança de juros acima dos limites legais, dado que essa prática configura agiotagem.

É, irrecusavelmente, a hipótese dos autos.

De fato, a constatação advém, dentre outros elementos de prova coligidos aos autos, da leitura do próprio depoimento do apelante, *verbis*: “a dívida do embargante para com o deponente é decorrente de empréstimo em dinheiro; que não tem lembrança de quando foi feito o primeiro empréstimo e de quanto foi o seu valor; que foram várias as vezes em que emprestou dinheiro para o embargante; que em algumas vezes deu cheques emitidos pelo próprio deponente e, em outras vezes, entregou dinheiro vivo; *que cobrava juros do embargante no percentual de 4% ao mês*; que até hoje o embargante não lhe pagou nenhuma importância por conta dos empréstimos; que não sabe dizer qual o total que emprestou ao requerido; que fez alguns acertos com o embargante não honrados, com posteriores renegociações; que como resultado dessas renegociações; é que foram emitidos os cheques de fl. 6 do processo principal; *que dentro do valor total dos três cheques estão computados juros de 4% ao mês*” (grifei — fl. 16).

Ora, tendo o próprio apelante confessado haver se valido da precária situação financeira vivenciada, à época, pelo apelado, para dele

exigir, em face do mútuo oferecido, a cobrança de juros remuneratórios acima da taxa de 12% ao ano, segundo o patamar máximo permitido pelo Decreto n. 22.626, de 7/4/33, configurada está, não há negar, o condenável exercício da agiotagem.

Historicamente, a nefasta prática do delito de usura já encontrou censura em Aristóteles. De efeito, em 350 a. C., o notável filósofo grego já preconizava que o objetivo original da criação do dinheiro foi facilitar a permuta, mas os juros, todavia, aumentavam sobremaneira a quantidade do próprio valor da moeda circulante, salientando, a propósito, ser essa a verdadeira origem da palavra: a prole se assemelha aos progenitores, e os juros são dinheiros nascidos do próprio dinheiro. Logo, concluía ele, essa era a forma de guardar dinheiro de todas a mais contrária à natureza.

Assim sucedia nos recuados tempos bíblicos, como bem acentuado por Ruy Barbosa Marinho Ferreira, em sua obra *Agiotagem*:

“A agiotagem ou usura, ou ainda, empréstimo a juros é contrato que, durante séculos, foi encarado com aversão pelos moralistas impregnados de certas frases da Bíblia Hebraica, que, embora proibissem os juros entre hebreus, permitiam que estes o exigissem livre e até ilimitadamente aos não-hebreus de tal sorte que, em todos os tempos e em toda a parte, a palavra usurário ou agiota foi sinônimo de judeus. O Direito Canônico, exagerando essas frases do Antigo e do Novo Testamento, combateu severamente o juro na usura entre cristãos, até que o Concílio de Latrão ge-

neralizou a proibição desse tipo de empréstimo, e que foi reforçada com a pena de excomunhão pelos papas Alexandre III, Gregório X, Clemente V e Bento XVI. Foi necessário este rigor contra os prestamistas que, por meio de agiotagem ou usura, chegaram a ter nas suas garras os reis, os nobres e o clero nos séculos passados” (Leme, *Edijur*, 2001, 2ª ed., págs. 12/13).

E no Brasil Imperial repudiava-se fortemente a usura, como denota esta disposição contida nas Ordenações do Reino, *verbis*:

“Nenhuma pessoa, de qualquer estado e condição que seja, dê ou receba dinheiro, prata, ouro, ou de qualquer outra quantidade pesada, medida, ou contada, a usura, porque possa haver, ou dar alguma vantagem, assim por via de empréstimo, como de qualquer outro contrato, de qualquer qualidade, natureza e condição que seja, e de qualquer nome que possa ser chamado’ (Liv. 4º, tit. 67, *in pr.*)” (De Plácido e Silva, *in Vocabulário Jurídico*, 15ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998).

Mais recentemente, na década de 30, envolvido em outros contornos históricos, promoveram-se, com Getúlio Vargas, várias mudanças na economia do País, ao tempo em que surgiu o Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933, conhecido como Lei da Usura, limitativo da taxa de juros em, no máximo, 12% ao ano (art. 1º).

Surgiu, ao depois, a Lei n. 1.521, de 26/12/51, dispondo que a cobrança de juros acima do patamar legal caracteriza crime contra a economia popular.

Reportando-se aos dias hodiernos, De Plácido e Silva define assim a prática usurária:

“No conceito atual, usura não significa simplesmente o interesse devido pelo uso de alguma coisa. É o interesse excessivo, isto é, a estipulação exagerada de um juro, que ultrapasse ao máximo da taxa legal, ou a estipulação de lucro excessivo, ou excedente do lucro normal e razoável”.

Para Marinho Ferreira, antes citado, “A agiotagem e a usura caminham juntas, tanto que o termo ‘agiotagem’, por ser sinônimo de ‘usura’ é pouco debatido em nosso mundo jurídico. Significa obter para si vantagem cobrando juros superiores à taxa permitida por lei, abusando da necessidade ou leviandade de outra parte” (*op. cit.*, pág. 2.001, pág. 16).

Como fácil é concluir do acima exposto, os institutos da usura ou agiotagem exprimem idéias idênticas, e, com razão, vêm sido reiteradamente combatidos pelos sistemas jurídicos, em razão dos danos que ensejam à sociedade em geral e aos indivíduos em particular.

Tanto isso é verdadeiro que, a par da legislação infraconstitucional que reprime essa prática abusiva e condenável, acima mencionada, o próprio legislador constitucional entendeu de dispor a respeito da matéria, como se constata da leitura de seu artigo 192, § 3º, da Constituição da República:

“As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usu-

ra punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determina” (grifei).

Assim é que, hodiernamente, os tribunais pátrios vêm engrossando cada vez mais o coro daqueles cujo entendimento defendem a idéia da auto-aplicabilidade dos juros reais, constitucionalmente instituídos, sobretudo estendendo-o ao próprio sistema bancário nacional, malgrado o posicionamento adverso — majoritariamente, é verdade — existente no Supremo Tribunal Federal.

Convém salientar, como bem assinalado, a propósito, por Humberto Theodoro Júnior, que “Por outro lado, a circunstância de incluir juros excessivos num contrato ou num título de crédito não conduz necessariamente a sua nulidade ou invalidez. O que a Lei de Usura fulmina é apenas a cláusula onzenária.

“Destarte, deve prevalecer o negócio jurídico naquilo que não for afetado pela cláusula ilícita, reduzindo-se a remuneração do capital à taxa permitida em lei.

“No caso, porém, de execução, o título tem, necessariamente, que se revestir dos requisitos da liquidez e certeza (CPC, art. 586). Dessa forma, se nele se computaram juros ilegais, sua força executiva só persistirá quando houver condições de preservar sua liquidez mesmo depois da anulação da cláusula usurária” (Humberto Theodoro Júnior, *in* Títulos de Crédito e outros títulos executivos, São Paulo. Saraiva, 1986, pág. 112).

Entretanto, examinando a hipótese dos autos, anoto não ser possível apurar o real valor do débito exigível, porquanto, em seus depoimentos pessoais (fls. 15/16), as partes divergem

substancialmente quanto ao efetivo montante da importância mutuada.

Diante dessa circunstância, não se define, pelo título e demais provas dos autos, com segurança, o *quantum debeatur*. E, não havendo precisão no que diz respeito à importância realmente devida pelo obrigado, o caso é de obrigação ilíquida e por isso mesmo inexigível, inexistindo dúvidas, pois, a respeito de os cheques haverem perdido a condição de títulos executivos extrajudiciais, posto que ausente o requisito da liquidez, por não mais representar ordem de pagamento à vista.

Nesse sentido colaciono, a propósito, o seguinte precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Apelação cível. Embargos à execução. Termo de acordo por confissão de dívida. Empréstimo de dinheiro entre particulares. Cobrança de juros acima do limite legal de 12% ao ano. Prática confessa pelo exequente em depoimento pessoal. Agiotagem. Nulidade do título. Lei de Usura (artigos 1º e 11). Extinção da execução” (Apelação Cível n. 599470861, rel. Des. Matilde Chabar Maia, j. em 19/6/01).

Assim, reconhecida, pelo próprio apelante — que confessa haver cobrado, no caso, juros “módicos” de 4% ao mês — a prática de agiotagem, os cheques, emitidos em garantia do mútuo, são nulos, não havendo falar, portanto, em títulos executivos extrajudiciais aptos a embasar a execucional.

Anoto, neste particular, o seguinte precedente:

“Apelação cível execução agiotagem. Confissão de dívida. Confirmação da prática da agiotagem. Tem-se por nulo o título executivo embasador da execução. Título alicerçado em nulidades que não se convalidam pela novação (art. 1.007 CCCB). Apelo improvido” (TJRS — Apelação Cível n. 70001167022, rel. Des. Mário José Gomes Pereira, j. em 19/9/00).

Em suma, diante da admissão, pelo apelante, de que a dívida em execução teve origem em empréstimo de dinheiro sobre o qual incidiram juros em taxa superior a legal, não há mais aceitar os cheques como representativos de dívida líquida, certa e exigível, sob pena de se configurar enriquecimento sem causa do mutuante em detrimento do mutuário

Posto isso, pelo voto, nego provimento ao recurso, mantendo intocada, de conseguinte, a sentença que é da boa lavra do Dr. Gilmar Nicolau.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, sem discrepância de votos, decidiu negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni.

Florianópolis, 9 de abril de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.019393-4, DE TIJUCAS**Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento**

Apelação cível — Acidente de trabalho — Responsabilidade civil — Culpa da requerida — Dever de indenizar.

Grau de culpa — Ausência de necessidade de demonstração — Artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal — Aplicação da norma de direito superveniente.

Restrições à locomoção — Aquisição de automóvel — Necessidade de adaptação em automóvel decorrente do acidente — Inclusão das despesas na indenização — Função reparatória.

Danos morais — Privilegiada situação econômica da empresa lesante — Majoração — Possibilidade — Função dissuasora da responsabilidade civil.

Inabilitação para o trabalho — Pensão vitalícia — Artigo 1.539 do Código Civil — Dever de indenizar.

Constituição de capital — Garantia do cumprimento das prestações alimentares — Artigo 602 do Código de Processo Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.019393-4, da comarca de Tijucas, em que é apelante e apelada Cerâmica Portobello S.A., sendo apelado e apelante Odilon Duarte Neto:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso interposto pela Cerâmica Portobello S.A. e dar provimento ao recurso interposto por Odilon Duarte Neto.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de ação ordinária de indenização aforada por Odilon Duarte Neto contra Cerâmica Portobello S.A., objetivando a reparação dos da-

nos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho.

Alegou o autor que o acidente de trabalho causador da amputação de seus membros inferiores decorreu da negligência e imprudência da requerida, pugnando pela condenação desta ao pagamento de indenização de cunho moral e material.

O douto julgador singular, em decisão de fls. 580/583, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados, condenando a requerida ao pagamento do equivalente a mil salários mínimos a título de indenização dos danos morais, bem como ao pagamento de uma pensão mensal no valor de 7,48 salários mínimos.

Irresignada, a requerida interpôs recurso de apelação, alegando, em síntese, a ausência de culpa no acidente e a impossibilidade de aplicação do artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, ao presente caso. Pugnou, ademais, pela redução da indenização pelos danos morais.

O autor, igualmente inconformado com a prestação jurisdicional, interpôs apelação, requerendo a complementação da indenização dos danos materiais e a majoração dos danos morais.

Contra-razões do autor e da requerida às fls. 627/632 e 641/647, respectivamente.

Após a manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pelo provimento parcial do recurso interposto pelo autor, vieram os autos.

II — Voto

Inicialmente, passa-se à análise da apelação interposta pela requerida, Cerâmica Portobello S.A.

Sustenta a requerida a ausência de culpa no acidente, pugnando pela elisão de seu dever de indenizar.

Em que pesem suas alegações, resta inequivocamente demonstrada nos autos a culpa na ocorrência do infortúnio, não devendo ser acolhidos os seus argumentos nesse sentido.

Cumprido ao empregador, é conhecido, fornecer aos seus empregados as adequadas informações acerca da segurança no ambiente de trabalho, além de propiciar o necessário treinamento e as condições materiais indispensáveis à manutenção da integridade física daqueles.

Os depoimentos colhidos em audiência, todavia, demonstram a desídia da requerida no cumprimento desses misteres, pelo que inarredável o seu dever de indenizar.

Benevuto Sabino, responsável pelo acionamento da máquina causadora do acidente, asseverou em seu depoimento (fl. 561):

“...não haviam avisado ao depoente que havia pessoas trabalhando no local...”

“...que o depoente viu o autor do lado de fora do moinho trabalhando; que o mesmo fazia perfurações; que ligou o moinho para fazer o descarregamento, e então aconteceu o acidente; que foi o chefe do depoente que mandou descarregar o moinho...”.

Percebe-se, dessa feita, que não obstante encontrar-se o autor executando os serviços de perfuração junto ao moinho, fora determinado o acionamento deste, expondo aquele ao acidente descrito na peça inicial.

O depoimento de Uduvaldo Pedro Vieira (fl. 560), por sua vez, demonstra que a requerida não forneceu satisfatoriamente as condições de segurança necessárias à execução do serviço do autor, possibilitando a ocorrência do infortúnio, senão vejamos:

“...que no local, para ser efetuado o serviço, há a necessidade de desligamento da máquina...”

“...que na época a empresa estava iniciando e não havia curso de prevenção de acidentes...”.

Desse modo, resta demonstrada a culpa da requerida na ocorrência do infortúnio, devendo ser afastadas as alegações nesse sentido.

Ressalte-se, ademais, a desnecessidade de averiguar o grau de culpa da conduta lesiva da requerida, pois, não obstante ter-se dado o infortúnio anteriormente à vigência da Carta Magna, o entendimento jurisprudencial reconhece a possibilidade de aplicação da lei superveniente no presente caso, dado o caráter eminentemente social da norma insculpida no artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal.

Nesse sentido, é farta a jurisprudência, a exemplo dos seguintes julgados:

“Acidente de trabalho. Indenização. Direito comum. Culpa da empregadora. Sinistro ocorrido antes da vigência da Constituição Federal de 1988. Aplicação de norma de direito superveniente. CF, art. 7º, inc. XXVIII. Incapacidade parcial para o trabalho. Pensionamento. Dano estético. Recurso parcialmente provido.

“A circunstância de que a empregadora não teria agido com dolo ou culpa grave não afasta a sua responsabilidade de indenizar, pois a empresa deve responder na forma do direito comum pelas lesões sofridas pelo obreiro, mesmo que a culpa tenha sido leve, diante do disposto no art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal de 1988.

“Se o sinistro ocorreu antes da vigência da nova ordem constitucional, aplica-se a norma de direito superveniente.

“A culpa da empresa caracteriza-se, nas modalidades de omissão e negligência, se deixa de adotar todas as medidas de segurança necessárias e determina que empregado opere maquinário perigoso — serra circular, daí resultando o acidente e a perda anatômica, com diminuição da capacidade

laboral e deformidade permanente” (Apelação Cível n. 50.343 (88.086311-2), de Joinville, Des. Nelson Schaefer Martins).

Ainda:

“Indenização — Responsabilidade civil — Acidente do trabalho — Vigência da Lei n. 6.367/76 — Inadmissibilidade — Aplicação do artigo 7º, XXVIII, da Constituição da República — Impossibilidade de restrição da responsabilidade do empregador — Indenização de direito comum — Irrelevância do grau de culpa — Recurso provido. A partir da edição da Lei n. 6.367/76 não mais se restringe a responsabilidade do empregador pela indenização de direito comum aos casos de dolo e culpa grave, passando a responder todos aqueles que para os mesmos tenham ocorrido com culpa, em qualquer grau, ainda que leve” (TJSP — AC n. 217.689-1 — Campinas — 8ª C. Cív. — rel. Des. Felipe Ferreira — j. 31/5/1995 — v. u.).

“Ação acidentária — Acidente *in itinere* — Fratura da perna direita — Redução da capacidade funcional atestada pela perícia médico-judicial — Auxílio-acidente devido.

“Demonstrando o *expert* do juízo que o acidente sofrido pela autora, ao dirigir-se para o trabalho, reduziu sua capacidade para o desempenho das funções habituais, inarredável a concessão do benefício do auxílio-acidente.

“Auxílio-acidente — Percentual — Lei n. 9.032/95 — Aplicabilidade aos acidentes ocorridos anteriormente à sua vigência.

‘I. O juiz, na aplicação da lei, deve atender aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum.

“II. A lei de acidentes de trabalho tem essas características. Daí que, se o auxílio passa a ser pago em percentagem mais elevada, por força da lei nova, que sendo de ordem pública, com aplicação imediata, alcança os casos pendentes de julgamento, é ela que deve ser aplicada’ (STJ)” (Apelação Cível n. 99.005068-8, de Criciúma, Des. Eder Graf).

Afastam-se, destarte, as alegações da requerida nesse sentido.

Com relação à redução do valor da indenização dos danos morais, será oportunamente apreciada com o recurso do autor, ante a pretensão de majoração por parte deste.

O autor, por sua vez, em sede recursal, pretende a inclusão das despesas referentes ao automóvel adquirido, bem como das adaptações necessárias, nos danos materiais a serem reparados.

Pretende, ainda, o recebimento de indenização correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, a condenação da requerida à constituição de capital para assegurar o pagamento da indenização e, ao final, a majoração da indenização dos danos morais.

Inicialmente, no que tange ao pedido de inclusão das despesas referentes ao automóvel e suas adaptações, necessário tecer algumas considerações.

Não há que se olvidar das flagrantíssimas dificuldades de locomoção do autor, decorrentes do infortúnio. As restrições físicas causadas pela perda dos membros inferiores refletem-se no cotidiano do autor, cujo deslocamento para o exercício das atividades rotineiras fica

extremamente prejudicado, quiçá inabilitado.

Ora, uma das finalidades da responsabilidade civil consiste exatamente no estabelecimento, dentro do possível, do *status quo* anterior à lesão. Indenizar, pois, é tornar indene.

Dessa forma, em atendimento a essa função reparatória, cumpre à requerida arcar com as despesas referentes ao automóvel adquirido pelo autor, bem como das referidas adaptações necessárias ao seu uso, reduzindo-se as restrições à sua locomoção.

Assim, deve ser acolhida a pretensão nesse tocante, condenando-se a requerida ao pagamento das despesas referentes ao automóvel adquirido e suas adaptações, relatadas na peça inicial.

Com relação à pensão correspondente ao trabalho para o qual se inabilitou o autor, cumpre observar o disposto na norma reparatória insculpida no artigo 1.539 do Código Civil:

“Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.

Depreende-se da norma citada que a indenização deve compreender uma pensão correspondente à depreciação da força de trabalho do ofendido.

No presente caso, verifica-se que a requerida possibilitou ao autor permanecer nos quadros da empresa, embora em função distinta da ocupada

anteriormente. Ocorre que esse remanejamento não supre a inabilitação do autor para o trabalho para que se inabilitou, ante a expressa previsão legal dessa reparação.

Extrai-se da sentença atacada que a requerida foi condenada “a pagar ao autor o valor equivalente a 7,48 salários mínimos, mensalmente, a título de complementação salarial, até a data da sua aposentadoria, mesmo em caso de demissão, podendo o valor ser deduzido de seus vencimentos brutos auferidos na prestação laboral desenvolvida na empresa” (fl. 583).

Assim, deve ser assegurado ao autor, além desse pagamento, uma pensão mensal vitalícia correspondente a três salários mínimos, devidas a partir da citação, consoante os termos da peça inicial, em atendimento ao comando legal mencionado.

Pugna, ademais, o autor, pela condenação da requerida à constituição de capital com o escopo de assegurar o pagamento da indenização.

De fato, nos termos do artigo 602 do Código de Processo Civil, “toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento”.

Acerca da matéria, já decidi este egrégio Sodalício:

“Responsabilidade civil — Morte resultante de acidente laboral — Ausência de condições de segurança — Culpa do empregador — Negligência — Obrigação de indenizar — Pensão alimentícia fixada em 2/3 do que percebia a vítima à época do evento — Danos morais — Fixação adequada — Constituição de capital na forma do art.

602 do CPC — Empresa privada — Honorários advocatícios — Ato ilícito relativo — Aplicação dos arts. 20, § 3º, e 260 do CPC — Percentual deve incidir sobre a soma das prestações vencidas e um ano das vincendas — Apelos desprovidos.

(...)

“Via de regra, devem as empresas privadas constituir capital para garantir as prestações vincendas a que forem condenadas” (Apelação Cível n. 97.014211-0, de Joaçaba, Desembargador Alcides Aguiar).

E:

“As empresas privadas não podem ser dispensadas da constituição de capital para assegurar o cumprimento da obrigação” (Apelação Cível n. 34.348, de Xanxerê, Des. Nestor Silveira, DJ de 16/11/90).

Assim, ante a expressa disposição legal, corroborada pelo entendimento colacionado, impõe-se a condenação da requerida a constituir capital com o escopo de assegurar o pagamento da indenização de cumprimento continuado, dado o seu caráter eminentemente alimentar.

Por fim, no que tange à majoração da indenização dos danos morais, a análise do abalo anímico suportado pelo autor, juntamente com a capacidade econômica da lesante, autorizam tal pretensão.

O dano moral, na lição do eminente professor Fernando Noronha, “...em última análise, é sofrimento: sofrimento experimentado por seres humanos, como resultado da lesão de quaisquer valores ligados ao corpo ou ao espírito da pessoa” (Apostila de Direito

das Obrigações. Obra inédita, parte II, capítulo 10, pág. 412).

A indenização pelos danos dessa natureza, então, deve proporcionar ao lesado um lenitivo à sua dor, ao sofrimento experimentado em decorrência da lesão suportada.

Desse modo, a gravidade da lesão, assim como a duração e a intensidade da dor, constituem importantes critérios de avaliação para o arbitramento da indenização devida.

No presente caso, mostra-se dispensável tecer maiores considerações acerca da gravidade da lesão. A perda dos membros inferiores causou ao autor prejuízos irreparáveis no tocante a sua locomoção, além da deformidade estética, o que inegavelmente constitui abalo anímico gravíssimo.

A impossibilidade de adaptação ao uso de próteses, por sua vez, acentua a duração e a intensidade da lesão, tendo em vista a ausência de perspectiva de diminuição dos prejuízos mencionados, quais sejam, estéticos e à locomoção.

Ocorre que a responsabilidade civil, além de sua função reparatória, possui uma função preventiva, ou dissuasora, destinada a desestimular a reiteração da conduta lesiva.

Para tanto, há de ser considerada a condição econômica do lesante na fixação do montante reparatório, a fim de dar efetivo cumprimento à função dissuasora.

A Cerâmica Portobello S.A., consoante se depreende de suas demonstrações financeiras (fls. 65/66), atingiu no ano de 1994 um faturamento equivalente a R\$ 115,8 milhões, com destacada atuação no mercado nacio-

nal e internacional de pisos e revestimentos cerâmicos.

As informações veiculadas pela requerida em seu endereço eletrônico, por sua vez, demonstram que no ano de 1999 seu faturamento anual atingiu a marca dos R\$ 218 milhões, sendo notório o seu poderio econômico.

Assim, procede a irresignação do autor referente ao *quantum* indenizatório de cunho extrapatrimonial, tendo em vista que a indenização deve ser hábil a inibir a reiteração da conduta lesiva, sob pena de supressão da eficácia de sua finalidade reparatória.

Desse modo, reforma-se a sentença atacada nesse particular, condenando-se a requerida ao pagamento de indenização pelos danos morais no valor equivalente a 1.500 (mil e quinhentos) salários mínimos.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento ao recurso interposto pela Cerâmica Portobello S.A. e dá-se provimento ao recurso de Odiilon Duarte Neto, a fim de aumentar o valor da indenização dos danos morais para o equivalente a 1.500 (mil e quinhentos) salários mínimos; condenar a requerida ao pagamento das despesas referentes à aquisição do automóvel e respectivas adaptações, devidamente corrigidas; bem como ao pagamento de pensão mensal vitalícia equivalente a três salários mínimos, devidos a partir da citação e, por fim, à constituição de capital com o escopo de assegurar o pagamento da pensão mensal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Volpato. Pela douta Procuradoria-Geral

de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 5 de março de 2002.

*Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
Wilson Augusto do Nascimento,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.008392-6, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível – Ação de rescisão contratual c/c perdas e danos – Carência de ação – Ausência de interpelação judicial – Providência suprida pela ação cautelar preparatória – Preliminar afastada – Prova da quitação – Ônus do réu – Não comprovação – Procedência do pedido de rescisão – Perda das arras – Danos ao veículo e desgaste pelo uso – Prejuízos indenizáveis – Retenção dos depósitos incidentais efetuados na ação cautelar – Legalidade.

Ainda que não efetivada a interpelação judicial, propriamente dita, na forma dos arts. 867 a 873 do Código de Processo Civil, tal providência considera-se suprida pela ação cautelar preparatória, mormente por ter-se dado ao réu ciência formal do intento do autor de rescindir a avença, isso anteriormente à propositura da respectiva ação. Assim, não se pode alegar ausência de prévia constituição em mora ou interpelação, sendo certo de que não há carência de ação.

Se o réu admite a existência do contrato no qual se fundamenta o pedido inicial, alegando, em sua defesa, fato extintivo do direito do autor, qual seja, o cumprimento das obrigações assumidas, assume o ônus de provar esse fato extintivo, mediante a comprovação da quitação das prestações devidas em razão da avença.

Consoante o parágrafo único do art. 1.092 do Código Civil, “a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos”. De acordo com o art. 1.097 do mesmo código, rescindido o contrato por culpa do que deu arras confirmatórias, perde aquele estas em favor da outra parte.

Rescindido o contrato, condenado o réu a indenizar os prejuízos causados ao autor, devem os depósitos incidentais permanecer vinculados ao juízo, como garantia do pagamento da indenização. Trata-se de medida inspirada nos princípios da economia processual.

al e da instrumentalidade do processo, adequada para assegurar a eficácia do provimento jurisdicional e a satisfação do direito do autor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.008392-6, da comarca de Criciúma (3ª Vara), em que é apelante Francisco de Assis Guimarães Carvalho, sendo apelado Sérgio Murilo Bainha:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Sérgio Murilo Bainha ajuizou ação de rescisão contratual c/c perdas e danos contra Francisco de Assis Guimarães Carvalho, pretendendo rescindir contrato de compromisso de compra e venda de uma motocicleta marca Suzuki, por falta de pagamento integral das arras e das prestações, por parte do réu compromissário.

Requeru: a) a rescisão do contrato; b) o recebimento da quantia ainda não paga, referente às arras; c) a indenização por perdas e danos; d) os danos morais; e) a reintegração na posse da motocicleta.

Contestando, o réu afirmou ter cumprido com suas obrigações, sendo descabidas alegações contidas na inicial. Aduziu ter efetuado depósitos incidentais, na ação cautelar de busca e apreensão (convertida em ação de seqüestro) aforada pelo autor, o que prova seu intuito de adimplir todas as obrigações da avença. Pug-

nou pela improcedência dos pleitos formulados.

Encerrada a instrução processual, com a ouvida de testemunhas, oferecidas as alegações finais, sobreveio sentença julgando procedentes, em parte, os pedidos formulados na inicial para: a) rescindir o contrato de compromisso de compra e venda; b) reintegrar o autor na posse do bem; c) determinar a perda das arras em favor do autor; d) condenar o réu ao pagamento das arras restantes, no valor de US\$ 1.166,26 (mil, cento e sessenta e seis dólares e vinte e seis centavos de dólar), mais a quantia de R\$ 3.720,00 (três mil e setecentos e vinte reais), a título de perdas e danos; e) condenar o réu ao pagamento de lucros cessantes, a serem apurados em liquidação de sentença.

Irresignado, o réu interpôs apelação cível, asseverando, preliminarmente, a ilegalidade da retenção dos depósitos efetuados incidentalmente à ação cautelar. Aduziu ser o apelado carecedor do direito de ação, por não ter efetuado prévia notificação para a regular constituição em mora. No mérito, asseverou ter pago integralmente as arras, tanto que há expressa quitação no contrato. Quanto às parcelas, afirmou nunca ter incorrido em mora, não havendo, pois, qualquer inadimplemento contratual. Insurgiu-se, finalmente, contra a condenação perdas e danos.

Contra-razões aplaudindo a sentença hostilizada.

É o relatório.

II — Voto

Primeiramente, afasta-se a preliminar de carência de ação, por falta de prévia notificação do apelante para sua constituição em mora. Consoante o art. 960, *caput*, do Código Civil, “o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor”. O contrato acostado aos autos (fls. 64/65) prevê datas específicas para o pagamento das arras e das prestações, as quais constituem obrigações positivas e líquidas. Assim, o alegado inadimplemento acarretou, de pleno direito, a constituição em mora do apelante, segundo o princípio *dies interpellat pro homine*.

O não pagamento das arras e prestações, suficiente para a constituição em mora, não configurou, porém, o inadimplemento absoluto, pois as prestações ainda eram úteis ao credor apelado.

Por sua vez, dispõe o art. 119 do Código Civil:

“Art. 119. Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido; mas, verificada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe.

“Parágrafo único. A condição resolutiva da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interposição judicial, no segundo”.

Como é cediço, considera-se implicitamente inserida nos contratos bilaterais a cláusula resolutiva tácita da obrigação. Dessa forma, verificada

a mora do apelante, abriram-se para o apelado (credor) duas possibilidades: cobrar os valores em atraso, com os respectivos consectários, ou pleitear a rescisão do contrato com eventual indenização por perdas e danos. Adotando esta última alternativa, caberia, antes de propor a ação de rescisão contratual, proceder à interposição judicial do apelante (devedor) para dar-lhe ciência da escolha e possibilitar-lhe a purgação da mora.

É certo que não houve interposição judicial, propriamente dita, na forma dos arts. 867 a 873 do Código de Processo Civil. No entanto, a ação cautelar deflagrada pelo apelado supriu a referida interposição, mormente porque deu ciência formal ao apelante acerca do intento de rescindir a avença, anteriormente à propositura da respectiva ação. Assim, não se cogite da ausência de prévia constituição em mora ou interposição do apelante, sendo certo de que não há, na espécie, carência de ação.

Nesse sentido:

“Contrato de compra e venda de coisa móvel. Ação de rescisão cumulada com perdas e danos. Em caso de falta ou atraso de pagamento, pode o autor exigir a obrigação de pagar ou rescindir o contrato de compra e venda.

“Nos contratos carentes de cláusulas de arrependimento ou resolutiva expressa, para que possam ser rescindidos, necessária se faz a prévia interposição judicial para caracterizada ficar a inadimplência absoluta, quando subsiste a possibilidade de se purgar a mora.

“Ação cautelar preventiva de busca e apreensão do veículo, que supre a notificação” (Apelação Cível

n. 38.641, de Maravilha, rel. Des. Pro-tásio Leal).

Adentrando no âmago da questão, impõe-se, de início, perquirir acerca do inadimplemento contratual. Para tanto, não pode deixar de ser lembrada a regra fundamental sobre o ônus da prova, contida no art. 333, *caput*, do Código de Processo Civil:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

“I — ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

“II — ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Discorrendo sobre o sistema legal do ônus da prova, ensina Humberto Theodoro Júnior:

“Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretensão direito. *Atore non probante absovitur reus*. Quando, todavia, o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte-se. É que, ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação. (...) A controvérsia deslocou-se para o fato trazido pela resposta do réu. A este, pois, tocará o ônus de prová-lo.

Assim, se o réu na ação de despejo por falta de pagamento nega a existência da relação *ex locato*, o ônus da prova será do autor. Mas, se a defesa basear-se no prévio pagamento dos aluguéis reclamados ou na inexigibilidade deles, o *onus probandi* será todo do réu” (Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, 28ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, vol. 1, pág. 424).

In casu, o apelante não negou a existência do contrato de compromisso de compra e venda. Ao contrário, admitiu a existência dessa avença, na qual se fundamenta o pedido inicial, alegando, em sua defesa, fato extintivo do direito do apelado, qual seja, o cumprimento das obrigações assumidas. Destarte, recai para o apelante o ônus de provar esse fato extintivo, o que deveria ser feito com a comprovação da quitação das prestações devidas em razão do contrato. Essa prova, porém, não foi produzida pelo apelante, o qual não logrou êxito em demonstrar ter adimplido todas as suas obrigações, de modo a rechaçar a rescisão contratual pleiteada pelo apelado. É o que se demonstra a seguir.

Das arras:

Reportando-se à cláusula quarta do contrato (fl. 65), o apelante asseverou ter pago as arras na data da celebração da avença, recebendo, pois, a respectiva quitação. Dispõe a referida cláusula: “o segundo contratante paga neste ato as arras no valor de US\$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos dólares americanos), sem cláusula de arrendimento”.

Na sua contestação, afirmou:

“Parece que está bem claro. A quitação do pagamento das arras foi dada ao requerido no próprio contrato, através da cláusula acima, sendo que esta em momento algum foi questionada pelo requerente. Agora, a forma aceita pelo requerente para receber essas arras é outra história. O que propôs o requerido foi o pagamento das arras com três cheques de terceiro, pré-datados, no valor total de R\$ 7.500,00. Após convertidos para dólar americano, restaria uma diferença para os US\$ 7.800,00, a qual seria paga no ato. E o requerente aceitou! Tomou consigo uma quantia em dólares, os três cheques com vencimento para 10/4/97; 10/5/97 e 10/6/97 e deu quitação das arras no contrato”.

Essa versão que o apelante pretende dar aos fatos, entretanto, não é aceitável. Na lição de Washington de Barros Monteiro, “sinal ou arras é quantia em dinheiro, ou outra coisa fungível, entregue por um a outro contratante, a fim de assegurar o pontual cumprimento da obrigação. As arras constituem cláusula acessória do contrato, aperfeiçoando-se com a entrega de uma coisa, em firmeza do negócio (*re perficitur obligatio*)” (Curso de direito civil. 24ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, vol. 5, pág. 40). Acerca das arras confirmatórias, leciona o referido autor:

“Tríplice a função das arras confirmatórias: é confirmação do contrato, que se torna obrigatório; é antecipação da prestação prometida pelo contratante; e é prévia determinação das perdas e danos pelo não cumprimento das obrigações. Dessas funções, a primordial é a confirmação do negócio; a entrega do sinal indica o

aperfeiçoamento do contrato e que este se acha concluído, fazendo lei entre as partes. Antes de sua entrega, permanecem as negociações no abstrato terreno da polibitação; mas, entregue o sinal, provado está o acordo de vontades e o contrato se reputa ultimado (*juris et de jure*), não mais sendo lícito, a qualquer dos contratantes, rescindir unilateralmente o ato jurídico” (*op. cit.*, pág. 41).

Pelos termos do contrato, sobretudo pela cláusula quarta (fl. 65), constata-se ter sido ajustado o pagamento de arras confirmatórias, vedada a possibilidade de arrependimento. Assim, a quantia de US\$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos dólares americanos) deveria ser paga na data da celebração do contrato, como princípio de pagamento, tornando obrigatório o cumprimento da avença (arts. 1.094 e 1.097 do Código Civil).

É fato incontroverso ter o apelante pago o valor das arras com três cheques de terceiro, pós-datados, no valor total de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), os quais estão acostados aos autos às fls. 84/86. Sabe-se que o cheque pós-datado retira da cártula sua característica fundamental, que é ser uma ordem de pagamento à vista. É cediço, outrossim, que as arras confirmatórias se aperfeiçoam com a entrega da coisa, se estipuladas em dinheiro, com o pagamento do respectivo valor, no momento da celebração do contrato. Isso, sem dúvida alguma, não ocorreu no caso em questão, pois os cheques foram pós-datados para pagamento em 10/4/97 e 10/6/97 (fls. 86/84), sendo que o contrato foi firmado em 11/2/97.

Oportuno citar o depoimento da testemunha Cristian Campos da Silva:

“...que o depoente à época dos fatos trabalhava na empresa Vício da Gula e viu quando o autor foi conversar com o proprietário, Aderbal Coelho Júnior, tentando cobrar três cheques de R\$ 2.500,00 cada um, os quais teriam sido devolvidos pelo banco; que os cheques, ao que recorda o depoente, eram do banco Sudameris e não havia saldo para o pagamento, tendo Aderbal sustado o pagamento através de contra-ordem ao banco; que na época Aderbal era o único responsável na emissão de cheques da empresa; que várias vezes houve telefonemas para recebimento da importância, com promessas por parte da empresa para acerto no dia seguinte ou em prazo pequeno, o que não ocorreu; que o requerido comprou da empresa Vício da Gula ou Coelho's Comércio, Importação e Exportação Ltda., como registrada na Junta Comercial, um *Jet Sky* pelo preço de quinze ou dezesseis mil reais, pagando apenas parte do valor; que a mercadoria foi devolvida para posterior devolução do valor pago pelo requerido; o que de fato ocorreu após a nova venda do equipamento em abril ou maio de 1997; que o depoente trabalhou na empresa até dezembro de 1996, mas até hoje mantém contato diário com o Aderbal e funcionários; (...) que o valor devolvido ao requerido foi através de três cheques de R\$ 2.500,00 cada um (...); que os cheques foram aqueles que o autor tentou cobrar da empresa; que o depoente esclarece que em razão de dívida do requerido para com o autor, os cheques foram emitidos por Aderbal direta-

mente para o nome do autor (...)” (fl. 247).

O conjunto probatório revela não ter o apelante cumprido com a cláusula quarta do contrato, referente às arras. Pagou-as ao apelado com cheques pós-datados, e não à vista, os quais não puderam ser descontados, por falta de crédito em conta corrente ou pelo fato de terem sido sustados pelo emitente. Somente após várias tentativas e depois de transcorrido certo lapso temporal, o apelado conseguiu receber o valor correspondente aos cheques, que era, ressalte-se, inferior ao montante das arras devidas.

Conclui-se, portanto, não ter o apelado recebido as arras no valor e tempo previstos no contrato, por culpa exclusiva do apelante, o qual, por esta razão, descumpriu os termos da avença, incorrendo em mora.

Das prestações:

Quanto às demais prestações, previstas na cláusula terceira do contrato (fl. 64), não há nos autos qualquer recibo de quitação. O apelante afirmou, em seu depoimento pessoal, não ter pego recibo de nenhuma das prestações que pagou (fl. 225). Era seu, no entanto, o ônus da prova do pagamento, para refutar a inadimplência noticiada na exordial.

Da inadimplência:

Pelo até aqui exposto, conclui-se, sem sombra de dúvida, ter o apelante descumprido as obrigações assumidas em razão do contrato, incorrendo em mora no pagamento das arras e das prestações ajustadas. Daí, a procedência do pedido de rescisão contratual, pela parte lesada pelo inadimplemento, de acordo com o art.

1.092, parágrafo único, c/c o art. 1.057, 2ª parte, ambos do Código Civil.

Da perda das arras:

Como se afirmou anteriormente, as arras pactuadas são confirmatórias, posto que a avença foi celebrada de modo irretroatável (art. 1.094 do Código Civil). Dessa forma, de acordo com o art. 1.097 do referido Código, rescindido o contrato, tem o apelado direito de ficar com as arras pactuadas.

Dispõe o citado dispositivo:

“Art. 1.097. Se o que deu arras, der causa a se impossibilitar a prestação, ou a se rescindir o contrato, perdê-las-á em benefício do outro”.

Na lição de Washington de Barros Monteiro, “...a terceira função das arras é a de prefixar o montante das perdas e danos, a que tem direito a parte inocente pelo inadimplemento do outro contratante” (*op. cit.*, pág. 42).

Destarte, correta a decisão do Togado *a quo* ao determinar a perda das arras pagas, condenando o apelante, ainda, ao pagamento da quantia restante para integralizar o valor previsto no contrato.

Das perdas e danos:

O Magistrado de primeira instância condenou o apelante ao pagamento de R\$ 3.720,00 (três mil, setecentos e vinte reais), a título de perdas e danos, pelo tempo em que o recorrente esteve na posse do bem, privando o apelado do seu uso e gozo.

De acordo com o art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil, “a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos”. Mesmo nitidamente inadimplente, o apelante permaneceu na posse da motocicleta por cerca de 4

(quatro) meses, usando-a regularmente, provocando desgastes que depreciaram seu valor no mercado. Ademais, no depoimento prestado em juízo (fl. 226), o apelante admitiu ter pintado a motocicleta, trocado a bolha original, bem como causado eventuais arranhões em decorrência do uso.

Afirmou a testemunha de William Roberto Dams, mecânico, acerca dos danos constatados na motocicleta:

“avarias no escapamento, carenagem e espelhos não podem ser recuperados, o primeiro por ser de alumínio escovado, a segunda porque deprecia o valor da moto no mercado se recuperado e a última porque não aceita pintura, por ser de plástico, que a substituição do pára-brisa (bolha) original também deprecia o valor da moto no mercado” (fl. 246).

Destarte, deve ser mantida a condenação imposta na sentença, como indenização pelos prejuízos causados no veículo.

Da retenção dos depósitos efetuados na ação cautelar:

Correta, finalmente, a conduta do Magistrado de primeiro grau ao manter, à disposição do juízo, os depósitos efetuados pelo apelante, na ação cautelar, até a liquidação da sentença principal. O autor realizou os depósitos para fugir dos efeitos da mora, entretanto, sem êxito. Rescindido o contrato, condenado a indenizar os prejuízos causados ao apelado, deve o valor depositado permanecer como garantia do pagamento da indenização.

Trata-se de medida inspirada nos princípios da economia processual e da instrumentalidade do processo, adequada para assegurar a eficácia do

provimento jurisdicional e a satisfação do direito do apelado.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a sentença atacada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 5 de março de 2002.

Carlos Prudêncio,

Presidente, com voto;

Wilson Augusto do Nascimento,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.003478-9, DA CAPITAL

Relator: Des. José Volpato de Souza

Ação de responsabilidade obrigacional com preceito cominatório – Defeitos de construção – Mora da construtora – Correção monetária de aluguéis – Verba dos assistentes técnicos e honorários advocatícios – Fixação na sentença.

Concedidos na sentença, os aluguéis serão corrigidos monetariamente e incluídos os juros de mora a partir da citação.

Nas sentenças condenatórias, deverão ser fixados os honorários no limite máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. No entanto, em caso de cumulação de pedidos, poderão ser arbitrados em valor superior.

Conforme dispõe o art. 20 do § 2º do CPC — com redação dada pela Lei n. 5.925, de 1º/10/1973 — as despesas que o vencido deve pagar ao vencedor abrangem não só as custas dos atos do processo, como também, dentre outras, a remuneração do assistente técnico.

Devem ser colocadas as garagens em condições de uso, conforme o laudo pericial, cuja inviabilidade resolver-se-á em perdas e danos.

ECE — Empresa Catarinense de Construções e Engenharia Ltda.:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.003478-9, da comarca da Capital (4ª Vara), em que são apelantes/apelados Sílvio Machado Sobrinho e outros, sendo apelada/apelante

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer dos recursos para dar

provimento ao dos autores e negar provimento ao da ré.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Tratam os autos de recursos interpostos da decisão que julgou procedente em parte o pedido formulado em ação de responsabilidade obrigacional, com preceito cominatório.

Alegam os apelantes/autores, em suma, que o valor pago ao assistente técnico, na medida cautelar voluntária anterior, deverá ser rateado entre os autores, porque são despesas do vencedor a serem pagas pelo vencido no processo principal. Alegam ainda que os aluguéis deferidos pelo MM. Juiz devem ser corrigidos das datas dos respectivos pagamentos, abrangendo todo o período da locação e os juros de mora.

Afinal aduzem que a sentença deveria conceder a diferença suportada pelos autores, do valor do VRF, entre o prazo estipulado pelo contrato para entrega da obra e a efetiva entrega, a ser calculada em liquidação de sentença.

A ré/apelante, por sua vez, pugnou pela fixação dos honorários em quantia aproximada a 10% do valor da condenação, porque o arbitramento teria ultrapassado os 20% permitidos pelo art. 20, § 3º, do CPC, e requereu a improcedência da ação no que tange à relocação das garagens.

Os recursos foram recebidos em ambos os efeitos.

Não houve contra-razões.

II — Voto

Para maior conhecimento dos fatos, urge transcrever a parte dispositiva do *decisum* recorrido:

“Julga-se procedente, em parte, o pedido inicial...

“1. Determina-se à ré, no prazo de 90 (noventa) dias:

“a) a sanar todos os defeitos construtivos existentes nos apartamentos dos autores, os quais foram relacionados na fundamentação desta sentença, sob pena de pagamento de multa diária, no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), a qual é acumulável até atingir o valor da importância constante no laudo pericial para a recuperação dos três apartamentos (fl. 201 dos autos) – obviamente que a importância deverão ser corrigidas até da data do pagamento devido: *b) repor as garagens em condições de uso, de acordo com o que foi recomendado no laudo pericial realizado na produção antecipada de prova, sob pena de pagamento de multa diária, no valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), a qual é acumulável até atingir o valor da importância necessária para a realização da obras.* 2. Condena-se a ré no pagamento aos autores das seguintes importâncias: 2.1. Relativamente a Silvio Machado Sobrinho e Maria do Carmo Leite Machado: *a) soma dos valores pagos a título de aluguel, discriminados no item V.1, da inicial;* *b) CR\$ 20.000,00 pelos serviços e colocação do aparelho de gás, atualizados desde o desembolso até do efetivo pagamento;* *c) custas processuais, nos seguintes valores: CR\$ 220,00, CR\$ 66.666,00 e CR\$ 38.398,00, referentes a cautelar de produção antecipada de prova e notificação judicial, atualizadas desde a data do desembolso até o efetivo pagamento;* 2.2. Tocante aos autores Márcio Campos e Célia Maria Campos: *a) custas processuais, nos seguintes valores:*

CR\$ 220,00, CR\$ 66.666,00 e CR\$ 38.398,00 referentes a cautelar de produção antecipada de prova e notificação judicial, atualizadas desde a data do desembolso até o efetivo pagamento; 2.3 No que se refere à autora Márcia Dittrich Tosetto: a) custas processuais, nos seguintes valores: CR\$ 220,00, CR\$ 66.666,00 e CR\$ 38.398,00, referentes a cautelar de produção antecipada de prova e notificação judicial, atualizadas desde a data do desembolso até o efetivo pagamento. 3. *Condena-se a ré no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do Dr. Procurador dos requerentes, os quais são arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), ex vi o artigo 20, § 4º, do CPC*” (grifei).

Procede o inconformismo dos autores/apelantes no que se refere ao pagamento dos assistentes técnicos, e da ré/apelante quanto ao arbitramento dos honorários advocatícios, conforme dispõe o Código Processo Civil :

“Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria” (redação dada ao *caput* pela Lei n. 6.355, de 8/9/1976).

“§ 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido” (redação dada ao parágrafo pela Lei n. 5.925, de 1º/10/1973).

“§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico” (redação

dada ao parágrafo pela Lei n. 5.925, de 1º/10/1973).

“§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre ao valor da condenação, atendidos:

“a) o grau de zelo do profissional;

“b) o lugar de prestação do serviço;

“c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço” (redação dada ao parágrafo pela Lei n. 5.925, de 1º/10/1973).

O preceito processual é claro ao mencionar que o valor dos honorários nas ações condenatórias deve ter por base o valor da condenação. E esse é o entendimento adotado pelos doutrinadores, segundo Yussef Said Cahali, Arruda Alvim, dentre outros.

E a jurisprudência também tem-se orientado nesse sentido:

“Nas sentenças condenatórias a verba honorária será calculada sobre o valor da condenação e não o da causa. Em se tratando de obrigações de trato sucessivo, considerar-se-ão integradas no pedido as prestações que se vencerem no curso da lide, até o início da execução” (Ac. un. da 2ª Câm. do TACivRJ de 20/2/1992, na Apelação n. 169/92, rel. Juiz Luiz Carlos Motta; Arqs. TARJ 18/150 — citado por Alexandre de Paula no Código de Processo Civil Anotado, 7ª ed., SP:RT, 1998, vol. 1, pág. 318).

A fixação da verba honorária deve então obedecer o valor da condenação, *in casu* sobre o valor das obras de reparação, perdas e danos e aluguéis devidos, corrigidos monetariamente.

Quando os honorários arbitrados ultrapassarem o valor máximo da porcentagem prevista no art. 20 do CPC, deverão ser reduzidos, salvo se a ação abranger outros pedidos cumulativos, tais como no presente caso o preceito cominatório e a indenização por aluguéis despendidos pelo atraso da obra.

Ocorre ainda no caso dos autos que existe o pedido referente às garagens, cujo *quantum* não foi mensurado. Considerando esses fatos, não restam dúvidas que os honorários advocatícios foram arbitrados corretamente, devendo a decisão ser mantida.

Sobre o pagamento dos aluguéis, foram devidamente concedidos e deverão ser corrigidos a partir das datas dos respectivos pagamentos, abrangendo assim todo o período de locação, com juros de mora a partir da citação.

A construtora deve arcar com o ressarcimento integral pela mora na entrega da obra, mormente quando confessou e não comprovou as justificações apresentadas na contestação.

Abrange esse ressarcimento inclusive a despesa com o financiamento devidamente comprovada, que se constitui da diferença que alegam os autores ter sido por eles suportada, do valor do VRF (valor referência de financiamento), entre o prazo do contrato para entrega da obra e a sua entrega efetiva. Essa despesa, porém, só poderá ser requerida em ação própria.

Alegam os apelantes que tal despesa não foi apreciada na sentença, e nem poderia, pois tal pedido não consta na inicial. A análise, assim, resultaria em supressão de instância e, além disso, não foram juntados cálcu-

los ou comprovantes que permitissem remetê-la para apuração em liquidação de sentença.

Sobre a questão da inutilização das garagens, consta da prova pericial:

“as reduzidas dimensões das circulações, que não possuem o mínimo necessário para permitir a correta movimentação dos veículos e a execução de manobras de acesso, inviabilizam totalmente a utilização de 8 (oito) dos dezesseis boxes projetados. São inviáveis, por insuficiência de dimensões dos acessos, os boxes 3, 5, 7, 12, 13, 14, 15 e 16” (fl. 141, item 7.1.1 do laudo).

Deve assim ser mantida a sentença no que tange à reposição das garagens em condições de uso, conforme o laudo pericial, com multa diária até o valor da obra, cuja inviabilidade permanente deverá ser resolvida em perdas e danos.

Cabe citar a Apelação Cível n. 98.000424-1, de Balneário Camboriú, rel. Des. Eder Graf, segundo a qual:

“A obrigação dos apelantes de pagar o valor correspondente ao tempo de ocupação do imóvel não deflui dos lucros cessantes por efeito direto e imediato da inexecução contratual culposa, mas sim do dever jurídico geral de que a ninguém é dado locupletar-se a expensas de outrem injustificadamente”.

E ainda, *mutatis mutandis*, aplicável o seguinte entendimento jurisprudencial:

“Ação de rescisão de compromisso de compra e venda de imóveis residenciais, não cumprido pela empresa incorporadora — Rescisão contratual decretada — Condenação em perdas e danos e lucros cessantes impostas — Embargos infringentes fundados na ausência de prova, quanto aos lucros ces-

santes — Evidência dos mesmos — Embargos desprovidos.

“Faz jus o compromissário comprador de imóvel residencial perceber não só os danos emergentes, mas também os lucros cessantes, consistentes estes no valor dos alugueres que teve de arcar ou deixado de usufruir, em razão da não entrega do imóvel no prazo estipulado pela incorporadora, sendo por isso rescindido o contrato, bastando para a sua comprovação a não contestação ante o pedido expresso na inicial, sendo plenamente admissível a apuração de seu montante em liquidação de sentença. Isto porque a reparação consistente em perdas e danos, decorrente de descumprimento contratual, deve ser a mais ampla possível, restando insuficiente se não abrangeu o montante dos aluguéis a que o compromissário comprador teve que arcar ou deixado de usufruir, em razão de culpa grave da empresa construtora e vendedora, que não entregou os imóveis, injustificadamente, no prazo convencionado, sendo por isso rescindido o pacto. Razoável também é a fixação dos mesmos, durante o período compreendido entre a data convencionada para a entrega e a da

prolação da sentença que decretou a rescisão contratual” (Embargos Infringentes n. 290, de São José, relator Des. Anselmo Cerello).

O *decisum*, portanto, deve ser mantido em relação à condenação da empresa ré, resultando no desprovitamento do apelo desta, e há que ser reformado quanto ao pedido dos autores, sendo provido o apelo destes.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, conheceram dos recursos para negar provimento ao da ré e dar provimento ao dos autores.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 30 de abril de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
José Volpato de Souza,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.009955-4, DE CHAPECÓ

Relator: Des. José Volpato de Souza

Apelação cível — Reivindicatória — Inteligência do art. 524 do CC — Prova documental — Domínio do autor não comprovado — Pedido improcedente — Recurso desprovido.

Ao proprietário é assegurado o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e ainda de reavê-los do poder de quem injustamente os possui (art. 524 do CC).

Quando a oposição à pretensão reivindicatória é sustentada sobre a alegação de propriedade, deve-se proceder à análise da idoneidade dos títulos aquisitivos ostentados pelos litigantes.

Não demonstrado nos autos que o imóvel descrito no título dominial é o correspondente ao objeto do litígio, inviabiliza-se a reivindicação por carecer dos pressupostos legais que, a teor do art. 524 do CC, tutelam a propriedade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.009955-4, da comarca de Chapecó (3ª Vara), em que é apelante Victor de Moura, sendo apelados José Francisco Muller Bohner e Marisa Reonilda Bohner:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Victor de Moura propôs ação reivindicatória contra José Francisco Muller Bohner e Marisa Reonilda aduzindo, em síntese, que é proprietário de área rural, conforme indicado na inicial e cujo título encontra-se nos autos, e que os réus vêm injustamente possuindo a área reivindicada desde 1979. Requereu, por fim, a procedência do pedido reivindicatório, bem como a gratuidade da justiça (fls. 2/4).

Os réus contestaram, dizendo que por meio da *accessio possessionis* passaram a ser os legítimos proprietários e possuidores do bem objeto do litígio, e que a área está registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Além disso, dizem que o domínio do requerente não ficou evidenciado. Juntaram documentos (fls. 19/26).

A ação foi julgada improcedente, com a condenação do autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da ação.

Interpostos embargos declaratórios pelo requerente, foram rejeitados (fl. 151).

Irresignado com o *decisum*, apela o vencido alegando que adquiriu o imóvel em questão mediante escritura de compra e venda, sendo o verdadeiro proprietário; que as testemunhas confirmam o que consta do pedido; que os documentos também atestam a sua propriedade (fls. 153/156).

Os apelados clamaram pela manutenção da decisão atacada (fls. 160/162).

Após, subiram os autos a esta egrégia Corte de Justiça.

II — Voto

Não assiste razão ao apelante quando pede a reforma da sentença.

Assevera-se, de início:

“O que se discute em reivindicatória é quem é o titular do domínio, posto que é a ação do proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário. Logo, pouco importa sua forma de aquisição. Enquanto não desconstituído, o título de domínio é

eficaz em todos os seus efeitos” (Ap. Cív. n. 42.814, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer).

O reivindicante efetivamente não é o legítimo detentor da posse e do domínio do imóvel reivindicado. Constata-se, cristalinamente, que o título de domínio acostado aos autos pelo apelante é diverso daquele acostado pelos apelados.

Como bem ficou evidenciado pelas provas documentais acostadas aos autos, corroboradas com as testemunhais, a área adquirida pelo apelante localiza-se às margens do rio Uruguai, longe da igreja. Já a área objeto desta ação e que é ocupada pelos requeridos está localizada próximo da igreja, não sendo o autor o proprietário.

É sabido que em sede de reivindicatória a prova do domínio dá-se por documento. Portanto, se os réus/apelados acostaram aos autos tal documento, comprovando os seus direitos, correta está a decisão que inacolheu o pedido reivindicatório.

A disciplina que regula o direito de propriedade está prevista no art. 524 do Código Civil, assegurando ao titular o uso, gozo e disposição de seus bens, e a faculdade de reavê-los do poder daquele que injustamente os possua.

Decorre dessa dicção legal que são requisitos fundamentais da reivindicatória o domínio do autor sobre a coisa e a posse injusta de quem a ocupa. Assim a ação reivindicatória origina-se do direito de propriedade e só pode ser viabilizada quando ocorre violação ao direito real.

Nota-se que a ação reivindicatória intentada pelo apelante não contém os requisitos que lhe são próprios, tais como prova de domínio, individualização da coisa reivindicada e a posse de terceiro, daí por que é de ser mantida a sentença que julgou procedente a ação.

Carvalho Santos e Caio Mário da Silva Pereira consideram:

“A ação de reivindicação, como tutelar do domínio, exerce-se *erga omnes*, como o direito, da qual é parte integrante e a que visa proteger” (Código Civil Brasileiro Interpretado, 6ª ed., Freitas Bastos, 1956, vol. VII, pág. 280).

“Pela *vindicatio* o proprietário vai buscar a coisa nas mãos alheias, vai retomá-la do possuidor, vai recuperá-la do detentor. Não de qualquer possuidor ou detentor, porém, daquele que a conserva sem causa jurídica, ou a possui injustamente” (Instituições de Direito Civil, 4ª ed., Forense, vol. IV, pág. 85, n. 299).

Colhe-se da jurisprudência pátria:

“A ação reivindicatória é o instrumento fornecido pelo ordenamento jurídico ao proprietário, para ser brandido em face de quem exerça posse injusta sobre seu bem. Os direitos de usar, gozar e dispor da coisa, que servem ao dono, pouco valeriam se não estivessem alentados pela *vindicatio*, razão por que compõem ‘os elementos essenciais positivos’ da propriedade” (*in* Apelação Cível n. 97.010454-5, de Palhoça, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Nesse sentido:

“Na ação reivindicatória o autor deve provar o seu domínio sobre o imóvel que diz ser injustamente possuído por outrem. Não pode restar confundida a coisa reivindicanda com outra” (JC 43/213).

Sobre a eficácia do título de domínio, já decidiu esta Corte:

“A eficácia plena do registro, enquanto não cancelado, proclamada pelo art. 252 da Lei dos Registros Públicos, é de longa tradição no direito brasileiro, integrando o nosso ordenamento jurídico há mais de um século” (in Apelação Cível n. 47.602, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu) (grifo nosso).

Em face do que preceitua o art. 859 do Código Civil, pelo nosso sistema jurídico, a transcrição prova existir o direito real a favor da pessoa em cujo nome se inscreveu ou transcreveu, e essa presunção somente por ação anulatória pode ser destruída.

Além desses fatos é certo também que os requeridos são possuidores e proprietários da área objeto do litígio, desde 1979, fato que é do conhecimento do apelante. Em virtude do decurso do tempo, os apelados já adquiriram também o direito ao domínio, pelo uso do imóvel, conforme prescreve o Código Civil.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantidas as cominações da r. sentença apelada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por unanimidade, conhece-se do recurso para negar-lhe provimento.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 24 de abril de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
José Volpato de Souza,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.000515-3, DE VIDEIRA

Relator: Des. José Volpato de Souza

Previdenciário — Aposentadoria por invalidez — Moléstia da coluna lombar agravada pelo exercício da atividade habitual — Influência de outros fatores que interferem na reabilitação profissional e reinserção do segurado no mercado de trabalho — Proteção acidentária devida — Marco inicial — Data da perícia médico-judicial — Correção das parcelas vencidas — Índices legais — Juros de mora de 0,5% no mês a partir da citação — Custas processuais devidas pela metade — Art. 33, parágrafo único, do Regimento de Custas do Estado — Honorários advocatícios — Aplicação da Súmula 111 do STJ.

A aposentadoria por invalidez será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição (Lei n. 8.213/91, art. 42).

Diante da interpretação teleológica da legislação previdenciária, deve-se considerar, para a concessão de benefício acidentário, não apenas a gravidade das seqüelas, mas todos os fatores que possam influir na readaptação e reinserção do segurado no mercado de trabalho.

O marco inicial do benefício deve ser o da data da perícia médico-judicial, quando não há prova de ciência inequívoca anterior do mal por parte do INSS.

As parcelas vencidas serão corrigidas pelos índices legais adotados pelo INSS para a atualização dos benefícios previdenciários (Lei n. 8.213/91, art. 41, inciso II, e suas alterações posteriores), sem prejuízo dos juros moratórios de 0,5%, a partir da citação.

O órgão ancilar arca, tão-somente, com a metade das custas processuais por ele devidas, consoante o art. 33, parágrafo único, do Regimento de Custas do Estado.

O percentual da verba de honorários de advogado deve ser fixado em dez por cento, dada a simplicidade das ações acidentárias, observando-se a Súmula 111 do STJ.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.000515-3, da comarca da Videira (1ª Vara), em que é apelante INSS — Instituto Nacional do Seguro Social, sendo apelada Antoninha de Almeida Limana:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, pelo conhecimento e provimento parcial da remessa necessária e do recurso voluntário.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Antoninha de Almeida Limana propôs ação acidentária contra o INSS — Instituto Nacional do Seguro Social, alegando que, em virtude da idade e das atividades laborais exercidas, passou a apresentar alguns problemas de saúde, em especial dores na coluna, osteoporose e duodenite. Afirmou que essas moléstias impedem-na de exercer suas atividades funcionais costumeiras, requerendo a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, ou auxílio-doen-

ça, ou auxílio-acidente, conforme o resultado da perícia médica.

O requerido contestou, argüindo, em prefacial, a inépcia da inicial. No mérito, sustentou que os pedidos da autora são incompatíveis entre si, pugnando pela improcedência da demanda.

Saneado o feito, restou afastada a preliminar tangenciada pelo ente ancilar, sendo deferidas as provas requeridas pelas partes (fl. 53).

Realizada a perícia médico-judicial (fls. 106/107 e 114/116), o togado de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando o requerido a implementar em favor da autora o benefício de aposentadoria por invalidez (comum), a partir do indeferimento administrativo do auxílio-doença (26/6/1996). Condenou, ainda, o demandado no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o montante das prestações vencidas (fls. 133/142).

Inconformado, o INSS apelou, insurgindo-se contra o marco inicial fixado, bem como contra as custas judiciais e honorários advocatícios. Por fim, requereu a reforma da sentença objurgada (fls.146/149).

Apresentadas as contra-razões (fls.153/154), o *Parquet* foi intimado do teor da sentença hostilizada (fl.156).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do recurso e pelo seu provimento parcial, apenas para reconhecer a isenção parcial, no pagamento de custas processuais.

II — Voto

O conteúdo do recurso há de ser apreciado, ante a presença dos requisitos de admissibilidade previstos no Código de Processo Civil.

Cuida-se de ação acidentária em que a autora reclamou a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, ou auxílio-doença acidentário, ou auxílio-acidente, conforme o resultado da perícia médica, em razão da sua incapacidade laborativa, decorrente da idade avançada associada à realização de tarefas insalubres e penosas.

O art. 42 da Lei n. 8.213/91 dispõe que “a aposentadoria por invalidez, (...) será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição”.

A condição de segurada da apelada não foi tópico de controvérsia. A existência da incapacidade laboral resta demonstrada pela perícia realizada (fls. 106/107 e 114/116). O *expert* judicial atestou que, embora a moléstia da coluna lombar tenha origem degenerativa, o trabalho agravou a doença. Afirmou, ainda, que, levando em consideração a idade da segurada, o seu baixo nível de escolaridade, como também o seu estado de saúde, ela não possui condições de reabilitação profissional, tampouco de reinserção no campo de trabalho (fl. 114).

Pela prova pericial produzida nos autos, depreende-se que a segurada foi privada da sua integridade funcional em virtude de doença na região da coluna lombar, agravada pelo

trabalho habitualmente exercido. O entendimento pretoriano autoriza a concessão da proteção acidentária quando as condições hostis de trabalho tendem a agravar os males na região da coluna. Nesse sentido:

“Acidente do trabalho. Se o mal de que acometido o autor, artrose degenerativa da coluna cervical e lombar, embora sem origem no trabalho executado, pode ter-se agravado pela atividade que ele desenvolvia, como atestado pela perícia, devido é o auxílio-acidente” (Apelação Cível n. 1998.016620-9, de Criciúma, rel. Des. João José Schaefer).

“Obreiro acometido de doença congênita, ou de origem degenerativa, que afete a coluna lombar, agravada pelas condições hostis do trabalho, está ao abrigo da lei acidentária. Pedido procedente” (Ap. Cív. n. 49.101, de Urussanga, rel. Des. Nestor Silveira, DJ de 15/8/95).

E, ainda:

“Ação acidentária. Espondiloartrose dorsolombar. Doença degenerativa. Nexo etiológico. Pedreiro. Condições agressivas do trabalho que concorrem para o agravamento, ainda que gradual, da doença. Improcedência do pedido. Recurso provido” (Apelação Cível n. 49.121, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJSC n. 9.347, de 27/10/1995).

Destarte, a pretensão da segurada merece guarida, sendo que a aposentadoria por invalidez concedida deve ter caráter acidentário, não sendo demasiado ressaltar que na concessão de benefício acidentário deverá ser analisada não apenas a gravidade das seqüelas, mas todos os fatores que possam influir na readap-

tação e reinserção do segurado no mercado de trabalho.

Quanto ao marco inicial do benefício, no caso vertente, deve ser o da data da perícia médico-judicial, visto que não há prova de ciência inequívoca anterior do mal por parte do INSS, só tendo ficado definida a incapacidade da obreira com os exames periciais.

Para a correção das parcelas vencidas, os índices que devem ser adotados são aqueles estabelecidos pela Lei n. 8.213/91, art. 41, inciso II, § 7º, posteriormente alterado pelo art. 18 da Lei n. 8.870, de 15/4/94, e art. 20 da Lei n. 8.880, de 27/4/94, mais juros de mora de 0,5% ao mês a partir da citação.

No que tange às despesas processuais, o órgão ancilar deve arcar com elas, sem prejuízo da isenção parcial disposta no art. 33, parágrafo único, do Regimento de Custas do Estado, eis que a isenção prevista na Lei Federal não se aplica à jurisdição estadual (Súmula 178 do STJ).

Relativamente à incidência dos honorários advocatícios, devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações vencidas, consoante a Súmula 111 do STJ.

Diante do exposto, a sentença atacada deve ser alterada, para declarar que o benefício de aposentadoria por invalidez concedido tem caráter acidentário. Merece reparos, outrossim, no que diz respeito ao marco inicial do benefício, que deve ser o da data da perícia médico-judicial, e no que tange às custas processuais, devidas pela metade, para resguardar a isenção parcial concedida pelo Regimento de Custas do Estado.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conhece-se da remessa necessária e do recurso voluntário, para dar-lhes provimento parcial.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer a

Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 5 de abril de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
José Volpato de Souza,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.009940-6, DE BLUMENAU

Relator: Des. Torres Marques

Embargos à execução – Título executivo consubstanciado em contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente – Acordo homologado por sentença com suspensão do feito – Descumprimento – Prosseguimento da expropriatória – Extinção do processo com fulcro na Súmula 14 desta Corte – Irresignação – Sustentada formação de novo título executivo com a homologação do acordo – Não ocorrência.

“Ocorrendo suspensão da execução, pode o exeqüente, ante o não cumprimento do acordo, dar continuidade ao processo, não ocorrendo substituição do título executado pela sentença homologatória de acordo” (Agravo de Instrumento n. 99.017341-0, rel. Des. Orli Rodrigues).

Razões recursais que afirmam não ser unânime a jurisprudência no sentido da Súmula 14 – Inadmissibilidade da alegação – Entendimento consolidado.

Pleito sucessivo – Conversão da execucional em ação monitória ou ordinária – Impossibilidade – Ações com procedimentos próprios e inconciliáveis.

Apelante que requer a isenção do pagamento de honorários advocatícios sem, contudo, apresentar razões para tanto – Ônus da sucumbência mantidos.

“É devida a verba honorária sempre que, por força da execução instaurada, o executado tiver que se fazer presente, por advogado, na execução” (Apelação Cível n. 2000.023632-2, da Capital, rel. Des. César Abreu).

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.009940-6, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que é apelante Banco Boavista S.A., sendo apelados Canecão Distribuidora de Bebidas Ltda. e Ignas Maas:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Banco Boavista S.A. ajuizou execução em face de Canecão Distribuidora de Bebidas Ltda. e Ignas Maas, objetivando a percepção de R\$ 75.333,11, resultante de saldo devedor proveniente de contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente, com limite de R\$ 30.000,00, assinado pelo devedor, como também pelo coobrigado, e duas testemunhas.

Perfectibilizada a citação e a penhora, as partes entabularam acordo, fixando o montante em R\$ 80.000,00, a ser pago em 36 parcelas de R\$ 2.222,22, vencendo a primeira em 21/10/95 e a última em 21/9/98 (fls. 25/28), requerendo a suspensão do feito até o cumprimento final do acordado.

O acordo foi devidamente homologado (fl. 30).

Ato contínuo, a instituição financeira veio aos autos informando o descumprimento do acordo e requerendo o prosseguimento do feito (fl. 35), o que de fato ocorreu (fl. 37).

Sentenciando, o Magistrado a quo extinguiu a execução sem julgamento do mérito, por ausência de título executivo, conforme dicção da Súmula 14 desta Corte (fls. 62/64).

Irresignado, apela o Banco Boavista argüindo, preliminarmente, a nulidade da sentença, por estar dissociada dos elementos dos autos; no mérito, afirma que a realização do acordo impede qualquer discussão acerca do contrato de abertura de crédito que se encontra extinto, ademais, alega que este tem força executiva, uma vez que a jurisprudência não é unânime em sentido contrário; sucessivamente, requer a conversão do procedimento em monitória ou ordinária e, por fim, seja o banco eximido do pagamento de honorários advocatícios.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 102/104), ascenderam os autos a esta Corte.

II – Voto

Trata-se de irresignação acerca da sentença que extinguiu a execução, por entender que o contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente não constitui título executivo extrajudicial, conforme Súmula 14 desta Corte.

Prefacialmente, alega o apelante a nulidade da sentença por não ter analisado o acordo entabulado. A matéria é também levantada como matéria de mérito, com ele confundindo-se. Portanto, como mérito deve ser analisada.

Retira-se da petição de fls. 25/28 que exequente e executado celebraram acordo, comprometendo-se o devedor a pagar a dívida em 36 (trinta e seis) parcelas de R\$ 2.222,22 (dois mil, duzentos e vinte e dois reais e vinte e dois centavos), acrescidas de juros de 2% ao mês, correção pela TR, ou indexador que o substituir, vencendo a primeira parcela em 21/10/95 e a última em 21/9/98. Requereram, a final, a suspensão do feito até o cumprimento do acordo.

A transação foi homologada com a devida suspensão (fl. 30). Nada obstante o acordo realizado, o exequente informou, posteriormente, seu total descumprimento, requerendo o prosseguimento da execução (fl. 35), no que foi atendido, conforme decisão de fl. 37, onde foi determinada a penhora dos bens indicados como garantia na própria petição do pacto.

A propósito do tema:

“Transação judicial. Suspensão do processo. Descumprimento. Processo de execução. Transação nos autos, convencionando-se a ampliação de prazos, mantida a penhora, e postulada a suspensão da execução. Se homologada tal transação *si et in quantum*, e descumprindo o executado a obrigação, pode a execução prosseguir nos próprios autos, independentemente de nova ação, porque não se está frente à novação, incidência do art. 1000 do Código Civil e do artigo

792 do Código de Processo Civil. Se o despacho que homologou o acordo, pedindo a suspensão da instância, transitou em julgado, não pode o juiz transformar substancialmente seu conteúdo e indeferir o prosseguimento da execução. Os óbices administrativos em torno de fins estatísticos não podem comprometer o direito material, nem a norma processual que permite a suspensão do processo. Recurso provido no sentido de autorizar o prosseguimento da execução’ (TARS, AC n. 183.008.861, 4ª C. Civ., rel. Juiz Décio Antonio Erpen, j. 7/4/1983)” (*apud Habeas Corpus* n. 99.014906-4, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

Destarte, ante o descumprimento do acordo, cabível a continuidade do processo, do que decorre, também, que a sentença de homologação do acordo não substituiu o título executivo.

Nesse vértice: “Ocorrendo suspensão da execução, pode o exequente, ante o não cumprimento do acordo, dar continuidade ao processo, não ocorrendo substituição do título executado pela sentença homologatória de acordo” (Agravado de Instrumento n. 99.017341-0, da comarca de Criciúma, rel. Des. Orli Rodrigues).

Ao contrário da afirmação do apelante de que a jurisprudência não é unânime no sentido de não considerar título executivo extrajudicial o contrato de abertura de crédito em conta corrente, o entendimento encontra-se consolidado neste Tribunal de Justiça pela Súmula 14, publicada no DJESC n. 10.197, pág. 30, em 23/4/99: “O contrato bancário de abertura de crédito rotativo em conta corrente, ainda que acompanhado dos respectivos

extratos de movimentação da conta corrente e assinado pelo devedor e duas testemunhas, não é título executivo extrajudicial”.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

“O contrato de abertura de crédito em conta corrente, conforme jurisprudência assente, não é título executivo extrajudicial, ainda que a execução seja instruída com extrato e que os lançamentos fiquem devidamente esclarecidos, com explicitação dos cálculos, dos índices e dos critérios adotados para a definição e a evolução do débito, pois esses são documentos unilaterais de cuja formação não participou o devedor. (...) Precedentes. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 209958/SC, Min. César Asfor Rocha, julgado em 24/8/99, DJU de 25/10/99, pág. 89).

Assim, o contrato de abertura de crédito rotativo carece de liquidez; por consequência, inexistindo título executivo, o processo de execução é nulo, por força do art. 618 do CPC, devendo, pois, ser mantida a extinção da execução.

Sucessivamente, pretende o apelante a conversão da presente execução em ação monitória ou ordinária de cobrança.

A medida é inaplicável, certo que cada uma das ações citadas possui peculiaridades que impossibilitam a simples conversão. Nessa esteira, cito precedentes desta Corte:

“A assertiva de que seria possível a conversão da execução em ordinária de cobrança ou monitória, de igual modo, revela-se inconsistente, não merecendo acolhida. Não se olvide que, nada obstante venha-se ren-

dendo justas homenagens ao princípio da economia processual, descabido, sob pretexto de respeitar esse postulado, transmutar o processo de execução em processo de conhecimento. A medida implicaria, indisputavelmente, a conspurcação da natureza do processo em análise, fazendo derruir os lindes entre a cognição e a execução” (Ap. Cív. n. 97.011530-0, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Ainda:

“Execução. Contrato de abertura de crédito rotativo. Ação extinta. Transformação da execucional em monitória. Inviabilidade jurídica. Sentença confirmada. Apelo desprovido.

“Extinta a executória respaldada em contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente, descabida afigura-se a pretensão do credor de vê-la transmutada em ação monitória. Ainda que adotado o culto à economia processual, inviável faz-se que, em apreço a esse culto, converter-se o feito executivo em processo de conhecimento, pena de anular-se por completo as fronteiras entre execução e cognição” (Ap. Cív. n. 99.009407-3, de Imaruí, rel. Des. Trindade dos Santos).

Por fim, requer o apelante a isenção do pagamento de honorários advocatícios.

Prescreve o art. 20, § 4º, do CPC, *verbis*: “Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior” (grifei).

Assim, quanto à verba honorária, esta foi parcimoniosamente fixada segundo os parâmetros do disposto no art. 20, § 3º, do CPC, em atenção ao previsto em seu § 4º, em R\$ 1.000,00 (mil reais), principalmente se considerado o valor dado à causa: R\$ 75.331,11.

Ademais, deve o exequente arcar com os ônus processuais por ter dado causa à demanda, inclusive os honorários advocatícios.

Nesse sentido: “É devida a verba honorária sempre que, por força da execução instaurada, o executado tiver que se fazer presente, por advogado, na execução” (Apelação Cível

n. 00.023632-2, da Capital, rel. Des. Cesar Abreu).

Não se olvide que a parte que não pode arcar com o pagamento pode, a qualquer tempo, requerer a assistência judiciária, o que, por certo, não é o caso dos autos.

III – Decisão

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Florianópolis, 25 de junho de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.008868-1, DE ARARANGUÁ

Relator: Des. Cesar Abreu

Seguro. Negativa de cobertura. Proposta. Aceitação tácita. Pagamento de prêmio em parcelas. Alteração do bem segurado, e renovação do seguro antes do vencimento da apólice primitiva. Utilização do crédito do seguro precedente, satisfeito por inteiro, para compor o prêmio do novo seguro. Acidente automobilístico. Aproveitamento da circunstância de não emissão da nova apólice, que autorizaria a cobertura, para embarçar a garantia com emissão de endosso de apólice com vigência anterior ao sinistro. Procedimento irregular que viola os princípios contratuais, particularmente o consensualismo e a boa-fé. Indenização devida. Lucro cessante. Apuração em liquidação por artigos. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.008868-1, da comarca de Araranguá, em que é apelante Manoel Batista Barbosa, sendo apelada Finasa Seguradora S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso, invertidos os ônus da sucumbência.

Custas legais.

I – Relatório

Cuida-se de ação de cobrança proposta por Manoel Batista Barbosa contra Finasa Seguradora S.A. objetivando, em decorrência de sinistro envolvendo veículo segurado, indenização dos valores necessários ao conserto, no montante de R\$ 23.522,91, e lucros cessantes pelo período de paralisação do veículo de transporte de carga, estimando o prejuízo líquido mensal em R\$ 4.500,00.

Oferecendo contestação a ré manifestou-se pela improcedência da ação, ante a inexistência de contrato de seguro em vigência para respaldar a pretensão ou do pagamento de qualquer parcela do prêmio justificadora da demanda. Discute as verbas indenizatórias perseguidas, em especial a estimativa dos lucros cessantes.

Julgada improcedente a ação, o autor manejou, em tempo e modo, recurso de apelação, reproduzindo suas razões iniciais, dando ênfase à proposta de seguro existente, invocando, ainda, preceitos do Código de Defesa do Consumidor.

Com as contra-razões os autos ascenderam a esta Instância, sendo designada a data de julgamento

II — Voto

Colhe-se dos autos que o autor mantinha contrato de arrendamento mercantil com a Finasa *Leasing* Arrendamento Mercantil S.A., entidade do mesmo conglomerado financeiro da Finasa Seguradora S.A.

Nesse contexto, depreende-se da documentação encartada, colocou-se na condição de segurado em relação ao veículo Mercedes Benz 1418, placa ICR 4488, cuja apólice

aponta prazo de vigência de 1 ano, com início em 8/4/98 e vencimento em 8/4/99 (fl. 23).

Extrai-se dos autos, ainda, que antes do vencimento do contrato de seguro o segurado adquiriu novo veículo, ou seja, um Ford/Cargo 1618, placa INC 5508, substituindo-o perante a Finasa *Leasing*, conforme certificado de fl. 7, datado de 25/2/99.

Em vista dessa circunstância buscou na seguradora a transferência do seguro para esse novo veículo, certamente atendendo a obrigação contratual, comum em contratos de *leasing*, de cobertura de risco dos bens arrendados.

Surgiu, então, o documento de fl. 18, ou seja, a Proposta de Seguro, assinada pelo segurado/proponente, mas não datada, com vigência a partir de 9/3/99 e término em 9/3/00.

Consigna respectiva *Proposta de Seguro* que “O proponente está ciente que a Finasa poderá recusar esta proposta, até 15 dias após o seu recebimento, efetuando a devolução dos valores eventualmente pagos” (fl. 18, *in fine*).

Não há qualquer prova da negativa da seguradora em relação a esta *Proposta de Seguro*.

Observa-se, na verdade, diante do Estudo de Seguro auto *Leasing*, que a proposta teria sido aceita, tanto que expedido tal documento, datado de 9/3/99, que registra as formas possíveis de pagamento do prêmio da quantia segurada.

É bem verdade que não foi emitida a correspondente apólice de seguro, tendo a seguradora apresentado em seu lugar o documento denomina-

do *endosso de seguro*, datado de 16/6/99, dando conta do período de vigência entre 5/3/99 até 8/4/99, portanto, vencido antes de sua documentação e documentado depois do sinistro havido, este datado de 1º/5/99.

Mas não é só. Observa-se, com perplexidade, que embora tenha o preço de cotação de veículo (*importância segurada automóvel*) decaído de valor, o que se justifica pela troca do veículo segurado, de R\$ 44.000,00 (fl. 23) para R\$ 33.000,00 (fls. 18 e 33), foi exigido do segurado o pagamento de mais R\$ 92,01.

Ora, se o período segurado pelo *endosso* (de 5/3/99 até 8/4/99) integra o prazo de vigência de apólice primitiva (de 8/4/97 até 8/4/99), qual seria o motivo da complementação do prêmio se a própria importância segurada sofreu decréscimo? A resposta é simples: A seguradora diante da ocorrência do sinistro (datado de 1º/5/99) optou por desconsiderar, *moto proprio*, a proposta de fl.18, expedindo, sem consentimento do réu e em seu desfavor, o *endosso de seguro*, enriquecendo-se com o recebimento da complementação do prêmio, cujo destino era respaldar a *Proposta de Seguro*.

Conclui-se, portanto, que a *proposta* foi acolhida, havendo a seguradora, por não ter ainda expedido a apólice que a perfectibiliza, numa manobra reprovável, optado, vulnerando o princípio do consensualismo e da boa-fé, por desconstituí-la com a emissão do *endosso*, repito, datado de 16/6/99, posterior, portanto, ao sinistro (1º/5/99).

E tanto é certo esta compreensão que a própria seguradora mandou promover a confecção de *Relatório de*

Vistoria de Auto para, depois, negar a indenização. Outra circunstância relevante diz respeito à própria exigência da manutenção de cobertura de riscos, por seguro, em contratos de arrendamento mercantil e, no caso, a *Finasa Leasing* e a *Finasa Seguros* pertencem ao mesmo grupo econômico, não havendo razão lógica para desprezar a proposta de renovação do seguro.

O pagamento complementar, aliado ao fato da ausência de negativa à proposta de renovação do seguro, antes do vencimento da apólice primitiva, impõe considerá-lo renovado.

Quanto às demais parcelas do prêmio, resta apenas à seguradora deduzi-las da indenização, nunca negar a reparação do sinistro.

Aliás, qualquer eventual atraso no pagamento dessas parcelas decorreu de culpa exclusiva da seguradora, diante da manobra engendrada, não podendo o segurado sofrer qualquer penalidade, muito menos a perda do direito à indenização.

Consoante o art. 1.433 do CC, o contrato de seguro é formal, visto ser obrigatória a forma escrita, não obrigando antes de reduzido a escrito.

Assinala o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, entretanto, que:

“(...) o enunciado do art. 1.433 do Código Civil, quanto à perfectibilização do contrato de seguro, deve hoje ser lido em harmonia com o princípio da boa-fé objetiva. A responsabilidade pré-contratual está presente no sistema jurídico, conforme já consignara em outra oportunidade:

‘Decorre do princípio da boa-fé objetiva, aceito pelo nosso ordenamento jurídico (Clóvis do Couto e Silva, Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, pág. 61), o dever de lealdade durante as tratativas e a consequente responsabilidade da parte que, depois de suscitar na outra a justa expectativa da celebração de um certo negócio, volta atrás e desiste de consumir a avença.

‘Cito a lição do Prof. Almeida Costa: ‘Entender-se que, durante as fases anteriores à celebração do contrato — quer dizer, na fase negociatória e na fase decisória — o comportamento das contraentes terá de pautar-se pelos cânones da lealdade e da probidade. De modo mais concreto: apontaram-se aos negociadores certos deveres recíprocos, como, por exemplo, o de comunicar a outra parte a causa de invalidade do negócio e, ao lado de tais deveres, ainda, em determinados casos, o de contratar ou prosseguir as negociações iniciadas com vista à celebração de um ato jurídico. Através da responsabilidade pré-contratual tutela-se directamente a fundada confiança de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa-fé; e, por conseguinte, as expectativas que a mesma lhe crie, não só quanto à validade e eficácia do negócio quanto a sua futura celebração. Convirá salientar, porém, que o alicerce teleológico desta disciplina ultrapassa a mera consideração dos interesses particulares em causa. Avulta, com especial evidência, a preocupação de defesa dos valores sociais da segurança e da facilidade do comércio jurídico’ (Direito das obrigações, 4ª ed., págs. 201/202)’

(RJTJRS, Procuradoria-Geral de Justiça 379/380) (REsp n. 79.090/SP).

Tanto é assim que o novo Código Civil, consolidando uma tendência doutrinária e jurisprudencial, em seu art. 759, dando relevo à *proposta*, veio explicitar:

“A emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco”.

É evidente que a toda *proposta* deve corresponder uma aceitação, para formação do contrato. Entretanto, não há dúvida que a aceitação pode ser tácita ou expressa. O silêncio é uma manifestação inequívoca de aceitação da proposta do contrato.

In casu, a *proposta* foi formalizada em papel timbrado da Finasa, denominada *Proposta de Seguro*, devidamente assinada pelo segurado, tendo sido manifestada a aceitação inequívoca com a expedição do *Estudo de Seguro Auto Leasing*, com opções quanto à forma de pagamento do prêmio. Não houve, de outra parte, recusa formal.

É evidente que resta à ré indenizar o autor de seus prejuízos; no mínimo em respeito e homenagem à ética, à lealdade, e à boa-fé, que devem presidir as relações negociais.

Nesse sentido:

“O contrato de seguro se aperfeiçoa com a emissão da apólice ou com o recebimento do prêmio devido, valendo o recibo como prova de sua consumação. Constando da proposta o início da vigência do contrato, tendo havido o recebimento do prêmio, desde essa data o pacto se perfectibiliza, sendo irrelevante para o segurado o

fato de o corretor ter encaminhado tal proposta somente após a ocorrência da álea.

“A negativa de cobertura, nesse caso, constitui prática abusiva, vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, cujos princípios devem reger a interpretação do art. 1.433 do Código Civil, consoante já decidiu o STJ” (REsp n. 79.090/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Quanto à indenização postulada não há controvérsia no que respeita aos danos materiais, orçados em R\$ 23.522,91. Inexiste impugnação, no particular.

Relativamente aos lucros cessantes, entende o apelado não haver razoabilidade na postulação, constituindo-se em verdadeiro absurdo a afirmação de prejuízo mensal líquido de R\$ 4.500,00.

A pretensão do autor baseia-se em declaração do Sindicato das Empresas de Transportes de Cargas, que aponta o rendimento bruto/diário de veículos similares ao do autor.

Entretanto, não há dúvida, outros fatores devem ser considerados, principalmente para o estabelecimento do lucro líquido/diário.

A questão, pois, deve ser levada à liquidação de sentença por artigos.

Os lucros cessantes são postulados até a data do efetivo pagamento da indenização pelos danos materiais, valores esses próprios ao conserto do veículo.

Mas cabe a indagação: o caminhão até hoje está parado? Ele não foi consertado? Enfim, qual a prova do período de sua paralisação?

O direito a essa parcela decorre da própria natureza do veículo. Porém o *quantum debeat* e o tempo de indisponibilidade do veículo, causa geradora do lucro cessante, deve ficar para a execução de sentença, apurável mediante artigos de liquidação.

Portanto, relega-se à fase de execução não só o *quantum* dos lucros cessantes mas o período em que ele é devido, o que decorre do número exato de dias em que o veículo de transporte de carga ficou parado.

Em precedente de minha lavra foi consignado:

“Na espécie é razoável, em princípio, o pedido formulado pelo autor, pois, não há dúvida quanto à atividade desenvolvida e a renda mensal auferida. No particular, entretanto, deixou de considerar, o autor, as despesas próprias da atividade econômica desenvolvida, os gastos com combustível, o desgaste do veículo, alimentação etc. Há necessidade, pois, da apuração do ganho líquido” (Ap. Cív. n. 01.012942-6).

E do acórdão extrai-se:

“Consoante orientação do STJ, ‘A seguradora é obrigada ao pagamento da indenização dos danos provocados por sinistro contemplado na apólice, nas condições contratadas. Porém, se do descumprimento do contrato pela seguradora surgem danos ao segurado, que por isso fica impossibilitado de retomar suas atividades normais, por esse dano provocado pelo seu inadimplemento responde a seguradora. Deferimento de parcela que, nas instâncias ordinárias, foi definida como sendo lucros cessantes’ (REsp n. 285.702/RS, Min. Ruy Rosado de Aguiar).

“Ora, o atraso no pagamento de indenização que impede o segurado de retomar suas atividades dá ensejo à responsabilidade civil pelo dano decorrente desse inadimplemento. É que o segurado não perde apenas a disponibilidade do dinheiro — que se resolveria com o pagamento dos juros —, mas a possibilidade de continuar no exercício de seu trabalho, de cujos riscos pensava estar protegido quando contratou o seguro.

“Indiscutível, pois, o direito aos lucros cessantes, na forma do art. 1.059 do CC (...).”

Colhe-se no nosso egrégio Tribunal:

“A relutância da seguradora em adimplir o contrato, oferecendo forte e incompreensível resistência ao cumprimento de sua obrigação, importa em responsabilidade civil, a compor-se fora do âmbito limitado pela apólice do seguro. É que, havendo culpa extracontratual, a reparação por eventuais danos passa a constituir uma consequência jurídica, não questionada no plano legislativo, doutrinário e jurisprudencial” (Ap. Cív. n. 1999.002149-1).

Cumpra anotar que malgrado tenha havido pedido certo, como relatado, é construção pretoriana que admissível a prolação de decisão ilíquida porquanto “se é certo que o parágrafo único do art. 459 do CPC veda ao juiz proferir sentença ilíquida quando o autor houver formulado pedido certo, têm a doutrina e a jurisprudência interpretado esse dispositivo sem excessivo rigor que da regra emana, porque seria injusto reconhecer-se a procedência da ação mas julgá-la improcedente porque o valor certo atribuído a título de condenação não restou com-

provado. A melhor interpretação que se pode dar ao preceito é a de que se veda ao juiz, no caso de pedido certo, sentença ilíquida mas quando, naturalmente, ela possa ser líquida. Caso contrário, o mais correto é remetê-la para o processo liquidatário” (RT 630/78).

Ainda a respeito:

“A conveniência de abster-se o juiz de proferir sentença ilíquida decorre de salutar intuito do legislador de obviar os percalços, custos e demoras para a definição do valor da condenação que, sendo possível, já deve ficar determinado na sentença. Porém, existindo nos autos elementos suficientes a convencer da procedência do pedido, mas não na extensão em que foi formulado, e sendo esta uma questão que não foi impugnada pela parte (...), ao juiz não pode ser proposta como alternativa dar tudo ou nada. Insuficiente a prova sobre a extensão do dano, não seria razoável negar o direito do autor, quanto ao *an debeat*, se tal questão ficou bem esclarecida, apenas porque incerto seu quantitativo. Isso seria aplicar, em prejuízo do autor, uma norma criada a seu benefício. Mas também seria impróprio aceitar um valor fixo ainda não suficientemente comprovado” (STJ, REsp n. 49.445, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

III – Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, dá-se provimento ao recurso, invertidos os ônus da sucumbência.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues, e dele participou, também

com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des.
Wilson Antunes do Nascimento.

Florianópolis, 12 de março de 2002.

*Carlos Prudêncio,
Presidente para o acórdão;
Cesar Abreu,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.021281-4, DE CAPINZAL

Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Embargos do devedor — Execução aparelhada com nota de crédito rural — Falsificação da assinatura do emitente comprovada — Validade dos avais prestados — Prosseguimento da execucional somente contra os avalistas — Apelo parcialmente provido.

À semelhança do que ocorre com o cheque, a nota promissória, a letra de câmbio etc., a nota de crédito rural não perde a condição de título cambial, ainda que comprovada a falsidade da assinatura de seu emitente. Contra este não gera a cédula viciada obrigação alguma, mas permanece formalmente apta a servir de arrimo para a execução de outras obrigações cambiais nela positivadas, inclusive dos avais prestados em favor do emitente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.021281-4, da comarca de Capinzal, em que figura como apelante Banco do Brasil S.A., sendo apelado Luiz Antônio Andrioni:

ACORDAM os senhores desembargadores integrantes da Quarta Câmara Civil, sem voto discrepante, dar provimento parcial ao apelo interposto.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Na comarca de Capinzal, Banco do Brasil S.A. propôs ação de execução contra Luiz Antônio Andrioni, Dejanir Parizotto e Luiz Antônio Ribe-

ro, objetivando cobrar a importância de Cr\$ 5.493.608,66, representada nos autos por uma “Nota de Crédito Rural”.

Após seguro o juízo, apenas o executado Luiz Antônio Andrioni, na qualidade de devedor principal, opôs embargos à execução.

Sustentou, dentre outras teses, a nulidade da execucional deflagrada pela instituição bancária, eis que a assinatura aposta na cédula de crédito em questão não teria partido de seu punho, mas sim de terceira pessoa.

Requeru a realização de exame grafotécnico, a fim de comprovar sua alegação.

O banco impugnou os embargos às fls. 16/21.

Em despacho saneador, o Magistrado *a quo* deferiu a realização da perícia postulada pelo embargante.

Às fls. 69/92, aportou aos autos o laudo grafotécnico postulado, certificando que a assinatura aposta no título em execução não teria partido do punho de Luiz Antônio Andrioni.

Houve manifestação das partes acerca da prova pericial.

Em seguida, o Togado *a quo* julgou procedentes os embargos, declarando nula a execução em razão da falsidade da assinatura do emitente da nota de crédito rural.

Inconformada, a casa bancária interpôs, a tempo e modo, recurso de apelação, argumentando: a) que, apesar de ter sido reconhecida a falsidade da assinatura do embargante aposta na cédula de crédito, nada impedia que a execução prosseguisse quanto a ele e seus avalistas, tendo em vista a existência de outros documentos indicando que o embargante participou efetivamente das negociações e beneficiou-se do empréstimo concedido; b) que os executados ter-se-iam aproveitado da confiança neles depositada pelo gerente do banco, o qual permitiu a assinatura da cédula de crédito fora das dependências da agência, para apor uma rubrica falsa no documento; c) que a sentença não poderia declarar nula a cédula em questão, sem levar em conta a existência de outros dois executados, os quais figuravam como avalistas; d) que a ação de execução deveria ao menos prosseguir com relação a estes dois coobrigados, tendo em vista que não embargaram a execução e

que o aval por eles prestado constitui obrigação totalmente independente da obrigação principal.

Contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos a esta superior instância, vindo-me conclusos em 1º de fevereiro de 2002.

II — Voto

No caso dos autos, o laudo grafotécnico produzido durante a fase instrutória veio a confirmar que a assinatura lançada na nota de crédito rural, no espaço reservado para a firma do emitente, não partiu do punho de Luiz Antônio Andrioni.

Diante desse elemento de prova seguro e conclusivo, creio que não restava outra opção ao Togado *a quo* senão acolher os embargos opostos por Luiz Antônio Andrioni, extinguindo a execucional quanto a ele. Isso porque, uma vez constatada a falsidade da assinatura, a nota de crédito rural deixou de ser um título executivo oponível ao apelado, tornando imprópria a utilização da via execucional contra este.

Argumenta o banco que os documentos de fls. 25/29 estariam a permitir o prosseguimento da execucional contra o apelado, eis que, por intermédio deles, seria possível verificar que a quantia especificada na nota de crédito rural foi depositada na conta corrente de Luiz Antônio Andrioni, o qual, agindo em conluio com os avalistas, teria transferido o crédito para a empresa Ourocap — Cereais Capinzal Ouro Ltda., de propriedade destes últimos.

Evidente que não merece guarida a argumentação da casa bancária. Um autêntico título executivo não admite complementos. Ou ele estampa em seu rosto um crédito líquido, certo e

exigível, ou ele não é um título executivo. Se o banco necessita demonstrar, por meio de prova documental, a existência de um conluio entre Luiz Antônio Andrioni e seus avalistas, a fim de cobrar a quantia constante da cédula de crédito trazida aos autos, não se pode dizer então que possui um título executivo contra o apelado.

Assim sendo, considerando que os documentos de fls. 25/29 jamais poderiam manter a executividade da nota de crédito rural em foco, é de se concluir que o prosseguimento da execucional contra o apelado era inviável.

O mesmo não pode ser dito, entretanto, no que concerne aos avalistas do apelado. Ao meu sentir, a falsificação da assinatura do emitente da nota de crédito rural não poderia figurar como óbice ao prosseguimento da execução quanto aos avalistas.

Dispõe o art. 60 do Decreto-Lei n. 167/67:

“Aplicam-se à cédula de crédito rural, à nota promissória rural e à duplicata rural, no que forem cabíveis, as normas de direito cambial, inclusive quanto a aval, dispensando porém o protesto para assegurar o direito de regresso contra endossantes e seus avalistas”.

Já o art. 7º da Lei Uniforme (Decreto n. 57.663/66), a qual rege as letras de câmbio e as notas promissórias, preconiza:

“Se a letra contém assinaturas de pessoas incapazes de se obrigarem por letras, assinaturas falsas, assinaturas de pessoas fictícias, ou assinaturas que por qualquer outra razão não poderiam obrigar as pessoas que assinaram a letra, ou em nome das quais

ela foi assinada, as obrigações dos outros signatários nem por isso deixam de ser válidas”.

No mesmo norte, vale conferir o art. 13, parágrafo único, da Lei n. 7.357/85, que trata dos cheques.

Por aí se vê que o Magistrado a *quo* não estava autorizado a extinguir a execucional em destaque, impedindo seu prosseguimento quanto aos avalistas de Luiz Antônio Andrioni. À semelhança do que ocorre com o cheque, a nota promissória, a letra de câmbio etc., a nota de crédito rural não perde a condição de título cambial, ainda que comprovada a falsidade da assinatura de seu emitente. Contra este não gera a cédula viciada obrigação alguma, mas permanece formalmente apta a fornecer lastro para a execução de outras obrigações cambiais nela positivadas, inclusive dos avais prestados em favor do emitente.

Mutatis mutandis, afiguram-se-me aplicáveis ao caso as seguintes lições do mestre Rubens Requião:

“O fato de na emissão da letra haver a assinatura de um incapaz, ou um vício de consentimento como no caso de adulteração ou falsificação de uma assinatura, seja a do sacador ou a do aceitante, não a torna nula (...)”.

“A matéria está regulada atualmente pelo art. 7º da Lei Uniforme, que dispõe que, ‘se a letra contém assinaturas de pessoas incapazes de se obrigarem por letras, assinaturas falsas, assinaturas de pessoas fictícias, ou assinaturas que por qualquer outra razão não poderiam obrigar as pessoas que assinaram a letra, ou em nome das quais ela foi assinada, as obrigações

dos outros signatários nem por isso deixam de ser válidas’.

“Vemos, assim, que a lei extraiu as últimas conseqüências da tese da independência das assinaturas e da autonomia das obrigações cambiárias, pois não fulmina de nulo o título sacado por faltar-lhe um dos requisitos essenciais, que é a assinatura válida do sacador. A lei, na espécie, se satisfaz com a aparência formal da assinatura, e agora damos razão a Whitaker quando ensina que as ‘firmas falsas, como é óbvio, não geram obrigações, mas, não prejudicando a regularidade aparente do título, de nenhum modo impedem que este sirva de fundamento válido aos outros atos ou obrigações cambiárias; elas não têm, em resumo, validade substancial, mas a sua validade formal é rigorosamente igual à das firmas autênticas ou verdadeiras. Assim, a falsidade da firma do sacador não acarreta a nulidade do título, ou da obrigação assumida pelo aceitante” (Curso de Direito Comercial. 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, 2º vol, pág. 360).

Sobre o assunto, vale conferir também o que diz João Eunápio Borges:

“Como toda obrigação cambial, o aval é obrigação autônoma, independente de quaisquer outras decorrentes do mesmo título, inclusive da do avalizado. Firmando o aval, o signatário fica vinculado e solidariamente responsável pelo aceite e pelo pagamento da letra, sem embargo da falsidade, da falsificação ou da nulidade de qualquer outra assinatura” (Do aval. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1975, pág. 166).

A jurisprudência, por seu turno, não discrepa das lições supramencionadas. Para melhor ilustrar a questão, vale conferir algumas ementas extraí-

das da obra “Títulos de Crédito — Doutrina e Jurisprudência”, vol. I, págs. 733/737, de Azevedo Franceschini:

“Falsa ou falsificada a assinatura de qualquer dos obrigados por letra ou nota promissória, vinculados ficam os outros obrigados, inclusive os avalistas. Basta a assinatura de um só dos coobrigados para a validade formal da letra de câmbio” (*in* RT 107/345).

“Jamais se poderá cobrar a obrigação cambial da vítima da falsificação, mas é lícito fazê-lo dirigindo-se a ação cambial contra os que, antes ou depois da falsificação, assinaram o título” (*in* RT 221/147).

“Não perde a promissória a qualidade de título cambial, comprovada a falsidade da firma do emitente. Contra este não gera o documento viciado obrigação alguma, mas formalmente permanece apto a servir de arrimo bastante a outras obrigações cambiárias, inclusive o aval, que não se desmerece diante da falsificação da firma do avalizado” (*in* RT 199/168).

Recentemente, analisando caso análogo ao dos autos, o STJ assim se pronunciou:

“Aval – Nota promissória.

“A responsabilidade cambiária do avalista, tendo em vista os princípios da autonomia e abstração, não é afastada pela falsificação ou nulidade de outra assinatura. Art. 7º da Lei Uniforme.

“Ressalva-se a hipótese de má-fé do favorecido, o que não ocorre na hipótese” (3ª T. — REsp n. 36.837-5/MG — rel. Min. Eduardo Ribeiro — j. em 9/11/93).

Na hipótese vertente, convém salientar que em nenhum momento foram produzidas provas seguras e iniludíveis capazes de demonstrar a má-fé do banco na cobrança do crédito em questão. Aliás, os avalistas nem sequer tiveram o cuidado de embargar a execução, a fim de demonstrar uma suposta operação irregular do banco.

Diz o apelado que os funcionários do banco teriam montado a cédula de crédito em questão, bem como várias outras, para salvar da falência a empresa Ourocap — Cereais Capinzal Ouro Ltda., a qual teria recebido um grande financiamento do banco, que não estaria conseguindo pagar. Contudo, não há provas nos autos aptas a sustentar tal afirmação.

Neste contexto, portanto, dou provimento parcial ao recurso, para que a execução possa prosseguir contra os avalistas da nota de crédito rural.

III — Decisão

Nos termos do voto proferido pela Relatora, a Câmara decidiu, por unanimidade, dar provimento parcial ao apelo interposto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cercato Padilha.

Florianópolis, 21 de março 2002.

Trindade dos Santos,

Presidente, com voto;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,

Relatora.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.022989-7, DE CHAPECÓ

Relator: Des. João Martins

Agravo de instrumento — Ação de reparação de danos em acidente de trânsito — Menor impúbere que, conduzindo máquina agrícola em rodovia estadual sem acostamento, teve seu veículo abalroado na traseira por caminhão, vindo a falecer — Alegação de parcela de culpa do DER/SC pela omissão na execução da obra — Decisão que reconheceu a ilegitimidade passiva ad causam da autarquia estadual, excluindo-a da lide — Possibilidade — Ausência, no caso, de exigibilidade na execução da obra — Nexo causal não configurado — Culpa, ademais,

preponderante dos envolvidos diretamente no acidente, afastando a responsabilidade objetiva do Estado — Agravo conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.022989-7, da comarca de Chapecó, em que são agravantes Elimira Schoenberger e outro, sendo agravados o Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina — DER/SC e outros:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Elimira Schoenberger e Francisco Schoenberger Filho, qualificados nos autos, contra decisão do juiz de direito da Vara da Fazenda Pública da comarca de Chapecó que, em “ação cível de caráter indenizatório processada pelo rito ordinário” ajuizada contra Cantu Futura Importação e Exportação, Edson Machado e Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina — DER/SC, igualmente qualificados, reconheceu, de plano, a ilegitimidade passiva do DER/SC, excluindo-o do feito e extinguindo o processo, em relação à autarquia, sem julgamento do mérito.

Alegam os agravantes que a petição inicial demonstra claramente os fatos, indicando a respectiva parcela de culpa do DER/SC na responsabilização pela morte do filho deles, que conduzia um trator na rodovia SC

469 sem acostamento no Distrito de Machado, município de Pinhalzinho, vindo a falecer em decorrência de sinistro por abalroamento traseiro de caminhão.

Enfatizam que não existe via secundária alternativa e que a rodovia está liberada para tráfego de qualquer veículo, não havendo placa proibitiva de trânsito de máquinas agrícolas ou indicativa do trânsito dessa espécie de veículo a alertar os motoristas no local.

Afirmam, ainda, que a região é palco de vários acidentes, sendo essa situação de conhecimento do DER/SC.

Argumentam decorrer a responsabilidade do DER/SC pela liberação ao tráfego da via sem, contudo, oferecer condições de segurança ao trânsito para a população.

Pugnando, ao final, pelo provimento do agravo, com a concessão de efeito suspensivo.

O efeito suspensivo pleiteado foi negado em despacho proferido à fl. 81.

Intimidados os agravados a apresentar contraminuta, respondeu o DER/SC, pugnando pela manutenção da decisão agravada (fls. 90/92).

II — Voto

Em se tratando de acidente de trânsito decorrente de ação ou omissão estatal, é cediço que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público deve reger-se pela teoria do risco administrativo, modalidade de responsabilidade objetiva consagrada no § 6º do art. 37 da Constitui-

ção Federal, segundo a qual o ente público responderá pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, independentemente de culpa, só se eximindo dessa obrigação, total ou parcialmente, quando comprovar que a vítima agiu com culpa exclusiva ou concorrente, respectivamente, ou na ocorrência de caso fortuito ou força maior. Ao particular lesado é exigida apenas a comprovação do nexos causal entre o fato lesivo e o dano, bem como os valores devidos a esse título. Dispõe o texto constitucional:

“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”.

Ensina Hely Lopes Meirelles:

“Para obter a indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexos causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o *quantum* da indenização” (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 25ª ed., pág. 605).

É entendimento deste Tribunal:

“Pela teoria do risco administrativo, integrante da responsabilidade objetiva, o Estado deverá indenizar sempre que a atividade administrativa provocar um dano, salvo se a vítima concorreu para o evento danoso ou originou-o através de seu comportamento. O Estado, neste caso, deverá provar a culpa do lesado ou a ocorrência de caso fortuito ou força maior para obter a exclusão ou atenuação da responsabilidade estatal. Inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal” (Ap. Cív. n. 51.986, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 21/11/96).

A controvérsia restringe-se à análise da existência ou não do nexos causal entre a conduta omissiva do DER/SC e o sinistro, pressuposto este da responsabilidade civil objetiva que espelha, no caso, a legitimidade passiva *ad causam* da autarquia demandada. Quanto ao dano, deve este ser analisado juntamente com o mérito da causa.

Por seu turno, o nexos causal revela-se na exigibilidade da conduta da Administração, em execução de obra ou prestação de serviço que possivelmente evitaria o evento danoso ao particular.

Colhe-se da lição de Yussef Said Cahali:

“a) A omissão de conduta exigível da Administração, na execução de obra ou na prestação de serviço, induz a responsabilidade civil do Estado pelos danos conseqüentes dessa omissão.

“b) Desde que exigível a atuação estatal, seja na execução de obras, seja na prestação de serviço, a conduta omissiva da Administração na implantação das obras necessárias para evitar o dano, ou na execução do serviço devido, autoriza a responsabili-

dade civil do Estado pelos danos sofridos pelos particulares, identificada a sua causa naquela omissão das obras ou dos serviços devidos; ainda que, para tanto, tenham concorrido fatores estranhos, como fatos da Natureza, de terceiro ou do próprio ofendido, quando, então, a conduta omissiva da Administração atuará como simples concausa da verificação do evento danoso, induzindo, daí, a proporcionalização da responsabilidade indenizatória.

“c) Não exigível a conduta da Administração, ainda que se omitindo esta na execução de obra ou na prestação de serviço que eventualmente poderia ter prevenido ou evitado o dano, o prejuízo sofrido pelo particular por ato próprio, por fato da Natureza ou de terceiro neste encontra a sua causa eficiente e suficiente, não havendo como imputá-lo à omissão estatal da obra ou do serviço inexigível; em casos tais, não havendo como exigir-se razoavelmente a execução da obra ou a prestação do serviço administrativo, a omissão do Poder Público identifica-se como simples condicionante da verificação do evento danoso, insuficiente para determinar a responsabilidade civil do Estado.

“Por outro lado, desde que *exigível* da Administração a execução da obra ou a prestação do serviço que teriam prevenido ou evitado o evento danoso sofrido pelo particular, identifica-se na conduta omissiva estatal a causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva do Estado por sua reparação: no simples conceito de descumprimento de obrigação exigível já está embutida a idéia de culpa, só elidível se não demonstrada a excludente da inexigibilidade do ato omitido,

posto como causa do dano, se demonstradas as exceções convencionais do caso fortuito, da força maior ou do ato próprio do ofendido.

“A questão, portanto, desloca-se para o âmbito da *exigibilidade* da conduta estatal omitida, invocada como causa do dano reparável; mais propriamente, a questão se insere, com melhor adequação, em sede de *exigibilidade* da obra não executada ou do serviço não prestado” (*in* Responsabilidade Civil do Estado, 2ª ed., Malheiros, 1995, págs. 285/286).

E mais adiante conclui:

“Conforme se disse, só no exame de situações concretas permite-se identificar se seria razoavelmente exigível a atuação estatal no sentido da execução da obra ou prestação do serviço devido, e cuja ausência ou insuficiência terá sido a causa do dano sofrido pelo administrado” (ob. cit., pág. 287).

Com efeito, o Estado possui o dever de zelar pela segurança do tráfego em suas rodovias. Contudo, o acostamento faz-se necessário unicamente em rodovias de intenso tráfego e de trânsito rápido ou com alguma circunstância *sui generis* que realmente exija a existência da obra.

Compulsando os fatos e argumentos esposados na inicial, não se vislumbra a possibilidade de que no decorrer do processo venham a ser comprovadas circunstâncias excepcionais que tornem necessária a existência de acostamento no local. No caso em comento, meras alegações de que há tráfego de máquinas agrícolas e carroças, juntamente com a ausência de via alternativa, não possuem o condão de constituir um quadro de falta de

segurança no local de ocorrência do acidente, mormente em se tratando de região rural.

Assim, não se revela razoável a exigência da execução de obra pelo Estado, qual seja, do acostamento na rodovia SC 489 na região do sinistro, não configurando, dessa forma, o nexa causal entre a conduta omissiva estatal e o resultado. No caso, frise-se, a conduta omissiva estatal mostra-se como mera condição da ocorrência do dano, mas não como causa. A ação do Estado poderia até, em tese, evitar o dano, mas, por certo, a sua omissão jamais o causou, tendo em vista que não foi o deflagrador primário do evento.

Ademais, mesmo que se pudessem entrever alguma possibilidade de que a existência de acostamento no local se fizesse necessária e, assim, caracterizado o nexa causal, o grau de exigibilidade da execução da obra seria mínimo considerando as peculiaridades do caso em exame e, dessa forma, apenas leve seria a culpa da autarquia. Dessa forma, apresenta-se preponderante a culpa daqueles envol-

vidos diretamente no acidente em relação a qualquer parcela de culpa possivelmente existente do DER/SC, afastando, por conseguinte, a responsabilidade objetiva do Estado.

Posto isso, tendo em vista a ausência de nexa causal entre a conduta omissiva estatal e o evento danoso, apresenta-se configurada a ilegitimidade passiva *ad causam* do DER/SC, não merecendo qualquer reparo a decisão agravada, razão pela qual se nega provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. João José Schaefer e Volnei Carlin.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2002.

João Martins,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.002676-0, DE CAMBORIÚ

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Agravo de instrumento. Assistência judiciária gratuita. Indeferimento nos autos principais. Recurso de apelação. Não conhecido. Agravo provido para, tão-só, ser concedida a benesse requerida.

Nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais, se o autor impetrou recurso de apelação contra decisão que denegou pedido de assistência judiciária gratuita, o qual não foi conhecido pelo julgador monocrático, este Sodalício poderá deferir tal

benesse, posto que o objeto do recurso interposto é, tão-só, a sua concessão.

A seu turno, a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita ao recorrente é medida que se impõe, pois em se tratando de garantia constitucional, o direito deflui da declaração do próprio interessado, independentemente de qualquer comprovação documental.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.002676-0, da comarca de Camboriú, em que é agravante José Luiz da Silva e agravado Café Damasco S.A.:

ACORDAM, em 1ª Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao agravo para o fim específico de conceder o benefício da assistência judiciária ao autor agravante, José Luiz da Silva, nos autos da ação movida contra Café Damasco S.A.

Custas legais.

I — Relatório

Adoto o relatório de fl. 164, acrescentando que não houve pedido de concessão de efeito suspensivo.

A parte agravada ofertou contra-razões às fls. 171/175.

É o relatório.

II — Voto

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por José Luiz da Silva contra decisão nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais que move contra Café Damasco S.A., que negou seguimento ao recurso de apelação aforado em face de interlocutória indeferindo o pedido de assistência judiciária gratuita.

No despacho objurgado de fl. 159, o Meritíssimo Juiz de Direito, Doutor Cesar Otavio Scirea Tessero-li, asseverou que:

“Contra decisão interlocutória que indefere ASG o recurso cabível é o de agravo de instrumento, a ser interposto diretamente perante o segundo grau, no prazo de 10 dias.

“Entretanto, a parte atacou a decisão com apelação, a qual não pode ser recebida por não ser o meio adequado a impugnar a decisão, não sendo o caso de se aplicar o princípio da fungibilidade.

“Assim, rejeito o recurso apresentado”.

O agravante objetiva com o recurso de apelação interposto, o qual não foi conhecido pelo Julgador monocrático e ensejou o presente recurso de agravo de instrumento ante o indeferimento da assistência judiciária gratuita, a subida do processo principal a este Sodalício para que lhe seja concedida tal benesse.

A seu turno, a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita ao agravante é medida que se impõe, pois em se tratando de garantia constitucional, o direito deflui da declaração do próprio interessado, independentemente de qualquer comprovação documental.

Ora, às fls. 61/62, verifica-se que o recorrente formulou tal declaração.

Reza o art. 4º da Lei n. 1.060, de 5/2/50: “A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

Tecendo seus comentários a respeito, acentua José Roberto de Castro *in* Manual de Assistência Judiciária — Teoria, Prática e Jurisprudência, Aide Editora, págs. 104 e 105: “O art. 4º, da Lei n. 1.060, com a nova redação que lhe deu a Lei n. 7.510, dispensa o ‘termo de declaração de pobreza’ da Lei n. 7.115. Basta, agora, que o interessado na assistência judiciária, na própria petição inicial, afirme que ‘não está em condições de pagar as custas do processo, e os honorários advocatícios, sem prejuízo próprio ou de sua família. É a pobreza presumida, nos termos do § 1º (de nova redação), do art. 4º da Lei n. 1.060”.

Diante disso, temos que o direito à assistência judiciária é um direito público subjetivo outorgado, pela Constituição e pela Lei n. 1.060/50, a toda pessoa que não possui condições financeiras de pagar custas processuais e honorários de advogado sem prejuízo para o próprio sustento ou o de sua família.

De outro lado, encontramos no § 1º do antes transcrito art. 4º que: “Presume-se pobre, *até prova em contrário*, quem afirmar essa condição nos termos desta lei (...)”.

Assim, a parte poderá obter o benefício da assistência judiciária por simples afirmação de pobreza nos autos, até prova em contrário, ou seja, trata-se de presunção de hipossuficiência *juris tantum*.

Na verdade, não há critérios absolutos para a qualificação da pessoa hipossuficiente, sendo *mister* do julgador, ao analisar o pedido de assistência, sopesar os elementos trazidos aos autos e utilizar o bom senso para deferir ou não tal benesse.

Assim, entendo que não se exige, como pressuposto da concessão do benefício, a miséria absoluta, podendo ser outorgada a quem tem até certos bens.

Importante trazer, por fim, o ensinamento do ilustre doutrinador Luiz Guilherme Marinoni *in* Novas Linhas do Processo Civil, 2ª ed., Malheiros, 1996, pág. 45: “A assistência judiciária, além de ser necessária para garantir a realização efetiva do direito de acesso à Justiça, é pressuposto fundamental para a participação no poder”.

Destarte, considerando que o autor agravante, às fls. 61/62, declarou ser pobre no sentido jurídico dos termos, e possuindo esta declaração presunção relativa de veracidade até que se prove em contrário, *mister* a concessão do benefício da assistência judiciária.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, dá-se provimento ao agravo para o fim específico de conceder o benefício da assistência judiciária ao autor agravante, José Luiz da Silva, nos

autos da ação movida contra Café Damasco S.A.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Wilson Augusto do Nascimento.

Florianópolis, 16 de abril de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2000.020063-8, DE PALHOÇA

Relator: Des. Trindade dos Santos

Agravo de instrumento. Execução. Contrato bancário. Embargos. Pedido de inversão do ônus probante. Indeferimento, com a determinação de pagamento dos custos de prova pericial pelos embargantes, ao argumento de serem esses custos de valor reduzido. Provimento do reclamo.

O Estatuto Consumerista, em seu art. 6º, item VIII, assegura a inversão do ônus da prova, em favorecimento do consumidor, quando este for hipossuficiente ou for verossímil a alegação. Presente um desses pressupostos, o juiz não tem apenas a faculdade de proceder à inversão, mas estará obrigado a fazê-la. E cogente essa inversão, não é dado ao magistrado a quo negá-la, ao fundamento de que os custos da prova necessária à apuração dos fatos — a pericial — é de baixo valor, podendo os embargantes com eles arcar.

Invertido o ônus da prova, incumbe à parte em cujo detrimento é feita essa inversão a obrigação de arcar com os custos da prova tendente a positivar as assertivas do consumidor. Se o art. 6º, VIII, do CDC, prevê que o ônus da prova pode ser invertido, então automaticamente vai para a outra parte a obrigação de proporcionar os meios para sua produção.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2000.020063-8, da comarca de Palhoça (2ª Vara), em que são agravantes Acires Silveira Puel e Galdino Basílio Puel, sendo agravado Banco Sudameris do Brasil S.A.:

ACÓRDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, conferir provimento ao recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

Acires Silveira Puel e Galdino Basílio Puel interpuseram agravo de instrumento em desfavor de Banco Su-

dameris S.A. em virtude de decisão do juiz singular que, nos autos dos Embargos à Execução n. 045.99.001189-0, deferiu a prova pericial requerida pelos recorrentes, determinando, todavia, que fosse por eles custeada, pelo fato de ser ela de baixo custo, afastando a inversão do ônus da prova pretendida.

Sustentaram serem pessoas físicas, consumidoras, e que usaram créditos, os quais consideram produto, de uma instituição financeira, considerada como fornecedora de serviços, razão pela qual deveria incidir o Código de Defesa do Consumidor e, por consequência, a inversão do ônus da prova.

Disseram que o débito originou-se de contrato de abertura de crédito em conta corrente sucedendo o encadeamento de contratos, chegando-se ao contrato de crédito fixo, fato que pretendem demonstrar com a prova pericial.

Assim, requereram a atribuição de efeito suspensivo ao recurso com o seu posterior provimento.

O efeito suspensivo pretendido foi indeferido pelo despacho de fl. 41.

Irresignados, os agravantes interpuseram agravo regimental objetivando reverter a decisão. Todavia, não foi ele conhecido por ser a decisão atacada irrecurável (fls. 61 a 72).

Contra-arrazoando, o banco agravado aplaudiu a decisão combatida bem como a decisão *ad quem* que indeferiu o pedido de efeito suspensivo ao recurso.

Disse que o art. 33 do CPC determina que a perícia será paga por quem a requerer. *In casu*, foi ela requerida pelos agravantes e por eles

devem ser pagos os honorários do Sr. perito.

Sustentou que o pedido de inversão do ônus da prova não foi apreciado pelo MM. Juiz *a quo*, não havendo razão para ser apreciado nesta Casa de Justiça.

Dessa forma, pugnou pelo desprovimento do agravo deduzido.

II — Voto

O recurso em tela, resta ver, merece ser acolhido!

Na verdade, pretendem os agravantes a inversão do ônus da prova com o pagamento dos honorários do perito pelo banco credor em virtude da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, pretensão essa que foi negada pela Magistrada singular.

Primeiramente, necessário dizer que a defesa do consumidor pelo Estado encontra-se inscrita no Texto Magno de 1988, mais precisamente no art. 5º, XXXII, como um dos direitos fundamentais, consagrado ainda, na mesma Carta, o princípio geral da atividade econômica (art. 170, V), a qual tem a finalidade precípua de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, tendo o Código de Defesa do Consumidor, à luz desse enfoque, como principal finalidade a de restabelecer o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo, estas profundamente abaladas pelo descompasso existente entre o social e o jurídico.

Referida codificação, sustente-se, tem um campo de incidência por demais abrangente, difuso mesmo, trazendo em seu bojo uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, com normas de sobredireito, incidentes em todos os

ramos do direito em que se integrarem as relações de consumo.

O diploma legal em referência, de outro lado, desmistificou totalmente o vetusto princípio da intangibilidade dos contratos, fazendo ruir o verdadeiro dogma até então existente: o do *pacta sunt servanda*; em substituição, consagrou o Codecon, em homenagem à desvantagem técnica e jurídica do consumidor em face do fornecedor, uma nova concepção do contrato, ou seja, uma concepção mais social, na qual a autonomia da vontade não é o seu único e essencial elemento, dando primazia, ao invés, aos efeitos sociais que esse contrato vai produzir e a situação econômica e jurídica das partes que o integram.

Objetivando, essencialmente, o restabelecimento do equilíbrio nas relações de consumo, o Estado passou a intervir no mercado de consumo, com os julgadores passando a deter poderes especiais e nada usuais no direito tradicional, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, a desconsideração da pessoa jurídica, a nulificação de ofício de cláusulas abusivas, com presunção, até prova em contrário, da responsabilidade do fornecedor.

Dentro desses propósitos constitucionais e emprestando-lhes efetividade, veio a lume o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), definindo que:

“Art. 2º — Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

“Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

“Art. 3º — Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

“§ 1º — Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

“§ 2º — Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

A atividade desenvolvida pela instituição agravada, há que se concluir, está tipificada na expressão “fornecedor” descrita pelo *caput* do art. 3º, uma vez que presta ela serviços de natureza financeira e de crédito, serviços esses inseridos no § 2º do mesmo artigo.

Destarte, os contratos pactuados com essa instituição financeira — contratos de abertura de crédito — estão incluídos no conceito legal de “serviços” previsto no Código Consumista.

Os agravantes, da mesma forma, enquadram-se no conceito de consumidor.

Os contratos realizados, como já dito, de abertura de crédito seja em conta corrente seja crédito fixo, como

sabido, possuem o lucro como objetivo fundamental estrutural da instituição bancária recorrida, por isso há no contrato regras que pendem para o lado econômico e sucessivamente se interpolam cálculos financeiros nocivos ao consumidor, os quais precisam ser analisados e afastados.

Aliás, observa, a respeito, Nelson Nery Júnior:

“Constitui direito básico do consumidor a ‘modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas’ (art. 6º, n. V, CDC). Esse princípio modifica inteiramente o sistema contratual do direito privado tradicional, consubstanciado no antigo brocardo *pacta sunt servanda*.”

“No sistema do CDC, entretanto, as conseqüências do princípio *pacta sunt servanda* não atingem de modo integral nem o fornecedor nem o consumidor. Este pode pretender a modificação de cláusula ou revisão do contrato de acordo com o art. 6º, n. V, do CDC; aquele pode pretender a resolução do contrato quando, da nulidade de uma cláusula, apesar dos esforços de integração do contrato, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes (art. 51, § 2º, do CDC)” (Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997, pág. 345).

Analisando o caso em específico, vislumbramos que o tipo de contrato o qual o agravado executa é despido de liquidez, certeza e exigibilidade, possuindo juros superiores ao patamar constitucionalmente permitido,

consoante o art. 192, § 3º, bem como juros capitalizados, encargos ilegais, mas comuns nessa espécie contratual.

Ocorre, e de forma cristalina, que os consumidores, ora agravantes, estão infinitamente em desvantagem com relação à poderosa instituição agravada Banco Sudameris do Brasil S.A., o que por si só já autoriza a inversão do *onus probandi* com as custas da perícia correndo por conta desta.

Assim, solução outra não nos resta senão reformar o entendimento esposado pela digna Magistrada singular, invertendo o ônus da prova, determinando à instituição de crédito agravada que deposite os honorários do perito em 10 (dez) dias.

Saliente-se, outrossim, que já existia uma ação cautelar de n. 023.00.039193-2, ajuizada pelos agravantes contra o agravado, na qual aqueles, os recorrentes, e o juiz singular já tinham um prévio conhecimento dos fatos narrados pelo recorrido.

E, diga-se de passagem, até o presente momento, a parte agravante é hipossuficiente em relação ao recorrente e o fato narrado é verossímilante.

Hipossuficiente é o consumidor que possui tanto a dificuldade econômica como a dificuldade técnica.

O Código de Defesa do Consumidor visa a estabelecer o equilíbrio necessário para uma relação harmônica entre os personagens da relação de consumo, suprimindo a hipossuficiência do mais frágil, que é, sabidamente, o consumidor, conforme acentua o próprio Henry Ford: “O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do

que seu elo mais fraco” (*apud* Grinover, Ada Pellegrini *et alli*, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 5ª ed., Forense Universitária, 1998, pág. 45).

Já a verossimilhança percebe-se da simples análise dos fatos narrados na petição inicial — tanto na ação de execução como nos embargos à execução —, fatos, aliás, observados em muitas outras demandas que passaram e passam por esta Câmara, onde se percebe a presença de encargos abusivamente pactuados, os quais necessitam ser revistos.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em Código de Processo Civil Comentado e LPCEV, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 1.354, comentam:

“Inversão do ônus da prova. O processo civil tradicional permite a convenção sobre o ônus da prova, de sorte que as partes podem estipular a inversão em relação ao critério da lei (CPC 333 parágrafo único, *a contrario sensu*). O CDC permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, sempre que for ou hipossuficiente ou verossímil sua alegação. Trata-se de aplicação do princípio constitucional da isonomia, pois o consumidor, como parte reconhecidamente mais fraca e vulnerável na relação de consumo (CDC 4º I), tem de ser tratado de forma diferente, a fim de que seja alcançada a igualdade real entre os partícipes da relação de consumo. O inciso comentado amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais, desigualda-

de essa reconhecida pela própria lei (Nery, Princ., n. 8, pág. 42).

“Alegação verossímil ou hipossuficiência do consumidor. A inversão pode ocorrer em duas situações distintas: a) quando o consumidor for hipossuficiente; b) quando for verossímil sua alegação. As hipóteses são alternativas, como claramente indica a conjunção ou expressa na norma ora comentada (Nery, DC 1/218; Watanaabe, CDC Coment., 497/498). A hipossuficiência respeita tanto à dificuldade econômica quanto à técnica do consumidor em poder desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito” (Nery, DC 1/217”).

A orientação a respeito promana da norma insculpida no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao erigir, como um dos direitos básicos do consumidor, a facilitação de seus direitos.

Dispõe mencionado preceito *in verbis*:

“Art. 6º — São direitos básicos do consumidor:

“VIII — a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Ensina, a propósito, Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

“Entender, então, a produção das provas em casos que envolvam as relações de consumo é compreender toda a principiologia da Lei n. 8.078, que pressupõe, entre outros princípios e normas, a vulnerabilidade do consumidor, sua hipossuficiência

(especialmente em técnica de informação, mas também econômica, como se verá), o plano geral da responsabilização do fornecedor, que é de natureza objetiva etc.” (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 121).

Manifestando-se sobre a verossimilhança, diz o preclaro professor:

“Para sua avaliação não basta, é verdade, a boa redação da petição inicial ou qualquer outra. Não se trata apenas do bom uso da técnica de argumentação que muitos profissionais têm. Isto é, não basta relatar fatos e conectá-los logicamente ao direito, de modo a produzir uma boa peça exordial.

“É necessário que da narrativa decorra verossimilhança tal que naquele momento da leitura, desde logo, possa-se aferir forte conteúdo persuasivo. E, já que se trata de medida extrema, deve o juiz aguardar a peça de defesa para verificar o grau de verossimilhança na relação com os elementos trazidos pela contestação. E é essa a teleologia da norma, uma vez que o final da proposição a reforça, ao estabelecer que a base são ‘as regras ordinárias de experiência’. Ou, em outros termos, terá o magistrado de se servir dos elementos apresentados na composição do que usualmente é aceito como verossímil.

“É fato que a narrativa interpretativa que se faz da norma é um tanto abstrata, mas não há alternativa, porquanto o legislador se utilizou de termos vagos e imprecisos (‘regras ordinárias de experiência’)” (pág. 123).

Sobre a hipossuficiência, diz o mesmo autor:

“O significado de hipossuficiência do texto do preceito normativo do CDC não é econômico. É técnico.

“A vulnerabilidade, como vimos, é o conceito que afirma a fragilidade econômica do consumidor e também técnica. Mas hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc.

“Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção ao mais ‘pobre’. Ou, em outras palavras, não é por ser ‘pobre’ que deve ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, até porque a questão da produção da prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material.

“Na realidade, para beneficiar o carente econômico no processo não seria necessária a inversão. Bastaria a determinação judicial de que o fornecedor arcasse com eventuais custos processuais para a produção de provas, tais como as perícias (o que, diga-se, não é ônus para fins de aferição de prova). Determinar-se-ia a inversão do pagamento, ou seja, o consumidor produz a prova e o fornecedor a paga, e aí sim estar-se-ia protegendo, de forma justa, o economicamente fraco.

“Não se pode olvidar que, para os ‘pobres’ na acepção jurídica do termo existe a justiça gratuita, a qual permite a isenção do pagamento das custas judiciais, o que não significa que ele está isento de provar o seu direito.

“E o inverso é verdadeiro: existem consumidores economicamente poderosos, o que não implica a sua não-hipossuficiência técnica. Mesmo no caso de o consumidor ter grande capacidade econômica, a inversão do ônus da prova deve ser feita na constatação de sua hipossuficiência (técnica de informação)” (págs. 123/124).

Ademais, como dito, a hipossuficiência e a verossimilhança não precisam estar presentes simultaneamente. Basta a presença de um desses fatores para a autorização do benefício. *In casu*, todavia, ambos os requisitos são preenchidos.

No caso vertente, a par de verossímeis as assertivas lançadas pelos autores/apelantes, estes, não só em face da própria condição econômica que ostentam, mas principalmente em razão da insuficiência técnica e de informações, são hipossuficientes.

A razão, no aspecto em discussão, está, pois, com os autores, motivo pelo qual se reconhece, a favor deles, a inversão do ônus da prova, muito embora, a esta altura, a questão já careça de objetivos práticos, em face do acolhimento de todas as teses por eles advogadas.

Pelos fatores expostos, é de se concluir ser aplicável à hipótese a inversão do ônus da prova nos termos do art. 6º, inc. VIII, da Lei n. 8.078, de 11/9/90, em benefício dos agravantes, posto estarem eles em posição fla-

grante de vulnerabilidade perante o agravado, uma empresa poderosa no mercado no serviço de fornecimento de crédito.

Acerca do assunto, expõe o lapidar José Carlos Barbosa Moreira:

“Uma das mais importantes inovações processuais do Código de Defesa do Consumidor reside na possibilidade, prevista em seu artigo 6º, VIII, de o juiz determinar, no processo civil, a inversão do ônus da prova, a favor do destinatário final de bens e serviços, quando ‘for verossímil a alegação’ ou quando se tratar de consumidor ‘hipossuficiente’”.

Para prosseguir:

“...permite a lei que se atribua ao consumidor a vantagem processual, consubstanciada na dispensa do ônus de provar determinado fato, o qual, sem a inversão, lhe tocaria demonstrar, à luz das disposições do processo civil comum; e se de um lado, a inversão exime o consumidor daquele ônus, de outro, transfere ao fornecedor o encargo de provar que o fato — apenas afirmado, mas não provado pelo consumidor — não aconteceu. Portanto, no tocante ao consumidor, a inversão representa a inserção de um ônus; quanto à parte contrária, a criação de novo ônus probatório, que se acrescenta aos demais, existentes desde o início do processo e oriundos do art. 333 do CPC” (Direito do Consumidor, vol. 22, págs. 135 e136).

Sobre a possibilidade da inversão do ônus da prova, já decidiu esta Corte:

“Agravado de Instrumento — Inversão do ônus probante e antecipação de tutela — Situação verossímil — Recurso desprovido.

“A existência de prova que seja capaz de gerar verossimilhança, de tal sorte, que não haja possibilidade de levantar dúvida razoável sobre os fatos alegados, autoriza o magistrado a conceder a antecipação de tutela, bem como, no caso de relação de consumo, a inverter o ônus da prova, a fim de facilitar a defesa dos consumidores, equilibrando a relação processual entre as partes” (Al n. 99.020170-8, de Coronel Freitas, rel. Des. Ruy Pedro Schneider).

Mantendo a mesma linha de entendimento, assinalou o colendo Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Ônus — Inversão — Critérios do juiz, quando reputar verossímil a alegação deduzida — Art.6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor. O art. 6º e inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, com o flagrante intuito de facilitar o ajuizamento da ação, reserva ao juiz o poder de dispensar o autor do encargo de provar o fato constitutivo de seu direito, quando, a critério exclusivo do magistrado, reputar verossímil a alegação deduzida” (Ac. 198.391-1 — São Paulo — 20 de outubro de 1993 — JTJ, Lex, 152:128).

“Ônus — Inversão — Existência de verossimilhança nas alegações do autor. Provas do adimplemento não apresentadas pela requerida. Inaplicabilidade do art. 333, I, do Código de Processo Civil, face à prevalência do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, por ser norma específica. Aplica-se a regra da inversão do ônus da prova, visto que há verossimilhança nas alegações do autor” (Ap. Cív. n. 240.757-2 — Presidente

Prudente — rel. Des. Debatin Cardoso, Lex, 167:147).

Nesse contexto, verificada a hipótese da verossimilhança das alegações formuladas pelos agravantes/consumidores na inicial, tanto na execucional como nos embargos, diante dos abusos camuflados nos contratos pactuados com a instituição recorrida, e demonstrada a hipossuficiência na relação contratual firmada pelas partes, sendo o banco agravado uma empresa sabidamente de grande porte em relação aos agravantes, apenas pessoas físicas, reformada deve ser a decisão atacada para aplicar-se o princípio da inversão do ônus probatório em favor dos recorrentes.

E, com essa inversão, impõe-se ao estabelecimento bancário agravado que arque com os honorários relativos à perícia.

Acentua, sobre o assunto, Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

“Trata-se do problema do ônus econômico da produção de certas provas, como, por exemplo, perícia.

“Se ficasse para a sentença a resolução e se o juiz decidisse que não havia nem verossimilhança nem hipossuficiência do consumidor e que este, portanto, teria de ter produzido prova pericial e não o fez porque não tinha dinheiro para adiantar os honorários provisórios do perito, estaríamos diante de um absurdo.

“Esse outro fato corrobora nosso entendimento no sentido de que a inversão deve ser decidida até ou no saneador, com o seguinte acréscimo: sendo invertido o ônus da prova, quem deve arcar com o custo do adiantamento das despesas, por exemplo, relativas à perícia? Qual parte deve arcar

com o adiantamento dos honorários do perito judicial?

“Ora, a resposta salta aos olhos: se o sistema legal protecionista cria norma que obriga à inversão do ônus da prova, como é que se poderia determinar que o consumidor pagasse as despesas ou honorários?

“Uma vez determinada a inversão, o ônus econômico da produção da prova tem de ser da parte sobre a qual recai o ônus processual. Caso contrário estar-se-ia dando com uma mão e tirando com a outra.

“Se a norma prevê que o ônus da prova pode ser invertido, então automaticamente vai para a outra parte a obrigação de proporcionar os meios para sua produção, sob pena de — obviamente — arcar com o ônus da sua não-produção.

“Se assim não fosse, instaurar-se-ia uma incrível contradição: o ônus da prova seria do réu, e o ônus

econômico seria do autor (consumidor). Como este não tem poder econômico, não poderia produzir a prova. Nesse caso, sobre qual parte recairia o ônus da não-produção da prova?” (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, Saraiva, 2000, págs. 126/127).

Ante o exposto, confere-se provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, dá-se provimento ao recurso.

O julgamento foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, tendo dele participado o Exmo. Sr. Des. Cercato Padilha, ambos com votos vencedores.

Florianópolis, 29 de novembro de 2001.

Trindade dos Santos,
Presidente para o acórdão e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.001516-7, DA CAPITAL

Relator: Des. Newton Trisotto

Administrativo – Direito de construir – Construção não autorizada – Ação de demolição aforada pelo município – Processo administrativo dispensável – Liminar deferida – Recurso desprovido.

1. “A construção clandestina, por não ter alvará de licença ou de autorização, pode ser embargada e demolida, porque em tal caso o particular está incidindo em manifesto ilícito administrativo, já comprovado pela falta de licenciamento do projeto, ou por sua inteira ausência” (Hely Lopes Meirelles).

A existência de outras construções na mesma via pública com idênticas características àquela embargada não afasta a ilicitude e não confere direitos; os abusos e as violações das leis de-

vem ser coibidos e nunca imitados (non exemplis sed legibus est judicandum).

2. O ajuizamento de ação visando à demolição de prédio construído sem licença dispensa a instauração de prévio processo administrativo. O direito ao contraditório e à ampla defesa é exercido em juízo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n.º 2001.001516-7, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho), em que são agravantes Esther de Souza Martinez e outros e agravado o município de Florianópolis:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O município de Florianópolis ajuizou, em setembro/94 (fls. 17/20), “ação de nunciação de obra nova c/c ordinária de demolição, com pedido de liminar”, contra Eugênio de Souza Martinez, Esther de Souza Martinez, Cláudio Rocha e Claudete Eliza de Souza Martinez.

Afirma o Município que a obra edificada pelos demandados no “Lote 1, Quadra 11, Loteamento n. 8.407, Rua P, esq. c/ Alameda P, Jurerê” é clandestina, pois não foi requerido alvará de construção. Com a demanda aforada, pretende “primeiramente embargar a obra em questão e, ao final, demolir a construção que se apresenta irregular e ilegal”.

Em outubro/94, a liminar foi deferida nos termos que seguem: “Diante das matérias argüidas e documentos em anexo, defiro a liminar pleiteada, devendo ser revista após a resposta dos réus”.

Da decisão, os réus interpuseram agravo de instrumento. Alegam, em síntese, que: a) a obra já foi embargada em 9/6/93 por agente fiscal da Secretaria de Urbanismo e Serviços Públicos da Prefeitura, sob pena de demolição, pelo Auto de Infração n. 19.892, em razão de “estar previsto alargamento da via (alameda 2), o que abrange parte da área construída”, sendo que esse fato não pode impedi-los de edificar sobre o terreno, “ainda mais que o projeto está de acordo com o Código de Obras” e que a Lei n. 4.401/94 modificou o sistema viário do loteamento, não mais persistindo a razão impeditiva da utilização do imóvel; b) o ato da autoridade é ilegal e abusivo, pois ausente o respectivo processo administrativo; c) inúmeros outros lotes na mesma situação “*tiveram seus projetos aprovados, inclusive recebendo o ‘habite-se’*”; d) a consulta de viabilidade de construção formulada em 17/1/85 foi aprovada em 25/1/85 pelo chefe do Departamento de Arquitetura e Urbanismo da SUSP; o “projeto arquitetônico” foi aprovado em 31/5/85 e o “habite-se” foi concedido

em 22/7/85; e) vêm pagando impostos sobre o terreno, como o IPTU e ISS.

O agravado e a douta Procuradoria-Geral de Justiça pugnam pelo desprovimento do recurso, ao qual não foi conferido efeito suspensivo (fls. 69/70).

Por derradeiro, anoto que os dois primeiros réus foram citados por edital publicado no Diário da Justiça que circulou em 27/11/00, conforme certificado pela Escrivã (fl. 37), e que não há prova da citação dos demais.

II — Voto

1. Segundo Hely Lopes Meireles, “o interesse público a ser protegido pelas limitações administrativas — observa Alessi — pode consistir na necessidade de evitar um dano possível para a coletividade, segundo o modo de utilização da propriedade particular, como pode, ao revés, consistir na necessidade de assegurar à coletividade uma determinada utilidade específica que os bens particulares sejam aptos a produzir, juntamente com a utilidade genérica para o particular proprietário. Na defesa desses interesses coletivos é que atua o Poder Público coarctando direitos individuais, condicionando o uso da propriedade privada e regulamentando atividades que afetem diretamente a comunidade, vale dizer, policiando tudo quanto possa refletir no bem-estar geral. Para tanto, o Poder Público edita normas genéricas de condutas (leis) ou baixa provimentos específicos de atuação administrativa (decretos, regulamentos, provimentos de urgência etc.) visando a ordenar as atividades individuais, no sentido socia'l em que

devem ser exercidas” (Direito de construir, RT, 1987, 5ª ed., págs. 71/72).

Adiante, acrescenta:

“O controle da construção pelo Município tem o duplo objetivo de garantir a estrutura e a forma da edificação, e de harmonizá-la no agregado urbano, para maior funcionalidade, segurança, salubridade, conforto e estética da cidade. Daí as exigências estruturais da obra e as de sua localização e função, diante do zoneamento e das normas de ocupação do solo urbano ou urbanizável, consignadas na regulamentação edilícia.

(...)

“Em linguagem mais livre, pode-se dizer que o poder de polícia administrativa é o mecanismo de frenagem que a Administração Pública emprega para conter as atividades anti-sociais dos particulares. Com esse instrumento administrativo, o Poder Público impede toda conduta individual contrária à lei e nociva à coletividade. Para tanto, as atividades que interferem com o bem-estar social — como as construções urbanas — ficam sujeitas a requisitos técnicos e a limitações administrativas tendentes a ordená-las segundo a sua destinação e os superiores interesses da comunidade. É o duplo controle técnico-funcional, da obra, e urbanístico, da cidade.

(...)

“Comprovado que a obra está sendo construída em desacordo com o projeto aprovado, a Prefeitura poderá cassar o alvará até que a construção seja regularizada, nada tendo que indenizar pelo embargo e demolição do que foi feito irregularmente.

(...)

“Legítimo é o embargo da obra ou a interdição de uso da construção concluída, se em desacordo com o projeto aprovado ou se realizada clandestinamente sem projeto e alvará da Prefeitura” (págs. 164/173).

Destaca o saudoso jurista: “Se a construção clandestina admitir adaptações às exigências legais, deverá ser conservada, desde que o interessado as satisfaça no prazo concedido e nas condições técnicas determinadas pela Administração, ou pela Justiça na ação pertinente” (pág. 275).

Da doutrina e da jurisprudência colaciono lições e julgados que reconhecem a legitimidade e o interesse de agir do município em postular, via ação de nunciação de obra nova, o embargo de construção clandestina e, via ação demolitória, a demolição daquela já concluída:

“A construção clandestina, assim considerada a obra realizada sem licença, é uma atividade ilícita por contrária à norma edilícia que condiciona a edificação à licença prévia da Prefeitura. Quem a executa sem projeto regularmente aprovado, ou dele se afasta na execução dos trabalhos, sujeita-se à sanção administrativa correspondente.

(...)

“O embargo da obra clandestina pode ser feito por via administrativa ou judicial. A Administração Pública tem a faculdade de execução de seus próprios atos, sem recorrer ao Judiciário, máxime quando emanam do poder de polícia e visam a preservar os altos interesses da coletividade” (Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, págs. 272/270).

“Obra que, inacabada ao tempo da propositura, importou em alteração da estrutura física preexistente e não contava com prévia autorização da Prefeitura do Município. Ordem demolitória cabível” (2º TACívSP, Ap. c/ Rev. n. 518.635, Juiz Arantes Theodoro).

“Se o particular constrói casa clandestinamente, restando embarcada a sua conclusão e o proprietário de má-fé, desobedecendo os ditames do poder público, prossegue em ritmo acelerado as obras, inaugura a construção e ainda amplia o projeto já desautorizado, deve arcar com as conseqüências da decisão judicial que o compele a demolir as edificações irregulares sob pena de multa diária” (TJPR, AC n. 11616, Des. Oto Sponholz).

“Não se pode construir em terreno destinado à calçada pública, que se constitui em recuo obrigatório definido no Código de Posturas do Município de Curitiba, mormente quando não se obteve o prévio alvará de licença para a construção, podendo, o juiz, ordenar a demolição da irregular edificação, sob pena de multa diária, como preceito cominatório” (TAPR, AC n. 61653300, Juiz Antonio Gomes da Silva).

“Não viola direito líquido e certo a municipalidade quando embarga construção, mesmo sem a devida autorização administrativa, mesmo que se trate de reforma em obra já edificada” (ACMS n. 99.019270-9, Des. Anselmo Cerello).

“A construção clandestina, feita sem prévia aprovação do projeto, ou sem alvará de licença, em área *non aedificandi*, rende ensejo à muni-

cipalidade, no exercício de seu poder de polícia, após procedimento administrativo regular, à demolição da obra não concluída, sem que se possa falar em direito de indenização” (Ap. Cív. n.. 36.079, Des. Pedro Manoel Abreu).

“Construindo o particular sem licença do município, o que torna clandestina a obra, por força do que dispõe o Código de Posturas, comete ele ato ilegal, rendendo ensejo ao uso, pela Administração, do poder de polícia que lhe é inerente, não só para embargar, imediata e sumariamente, o prosseguimento da obra, como também para lograr a demolição da mesma” (Ap. Cív. n. 1997.002612-9, Des. Trindade dos Santos).

“Tratando-se de obra, levantada sem licença e ao arrepio de normas municipais, cabe a demolitória, que é o meio que dispõe a administração para resguardar o interesse coletivo” (Ap. Cív. n. 96.003505-2, Des. Amaral e Silva).

2. No caso *sub examen*, é incontroverso que os agravantes edificaram uma residência sem prévia licença do Município. Admitem eles que a obra foi embargada em junho/93. Alegam que todas exigências edilícias foram observadas e que o embargo é ilegal porquanto o Município não lhe assegurou, em processo administrativo, o direito ao contraditório e à defesa.

Não lhes assiste razão.

Ainda de acordo com Hely Lopes Meirelles, “a demolição de obra clandestina, por óbvias razões, pode ser efetivada mediante ordem sumária da Prefeitura, porque em tal caso o particular está incidindo em manifesto ilícito administrativo, com o só ato de

frustrar a apreciação do projeto, que é pressuposto legal de toda construção. Como a construção é atividade sujeita a licenciamento pelo Poder Público, a ausência de licença para construir faz presumir um dano potencial à Administração e à coletividade, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas e urbanísticas” (*op. cit.*, págs. 175/176).

É inquestionável que o próprio Município não possa demolir a construção clandestina sem assegurar ao munícipe, em processo administrativo regular, o direito ao contraditório e à ampla defesa. Será ele dispensável, porém, se optar pela via judicial. O contraditório e a ampla defesa se estabelecerão em juízo. A respeito, decidiu a Primeira Câmara Civil:

“À administração pública é inerente o poder de embargar administrativamente as obras ilegais, como pode pleitear junto ao Poder Judiciário essas medidas. Pertence ao administrador a escolha da via que entender mais conveniente e oportuna” (Ap. Cív. n. 38.832, Des. Antônio Monteiro Rocha).

É absolutamente despidendo perquirir se foram ou não satisfeitas as normas edilícias. A toda evidência, não poderiam os agravantes construir o prédio sem licença do Município. Se foi ela negada arbitrariamente, deveriam ter ajuizado ação própria para restabelecer o direito violado.

A circunstância de estar sendo lançado o imposto predial ou o fato de outros proprietários de terrenos com as mesmas características terem obtido autorização para construir não

afasta a ilicitude. Conforme Adroaldo Mesquita da Costa, “*não se deve julgar de acordo com os exemplos e sim, de acordo com as leis, Non exemplis sed legibus est iudicandum. Os abusos e as violações das leis devem ser coibidos e nunca imitados*” (RDA 78/304).

Se o óbice à concessão da licença (alargamento da via pública) desapareceu, caberia aos agravantes postular a regularização da obra, o que é juridicamente possível, consoante lição de Hely Lopes Meirelles já acima citada. Não compete ao Judiciário substituir o Município e conceder o alvará.

3. Pelas razões acima expostas, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros e Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 7 de junho de 2001.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente para o acórdão;
Newton Trisotto,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.019011-7, DE IBIRAMA

Relator: Des. Newton Trisotto

Processual — Ação civil pública — Antecipação da tutela — Requisitos — Pressupostos não demonstrados — Periculum in mora inverso — Princípio da proporcionalidade.

1. Ressalvadas situações excepcionais, ao juiz só é permitido deferir medida cautelar, “sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz” (CPC, art. 804). Por analogia, a regra se aplica também ao mandado de segurança (Lei n. 1.533/51, art. 7º, II), à antecipação da tutela (CPC, art. 273) e à ação civil pública (Lei n. 7.347/85, art. 12). E, “para que não haja desvirtuamento da examinada medida, impõe-se que sua concessão seja sempre fundamentada, onde fique evidenciado o interesse premente a justificar sua concessão antes mesmo de instaurado o contraditório, com menção das eventuais ocorrências ou providências a serem tomadas, na conjuntura fática exposta e comprovada, pela parte oposta, em ordem a frustrar a finalidade da própria tutela cautelar” (Antônio Vital Ramos de Vasconcelos), sob pena de nulidade da decisão.

2. *O periculum in mora inverso e o princípio da proporcionalidade devem sempre ser considerados, pois “há liminares que trazem resultados piores que aqueles que visam evitar” (Egas Moniz de Aragão); não deve ser deferida a antecipação da tutela “se o dano resultante do deferimento for superior ao que se deseja evitar” (Sérgio Ferraz).*

3. *Não pode subsistir decisão que, deferindo a antecipação da tutela, declara, in limine, nulo “termo de cessão de uso” de imóvel destinado às instalações de empresa em terreno que lhe foi prometido à venda pelo município. Por via reflexa, a decisão impede a conclusão do prédio e o início das atividades da empresa, gerando à cessionária, bem como à economia local, prejuízos de difícil reparação.*

A conclusão da obra não terá nenhuma relevância no julgamento da demanda nem resultará em prejuízo ao erário. Isso porque, se ilícita a alienação, com a procedência do pedido formulado na ação civil pública o domínio do imóvel retornará ao município.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.019011-7, da comarca de Ibirama, em que é agravante o município de Ibirama e agravado o representante do Ministério Público:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O Ministério Público ajuizou ação civil pública contra Jair Francisco, Osmar Wagner, Marlete Gonçalves de Araújo e Confibras — Confecções Ltda.

O MM. Juiz de Direito deferiu a antecipação dos efeitos da tutela reclamada, registrando no *decisum*, cujos termos retratam a natureza do litígio, a causa de pedir e o pedido:

“Sobreleva ao Ministério Público velar pela boa aplicação das leis, quando condutas funcionais atentarem concretamente aos interesses públicos. Afinal, é ele órgão da lei por determinação constitucional (art. 127, CFRB)’ (TJSC — Apelação Cível n. 1999.004526-9, de Timbó, rel. Des. Volnei Carlin, publ. no DJSC n. 10.774, de 27/8/2001, pág. 29).

“Assim, o ilustre representante do Ministério Público, no uso e gozo de suas atribuições constitucionais, ajuizou a presente ação civil pública contra os requeridos, pedindo tutela antecipada para ver declarada a nulidade do termo de cessão de uso, referente a um terreno municipal, adquirido pelo município de Ibirama por desapropriação, localizado na Rua Loyd, Distrito de Dalbérgia, com área de 3.761 metros quadrados, matriculado sob o n. 7.326, do Cartório do Registro de Imóveis e Hipotecas da comarca de Ibirama.

“A alienação ou cessão de uso de bens públicos deve, via de regra, ser precedido de processo licitatório, na forma do disposto no artigo 2º da Lei n. 8.666/93 e inciso XXI do artigo 37 da *lex mater*.

“A Lei Orgânica do município de Ibirama admite a concessão, mediante decreto, de permissão de uso sobre bens públicos, dispensando a realização de procedimento de concorrência pública e de regulamentação do poder legiferante nas hipóteses da interessada ser concessionária do poder público ou entidade assistencial, ou ainda quando houver relevante interesse da coletividade, previamente justificado (arts. 100, inciso I, e 120, parágrafos 1º e 2º c/c art. 117, parágrafo 1º), o que, todavia, não é o caso dos autos.

“A Lei Municipal n. 1.983/97 admite cessão, gratuita ou onerosa, de terrenos municipais destinados ao desenvolvimento de atividades empresariais (art. 2º, inc. II), desde que sejam apresentados pelo interessado os documentos necessários para a obtenção do referido incentivo (art. 5º e seus incisos), que, por sua vez, também está sujeito ao crivo do Conselho Municipal de Desenvolvimento da Prefeitura de Ibirama para, somente após, ser ou não acolhida a proposta do interessado (art. 19).

“A Lei Municipal n. 2.125, sancionada em 3/7/2001, além de dispor sobre a necessidade de prévio procedimento de concorrência pública para viabilizar-se a alienação dos lotes destinados à instalação de unidades industriais art. 3º e seus incisos), instituiu também uma série de exigências que devem ser previamente analisadas pelo Conselho Municipal de De-

envolvimento da Prefeitura de Ibirama (art. 7º e seus incisos).

“Contudo, pelo conteúdo dos documentos anexados aos autos, é possível perceber que a empresa cessionária endereçou, em 2/4/2001, pedido formal à Secretaria de Desenvolvimento de Ibirama visando obter a cessão de uso do imóvel em questão (fl. 65). Posteriormente, em 6/4/2001, o Secretário de Desenvolvimento dispensou a apresentação dos indispensáveis documentos exigidos no artigo 5º da Lei n. 1.983/97 e deferiu, *ad referendum*, a cessão de uso do prefalado imóvel (fl. 66). Somente algum tempo depois, ou seja, em 1º/6/2001, é que o Chefe do Poder Executivo encaminhou à Câmara de Vereadores o Projeto de Lei n. 19/2001, visando justamente regulamentar a alienação do imóvel transcrito sob o n. 7.326 (fls. 78/82). E somente em 3/7/2001 é que a Lei Municipal n. 2.125 foi sancionada, regulamentando, então, a alienação do imóvel situado na Rua Loyd, em Ibirama, para fins de instalação de pólos industriais (fls. 83/90).

“O Conselho Municipal do Desenvolvimento referendou requestada cessão de uso no dia 19/6/2001, às 16 horas, ou seja, quando a pretensa cessionária não só detinha a posse do imóvel em comento, como também já estavam sendo concluídas as obras realizadas para a constituição do empreendimento (fls. 75/77).

“Destaco também o fato de que as negativas Federal, Estadual, Municipal e Previdenciária, bem como o relatório minucioso com a demonstração dos tributos a serem gerados, localização do empreendimento, orçamento geral, dimensionamento e impacto social do empreendimento nu-

ma projeção de cinco anos, documentação legal da empresa interessada e número de empregos a serem gerados, não foram previamente apresentados ao Secretário de Desenvolvimento Econômico, nem tampouco ao Conselho Municipal de Desenvolvimento da Prefeitura de Ibirama, conforme exige a lei, o que veio a ocorrer somente em momento posterior (fls. 120/133). Aliás, o depoimento prestado pela sócia da empresa cessionária, Sra. Marlene Gonçalves de Araújo, colhido pelo representante do *Parquet*, comprova tal assertiva, pois informa que tanto o requerimento, quanto os documentos mencionados no parágrafo anterior, somente foram apresentados pela cessionária após a promulgação da Lei Municipal n. 2.125/2001 (fls. 113/115), o que é juridicamente inaceitável.

“Saltam aos olhos, portanto, as irregularidades que contaminam o procedimento de aprovação da mencionada cessão de uso, que olvidou todas as etapas intransponíveis previstas nas citadas Leis Municipais ns. 1.983/97 e 2.125/2001, razão pela qual deve ser declarado nulo o Termo de Cessão de Uso n. 01/2001 (fls. 87/90), bem como o instrumento particular de cessão de uso de fls. 91/92.

“Imperioso frisar que a motivação das requestadas nulidades encontram eco não só no interesse da coletividade ou no eventual prejuízo ao erário público, mas também em vícios de forma que invalidam os atos desde sua origem, *ex tunc*, sendo inexorável, portanto, a declaração de nulidade da cessão de uso convencionalizada entre o município de Ibirama e a empresa Confibras Confecções Ltda. — ME.

“Lembrando que ‘só a ilegalidade de autoriza a anulação do contrato administrativo pelo Poder Judiciário, através das vias judiciais comuns (ações ordinárias anulatórias) ou especiais (mandado de segurança ou ação civil pública)’ (*in* ‘Direito Administrativo Brasileiro’, Hely Lopes Meirelles, 21ª edição, Ed. Malheiros, pág. 218, 1996), e considerando a plausibilidade e a verossimilhança do direito invocado, forte no artigo 213 do Código de Processo Civil, defiro o pedido de tutela antecipada formulado na inicial para o fim de declarar a nulidade do Termo de Cessão de Uso n. 01/2001 (fls. 87/90), como também do instrumento particular de cessão de uso de fls. 91/92”.

Dessa decisão, o município de Ibirama interpôs agravo de instrumento, sustentando, em síntese, que: a) não é permitida a antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública; b) não se encontra presente um dos pressupostos autorizadores da concessão da medida: *periculum in mora* (CPC, art. 273); c) o MM. Juiz de Direito não explicitou, “de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento” (CPC, art. 273, § 1º); d) “não houve qualquer ato de improbidade administrativa, eis que havia Lei Municipal específica sobre a cessão de uso de imóveis do poder público a empresas particulares, como forma de incentivo ao desenvolvimento econômico do município de Ibirama, assim como não ocorreu qualquer prejuízo ao erário público a fim de justificar a procedência da presente”.

Respondido o recurso (fls. 192/197) — ao qual não foi atribuído efeito suspensivo (fls. 185/186) —, manifestou-se a douta Procurado-

ria-Geral de Justiça pela confirmação do *decisum* (fls. 202/206).

II — Voto

1. A respeito do instituto da antecipação da tutela e da sua aplicabilidade contra a Fazenda Pública, permito-me breve digressão que, como se verá, tem pertinência com o caso *sub judice*:

1.1. Segundo Antônio Cláudio da Costa Machado, o instituto da antecipação da tutela “corresponde ao maior e, também, ao mais perigoso de todos os avanços introduzidos pela chamada reforma do processo civil”. Adverte que “muita prudência e comedimento serão exigidos do juiz para o exercício dessa imensa parcela de poder que a lei agora coloca à sua disposição com o intuito de fomentar a justiça célere e efetiva” (A reforma do processo civil interpretada, Saraiva, 1996, 2ª ed., pág. 22).

A advertência é oportuna. A antecipação dos efeitos da tutela só pode ser deferida se presentes todos os pressupostos legais que a autorizam (CPC, art. 273, I e II, e § 2º), os quais devem ser analisados com extremo rigor, cumprindo ao juiz expor, de “modo claro e preciso, as razões do seu convencimento” (§ 1º). Esse parágrafo repete norma constitucional (art. 93, IX) e disposição do próprio Código (art. 165). A enfática reafirmação da imprescindibilidade da fundamentação, com a locução “de modo claro e preciso”, revela a preocupação e a cautela do legislador com o instituto.

1.2. A antecipação da tutela não se confunde com as medidas cautelares nos seus objetivos. No entanto, o binômio *fumus boni juris* e *pericu-*

lum in mora constitui pressuposto comum aos dois institutos. No tocante às cautelares, o primeiro consiste no “juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados”; na antecipação da tutela, na “verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos” (Teori Albino Zavascki, Antecipação de tutela, Saraiva, 1997, 1ª ed., pág. 76); o *periculum in mora*, no justo receio de “que o direito possa perder a possibilidade de realizar-se” e, ainda, nas “necessidades do litigante, privado do bem a que provavelmente tem direito” e que é “impedido de obtê-lo desde logo” (Cândido Rangel Dinamarco, A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, 1995, 2ª ed., pág. 145).

Os dois pressupostos devem coexistir. Quanto mais evidente o *fumus boni juris*, menos rigor haverá no exame do *periculum in mora*; se grave o *periculum in mora*, maior flexibilidade deve ter o juiz na análise do *fumus boni juris* (Eduardo Talamini, Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, Revista dos Tribunais, 2001, pág. 353).

Sobre o *fumus boni juris*, anota Cândido Rangel Dinamarco:

“O art. 273 condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz ‘se convença da verossimilhança da alegação’. A dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundando no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhan-

ça. Convencer-se da verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor.

“Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes aparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar.

“O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência da prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar” (*op. cit.*, pág. 143).

Acerca do *periculum in mora*, da doutrina colaciono as lições que seguem:

“A primeira delas sugere o requisito do *periculum in mora*, ordinariamente posto em relação à tutela cautelar. Reside no ‘fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação’ (art. 273, inc. I). As realidades angustiosas que o processo revela impõem que esse dano assim temido não se limite aos casos em que o direito possa perder a possibilidade de realizar-se, pois os riscos dessa ordem são satisfatoriamente neutralizados pelas medidas cautelares. É preciso levar em conta as necessidades do litigante, privado do bem a que provavelmente tem direito e sendo impedido de obtê-lo desde logo. A necessidade de servir-se do processo para obter a satisfação de um direito não deve reverter a dano de quem não pode ter o seu direito satisfeito senão mediante o processo (Chiovenda). No juízo equilibrado a ser feito para evitar a transferência para o réu dos problemas do autor, o juiz levará em conta o modo como a medida poderá atingir a esfera de direitos daquele, porque não lhe é lícito despir um santo para vestir outro. O grau de probabilidade de existência do direito do autor há de influir nesse juízo, certamente” (Cândido Rangel Dinamarco, *op. cit.*, pág. 145).

“O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade, antes

mencionado” (Teori Albino Zavascki, *op. cit.*, pág. 77).

1.3. Igualmente deve o juiz considerar o princípio da proporcionalidade. Não está ele expressamente previsto no Código de Processo Civil como pressuposto à concessão da antecipação da tutela ou de medida cautelar, o que não impede a sua aplicação.

Segundo Luiz Guilherme Marioni, “alguém poderia argumentar que não nos podemos valer do princípio da proporcionalidade porque ele não está previsto no sistema constitucional brasileiro. Acontece que, para poderem ser aplicados, os princípios não precisam estar previstos nos textos normativos. Como diz José Joaquim Gomes Canotilho, os princípios beneficiam-se de uma objetividade e presencialidade normativa que os dispensam estarem consagrados expressamente em qualquer preceito” (A antecipação da tutela, Malheiros, 1998, 4ª ed., pág. 171).

Sobre o tema, seguem transcritas diversas lições relevantes:

“No conflito entre dois bens jurídicos, deve-se outorgar a tutela para evitar que o bem maior seja sacrificado ao menor, segundo uma escala de valores pela qual se pauta o *homo medius*, na valoração dos bens da vida” (Carreira Alvim, Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual, Del Rey, 1997, pág. 140).

“Daí sempre ter sustentado que a liminar, na cautelar ou antecipação liminar da tutela em qualquer processo, não é direito das partes constitucionalmente assegurado. A única hipótese em que se me afigura

não poder a lei evitar a proteção liminar é aquela em que a sua proibição ou não concessão significará, sem sombra de dúvida, tornar impossível a futura tutela definitiva. Aqui, dois valores constitucionais conflitam. O da efetividade da tutela e o do contraditório e ampla defesa. Caso a ampla defesa ou até mesmo a simples citação do réu importe certeza da ineficácia da futura tutela, sacrifica-se, provisoriamente, o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela, que, se não antecipada, se faria impossível no futuro. *Cuida-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, que impõe o sacrifício de um bem jurídico, suscetível de tutela subsequente, em favor de outro bem jurídico que, se não tutelado de pronto, será definitivamente sacrificado*” (J.J. Calmon de Passos, Reforma do código de processo civil, Saraiwa, 1996, pág. 189 — promovi o destaque).

“Justamente em razão do que se acabou de referir, é indispensável, sob pena de ilegitimidade de sua atuação, que o agente criador da regra de solução do conflito (legislador ou juiz), observe determinados princípios, ínsitos ao sistema constitucional, que, para os limites do presente estudo, podem ser assim resumidos:

“a) princípio da necessidade, segundo o qual a regra de solução (que é limitadora de direito fundamental) somente será legítima quando for real o conflito, ou seja, quando efetivamente não for possível estabelecer um modo de convivência simultânea dos direitos fundamentais sob tensão;

“b) princípio da menor restrição possível, também chamado de princípio da proibição de excessos,

que está associado, sob certo aspecto, também ao princípio da proporcionalidade, segundo o qual a restrição a direito fundamental, operada pela regra de solução, não poderá ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida” (Teori Albino Zavascki, *op. cit.*, pág. 63).

“Justifica-se a aplicação do princípio da proporcionalidade por importar a tomada de decisão, necessariamente, restrição de direitos ou interesses juridicamente relevantes, conduzindo à concreta avaliação não apenas a respeito da legitimidade dos meios e dos fins perseguidos, mas, também, da adequação desses meios à consecução dos propósitos desejados, da necessidade de sua utilização e da razoabilidade, como justa medida do sacrifício de um direito em detrimento de outro. Cuidará, portanto, o juiz de aferir, fundamentalmente, a compatibilidade entre os meios e fins, de molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais” (Neyton Fantoni Jr., A tutela jurisdicional antecipada à luz da efetividade da constituição e do prestígio da função jurisdicional, *in* RJ 215/31 — o grifo não consta do original).

“Entretanto, o perigo de irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento não pode constituir impedimento ao deferimento da tutela urgente. Tratando-se de tutela antecipatória urgente, deve ser possível o sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Do contrário, o direito que tem maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversível-

mente prejudicado. Em resumo, se não há outro modo para evitar um prejuízo irreparável a um direito que se apresenta como provável, deve-se admitir que o juiz possa provocar um prejuízo irreparável ao direito que lhe parece improvável. Nestes casos deve ocorrer a ponderação dos bens jurídicos em jogo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, pois quanto maior for o valor jurídico do bem a ser sacrificado, tanto maior deverá ser a probabilidade da existência do direito que justificará o seu sacrifício” (Miguel Kfoury Neto, Código de Processo Civil — Alteração — Leis ns. 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953/94, *in* RJ 210/49).

“No juízo equilibrado a ser feito para a transferência para o réu dos problemas do autor, o juiz levará em conta o modo como a medida poderá atingir a esfera de direitos daquele, porque não lhe é lícito despir um santo para vestir o outro. O grau de probabilidade de existência do direito do autor há de influir nesse juízo, certamente” (Reis Friede, Aspectos fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança, ação cautelar, tutela específica e tutela antecipada, Forense, 1996, 3ª ed., pág. 532).

1.4. Sérgio Ferraz enfatiza que não se pode “desconsiderar o *periculum in mora* inverso. Ou seja, a liminar não deve ser concedida, se o dano resultante do deferimento for superior ao que se deseja evitar” (Mandado de segurança (individual e coletivo) — aspectos polêmicos, Malheiros, 1996, 3ª ed., pág. 143).

Ao discorrer sobre o tema, assinala Reis Friede:

“Durante a segunda fase do exame do juízo de admissibilidade da medida cautelar, em forma de liminar ou não — ao lado do requisito da ‘relevância do fundamento do pedido’ e necessariamente após a comprovação dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (relativas à primeira fase do exame do juízo de admissibilidade da medida) —, resta o imperativo e criterioso exame do requisito consubstanciado no denominado *periculum in mora* inverso ou, mais especificamente, na sua ‘não-produção’, consistente, exatamente, no afastamento, por seu turno, da eventual concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável (ou de difícil reparação), contra o réu (impetrado ou requerido), como consequência direta da própria concessão da medida liminar eventualmente deferida ao autor (impetrante ou requerente).

‘(...) considero, na verdade, que o *periculum in mora* existente no mandado de segurança não é uma via de mão única. O *periculum in mora* é uma via de dupla mão de direção. Há que se atentar que, à medida que possa existir o perigo da demora ao direito do administrado, muitas vezes pode concorrer o *periculum in mora* ao direito de administração’ (Clóvis Benzos, Curso de Mandado de Segurança, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986, págs. 117/118).

‘Na concessão de liminar, pela ampla discricção com que age, deve o juiz redobrar de cautelas sopesando maduramente a gravidade e a extensão do prejuízo, alegado, que será imposto aos requeridos (...)’ (ac. unân., da 1ª Câm. do TJRS de 26/2/85, no

Agr. n. 584.044.135, rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, RT 598/191).

“Embora não se refira nominalmente ao *periculum in mora* inverso, sem a menor sombra de dúvida, salta aos olhos a competente afirmação — assente com a doutrina — do ilustre ministro Athos Gusmão Carneiro, a respeito do tema e que traduz, com absoluta fidelidade, a essência deste quarto e não menos importante requisito, ainda que sem a expressa alusão ao seu *nomen iuris*.

‘Vale colacionar no ensejo a norma do art. 401 do CPC de Portugal em que o juiz é aconselhado a, ocorrentes a plausibilidade do bom direito e o perigo na demora, conceder a liminar *salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar*’. Em suma, por vezes a concessão da liminar poderá ser mais danosa ao réu, do que a não concessão ao autor. ‘Portanto, tudo aconselha o magistrado prudentemente perquirir sobre o *fumus boni iuris*, sobre o *periculum in mora* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado (ou, de modo geral, o réu em ações cautelares)’ (in *Liminares na Segurança Individual e Coletiva*, R. AJUFE, mar/jun. 1992) (grifos nossos).

“No mesmo sentido, relaciona Galeno Lacerda, tratando do poder cautelar geral e afirmando a prudência com que deverá agir o juiz, no que tange à observação do requisito do *periculum in mora* inverso: ‘as exigências contrastantes das partes como o interesse da administração da justiça, sempre insito nas providências cautelares’, eis que se encontra diretamente

em jogo 'o bom nome e até a seriedade da justiça' (Comentários ao CPC, Forense, vol. VIII, t. I, n. 28).

"Também, de forma inclusive mais contundente, adverte Egas Moniz de Aragão, 'há certas liminares que trazem resultados piores que aqueles que visavam evitar' (Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, 42/38-39).

"A não-produção do denominando *periculum in mora* inverso, necessariamente implícito no próprio bom-senso do julgador, portanto, desponta inegavelmente como um pressuposto inafastável para a decisão final pela concessão da medida liminar — a ser sempre e obrigatoriamente verificado, de forma compulsória —, uma vez que, em nenhuma hipótese, poderia ser entendido como um procedimento lícito a modificação de uma situação de fato perigosa para uma parte — mas tranqüila para outra — por uma nova que apenas invertesse a equação original, salvaguardando os interesses de uma das partes em detrimento da outra e ao elevado custo da imposição de gravames (até então inexistentes e por vezes até mesmo insuportáveis)" (*op. cit.*, págs. 192/194).

Há precedentes da minha lavra que mencionam expressamente o princípio da proporcionalidade:

"No exame dos requisitos indispensáveis à concessão da liminar, deve o juiz perquirir, também, sobre a proporcionalidade entre o dano invocado e o dano que poderá suportar o réu" (AI n. 6.817).

"Agravado de instrumento — Contrato de abertura de crédito em conta corrente — Ação de desconstituição de cláusulas contratuais — Serviço de

Proteção ao Crédito — Serasa — Inscrição.

"1. 'Não é nula a decisão sucinamente fundamentada, desde que contenha o essencial' (REsp n. 7.870, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). A concisão é necessária ante o excepcional movimento forense e o justo anseio da sociedade por uma célere prestação jurisdicional.

"2. 'No conflito entre dois bens jurídicos, deve-se outorgar a tutela para evitar que o bem maior seja sacrificado ao menor, segundo uma escala de valores pela qual se pauta o *homo medius*, na valoração dos bens da vida' (Carreira Alvim). O princípio da proporcionalidade aplica-se às medidas cautelares e à antecipação da tutela.

"Do cancelamento da inscrição do nome do devedor nos cadastros das entidades de proteção ao crédito nenhum prejuízo imediato resultará ao credor; do registro negativo decorrem danosas conseqüências ao inscrito. Por isso, pairando dúvida acerca do montante da dívida, não se justifica a manutenção de seu nome no cadastro do Serasa. Na hipótese, o registro pode constituir meio coercitivo de pagamento do débito" (AI n. 2000.002951-3).

1.5. Nas demandas cautelares, o juiz somente poderá deferir a tutela cautelar *inaudita altera pars* quando presente o pressuposto do art. 804: "É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer".

O requisito também é condicionante da concessão da liminar no mandado de segurança (Lei n. 1.533, art. 7º), na antecipação da tutela (CPC, art. 273) e na ação civil pública (Lei n. 7.347/85, art. 12). Mais uma vez, valho-me da doutrina para reforçar a asseritiva:

“As liminares, como antecipação provisória da sentença cautelar, somente cabem na cautela jurisdicional, antecedente ou incidente. Decretam-se sem audiência do réu, antes da citação, quando o juiz, pela exposição dos fatos, documentos produzidos, justificação exigida, ou demais elementos de prova, chegar à convicção de que, com a citação, poderá o demandado tornar ineficaz a medida, pela alienação, subtração ou destruição do respectivo objeto, ou por qualquer outro meio de oposição direta ou indireta à providência, capaz de causar dano à outra parte” (Galeno Lacerda, Comentários ao código de processo civil, Forense, 1980, vol. VIII, tomo I, pág. 340).

“De sorte que a faculdade conferida ao juiz no art. 804 só deve ser exercitada quando a inegável urgência da medida e as circunstâncias de fato evidenciarem que a citação do réu poderá tornar ineficaz a providência preventiva. E, pelas mesmas razões, a decisão, ainda que sucinta, deve ser fundamentada” (Humberto Theodoro Júnior, Curso de direito processual civil, Forense, 1990, 6ª ed., vol. II, pág. 1.160).

“9.18 — Na oportunidade do exame da liminar, ainda que se atenuasse o teor da expressão contida no art. 804 do CPC no tocante à presumível conduta do Réu (‘este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz’), mesmo assim é necessário transparecer um

dano efetivo resultante da ausência da providência liminar pelo próprio transcurso do tempo até a realização do específico contraditório previsto no art. 802 do CPC.

“9.19 — Para que não haja o desvirtuamento da examinada medida liminar, impõe que sua concessão seja sempre fundamentada, onde fique evidenciado o interesse premente a justificar sua concessão antes mesmo de instaurado o contraditório, com menção das eventuais ocorrências ou providências a serem tomadas, na conjuntura fáctica exposta e comprovada, pela parte oposta, em ordem a frustrar a finalidade da própria tutela cautelar. Que tudo isso resume no quadro postulatório e de sua correspondente decisão, para legitimar a providência jurisdicional e excepcional, não só do risco de dano ou lesão irreparável ao direito (fatos a serem examinados na sentença cautelar), mas de possibilidade de perecimento do próprio direito a ser resguardado para uma finalidade de possibilitar a existência, desenvolvimento ou resultado útil do processo principal.

(...)

“9.30 — Assim, é possível concluir que a função própria da Medida Liminar, no processo cautelar, é a de assegurar a utilidade ou a efetividade da sentença a ser proferida na ação principal conexa, a fim de que a decisão de direito material não caia num vazio. Nestes limites, impende concluir que, extravasando esse limite, a tutela *in initio litis*, tendo efeito satisfativo, presumivelmente irreversível em termos práticos, tornar-se-á provimento judicial afrontoso à sua própria natureza, subvertendo as finalidades dessa espécie de processo acessório, que não se compadece

com resultados definitivos sem a observância do devido procedimento legal, onde se avulta o contraditório prévio e regular” (Antônio Vital Ramos de Vasconcelos, Perfil do processo cautelar, *in* RJ 221/5).

“A medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança, quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, II). Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito — *fumus boni iuris e periculum in mora*” (Hely Lopes Meirelles, Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, *habeas data*, 13ª edição, RT, pág. 51).

“A medida satisfativa pleiteada pode ser antecipada. Para tanto, basta que o autor a requeira, demonstrando a relevância dos fundamentos e justificando o receio de ineficácia da medida, se não concedida (art. 461, § 3º). Fundamentos relevantes são os que indicam não a existência antecipada do direito, mas a possibilidade de que venha a ser reconhecido. Ineficácia não se confunde com o possível desconforto que possa ocorrer com a demora, mas com a própria frustração do que vier a ser determinado. Se a indústria, que está reproduzindo poluição prejudicial ao vizinho, não for imediatamente sustada, causará, naturalmente, os danos reclamados” (Ernane Fidélis dos Santos, Novos perfis do

processo civil brasileiro, 1ª ed., págs. 27, 28, 33 e 76).

“Trata o § 3º do art. 461 do CPC da concessão da tutela por liminar ou mediante justificação prévia, citado o réu. Para que tal ocorra, supõe a lei dois requisitos: (a) relevância dos fundamentos e (b) risco de ineficácia do provimento final. São eles previstos no art. 7º, II, da Lei n. 1.533, de 1951, que dão ensejo à concessão de medida liminar em mandado de segurança. E conforme se fará ver quando do exame da antecipação de tutela naquela ação, há ali, apesar da diferença terminológica, reprodução dos requisitos para antecipação de tutela na hipótese do inciso I, do art. 273 do CPC. Com efeito, ‘fundamento relevante’ é enunciado de conteúdo equivalente a ‘verossimilhança da alegação’; e ‘justificado receio de ineficácia do provimento final’ é expressão que traduz fenômeno semelhante a ‘fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação’. Ademais, embora o § 3º, em exame, não faça referência à ‘prova inequívoca’, como ocorre no art. 273, é evidente que a qualidade da prova constitui elemento integrante e decisivo do juízo a respeito da ‘relevância dos fundamentos’.

(...)

“Em sua parte final o § 3º do art. 461 estabelece que ‘a medida liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada’. Confirma-se, simplesmente, a precariedade dessa espécie de tutela jurisdicional, por natureza provisória, formada que é à base de cognição sumária. As causas determinantes da revogação ou da modificação e o procedimento a ser adotado são os

mesmos aplicáveis à antecipação no procedimento comum, do art. 273” (Teori Albino Zavascki, Antecipação da tutela nas obrigações de fazer e de não fazer, *in* RJ 237/29-30 e 32).

“Já a liminar prevista no art. 12, *caput*, da Lei n. 7.347/85 e no art. 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, apresenta cunho satisfativo, tanto que requerida no próprio bojo da ação civil pública, sem necessidade de ação cautelar antecedente ou incidente. Portanto, a liminar concedida de forma direta adianta provisoriamente os efeitos da tutela jurisdicional definitiva, havendo então uma coincidência entre o que é deferido com a medida provisória e o que se pretende obter ao final, sendo manifesta sua natureza antecipatória-satisfativa.

“Malgrada a diversidade da natureza jurídica dos institutos — medida cautelar (art. 4º da Lei n. 8.437/95) e liminar (art. 12 da Lei n. 8.437/85, e 84, § 3º, da Lei n. 8.078/90) — é certo que, no tocante aos pressupostos de concessão, ambos exigem a comprovação do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Nesse sentido, é farta a jurisprudência.

(...)

“A liminar na ação civil pública e no Código de Defesa do Consumidor pode ser concedida *inaudita altera pars*, sem audiência, para evitar a consumação do dano, ou após justificação prévia, se não houver risco de dano iminente” (Luiz Orione Neto, Liminares no processo civil, 1999, Liminares, págs. 493/4).

1.6. Veda a Lei n. 9.494/97 a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública (art. 1º). A constitucionalidade desse dispositivo legal já foi

reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (ADC n. 4).

Considerando que “em Direito não há lugar para absolutos”, conforme o expressivo dizer de Teori Albino Zavascki (Antecipação da tutela, pág. 152), a Câmara tem decidido que, “à vista de circunstâncias excepcionais, o rigor da Lei n. 9.494/97, que veda a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, deve ser atenuado (REsp n. 200.686, Min. Gilson Dipp; REsp n. 202.093, Min. José Arnaldo da Fonseca)” (AI n. 2000.005025-3).

Em outro julgamento, decidi:

“Inviável se mostra a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública nos casos em que se configure a burla à regra estatuída no artigo 475 do CPC, e represente a antecipação de dispêndios de caráter patrimonial que somente poderiam ser obtidos após o regular processamento do precatório previsto no art. 100 da Carta Magna.

“Se a providência reclamada não pode ser contemplada pela via do mandado de segurança, e esgota o objeto da ação, têm aplicação as restrições impostas pela Lei n. 9.494/97, declarada constitucional pelo STF (ADC 04/DF).

“Na antecipação de tutela, o autor deverá demonstrar e convencer o juiz de que o resultado fático antecipado é passível de reversão. Esta exigência deriva de norma constitucional que preserva o princípio do devido processo legal, portanto, é requisito indeclinável” (AI n. 2000.002246-2, Des. Luiz César Medeiros).

Julgados do Superior Tribunal de Justiça respaldam a tese:

“Afora a exceção restritiva prevista na Lei n. 9.494, de 10/9/97, é admissível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, circunstância que demonstra a presente o *fumus boni iuris*.”

“A probabilidade de as autuações e as execuções fiscais levadas a efeito pelo Fisco ocasionar prejuízo de difícil ou penosa reparação configuram a presença do *periculum in mora*” (MC n. 1.794, Min. Franciulli Netto).

“Os comandos dos arts. 273 e 475, II, do CPC, não afastam a possibilidade da concessão de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública” (REsp n. 171.258, Min. Anselmo Santiago).

“O instituto da antecipação da tutela (art. 273, CPC) deve ser homenageado pelo Juiz quando os pressupostos essenciais exigidos para a sua concessão se tornarem presentes, mesmo que a parte requerida seja a Fazenda Pública” (REsp n. 113.368, Min. José Delgado).

As exceções devem ser orientadas pelo princípio da proporcionalidade.

1.7. Como no mandado de segurança e nas demandas cautelares (CPC, art. 804), também na antecipação da tutela poderá o juiz exigir contracautela — normalmente, a prestação de caução. Assim recomenda expressivo número de juristas:

“Com efeito, segundo dispõe o § 2º do art. 273, ‘não se concederá antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado’. Ora, a finalidade da caução é justamente garantir condições de reversibilidade ao estado anterior ou a indenização correspondente, exi-

gência que só teria sentido se houvesse ‘perigo de irreversibilidade’. Assim, pela lógica que decorre da interpretação literal e isolada do § 2º, não haveria porque falar-se em caução, já que onde fosse cabível caução seria incabível a antecipação.

“Na prática, no entanto, as coisas não se passam com tanta singeleza. Em grande número de hipóteses enquadráveis no *caput* do art. 273, em que se enseja antecipação dos efeitos executivos da tutela, haverá, em alguma medida, certo risco à reversibilidade, especialmente à reversibilidade específica e *in natura*. Desse modo, a vedação constante do § 2º deve ser relativizada, sob pena de eliminar-se, quase por inteiro, o próprio instituto da antecipação. Sempre que houver um confronto entre o risco de dano irreparável ao direito do autor e o risco de irreversibilidade da medida antecipatória, deverá o juiz formular a devida ponderação entre os bens jurídicos em confronto, para o que levará em especial consideração a relevância dos fundamentos que a cada um deles dá suporte, fazendo prevalecer a posição com maior chance de vir a ser, ao final do processo, consagrada vencedora. Assim, nos casos em que o direito afirmado pelo autor seja de manifesta verossimilhança e que seja igualmente claro o risco de seu dano iminente, não teria sentido algum sacrificá-lo em nome de uma possível, mas improvável, situação de irreversibilidade. Em contrapartida, porém, é perfeitamente viável que se imponha ao autor, beneficiado com a antecipação, a prestação de caução que assegure, pelo menos, eventual indenização por danos” (Teori Albino Zavascki, Antecipação de tutela, págs. 87/88).

“Acrescentamos, à guisa de fecho deste segmento, que como a liminar, no mandado de segurança, tenha cunho satisfativo, antecipativa que é da sentença buscada na ação, o juiz há de se forrar das devidas cautelas ao deferi-la se, ao fazê-lo, já esgotar o próprio objetivo da ação (dado que não o autoriza, entretanto, a rejeitar pura e simplesmente a providência). Em hipóteses excepcionais que tais, bem como nas outras também excepcionais em que da concessão possa resultar dano irreversível ou de difícil reversão (para a Administração ou para terceiros), justificar-se, *cum grano salis*, a exigência de caucionamento. Repelimos, repita-se, a irreparabilidade como crivo da própria outorga da liminar. Mas parece-nos admissível dela cogitar — como fruto da devida concessão da tutela imediata possa derivar exaurimento da tutela final, ou simplesmente dano ponderável para a Administração ou a terceiros” (Sérgio Ferraz, *op. cit.*, pág. 144).

“Admitir a antecipação do que será irreversível é transformar em definitiva uma execução que dessa natureza não se pode revestir ou se colocar o executado, dada a falta de caução, sem garantia de ressarcimento. Mas a irreversibilidade pode ter apenas uma dimensão pecuniária, econômica, suscetível de estimação em termos de valor. Não será que, nessa hipótese, a prestação de caução idônea autorizará a antecipação? Vamos tentar um exemplo. Estamos acionando o réu para que nos entregue um determinado equipamento cujo uso nos foi assegurado contratualmente. Pedimos a antecipação, mas a entrega do equipamento envolve o risco de, amanhã, vencedor que seja o

nosso adversário, receber o equipamento em estado deplorável e até nem mesmo logre sua recuperação, porque destruído ou desviado. No caso, ou se concluir por que a execução antecipada é impossível ou se terá que dar tratamento igual ao que se daria na execução provisória comum — exigir-se caução, se idônea, para possibilitar ao réu a aquisição de bem de igual natureza, com o que as coisas terão voltado ao seu estado anterior. Isso me parece perfeitamente razoável e em consonância com o que dispõe o § 2º do art. 273 do CPC, porque a irreversibilidade do provimento antecipado, em termos estritos, não ocorre” (J. J. Calmon de Passos, Comentários ao código de processo civil, Forense, 1998, 8ª ed., vol. III, pág. 44).

Recentemente, quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 2001.006858-3, proferi voto — vencido, registre-se — sobre a *quaestio*:

“Dispõe o § 3º do art. 273 do Código de Processo Civil:

‘A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588’.

“O referido artigo trata da execução provisória da sentença, e o inc. II prescreve: ‘não abrange (a execução provisória) os atos que importem alienação do domínio, nem permite, *sem caução idônea*, o levantamento de depósito em dinheiro’ (promovi o destaque).

“*In casu*, o deferimento da antecipação da tutela importa, a toda evidência, em ‘levantamento de depósito em dinheiro’. Destarte, não pode ser executada a decisão sem a prévia prestação de caução.

“Sobre o tema, anota Teori Albino Zavascki:

‘Em grande número de hipóteses enquadráveis no *caput* do art. 273, em que se enseja antecipação dos efeitos executivos da tutela, haverá, em alguma medida, certo risco à reversibilidade, especialmente à reversibilidade específica e *in natura*. Desse modo, a vedação constante do § 2º deve ser relativizada, sob pena de eliminar-se, quase por inteiro, o próprio instituto da antecipação. Sempre que houver um confronto entre o risco de dano irreparável ao direito do autor e o risco de irreversibilidade da medida antecipatória, deverá o juiz formular a devida ponderação entre os bens jurídicos em confronto, para o que levará especial consideração a relevância dos fundamentos que a cada um deles dá suporte, fazendo prevalecer a posição com maior chance de vir a ser, ao final do processo, consagrada vencedora. Assim, nos casos em que o direito afirmado pelo autor seja de manifesta verossimilhança e que seja igualmente claro o risco de seu dano iminente, não teria sentido algum sacrificá-lo em nome de uma possível, mas improvável, situação de irreversibilidade. Em contrapartida, porém, é perfeitamente viável que se imponha ao autor, beneficiado com a antecipação, a prestação de caução que assegure, pelo menos, eventual indenização por danos.

“O que sustentamos, em outras palavras, é que o preceito normativo que decorre do inciso I do art. 588 do Código de Processo Civil acaba sendo de aplicação imperiosa por força do próprio sistema. Com efeito, em se tratando, como de fato, de execução sempre provisória, sujeita a ser modi-

ficada ou tornada sem efeito a qualquer tempo, cabe ao juiz preservar meios eficientes ao retorno ao *status quo ante*, inclusive, se for o caso, exigindo caução idônea com tal finalidade. A exigência de caução, que aliás está prevista também no inciso II, tem, ademais, sustento na aplicação analógica do art. 804 do Código de Processo Civil e, sobretudo, na inafastabilidade do princípio de salvaguarda do núcleo essencial do direito à segurança jurídica do demandado. A provisoriedade da execução deve ser considerada como garantia do executado, garantia essa que não pode ser apenas formal, mas real. Ou seja: é indispensável preservar as condições que propiciem retorno ao estado anterior, e a exigência de caução, quando necessária a tal finalidade, independe de autorização expressa na lei.

“É inegável, outrossim, que a execução da medida antecipatória ‘corre por conta e risco do credor’. Isso constitui verdadeiro princípio, aplicável em qualquer execução (CPC, art. 574) e de modo especial — e aqui impõe-se a analogia — na execução provisória das sentenças condenatórias (CPC, art. 588, I) e das medidas cautelares (CPC, art. 811). A circunstância de não ter sido referido, no § 3º do art. 273, como ‘aplicável no que couber’, o inciso I do art. 588 (CPC) obviamente não teve o desiderato de infirmar o princípio, ou de proibir a sua aplicação, ou de excluí-la. É que não teria sentido algum — porque afrontoso a todo o sistema de direito — carregar-se à conta do réu a final vitorioso os danos decorrentes de anterior execução de provimento jurisdicional fundado em juízo

de mera verossimilhança (sem cognição exauriente, portanto) e antecipado a pedido expresso da parte contrária' (Antecipação da tutela, Saraiva, 1999, 2ª ed., págs. 88/9).

"Infere-se desse comentário que a caução pode ser necessária em qualquer hipótese de execução provisória da decisão que defere a antecipação da tutela, servindo 'como garantia do executado, garantia essa que não pode ser apenas formal, mas real. Ou seja: é indispensável preservar as condições que propiciem retorno ao estado anterior, e a exigência de caução, quando necessária a tal finalidade, independe de autorização expressa na lei'.

"Concordo que a caução poderá ser dispensada em casos excepcionais. Porém, neste *sub judice* inexistente prova de que os agravados não dispõem de bens para ofertar à caução ou de que não têm condições de prestar caução fidejussória. Há apenas a referência feita pelo advogado deles na sessão de julgamento do recurso. *Data venia*, não me parece suficiente".

1.8. Fixadas essas premissas, examino as questões suscitadas no recurso.

2. No caso *sub judice*, a toda evidência o município de Ibirama, proprietário do imóvel cujo domínio estaria sendo transferido de forma ilícita à Confibras — Confecções Ltda., deveria integrar a lide como réu ou, pelo menos, como litisconsorte necessário. Essa qualidade lhe confere legitimidade para interpor o recurso *sub examine*.

3. Não vislumbro razões que poderiam justificar o deferimento da antecipação da tutela sem a prévia

audiência do município de Ibirama e dos demais réus. Impende considerar que em favor dos atos administrativos milita presunção de legalidade (Hely Lopes Meirelles. Mandado de segurança e ação popular, RT, 1982, 8ª ed., pág. 54).

O pressuposto do *periculum in mora* não se encontra presente. Do seu não-deferimento — ou da prévia audiência dos réus — nenhum prejuízo resultaria ao erário municipal. Julgado procedente o pedido, o domínio do imóvel, se consumada a transmissão, retornaria ao Município. Por outro lado, a declaração de nulidade do "termo de cessão de uso" do imóvel destinado às instalações da empresa no terreno impede, por via reflexa, a conclusão do prédio e o início das atividades da empresa, gerando à cessionária — bem como à economia local — prejuízos de difícil reparação, cujo ressarcimento poderá, em tese, ser reclamado do Município, se julgado improcedente o pleito formulado na exordial.

Para evitar que o domínio do imóvel seja posteriormente transferido a terceiros de boa-fé, poderá o autor requerer que a propositura da demanda seja registrada no Cartório de Registro de Imóveis (Lei n. 6.015/73, art. 167, I, item 21).

Em caso que guarda relativa similitude com o dos autos, decidi a Câmara:

"Se plausível o direito invocado no mandado de segurança e presente o *periculum in mora*, não se justifica a cassação da liminar se dela não resultar prejuízo direto e imediato à pessoa jurídica de direito público que é parte passiva no processo ou a terceiros. Impõe-se a manutenção do *decisum*

notadamente quando já tiver produzido todos os seus efeitos e o restabelecimento da situação anterior importar em elevados custos, os quais poderão ser atribuídos à sociedade que se pretende proteger com o recurso interposto da liminar, se vier a ser confirmada ao final” (AI n. 2000.024774-0).

4. Visando conciliar aos interesses de todas as partes e, principalmente, acautelar aqueles da sociedade ibiramense, aplico ao caso *sub examine*, por analogia, o permissivo do art. 804 do Código de Processo Civil.

A empresa beneficiária do ato cuja anulação é reclamada deverá, antes de prosseguir com as obras, firmar termo de renúncia a quaisquer indenizações quanto a elas, caso seja julgado procedente o pedido formulado na ação civil pública.

5. Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso para cassar a decisão impugnada, com ressalva: deverá a empresa Confibras — Con-

feções Ltda. assinar termo de compromisso renunciando a qualquer indenização pelas obras que realizar doravante, caso seja declarado nulo o ato de cessão da posse ou de transmissão do domínio do imóvel em referência. Ou seja, prosseguirão as obras, caso lhe interesse, por sua conta e risco.

III — Decisão

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

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz Cêzar Medeiros. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jacson Corrêa.

Florianópolis, 20 de novembro de 2001.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.020732-0, DE TIMBÓ

Relator: Des. Newton Trisotto

Execução fiscal — Bens passíveis de penhora não localizados — Requisição de informações ao Banco Central.

De acordo com a jurisprudência, fonte mediata de direito, “soamente em hipóteses excepcionais, quando comprovadamente infrutíferos os esforços diretos do exequente, admite-se a requisição pelo juiz de informações a entidades da administração pública sobre a existência e localização de bens do devedor” (REsp n. 53.179, Min. Ruy Rosado de Aguiar). Na execução fiscal, satisfazem essa condicionante certidões de Oficial de Justiça e de Oficial do Cartório de Registro de Imóveis das quais se infira que não foram localizados bens

passíveis de penhora e que inexistem bens registrados em nome do devedor. O interesse público presente nas demandas dessa natureza justifica a atenuação do rigor da exigência, formulada com o objetivo de preservar a intimidade e privacidade das pessoas (REsp n. 8.795, Min. Athos Carneiro). Por essa razão, o acesso às informações coletadas é restringido (Provimento n. 4/89, da Corregedoria-Geral da Justiça).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.020732-0, da comarca de Timbó (2ª Vara), em que é agravante o Estado de Santa Catarina e agravadas Ateliê de Calçados Marconi Ltda. e outras:

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

Sem custas.

I — Relatório

O Estado de Santa Catarina ajuizou ação de execução fiscal contra Ateliê de Calçados Marconi Ltda., Eva Cessi Fraga e Eliana Lopes Pacheco da Silva.

O credor requereu que fosse expedido ofício à Delegacia Regional do Banco Central, “com a finalidade de coletar informações a respeito da existência de ativos financeiros (saldo em contas bancárias e aplicações financeiras) mantidos em nome dos executados nos bancos submetidos a sua fiscalização”.

Pelas razões abaixo reproduzidas, o Dr. José Agenor de Aragão indeferiu o pedido:

“I — Defiro o pedido formulado à fl. 78, determinando seja oficiado à Delegacia da Receita Federal, para que remeta cópia das três últimas de-

clarações de bens apresentados pelo executado, na medida em que os esforços incitados, tanto pelo meirinho como pela exeqüente, no sentido de encontrar bens passíveis de penhora, restaram infrutíferos.

“A respeito, vêm orientando os Tribunais: ‘É permitido devassar a declaração do devedor ao Imposto de Renda, excepcionalmente, quando frustrada a execução por não encontrar o meirinho bens penhoráveis’ (Agravo de Instrumento n. 3.009, da Capital, rel. Des. Xavier Vieira)’ (Agravo de Instrumento n. 98.003428-0, de Joinville, rel. Des. Solon D’Eça Neves).

“Ou, ainda: ‘prova requisição. Informação sobre a existência de bens. Receita Federal — a requisição judicial à Receita Federal para que informe sobre a declaração de bens do executado somente se admite em casos excepcionais, demonstrada que a exeqüente incitou os esforços possíveis para obtê-los, com resultado infrutífero. Ressalva da posição do relator. Recurso conhecido, mas improvido’ (REsp n. 158107/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, in DJ 1º/6/1998).

“II — A exeqüente busca, ainda, a quebra do sigilo bancário do executado, com a finalidade de coletar informações a respeito da existência de ativos financeiros.

“Em que pesem as razões declinadas pela exeqüente, não se vislumbra a possibilidade de ser acolhido o pleito deduzido, na medida em que não se vislumbra qualquer prova da excepcionalidade do pedido e não é dado ao Juízo auxiliar o credor na localização de bens passivos de constrição.

“Segundo decidiu o egrégio Tribunal de Justiça, ‘A quebra do sigilo bancário (Lei n. 4.595/1964) é medida excepcional que depende da presença de relevantes motivos, não devidamente especificados, a que se adita dispor a Fazenda de seu próprio cadastro de contribuintes’ (RSTJ 134/191).

“Ademais a inviolabilidade dos dados individuais está acobertada pelo inciso XII do artigo 5º, CF, em vigor. Comentando o dispositivo legal acima citado, Antônio Vital Ramos de Vasconcelos leciona que ‘...o inc. XII do art. 5º torna inviolável as informações contidas nos bancos de dados, que somente podem ser obtidas por força de ordem judicial, para os fins indicados na Constituição e na forma da lei que ainda não foi editada. Por conseguinte, toda a legislação passada que tratava de tal requisição para o processo civil não foi recepcionada pela atual Constituição’ (cf. O direito à intimidade, *in* ‘Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política’, Ed. RT, ano 5, n. 19, págs. 238/239).

“Merece ser consignado, ainda, que o art. 12 da Lei Complementar n. 70/1991 determina que as instituições financeiras e outras empresas forneçam à Receita Federal, independentemente de processos instaurados, informações cadastrais sobre o contribu-

inte-usuário dos respectivos serviços relativos ao nome, à filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou Cadastro-Geral de Contribuintes (CGC), já que a doutrina e jurisprudência têm reconhecido que informações cadastrais, meros dados pessoais e comerciais, não são consideradas objeto de sigilo.

“Logo se vê que a Fazenda do Estado tem meios de obter os dados de que necessita, de forma extrajudicialmente. Nesse sentido colhe-se do corpo do v. acórdão acima transcrito: ‘Não possuindo o Banco Central o cadastro de todos os bancos do país, não faz sentido a ele transferir providências de interesse da exeqüente, o que, além do mais, acarretaria infindáveis trâmites burocráticos porquanto o Banco Central teria que oficiar a todos os estabelecimentos bancários, aguardar as respostas e retransmiti-las ao Juízo.

‘Vem à baila o pronunciamento do Ilustre Ministro Demócrito Reinaldo, no julgamento do REsp n. 37.566-7/RS, *in* DJ de 28/3/1994, ao firmar que a exegese integrada do artigo 197, II e § 1º do CTN, concede à autoridade fiscal o poder de solicitar as informações que reputa necessária à instrução ou apuração de débito tributário, desde que as mesmas não se obriguem sob o manto inviolável do sigilo bancário.

‘Noutras palavras: devem as instituições financeiras atender à solicitação de informações encaminhada pelo Fisco, cumprindo-lhe, porém, negar-se a fornecer qualquer espécie de notícia ou documentação pertinente à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços

a ele prestados (artigo 38, *caput*, da Lei n. 4.595/64).

‘Ressalta-se, por conseguinte, que não é atribuição do Poder Judiciário promover diligências que precipuamente cabem às partes litigantes’ (grifei).

“Isto posto, indefiro o pedido de quebra de sigilo bancário formulado em relação aos executados acima declinados” (fls. 41/42).

Dessa decisão, o credor interpôs agravo de instrumento, no qual rebate os fundamentos do *verdictum* impugnado.

As agravadas não foram intimadas para respondê-lo porquanto não foram localizadas no endereço fornecido.

O Procurador de Justiça Raulino Jacó Brüning manifestou-se pelo provimento do recurso.

II — Voto

De acordo com a jurisprudência, fonte mediata de direito (Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, Saraiva, 1977, vol. I, pág. 12), “somente em hipóteses excepcionais, quando comprovadamente infrutíferos os esforços diretos do exequente, admite-se a requisição pelo juiz de informações a entidades da administração pública sobre a existência e localização de bens do devedor” (REsp n. 53.179, Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior).

Na execução fiscal, satisfazem essa condicionante certidões de Oficial de Justiça e de Oficial do Cartório de Registro de Imóveis das quais se infira que não foram localizados bens passíveis de penhora e que inexistem bens registrados em nome do deve-

dor. O interesse público presente nas demandas dessa natureza justifica a atenuação do rigor da exigência, que resulta de construção jurisprudencial.

Julgado do Superior Tribunal de Justiça apóia a assertiva:

“Face ao interesse da Justiça no andamento dos processos como instrumento da jurisdição, e portanto na realização da penhora, máxime quando interessada pessoa jurídica que lida com patrimônio da população, *admite-se*, a requerimento da parte, a requisição pelo juiz de informações à Receita Federal sobre bens declarados pela firma devedora” (REsp n. 8.795, Min. Athos Carneiro).

Há precedentes das Câmaras de Direito Público no mesmo sentido:

“Agravo de instrumento — Execução fiscal — Indeferimento de pedido de informações à Receita Federal e ao Bacen — Comprovação de que foram esgotadas as tentativas administrativamente — Condição especial que possibilita o deferimento da medida — Recurso parcialmente provido.

“Em ação de execução, a requisição judicial de informações a respeito da situação financeira do executado é justificada apenas quando comprovado que exauridas as tentativas extrajudiciais” (AI n. 2000.013179-2, Des. Luiz César Medeiros).

“A obtenção de informações sobre a existência ou não de bens a serem penhorados é obrigação do exequente.

‘O juiz da execução fiscal só deve deferir pedido de expedição de ofício à Receita Federal e ao Bacen após o exequente comprovar não ter logrado êxito em suas tentativas de

obter as informações sobre o executado e seus bens' (REsp n. 206.963/ES, rel. Min. Garcia Vieira, *in* DJ de 28/6/1999)" (AI n. 2000.013308-6, Des. João Martins).

Como o então Des. Cândido Rangel Dinamarco, do Tribunal de Justiça de São Paulo, também penso que "as exigências legais (e, por extensão, aquelas que decorrem de construção jurisprudencial) hão de ser interpretadas por critérios presididos pela razoabilidade e não se pode perder de mente que a lei é feita com vistas a situações típicas que prevê, merecendo ser modelada, conforme o caso, segundo as peculiaridades de casos atípicos" (RJTJESP 102/27).

As restrições à quebra do sigilo bancário e fiscal têm por objetivo assegurar a intimidade e privacidade das pessoas, objetivos que não serão afetados se cumprida a recomendação contida no Provimento n. 4/89, da Corregedoria-Geral da Justiça, que "dispõe sobre a requisição de informações à Receita Federal". O item 6º prescreve que "quando se referirem à

situação econômico-fiscal da parte as informações da Receita Federal serão transmitidas diretamente ao Juízo de Direito, delas não terá conhecimento o interessado, no âmbito administrativo e, se destinadas à instrução de processo, serão juntadas aos autos, sob sigredo de Justiça".

Em face do exposto, dou provimento ao recurso.

III — Decisão

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

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

Florianópolis, 11 de março de 2002.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.006570-3, DA CAPITAL

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Mandado de segurança — Liminar — Cabimento do recurso — Obrigação de matrícula de criança em estabelecimento municipal pré-escolar — Ausência de direito líquido e certo — Recurso provido para cassar a medida liminar e extinguir o processo.

1. Em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, cabe agravo de instrumento contra decisão que concede ou denega liminar em mandado de segu-

rança, até porque não há vedação expressa neste sentido na lei especial.

2. A disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades.

3. No âmbito do município, o direito público subjetivo preconizado no § 1º do art. 208 da Lex Mater, consistente no “poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pela ordem jurídica, tem por objetivo um bem ou um interesse” (George Jellinek, apud José Cretella Júnior. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1993, vol. 8. pág. 4.414), somente pode ser invocado em relação ao ensino fundamental.

4. Ao Poder Judiciário falece competência para interferir na política educacional implementada pelo Poder Executivo, quando esta é derivada de norma programática e não imperativa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.006570-3, da comarca da Capital, em que é agravante o município de Florianópolis e agravado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso e extinguir o processo.

Custas legais.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo município de Florianópolis, pretendendo a reforma do despacho de fls. 35/36, exarado nos autos do Mandado de Segurança n. 023.01.024923-3, impetrado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra Telma Guilhermina

Rezende Hoeschel, Secretária Municipal de Educação, pelo qual o MM. Juiz deferiu o pedido de concessão de liminar para o fim de determinar que a criança Natan Gonzaga fosse matriculada no ensino infantil da Creche Joaquina Maria Peres.

Argumenta o recorrente, em preliminar, a incompetência do juízo. Afirma que a competência para processar a ação mandamental seria do Juízo da Vara da Fazenda Pública e não da Vara da Infância e Juventude. Alega, também, a ilegitimidade passiva, aduzindo que o mandado de segurança teria sido dirigido à autoridade que não praticou o ato.

No mérito, sustenta a legalidade do ato administrativo em recusar a matrícula ao infante. Defende que a creche já se encontra com sua capacidade esgotada, e que há lista de espera por vagas. Clamou pela suspensão da liminar concedida sob o

justificado receio de dano irreparável ao sistema municipal de ensino.

O pedido de efeito suspensivo foi denegado pelo interlocutório de fls. 46/48.

Em contraminuta, o digno representante do *Parquet* estadual rebateu os argumentos do agravante, rejeitando as preliminares e, no mérito, defendeu ser direito líquido e certo à matrícula da criança em estabelecimento municipal de educação pré-escolar.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Jobél Braga de Araújo, manifestou-se pelo desprovimento do agravo.

II — Voto

1. Das preliminares

1.1. Nos termos do inc. IV do art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Vara da Infância e Juventude tem competência para conhecer das ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente. Desse modo, o mandado de segurança impetrado em favor de menor com apenas dois anos, com objeto perfeitamente identificado com as garantias preconizadas naquele pergaminho, deve tramitar na citada vara especializada.

Afasto, pois, a proemial de incompetência do juízo.

1.2. Mesmo destino merece a prejudicial de ilegitimidade passiva da Secretária Municipal de Educação.

Muito embora não se encontrem nos autos as informações prestadas pela autoridade impetrada, constata-se pelas razões recursais ter ela encampado o ato perpetrado pela di-

retora que indeferiu o pedido de matrícula do menor. Demais disso, os argumentos expendidos e os documentos juntados permitem a conclusão segura de que a determinação acerca do número de vagas e o indeferimento de matrícula dos excedentes partiram da secretária no uso de suas atribuições legais. Também, inegável deter a citada autoridade competência para corrigir o ato tisonado de ilegalidade, se necessário.

Sobre o tema ensina Hely Lopes Meirelles:

“Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal.

(...)

“Para fins de mandado de segurança, contudo, consideram-se atos de autoridade não só os emanados das autoridades públicas propriamente ditas como, também, os praticados por administradores ou representantes de autarquia e de entidades paraestatais e, ainda, os de pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas, como são os concessionários de serviços de utilidade pública, no que concerne a essas funções (art. 1º, §1º)” (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Data*, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, págs. 32/33).

2. Está pacificada na jurisprudência a viabilidade da interposição do agravo de instrumento contra decisão que concede ou denega liminar em mandado de segurança.

Nesse sentido:

“Processual. Competência. Mandado de segurança contra agente do INSS. Deferimento de liminar. Agravo de instrumento. Admissibilidade. Incompetência absoluta da Justiça comum estadual. Inteligência do art. 109, VIII, CF.

“Em face do novo regime do agravo instituído pela Lei n. 9.139/95, a moderna jurisprudência, com apoio na doutrina processual, tem admitido o referido recurso contra decisão concessiva ou denegatória de liminar em mandado de segurança” (Agravo de Instrumento n. 98.000474-8, Lages, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 9/6/98).

“Agravo — CPC, art. 557, parágrafo único — Mandado de segurança — Liminar — Interposição do agravo de instrumento — Recurso admissível.

“É admissível agravo de instrumento contra decisão concessiva ou denegatória da liminar em mandado de segurança” (Agravo de Instrumento n. 1996.002509-2, rel. Des. Newton Trisotto, j. 6/8/97).

Lembra, com muita propriedade, o eminente Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira que “o mandado de segurança contra ato judicial, no sistema anterior à vigência da Lei n. 9.139/95, era aceito, por construção doutrinária e jurisprudencial, como medida anômala de caráter acautelatório, não se prestando, entretanto, a substituir o recurso cabível” (ROMS n. 6.861-RJ).

Atualmente, no entanto, não mais persistem os motivos autorizados da impetração de novo *mandamus* para atacar decisões concessivas ou denegatórias de medida liminar, posto que o agravo de instrumento é agora o remédio processual próprio e eficaz para esse fim.

Versando sobre a matéria, J. E. Carreira Alvim, na sua obra *Novo Agravo*, ensina:

“Mas o grande propósito da reforma — admitindo a interposição do agravo diretamente no tribunal — foi evitar que, em face da sua lentidão procedimental, o mandado de segurança continuasse sendo manejado para coibir danos de difícil ou incerta reparação, nas inúmeras hipóteses de decisões abusivas ou teratológicas, que, por não encontrarem eficaz proteção na lei, buscavam no *mandamus* a sua correção. Assim, modificou-se substancialmente a estrutura e a disciplina procedimental do agravo, cumprindo-se aí talvez um dos principais objetivos da reforma: repor o mandado de segurança nos seus limites naturais”.

E acrescenta:

“Com esse propósito, outorgou-se ao relator o poder de, a requerimento do agravante, em todos os casos em que possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo do tribunal (art. 558). Esvaziado fica assim o mandado de segurança, que colimava idêntico objetivo” (págs. 43/ 44).

Do Superior Tribunal de Justiça colhe-se o seguinte precedente:

“Inadmissível a utilização de mandado de segurança contra decisão concessiva de liminar em outra ação mandamental. O recurso próprio é o agravo de instrumento. Trata-se de medida anômala de caráter acatatório, admitindo-se, excepcionalmente, o *writ*, quando demonstrada a ilegalidade do ato, dano irreparável ou abuso de poder do juiz” (ROMS n. 1.070, Min. Américo Luz, RSTJ 48/510).

E, ainda, do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região temos:

“Mandado de segurança. Liminar. Recurso. O recurso do agravo de instrumento das decisões interlocutórias é compatível com a índole do mandado de segurança, a partir da Lei n. 9.139, de 30/11/95 — Impetração contra indeferimento de liminar rejeitado de plano — Agravo regimental improvido” (Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 96.04.27874-6, Juiz Volkmer de Castilho, DJU de 23/10/96, pág. 80.817).

“Mandado de segurança. Ato judicial. Indeferimento de liminar em outro mandado de segurança. Descabimento.

“1. A partir da vigência da Lei n. 9.139, de 30/11/95, que deu nova configuração ao agravo de instrumento, não há mais substância alguma no argumento de que esse recurso é incompatível com a índole do mandado de segurança. Pelo contrário: é a via recursal mais afinada com a celeridade que se pretende impor à ação constitucional. Trata-se de recurso que propicia o mais pronto e completo reexame da decisão recorrida. Interposto diretamente no tribunal, é ele imediatamente distribuído ao relator

que, sendo relevantes os fundamentos e ante risco de ineficácia, poderá determinar as providências consistentes na antecipação do futuro e provável juízo de provimento do recurso, não só para o efeito de suspender o cumprimento do ato agravado, como também, sendo ele omissivo ou indeferitório, para adiantar a tutela negada.

“2. Assim, as decisões interlocutórias em mandado de segurança estão sujeitas, atualmente, a agravo de instrumento. Desse modo, o ajuizamento de novo mandado de segurança contra ditas decisões, além de dispensável por desnecessário, é incabível, nos termos do art 5º da Lei n. 1.533, de 1951” (MS n. 1996.04.36426-0, PR, relator Juiz Teori Albino Zarascki).

3. No pertinente ao mérito, assiste razão ao município agravante. O ato judicial, evidencia-se, interferiu diretamente no poder discricionário da Administração Pública de implementar sua política educacional.

Conforme se colhe dos autos, atendendo a critérios científicos e ajustando as limitações econômicas à necessidade de prover a demanda de estudantes em idade pré-escolar, limitou em quinze o número de alunos por sala de aula.

O espaço físico da creche e o planejamento educacional elaborado pelo município para a pré-escola, de um modo geral, não comporta o aumento do número de matrículas. De outro vértice, existe uma lista de espera para o Maternal II com expectativa de atendimento, em obediência ao que preceitua a Portaria 36/2000. Foi exatamente com base nesse édito que a Diretora da Creche Joaquina Maria Peres negou o acesso do

menor Natan àquele educandário infantil.

Importante ressaltar que a portaria em questão estabelece critérios objetivos para a seleção dos alunos, inclusive para o aproveitamento dos excedentes. Esses critérios valem para todos e pelo constante dos autos outras crianças tinham preferência de matrícula no caso de abertura de vagas. Em outras palavras, a liminar concedida, ao mesmo tempo em que beneficiou o menor, violou o direito das crianças que estavam na fila de espera com preferência à vaga.

Após estabelecer as regras a serem observadas para as inscrições e preenchimento das vagas dos alunos que já freqüentam aquela instituição de ensino, a Portaria n. 36/2000 estabelece em seu art. 3º o seguinte:

“Art. 3º — Ficam estabelecidos para a matrícula de alunos novos os critérios abaixo relacionados, na respectiva ordem de prioridade:

“a) classificação das crianças observando-se a menor renda *per capita*;

“b) crianças cujos pais/responsáveis ou o único responsável exerçam atividade remunerada;

“c) crianças que um dos responsáveis exerça atividade remunerada;

“d) crianças cujos pais/responsáveis não exerçam atividade remunerada.

“§1º. Prioritariamente serão classificadas as crianças que residam e/ou cujos pais trabalham próximo à Unidade de Educação Infantil, no Município de Florianópolis.

(...)

“A observância desses critérios e a seleção dos candidatos fica ao cargo de uma comissão mista formada pelo diretor, três representantes dos servidores da unidade e por três representantes da APP ou pais/responsáveis ou Conselho da Escola” (art. 5º).

Não há nos autos qualquer alegação no sentido de que os pressupostos para a admissão de novas crianças tenham sido desrespeitados ou de que o infante Natan tenha sido preterido. Em princípio, se observados os requisitos objetivamente estabelecidos, ele não ocupava o primeiro lugar na fila de espera e, pior, sem que existisse vaga, fica fragilizado o invocado direito líquido e certo.

Final, é de se perguntar: por que teria ele direito mais líquido do que as outras crianças em igual situação ou até em condições que reclamariam um atendimento mais premente?

Data venia, ao contrário do deduzido na peça póstica do mandado de segurança, o atendimento em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade não se traduz em obrigação compulsória dos municípios. Trata-se mais da disciplina constitucional de uma norma programática que tem de ser concretizada em parceria com a União e os Estados Federados. Todas as esferas da Administração Pública têm o dever de implementar políticas visando à plena educação das crianças e adolescentes. No entanto, à falta de norma imperativa, e ante a reconhecida impossibilidade de se concretizar plenamente o desiderato constitucional, incumbe aos governantes, e não ao Poder Judiciário, traçar metas e estabelecer critérios para atender a

crescente demanda por entidades escolares.

Não se deve confundir a categoria ensino fundamental, imposto como inafastável obrigação prioritária dos municípios pela Constituição da República (art. 208, inc. I, c/c o art. 211, § 2º), com a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade (art. 208, inc. IV). Ambas, nos termos do § 2º do art. 211 da Carta Constitucional devem ser efetivadas prioritariamente pelos municípios. No entanto, o ensino fundamental é imposição intangível — trata-se de direito público subjetivo e o seu não oferecimento pela administração, ou sua oferta irregular, importará responsabilidade da autoridade competente (art. 208, §§ 1º e 2º, da CF). Já a disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades.

Evidente que o fato de ser uma regra programática não isenta a municipalidade de estabelecer as políticas pertinentes. Ressalta-se isso porque os administradores públicos, reiterada e equivocadamente, têm-se valido dessa justificativa para levemente ignorar os mandamentos constitucionais. Não é isso o que se defende. O município, repita-se, tem o dever de oferecer às crianças de 0 a 6 anos vagas em estabelecimentos pré-escolares. Não, porém, de forma integral e imediata. Não se deve descuidar da realidade social e econômica em que estamos inseridos. Temos crianças que infelizmente não podem freqüentar a pré-escola por falta de vagas no ensino público gratuito. De outra banda, temos crianças que não dispõem se-

quer de um pedaço de pão para saciar a fome e perecem por isso, como também perecem aquelas que não encontram um leito de hospital ou recursos para tratamento de saúde, no mais das vezes, de fácil solução. Ante tal quadro, cabe ao administrador público, valendo-se dos rumos traçados na Constituição da República, e calcado no poder discricionário, estabelecer as políticas sociais.

Bem por isso, talvez traduzindo um pessimismo exagerado, sustenta o constitucionalista Pinto Ferreira que “o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade está disciplinado por uma regra programática, que dificilmente o governo poderá cumprir” (Comentários à Constituição Federal, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 128).

Em conclusão, no âmbito do município, o direito público subjetivo preconizado no § 1º do art. 208 da *Lex Mater*, consistente no “poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pela ordem jurídica, tem por objetivo um bem ou um interesse” (George Jellinek, *apud* José Cretella Júnior. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1993, vol. 8, pág. 4.414), somente pode ser invocado em relação ao ensino fundamental. Aí, sim, teríamos translúcido o direito líquido e certo.

Sobre a exigibilidade do direito público subjetivo esclarece ainda o mestre Cretella Jr.:

“Ao poder de exigir do administrado corresponde a obrigação jurídica ‘de pagar’ da Administração, obrigação que nem sempre existe, como é, por exemplo, o caso do poder discricionário, causa determinante da restrição ou

desaparecimento do direito público subjetivo. O administrado, neste caso, pode ter interesse, jamais direito. Agindo na esfera da discricionariedade, a Administração desvincula-se de quaisquer obrigações, desaparecendo, desse modo, a possibilidade do direito público subjetivo, pela inexistência da obrigação jurídica do sujeito passivo. Por sua vez, ao poder de exigir da Administração, a qual também pode ser sujeito ativo da relação jurídica, corresponde a obrigação jurídica 'de pagar' do administrado" (Comentários à Constituição Federal, Rio de Janeiro, Forense, 1993, vol. VIII, pág. 4.415).

Como dito no início, a Secretária de Educação do município de Florianópolis, na organização e planejamento educacional leva em conta critérios científicos. Por tais critérios — e isso não escapa à observação mesmo de leigos no assunto —, pedagogicamente falando, é de todo desaconselhável exceder o número máximo de alunos, pois isso prejudica iniludivelmente todo o trabalho educativo. Demais disso, a medida judicial combatida, ao beneficiar um menor, não considerou o prejuízo que poderia advir às demais crianças, bem assim, àquelas já classificadas na lista de espera e que viram esvaír-se seu direito à eventual vaga.

Desse modo, os provimentos judiciais que atendem o interesse individual das crianças beneficiadas acabam afetando o interesse coletivo, na medida em que afetam e inviabilizam o planejamento municipal na área da educação e colocam em risco o programa didático pedagógico em desenvolvimento. Em respeito ao princípio constitucional da tripartição dos poderes, ao Poder Judiciário falece compe-

tência para interferir na política educacional implementada pelo Poder Executivo, quando esta é derivada de norma programática e não imperativa.

Nesse sentido, versando sobre questão similar, com o afinado bom senso e cultura jurídica que lhe são peculiares, pontificou o eminente Des. Alcides Aguiar:

"Ação civil pública — Liminar concedida a fim de que o Estado de Santa Catarina, no prazo assinado no despacho, apresente projeto destinado à implantação de melhorias em escola estadual, sob pena de multa diária — Direitos sociais postergados (educação, segurança, lazer) — Art. 6º da CF/88 — Inobservância do princípio da tripartição dos poderes e de sua independência — Obras que implicam despesa — Indispensabilidade de previsão orçamentária — Inviabilidade jurídica do pedido — Extinção do processo — Artigos 165 da CF/88, 120 da CE/89 e 267, VI, do CPC — Recurso provido.

"Ao Poder Judiciário falece competência para impor ao Poder Executivo a realização de obras, ainda que em nome da realização de direitos sociais, com indiferente às normas de previsões programáticas e orçamentárias em que se assentam as realizações afetas à Administração Pública.

"A ação civil pública com esse desiderato revela-se inviável juridicamente" (Agravado de Instrumento n. 8.444, de Xaxim).

E no mesmo sentido:

"Ação civil pública. Despacho saneador. Ação proposta pelo Ministério Público, objetivando compelir o Estado à aquisição de medicamentos e equipamento para o manuseio de drogas tóxicas, à contratação de pro-

fissional médico oncologista e ativação de outros leitos na internação oncológica de hospital. Impossibilidade jurídica do pedido. Inteligência do art. 11 e § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso provido.

“O artigo 11 e seu § 2º da Lei n. 8.069/90 configuram normas programáticas, que valem apenas pelo seu teor recomendatório ou orientador ao destinatário. A norma programática, ao reverso da norma de cunho imperativo, não se destina à pluralidade de pessoas ou organismos. Ela prima por destinar-se de maneira exclusiva à singularidade de pessoas ou organismos. Sendo destinatário do artigo 11 e seu § 2º da Lei n. 8.069/90 o Poder Executivo, não se admite o Poder Judiciário como destinatário secundário, apto, pois, na hipótese de omissão, para o exercício de atividade substitutiva. Somente no caso de norma imperativa, a omissão do Poder Executivo pode redundar em atividade substitutiva do Judiciário, se houver a devida provocação.

“Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida. Extinção do processo sem julgamento do mérito” (Agravado de Instrumento n. 9.890, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Apelação cível — Ação civil pública — Estatuto da Criança e do Adolescente — Sentença obrigando o município a implantar, em determinado prazo e sob cominação de multa diária, a municipalização dos programas previstos nos arts. 88, V, 90, 101, 112 e 213 da Lei n. 8.069 (ECA) — Impossibilidade de o Judiciário interferir em decisões administrativas — Princípio da tripartição dos poderes — Recurso desprovido” (Ap. Cív. n.

45.195, de Cunha Porã, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

“Agravado de instrumento. Ação civil pública. Medida cautelar com objetivo de obrigar a administração pública a fazer reforma no prédio e reequipar a escola pública. Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção da ação. Não pode o julgador deliberar a respeito de atos da administração pública, que resultam sempre e necessariamente de exame de conveniência, oportunidade e conteúdo dos atos de exercício de outros poderes — Executivo e Legislativo — do Estado. Aliás, a Administração Pública só pode fazer o que contenha em seus recursos e há de fazê-lo segundo as previsões programáticas e orçamentárias, com a participação do Poder Legislativo, não podendo ser atropeladas. Ademais, não se pode olvidar que as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processos de licitação pública (CF, art. 37, XXI)” (AI n. 8.445, de Xaxim, rel. Des. João Martins).

“Não podem o Juiz tanto quanto o próprio Tribunal avocar para si poderes que não têm, como, por exemplo, a deliberação de atos de administração, que resultam sempre mais necessariamente do exame de conveniência e oportunidade, que são de competência e atribuição exclusivas do Poder Executivo’ (Agravado de Instrumento n. 8.443, rel. Des. Rubem Córdova)” (Ap. Cív. n. 43.928, de Xaxim, rel. Des. Torres Marques).

E do corpo desse último arresto destaca-se:

Dispõe o art. 2º da Carta Magna que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Colhemos dos ensinamentos de José Afonso da Silva, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., revista e ampliada de acordo com a Nova Constituição, ed., RT, pág. 97.

“A independência dos poderes significa (...) b) que, no exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros, nem necessitam de sua autorização”.

In casu deve prevalecer a extinção do processo ante a impossibilidade jurídica do pedido, que não encontra admissibilidade no ordenamento jurídico ou melhor na legislação em vigor.

É o entendimento desta 2ª Câmara Civil, extraído do acórdão da lavra do Eminentíssimo Desembargador Rubem Córdova, *in verbis*: “...em face da impossibilidade de substituição pelo Poder Judiciário de tal ato administrativo da exclusiva competência e atribuição peculiar dos Poderes Executivo e Legislativo do Estado, em face das normas constitucionais vigentes, pois, não podem o Juiz tanto quanto o próprio Tribunal avocar para si poderes que não têm, como, por exemplo, a deliberação de atos de administração, que resultam sempre e necessariamente de exame de conveniência e oportunidade, que são da competência e atribuição exclusivas do Poder Executivo; sob pena de afronta ao princípio jurídico-constitucional que prescreve que os poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são independentes e harmônicos entre si; e que há de ser observado e cumprido por todos que exerçam a autoridade do Estado, em qualquer de seus poderes; mesmo porque a pretensão em tela não encontra respaldo legal na le-

gislação específica das ações civis públicas; razões pelas quais, ante a impossibilidade jurídica do pedido, impunha-se a decretação não da liminar, tão-só da carência de ação, com fundamento no art. 267, VI, do CPC; dando-se, assim, desse modo, provimento ao recurso para decretar a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido” (AI n. 8.443).

E mais adiante, transcrevendo parte de um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consignou o eminente Relator:

“Princípio assente em política, projetando-se para a ordem jurídico-constitucional da maioria dos países democráticos, entre eles a de nosso País, a independência e harmonia dos Poderes é pedra basilar da própria ordem social, e sobre tal mandamento político e constitucional hão de desvelar-se todos os que constituam o tecido da Nação, muito especialmente os que exerçam a autoridade do Estado, em quaisquer de seus Poderes.

A básica regra da independência e harmonia entre os Poderes, presente-mente inserta no art. 2º de nossa CF, tem sido objeto, precisamente em virtude de sua magnitude político-jurídica, de freqüentes estudos e apreciações, inclusive em decisões judiciais, e assim é exaustivamente conhecida.

Ficam para o caso *sub examine* as considerações seguintes, que têm o mérito de conformarem-se, sem dúvida, com o entendimento amplamente prevalente entre os doutos quando estudam os atributos das Administrações Públicas, elevadas ao poder pelo plebiscito do povo, e daí sobre a apreciação que lhes cabe, e não aos tribunais, da conveniência, oportunidade e con-

teúdo dos atos de exercício de tal poder, dentro do campo próprio.

Com o advento, deveras memorável, da Ação Civil Pública, ainda novidade em nosso ordenamento jurídico, de largos e excelentes alcances, verifica-se, todavia, por vezes — e o caso presente é perfeito exemplo disso, que se confundem os que provocam sua aplicação, levando a indébitas intromissões em temas absolutamente reservados à Administração Pública”.

Pelo exposto, e em reforço aos argumentos já declinados, vale sublinhar que ao Poder Judiciário cabe apreciar a legalidade e mesmo a substância dos atos administrativos quando estes se mostrem em desconformidade com a lei, em especial, com os pressupostos cogentes delineados no art. 37 da Constituição Federal. No entanto, a conveniência e a oportunidade, quando atrelados ao poder discricionário inerente à Administração, são critérios que escapam ao crivo do processo jurisdicional. Cabe à própria sociedade avaliá-los e dar a resposta devida por meio do processo democrático do voto. Noutros termos, nessas circunstâncias, quem julga o acerto da escolha do administrador é o povo que é, em última análise, o verdadeiro destinatário das ações governamentais.

4. O caso, então, não seria de concessão de liminar, mas sim de extinção do feito por carência de ação ante a manifesta impossibilidade jurídica do pedido. “Por possibilidade ju-

rídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência de vedação, no direito vigente, do que se postula na causa” (STJ — RT 652/183).

A pretensão do Ministério Público, por mais sérias e bem intencionadas que sejam suas ações em prol da efetivação das políticas preconizadas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, mostra-se inadmissível ante o ordenamento jurídico vigente.

5. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para cassar a medida liminar, e de ofício decreto a extinção do processo pela impossibilidade jurídica do pedido.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, cassaram a liminar e extinguiram o processo por falta de pressuposto processual.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 9 de agosto de 2001.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.008518-6, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**Relator: Des. Cesar Abreu**

Agravo de instrumento. Instituição bancária. Auto-atendimento informatizado. Negativa de atendimento pessoal. Ilegalidade. Serviço opcional. CDC e Resolução n. 2.878/01 do Bacen. Recurso improvido.

Não é lícito ao banco agravante transformar em alternativa de uso obrigatório o auto-atendimento eletrônico que sempre foi e continua sendo opcional, e cujo objetivo é atender de maneira diferenciada o cliente que deseje operacionalizar os serviços com mais rapidez e agilidade.

Aliás, qualquer atitude da instituição financeira que cerceie essa facultatividade viola o artigo 15 da Resolução n. 2.878/01 do Bacen.

Além disso, ao dar-se guarida à pretensão do banco agravante, de modo a obrigar os clientes agravados a se utilizarem do novo sistema implementado (BB Office Banking), estar-se-ia admitindo a possibilidade de se impor ao consumidor, contra sua própria vontade, a utilização de serviço não solicitado. A decisão, evidentemente, afrontaria a legislação de defesa do consumidor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.008518-6, da comarca de Balneário Camboriú, em que é agravante o Banco do Brasil S.A., sendo agravados Ad Luge Imóveis Ltda. e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar-se provimento ao recurso interposto.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

O Banco do Brasil S.A. interpôs agravo de instrumento contra decisão que, nos autos da ação cautelar inominada contra si proposta por Ad Luge Imóveis Ltda. e outros, determi-

nou que fornecesse aos agravados talões de cheques pelo prazo razoável de adaptação ao novo sistema de atendimento implementado pelo banco e, inclusive, até que os clientes optem por outro estabelecimento bancário. Argumentou que tal decisão alterou as cláusulas do contrato de conta corrente, obrigando-o a mantê-lo mesmo que pretendesse rescindi-lo, e que os agravados dispõem de outros meios para se utilizarem dos serviços bancários, em especial do novo sistema de auto-atendimento – *BB Office Banking* –, criado para comodidade dos clientes, e que permite a operacionalização da maioria dos serviços prestados pelo agravante.

Acrescentou que remeteu missivas aos clientes informando a implementação do novo sistema, e colocou-se à disposição para assessorá-los, requerendo, por fim, a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Negado o efeito suspensivo pleiteado, foi ofertada contraminuta, na qual Ad Luge Imóveis Ltda. afirmou atuar no ramo de imóveis e administração de condomínios, possuindo conta no banco agravante, por intermédio do qual sempre foram feitas as cobranças das taxas condominiais, sendo que todos os valores arrecadados são depositados nas respectivas contas e por ela administrados.

Acrescentou que o banco sempre forneceu os talões de cheques necessários, e dispunha de malotes para atender a grande quantidade de pagamentos e recebimentos mensais. Reclamou que o acesso ao *BB Office Banking* é demorado, e o fato de ser administradora de mais de 40 condomínios torna problemático efetuar as operações, e além disso necessitaria de procuração dos síndicos para poder movimentar as contas, por senhas e cartões magnéticos, coisa que conta jurídica não possui.

Requeru, por fim, seja julgado improcedente o presente recurso.

II — Voto

O banco agravante pretende a reforma da decisão monocrática que, nos autos de ação cautelar inominada intentada pela agravada, determinou-lhe que fornecesse, por meio de atendimento pessoal, talões de cheques ao agravado, sob o argumento de que implementou serviço de auto-atendimento por meio do qual po-

dem os clientes ter acesso à maioria dos serviços bancários prestados.

Trata-se de matéria que envolve fato relativamente novo, talvez ainda não enfrentado pelos Tribunais pátrios.

É perfeitamente visível a expansão dos sistemas de informatização nos setores de trabalho em geral. Não se deseja aqui negar o óbvio ou julgar-se a imprescindibilidade ou não dos recursos modernos.

As instituições bancárias, umas com maior apego que outras, também vêm paulatinamente aderindo à utilização das máquinas, comumente chamadas de *caixas eletrônicas*, e com isso substituindo o tradicional atendimento pessoal pelo sistema automatizado de auto-atendimento.

Ao se questionar sobre o motivo da adesão a tais mudanças certamente a resposta primeira será no sentido de que se está objetivando favorecer o cliente, oferecendo-lhe comodidade, rapidez e facilidade no atendimento, evitando, principalmente, sua sujeição às costumeiras filas bancárias.

Ora, sabe-se que não se visa apenas à comodidade dos clientes. A facilitação do trabalho e o bem-estar dos funcionários, bem como os interesses do estabelecimento bancário, se não ultrapassam, pelo menos estão no mesmo patamar de interesses.

Essa assertiva pode ser confirmada, *in casu*, pelo próprio banco agravante que assim aponta: “além do propósito do agravante em atender os seus clientes e usuários, está obrigado a atender os usuários no tempo de espera na fila no máximo de até quinze minutos, conforme prevê a Lei Mu-

nicipal n. 2002/2000, sob pena de acar com multas de valores elevadíssimos, e, em caso de reincidência, ter cassado o alvará de funcionamento da agência" (fl. 7).

Repita-se: não se está tentando desmerecer a implementação dos sistemas informatizados de serviços nas redes bancárias, desde que postos à disposição daqueles que desejarem deles fazer uso.

Veja-se que ao se dar guarida à pretensão do banco agravante, de modo a obrigar os clientes agravados a se utilizarem do novo sistema (BB Office Banking), estar-se-ia admitindo a possibilidade de se impor ao consumidor, contra sua própria vontade, a utilização de serviço não solicitado. A decisão, evidentemente, afrontaria a legislação de defesa do consumidor.

Convém ressaltar, por oportuno, que a atividade bancária é, por expressa disposição legal (artigo 3º, § 2º), regida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido posiciona-se a jurisprudência:

"Por derradeiro, ressalte-se que nenhuma razão assiste ao banco recorrido ao afirmar que as operações bancárias realizadas com o público em geral não se subordinam às normas do Código de Defesa do Consumidor. Segundo a jurisprudência, trata-se de atividade que se insere dentre as inúmeras relações de consumo reguladas pelo referido diploma legal" (REsp n. 170.281/SC, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 21/9/98).

"Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, parágrafo segundo, estão submetidos às disposições

do Código de Defesa do Consumidor' (STJ)" (AI n. 98.017996-3, de Mondaí, rel. Des. Eder Graf).

Assim, não é lícito ao banco agravante transformar em *alternativa de uso obrigatório* o auto-atendimento eletrônico que sempre foi e continua sendo *opcional e cujo objetivo é atender de maneira diferenciada o cliente que deseje operacionalizar os serviços com mais rapidez e agilidade*.

Aliás, qualquer atitude da instituição financeira que venha a cercear essa facultatividade afronta norma expressa do Banco Central.

Nos termos do artigo 15 da Resolução n. 2.878, de 26 de julho de 2001, do Bacen:

"Às instituições referidas no art. 1º é vedado negar ou restringir, aos clientes e ao público usuário, atendimento pelos meios convencionais, inclusive guichês de caixa, mesmo na hipótese de atendimento alternativo ou eletrônico".

Também não procede o argumento do agravante de que a decisão concessiva da liminar cerceia seu direito de rescindir o contrato, eis que determina o fornecimento de cheques até que os agravados optem por outro banco ou se adaptem à nova sistemática.

A leitura mais acurada da decisão permite concluir que a determinação judicial deve vigor enquanto existentes as contas correntes e, inclusive, com saldos positivos.

Assim está redigida: "concedo a liminar, no sentido de que o banco requerido, desde que existentes as contas correntes e com saldos positivos (...)" (grifei). Ou seja, a decisão não

descurou da hipótese de eventual rescisão do contrato à vontade das partes.

Portanto, deve a decisão monocrática ser mantida.

III – Decisão

Ante o exposto, à unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques.

Florianópolis, 12 de março de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Cesar Abreu,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.023258-8, DE TIJUCAS

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Agravo de instrumento. Impugnação ao valor da causa. Insolvência civil. Demanda intentada por credor.

Se a insolvência é requerida por credor, o valor da causa deverá corresponder ao do respectivo crédito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.023258-8, da comarca de Tijucas, em que é agravante Sandro Carlos da Silva, sendo agravado Francisco Carlos Silvestre:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso.

Custas de lei.

I – Relatório

Sandro Carlos da Silva interpôs agravo de instrumento contra a decisão que, na ação declaratória de insolvência movida por Francisco Carlos Silvestre, julgou improcedente o incidente de impugnação ao valor da causa.

Sustenta que o *decisum* não está de acordo com a jurisprudência majoritária e que o valor da causa deve corresponder ao benefício econômico perseguido pelo autor da ação, *in casu*, na ordem de R\$ 165.497,77, e não os R\$ 500,00 estimados.

Denegado o efeito suspensivo almejado, o agravado ofertou contraminuta argüindo, preliminarmente, que a impugnação ao valor da causa foi protocolada extemporaneamente, e no mérito pugnou pela manutenção do *decisum a quo*.

II — Voto

Dá-se provimento parcial ao recurso.

A alegação de intempestividade do incidente de impugnação ao valor da causa não resta demonstrada

nos autos. Sequer foram juntadas as peças correspondentes ao ato citatório da ação declaratória de insolvência, ou cópia da petição de impugnação e respectivo protocolo. Informações do SAJ, mero sistema de consultas, não se prestam a tal desiderato.

Afasta-se, pois, a preliminar suscitada pelo agravado.

No tocante ao valor da causa na ação de insolvência civil, há que se fazer distinção para as hipóteses de auto-insolvência e insolvência requerida pelo credor.

No primeiro caso aquele deve corresponder ao valor do patrimônio posto à disposição dos credores.

Leciona Humberto Theodoro Júnior que “a estimativa do valor da causa deverá ser feita com base no patrimônio posto à disposição dos credores e não do montante das dívidas” (*in* Insolvência Civil, Forense, 1980, págs. 202/203).

Nesse sentido a jurisprudência:

“A estimativa do valor da causa deverá ser feita com base no patrimônio posto à disposição dos credores e não do montante das dívidas” (RJTJRS 112/285).

“Nos casos de insolvência civil, o valor da causa é o valor dos bens postos à disposição dos credores, e não o valor do passivo” (RT 608/214).

Ao tratar do procedimento de insolvência requerido pelo credor, Theodoro Jr. destaca:

“O proveito patrimonial visado pelo autor é, portanto, o valor de seu crédito. E esse, igualmente, deverá ser o valor da causa, a constar da petição inicial” (ob. cit., pág. 173).

Na mesma senda a lição de Araken de Assis:

“Explicitação do valor da causa. De rigor observar o art. 282, V, na demanda executória movida contra o insolvente, explicitando o valor da causa. Ele equivalerá ao crédito. Nesta fase tão incipiente, o valor global do concurso permanece indefinido” (*in* Manual do Processo de Execução, RT, 4ª ed., pág. 826).

João Roberto Parizatto, no particular, acompanha:

“Se se tratar de insolvência requerida por algum credor, o valor da causa será o do crédito desse” (*in* Valor da Causa, Ed. Parizatto, 2ª ed., pág. 151).

Observe, finalmente, que o julgado invocado pelo Togado *a quo* — RJTJSP 91/927 — cuida de caso específico do Estado de São Paulo.

Confira-se:

“Valor da causa — Impugnação — Declaração de insolvência — Crédito quirografário — Valor inestimável e não o do crédito — Dec. Est. n. 16.685, de 1981, nota 5ª, Tabela I — Agravo provido”.

Do corpo do acórdão extrai-se:

“Sucedee que a lição do magistrado e professor mineiro não se aplica, nesse caso, ao Estado de São Paulo, uma vez que, aqui, há legislação própria, lembrada, aliás pelo agvte. Consoante a nota 5ª à Tabela I do Dec. Est. n. 16.685, de 26/2/81, vigente à época, ‘em qualquer processo em que se instaure concurso de credores’, o valor mínimo das custas ‘será igual ao das causas de valor inestimável’, com a complementação do preço, se for o caso”.

Assim, impõe-se o provimento parcial do recurso para fixar-se o valor da causa em R\$ 137.914,81, correspondente ao valor do crédito reclamado, devendo o autor da ação declaratória de insolvência recolher as custas respectivas.

III — Decisão

Diante do exposto, a Câmara, à unanimidade, dá provimento parcial ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cercato Padilha.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2002.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Relatora.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.025420-4, DE BARRA VELHA

Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Agravo de instrumento — Embargos de terceiro — Bem penhorado após reconhecida a ocorrência de fraude à execução em sua alienação — Posse não comprovada sumariamente pelo embargante — Liminar indeferida — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.025420-4, da comarca de Barra Velha, em que figura como agravante Osni Vicentini, sendo agravada Dolores Pedro Corrêa:

ACORDAM os senhores desembargadores integrantes da Quarta Câmara Civil, sem voto discrepante, negar provimento ao recurso interposto.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Barra Velha, Osni Vicentini opôs embargos de terceiro com pedido de liminar contra Dolores Pedro Corrêa, objetivando a liberação da restrição judicial que grava a caminhonete Chevrolet Silverado, de sua propriedade, nos autos da Ação de Execução n. 006.98.000467-0,

movida pela embargada em face de Rui Fernando Tilton e Valdir Tavares.

A liminar pleiteada foi indeferida pelo Magistrado *a quo*, sob o argumento de que os autos estariam desprovidos de elementos de convicção suficientemente robustos para aferir-se, em cognição sumária, a boa-fé do embargante ao adquirir o veículo. Destacou o Magistrado, ainda, que a penhora da caminhonete só foi autorizada porque reconhecida, nos autos da ação movida pela embargada, a ocorrência de fraude à execução na alienação daquela.

Insatisfeito, o embargante interpsô agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo ativo (art. 527, inciso II, c/c art. 558, do CPC), pleiteando a concessão da medida antecipatória negada pelo Magistrado *a quo*.

Para tanto, argumentou: a) que adquiriu o veículo de Rui Fernando Tilton de boa-fé, sem ter conhecimento da ação de execução que estava sendo movida contra ele, pois a citação dos executados não foi averbada no órgão de trânsito; b) que não houve fraude à execução na alienação da caminhonete, uma vez que os executados não foram reduzidos à condição de insolventes em razão do negócio efetuado; c) que os executados possuem outros bens livres de qualquer ônus, os quais poderiam ter sido penhorados para garantir a dívida; d) e que o valor da caminhonete adquirida é muito superior ao *quantum debeatur* exigido na executória, fato esse que deixa clara a ocorrência de um excesso de penhora capaz de abrir ensejo ao levantamento da constrição.

A carga suspensiva ativa postulada foi negada à fl. 52.

Em suas contra-razões, a agravada requereu, preliminarmente, que o recurso em foco não seja conhecido, tendo em vista que o agravante não teria juntado os documentos indispensáveis para comprovar suas alegações.

Ainda em sede proemial, destacou que os embargos de terceiro opostos pelo agravante nem sequer poderiam ter sido recebidos. A uma, porque foram opostos intempestivamente. A duas, porque o agravante não demonstrou ser possuidor da caminhonete penhorada.

No mérito, pugnou pela manutenção do interlocutório arrostado, salientando que não estariam presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, ambos, na sua ótica, indispensáveis para a concessão da liminar pleiteada.

II — Voto

Inicialmente, impende salientar que a força probatória dos documentos trazidos aos autos pelo agravante não pode figurar como óbice para o conhecimento do reclamo recursal em foco. Isso porque tal detalhe diz respeito tão-somente ao *meritum causae*. Se, ao final do julgamento, este órgão fracionário verificar que os documentos carreados aos autos realmente não possuem força para comprovar as alegações feitas pelo agravante, aí então negará provimento ao recurso, mas nem por isso deixará de conhecê-lo. O que importa, para efeito de conhecimento ou não do recurso de agravo de instrumento, é a presença dos documentos reputados indispensáveis pelo art. 525 do CPC, bem como de outros necessários ao exame das questões que se pretende discutir em segunda instância. *In casu*, considerando que esses documentos foram juntados pelo agravante, nada impede o conhecimento do pleito recursal.

Ultrapassada esta preliminar, cumpre então mergulhar no exame do caso concreto.

Em suas contra-razões, alega a agravada que os embargos de terceiro opostos pelo recorrente nem sequer poderiam ter sido recebidos pelo Magistrado *a quo*, pois foram manejados extemporaneamente e por pessoa que não comprovou a posse do bem penhorado. Assim sendo, caberia a este Tribunal julgar prejudicado o recurso do agravante e extinguir os embargos por ele opostos.

Não assiste razão à agravada.

Na hipótese vertente, os embargos de terceiro foram opostos tempestivamente, dentro do prazo a que

alude o art. 1.048 do CPC, antes que a execução, na qual se determinou a penhora da caminhonete, atingisse a fase expropriatória.

De outro vértice, inviável extinguir os embargos de terceiro sob o argumento de que o agravante não seria parte legítima para manejá-lo, em virtude de não ter comprovado a posse da caminhonete penhorada. A respeito desta questão, aliás, o Superior Tribunal de Justiça assim já se manifestou:

“Admite-se que o magistrado, ante a ausência de provas da posse, suficientes para sustentar a liminar prevista no art. 1.051 do CPC, indefira esta proteção cautelar e, simultaneamente, permita o processamento dos embargos de terceiro. Por outro lado, o processamento destes não confere ao embargante direito líquido e certo à obtenção da liminar” (RSTJ 107/216).

Como se vê, a comprovação da posse do bem em litígio não constitui requisito imprescindível para o recebimento e processamento dos embargos de terceiro. Trata-se, sim, de requisito para a concessão da liminar.

Portanto, andou bem o Magistrado *a quo* ao receber os embargos e suspender a execucional, aplicando o disposto no art. 1.052 do CPC.

No que diz respeito à liminar postulada pelo embargante, creio que o mesmo pode ser dito. Diante do quadro pincelado, não havia como deferi-la.

Consta do art. 1.051 do CPC:

“Julgando suficientemente provada a posse, o juiz deferirá liminarmente os embargos e ordenará a expedição de mandado de manutenção

ou de restituição em favor do embargante, que só receberá os bens depois de prestar caução de os devolver com seus rendimentos, caso sejam afinal declarados improcedentes”.

Bem, antes de tudo é preciso salientar que o agravante não logrou êxito em fazer prova sumária da posse da caminhonete cuja penhora foi ordenada. Para tanto, apenas juntou o Certificado de Registro de Veículo de fl. 21, pensando que a exibição deste seria suficiente para o deferimento da liminar. Ocorre que, na ótica da jurisprudência dominante, tal documento tem como finalidade tão-somente “centralizar o controle dos veículos automotores para o efeito de identificação e responsabilidade pelos tributos e infrações relativas ao trânsito” (TJSC – Apelação Cível n. 41.631, de Joinville — rel. Des. Wilson Guarany), não podendo servir como prova de propriedade ou de posse. É que, sendo o automóvel um bem móvel, tanto sua posse como sua propriedade pode ser transferida sem maiores formalidades, mediante simples tradição. Assim, muitas vezes, o verdadeiro proprietário e possuidor do veículo não é aquele indivíduo que tem seu nome inscrito no documento expedido pelo Detran, mas sim aquele que detém o bem em seu poder.

In casu, vale salientar que o meirinho incumbido de cumprir o mandado de penhora expedido contra o embargante não conseguiu fazê-lo justamente porque a caminhonete não se encontrava mais em poder deste (*vide doc.* de fl. 126).

É de se convir, pois, que o acervo probatório não estava a autorizar a concessão da liminar pleiteada, tendo

em vista a ausência de elementos de convicção capazes de demonstrar a posse do veículo.

Como se isso não bastasse, creio que a existência de uma decisão reconhecendo a ocorrência de fraude à execução na alienação da caminhonete tornava desaconselhável o deferimento da liminar postulada pelo embargante. É verdade que o acerto de tal decisão poderá ser discutido nos embargos, já que “a declaração de fraude à execução somente opera efeitos entre as partes da demanda onde é reconhecida, não prejudicando o terceiro adquirente afetado por esta relação processual” (TJSC – Apelação Cível n. 1997.008333-5, de Mafra — rel. Des. Pedro Manoel Abreu — j. em 5/4/2001). Entretanto, não seria prudente, em sede de cognição sumária, proclamar de pronto a ausência

dos pressupostos da fraude à execução, sem que se possibilitasse a ampla discussão acerca desta questão, sob o pálio do contraditório.

Forte nestes argumentos, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto proferido pela Relatora, a Câmara decidiu, sem voto divergente, negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cercato Padilha.

Florianópolis, 14 de março de 2002.

Trindade dos Santos,

Presidente, com voto;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,

Relatora.

AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO INOMINADO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.024752-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Silveira Lenzi

Agravo inominado (art. 557, § 1º, do CPC). Despacho do relator que nega seguimento a recurso por manifesta inadmissibilidade. Extinção, de ofício, do mandado de segurança. Possibilidade. Prazo decadencial. Exegese do art. 18 da Lei n. 1.533/51.

“O prazo para impetrar mandado de segurança é de cento e vinte dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado. Este prazo é de decadência do direito à impetração, e, como tal, não se suspende nem se interrompe desde que iniciado” (Hely Lopes Meirelles).

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Inominado (art. 557, § 1º, do CPC) no Agravo de Instrumento n. 2001.024752-6, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho), em que é agravante João Batista Moraes, sendo agravado o Gerente de Habilitação de Condutores do Detran/SC:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

João Batista Moraes interpõe agravo inominado, com fulcro no art. 557, § 1º, do CPC, contra a decisão proferida pelo Dr. Nilton Macedo Machado, nos autos de Agravo de Instrumento n. 01.024752-6, que negou seguimento ao recurso, extinguindo, de ofício, o processo principal, qual seja, o Mandado de Segurança n. 023.01.052069-7, com fulcro no art. 267, § 3º, do CPC e arts. 8º e 18º da Lei n. 1.533/51.

Sustenta o agravante que: a) a extinção do processo neste grau de jurisdição implica supressão de instância; b) o Gerente de Habilitação de Condutores do Detran é, efetivamente, a autoridade coatora, eis que emittente do Ato Punitivo n. 132/2000 —

que determinou a cassação de sua carteira nacional de habilitação —, razão pela qual está equivocada a decisão, ora agravada, no tocante à legitimidade passiva.

II — Voto

Trata-se de agravo inominado interposto por João Batista Moraes contra a decisão que negou seguimento ao recurso, extinguindo, de ofício, o *mandamus* impetrado pelo agravante contra o Gerente de Habilitação de Condutores do Detran.

Sustenta que incorreu a ilegitimidade passiva da autoridade tida como coatora, aduzindo, ainda, que houve supressão de instância.

Inicialmente, necessária a análise da alegada supressão de instância, supostamente operada quando da extinção do mandado de segurança, via agravo de instrumento.

O art. 269, IV, do Código de Processo Civil e o art. 329 do mesmo diploma legal determinam a extinção do processo, com julgamento do mérito, nas hipóteses em que o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição.

Sobre o assunto, Antônio Luiz da Câmara Leal assevera que “(...) a decadência decorrente de determinação legal é de ordem pública. O juiz deve conhecê-la de ofício, independentemente de alegação das partes” (Da Prescrição e da Decadência, Rio de Janeiro, Forense, 1978, pág. 114).

Ainda, leciona Teresa Arruda Alvim Wambier sobre a possibilidade de as questões de ordem pública serem apreciadas pela instância recursal, sem antes terem sido objeto de análise no primeiro grau de jurisdição:

“Entendemos que o Tribunal, desde que se trate de conhecer de matéria de ordem pública cuja constatação possa ser feita *icto oculi*, pode extinguir o processo, em julgando um agravo, em que a matéria não tenha sido ventilada” (Os agravos no CPC, São Paulo, RT, 2000, pág. 225).

No que tange à ilegitimidade passiva da autoridade indicada como coatora, independente de quem esteja legitimada para ocupar o pólo passivo da demanda, se o Gerente de Habilitação de Condutores do DETRAN, ou o Presidente da JARI — Junta Administrativa de Recursos de Infrações —, fato preponderante é a decadência do direito do autor em propor a ação de mandado de segurança.

O art. 18 da Lei n. 1.533/51 dispõe que “o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

Sobre o assunto, ensina Hely Lopes Meirelles:

“O prazo para impetrar mandado de segurança é de cento e vinte dias, a contar da data em que o inte-

ressado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado. Este prazo é de decadência do direito à impetração, e, como tal, não se suspende nem se interrompe desde que iniciado” (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, São Paulo, Malheiros, 21^a ed., 2^a tiragem, 2000, pág. 50).

Segundo se depreende da fl. 44, o recorrente teve ciência da decisão que determinou a cassação de sua carteira nacional de habilitação (Ato Punitivo n. 132/2000) em 6/7/00; e o *mandamus* foi impetrado, tão-somente, em 28/9/01, cerca de 15 (quinze) meses do conhecimento do ato dito coator pelo agravante.

Assim, forçoso concluir que se operou a decadência do direito do impetrante, não merecendo reparos a decisão agravada.

III — Decisão

Do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vitor Ferreira, Jaime Ramos e José Carlos Karsten Koheler.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2002.

Silveira Lenzi,
Presidente e Relator.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.002289-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Silveira Lenzi

Agravo regimental. Decisão negativa de seguimento. Inadmissibilidade. Recurso cabível previsto no § 1º do art. 557 do Código de Processo Civil. Erro grosseiro. Impossibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Havendo erro grosseiro na interposição do recurso não tem aplicação o princípio da fungibilidade recursal.

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 2002.002289-6, da comarca da Capital, em que é agravante Affonso Henrique de Paiva Estrella, sendo agravado Aquiles Amaury Córdova Santos:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo regimental, interposto por Affonso Henrique de Paiva Estrella, contra a decisão prolatada por este Relator, que negou seguimento ao recurso de agravo de instrumento, em razão de sua deficiente instrução.

Alega que o instrumento procuratório de substabelecimento é peça hábil a comprovar a outorga de mandato, não necessitando da procaução conferida pelo agravado.

II — Voto

O presente agravo não pode ser conhecido, porque o recurso cabível da decisão que obsta o seguimen-

to do recurso é o agravo inominado previsto no art. 557, § 1º, do CPC, e não o agravo regimental.

Convém destacar, desde já, a inaplicabilidade do princípio da fungibilidade, eis que estão ausentes os requisitos para sua incidência, quais sejam, dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível e inexistência de erro grosseiro.

Isso porque não há divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do remédio cabível contra a decisão negatória de seguimento do agravo de instrumento, havendo, outrossim, erro grosseiro, em vista de a lei expressamente determinar qual a forma de impugnação desta decisão.

Nesse sentido, colhe-se:

“Agravo regimental — Decisão denegatória de agravo de instrumento — Previsão de recurso específico — Impossibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade — Não conhecimento” (ARAI n. 00.023573-3, de São José, rel. Dr. Torres Marques, julgado em 8/2/01).

E mais:

“Agravamento regimental — Despacho do relator que nega seguimento ao agravo de instrumento — Recurso inadequado — Cabimento do agravo do art. 557, § 1º, do CPC — Erro grosseiro — Fungibilidade inadmissível.

“Não se conhece do agravo regimental interposto no lugar do agravo inominado previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil (redação dada pela Lei n. 9.756/98), em face do erro grosseiro, que impede a fungibilidade recursal, uma vez que se trata de recurso expressamente previsto na lei processual, e, por isso, não se admite discussão jurídica a respeito do cabimento” (ARAI n. 01.008233-0, de Bal-

neário Camboriú, rel. Dr. Jaime Ramos, julgado em 7/6/01).

III — Decisão

Diante do exposto, não se conhece do agravo regimental.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nilton Macedo Machado e Jaime Ramos.

Florianópolis, 4 de abril de 2002.

Silveira Lenzi,
Presidente e Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.016686-0, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Recurso cível — Agravo inominado (CPC, art. 557, § 1º) interposto contra decisão monocrática do relator que concedeu efeito suspensivo a agravo de instrumento — inadmissibilidade — Não conhecimento.

Com o novo regime do agravo (Lei n. 9.139/1995), a decisão do relator que concede ou denega efeito suspensivo não comporta qualquer recurso, até decisão definitiva da Câmara.

Mandado de segurança — Ato de reitor — Instituição de ensino superior — Indeferimento de matrícula — Exercício de função delegada pelo Poder Público Federal — Competência da Justiça Comum Federal — Incompetência absoluta declarada de ofício — Remessa dos autos.

“A Justiça Federal é competente para processar e julgar mandado de segurança contra ato de dirigente de estabelecimento de ensino superior, indeferindo pedido de matrícula face à existência de débito de mensalidades” (STJ — Primeira Seção).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2001.016686-0, da comarca de Itajaí (Vara da Fazenda Pública), em que é agravante Ewerton Chudek Branco, sendo agravado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, não conhecer do recurso por incabível e, por maioria de votos, de ofício, anular a decisão de primeiro grau por incompetência absoluta, com a determinação da remessa dos autos à Justiça Federal, extinguindo-se o procedimento recursal.

Custas legais.

Trata-se de agravo inominado (também denominado agravinho, seqüencial ou interno) previsto no art. 557, § 1º, do CPC, igualmente fundamentado no art. 195 do Regimento Interno, interposto por Ewerton Chudek Branco contra decisão concessiva de efeito suspensivo a agravo de instrumento, este contraposto pelo representante do Ministério Público, sob o argumento de que referida medida vem causando prejuízos aos estudos universitários do agravante, porquanto, protegido por concessão de liminar em mandado de segurança, efetuou matrícula em curso superior na Universidade do Vale do Itajaí — Univali —, após regular inscrição e aprovação em concurso vestibular, sem comprovação de conclusão do ensino médio de segundo grau.

É o relatório.

1. O presente recurso, quer seja inominado (também denominado agravinho, seqüencial ou interno), com ful-

cro no art. 557, § 1º, do CPC, quer seja regimental, com base no art. 195, Regimento Interno, não é conhecido, porque incabível na espécie.

Consoante dispõe o art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, caberá agravo da decisão que *nega seguimento* (*caput* do referido dispositivo) ou *dá provimento* a recurso (§ 1º A), nas hipóteses ali previstas, no prazo de 5 (cinco) dias.

De simples leitura do texto legal vislumbra-se ser incabível recurso contra decisão concessiva de efeito suspensivo a outro recurso, por ausência de norma permissiva, não se podendo admiti-lo por interpretação extensiva diante da especialidade da norma.

Já o Regimento Interno deste Tribunal (art. 195) prevê o agravo regimental, “no prazo de quarenta e oito horas, contado da intimação, salvo disposição em contrário”, para que as decisões proferidas pelo relator sejam revistas; no entanto, o mesmo também não é admitido em face do novo regime do recurso de agravo, introduzido pela Lei n. 9.139/1995, pois que se da decisão do relator que nega ou concede efeito suspensivo ao agravo de instrumento não comporta qualquer recurso previsto no Código de Processo Civil, até o julgamento definitivo pela Câmara, com muito mais substância não se admitirá invocação de preceito regimental, sob pena de criação de recurso sem lei federal competente.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência desta Corte:

“Agravo regimental (art. 195, RITJSC) — Despacho que nega efeito suspensivo a agravo de instrumento — Irrecorribilidade.

‘Na atual feição emprestada ao agravo de instrumento, mercê dos ditames da Lei n. 9.139/95, especificadas encontram-se, no art. 557, parágrafo único, do Estatuto Processual Civil, as decisões que, prolatadas pelo Relator, comportam novo agravo. Tal ocorre, somente, quando o Relator julga, por ato monocrático, inadmissível ou manifestamente improcedente o agravo de instrumento, obstando-lhe, pois, o seguimento. Em sendo assim, irrecuráveis são os despachos exarados pelo Relator, concedendo ou negando carga suspensiva a agravo de instrumento, posto que os dispositivos de lei que versam especificamente acerca dessa modalidade recursal são totalmente silentes a respeito. Esse silêncio equipara-se à não admissibilidade de qualquer ataque recursal aos despachos negatórios ou concessivos de efeito suspensivo, uma vez que à lei processual, na hipótese, não se pode conferir uma interpretação analógica ou extensiva’ (AgReg. no AI n. 96.010053-9, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, *in* DJE de 22/4/97)” (AgRg n. 97.003226-9, de Joinville, rel. Des. Wilson Guarany, *j. em* 6/5/97).

Ou:

“Agravo regimental — Prazo — Intempestividade — Interposição contra decisão do relator que negou efeito suspensivo a agravo de instrumento — Recurso inadmissível diante da sistemática implantada com a Lei n. 9.139/95 — Não conhecimento.

“O agravo regimental deverá ser interposto no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, contado da intimação, salvo nas hipóteses previstas nos arts. 8º, pa-

rágrafo único, e 13 da Lei n. 1.533/51 (RITJSC, art. 195 e § 1º).

“Com o novo regime do agravo (Lei n. 9.139/95), a decisão do relator que concede ou denega efeito suspensivo não comporta qualquer recurso, até decisão definitiva da Câmara” (ARAI n. 01.006849-4, de Chapecó, deste Relator).

E ainda:

“Recurso. Decisões do relator que, em agravo de instrumento, negam ou concedem efeito suspensivo ao despacho censurado. Irrecorribilidade. Agravo regimental. Descabimento.

“Na nova compleição jurídica dada ao agravo de instrumento, em decorrência da Lei n. 9.139/95, irrecuráveis são as decisões do Relator ligadas à agregação de eficácia suspensiva ao recurso, seja das que a concedem, seja das que a negam. O atual art. 557, parágrafo único, do Código de Processo Civil só se compadece com a interposição do denominado agravo inominado das decisões do Relator que negam seguimento ao recurso. E aquele tipo de decisão não pode ser enfrentado através do agravo regimental inserido no art. 195 do Regimento Interno desta Corte, posto que, a par de se tratar de norma precedente à Lei n. 9.139/95, é com esta incompatível, uma vez que não cabe aos Tribunais legislarem sobre procedimento, criando recursos para as hipóteses para as quais a Lei Federal ou a Lei Estadual supletivamente editada na forma do art. 24, XI, da Constituição Federal, não criou” (AgRg n. 96.010900-5, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, *j. em* 25/3/97).

2. Contudo, de ofício, e a contrário do que pareceu ao ilustre relator da decisão monocrática, reconhece-se a incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual para conhecer e julgar a matéria objeto do inconformismo, tendo em vista que o ensino universitário constitui delegação de matéria de competência privativa da União, sujeita à apreciação e controle do Conselho Federal de Educação, regida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394, de 20/12/1996).

Este é o entendimento dominante na Primeira Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça (vale dizer, do órgão encarregado de interpretar a lei federal e dizer da harmonização jurisprudencial especificamente de direito público), afirmando a competência da Justiça Federal para processar e julgar mandados de segurança impetrados contra as instituições privadas de ensino superior, quando se tratar de matéria relativa a atos da função delegada pelo Poder Público, conforme se observa dos seguintes julgados:

“Processual civil. Conflito negativo de competência. Ensino superior. Universidade privada. Indeferimento de matrícula. Art. 109, I, e VIII, CF.

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

“II — A tratar de ato, pela sua natureza, *longa manus* do Poder delegante, decorrente da regência de dis-

ciplinação para o ensino superior nacional, decidido pelo Conselho Federal de Educação, nos limites da delegação, o controle judicial compete à Justiça Federal.

“III — No caso, consabido que a competência para processar e julgar o mandado de segurança decorre da autoridade coatora que pratica o ato (*rationae personae*).

“IV — Precedentes da jurisprudência.

“V — Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo Federal suscitado” (CC n. 30297, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 18/12/00).

Ou:

“Conflito de competência — Instituição de ensino superior — Questão relativa a acesso ao ensino — Ôbice à efetivação de matrícula — Função delegada — Competência da Justiça Federal.

“O envolvimento, na lide, de questão relacionada a acesso ao ensino, portanto decorrente do exercício de função pública delegada pelo Estado, confere à Justiça Federal competência para apreciá-la.

“Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal” (CC n. 19742/DF, rel. Min. Garcia Vieira, j. em 14/6/00).

E mais:

“Conflito de competência. Estabelecimento de ensino superior. Mandado de segurança. Ato de diretor. Indeferimento de matrícula. Pendência de débitos. Precedente.

“1. A Justiça Federal é competente para processar e julgar mandado de segurança contra ato de dirigen-

te de estabelecimento de ensino superior, indeferindo pedido de matrícula face à existência de débito de mensalidades.

“2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de Campos do Goytacazes/RJ, suscitante” (CC n. 27740/RJ, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 24/5/00).

Vide ainda: CC n. 16036, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 22/5/1996; CC n. 25784, rel. Min. Hélio Mosimann, j. em 18/6/99; CC n. 21776, rel. Min. José Delgado, j. em 24/6/1998.

Na hipótese, considerando que o ato impugnado via mandado de segurança foi materializado no indeferimento de matrícula, obstativo do acesso ao ensino, não há deixar de reconhecer a competência da Justiça Comum Federal para processá-lo e julgá-lo.

Em vista disso, tratando-se de competência absoluta em razão da matéria, conhecível inclusive de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC, art. 113), devem ser declarados nulos os atos decisórios pratica-

dos, remetendo-se o processo ao juízo competente.

Assim, declara-se a incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual para processar e julgar mandado de segurança contra ato do magnífico Reitor da Univali, relacionado à função delegada pelo Poder Público; conseqüentemente, são nulos todos os atos decisórios praticados (CPC, art. 113, § 2º), inclusive e a partir da liminar, remetendo-se o processo originário à Vara respectiva da Justiça Comum Federal de Itajaí, extinguindo-se este procedimento recursal.

Comunique-se à autoridade judiciária de origem.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Jaime Ramos. O primeiro com voto vencedor e o segundo vencido quanto à anulação da decisão liminar. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Dalcio Moser, Procurador de Justiça.

Florianópolis, 20 de setembro de 2001.

Nilton Macedo Machado,
Presidente e Relator.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.023632-0, DE BLUMENAU

Relator: Des. Jaime Ramos

Agravo do art. 39 da Lei n. 8.038/90 contra despacho que nega efeito suspensivo a agravo de instrumento. Recurso inadequado e incabível. Não conhecimento.

O agravo a que se refere o art. 39 da Lei n. 8.038/90, que se circunscreve apenas ao âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em face do princípio da unicidade do recurso, bem como pela exigência de adequação, como pressuposto de admissibilidade do inconformismo recursal, não é adequado para atacar decisão monocrática proferida no Tribunal de Justiça Estadual.

O processamento célere do agravo de instrumento, imposto pela Lei n. 9.139/95, não admite o manejo de qualquer recurso contra despacho do relator que nega ou concede efeito suspensivo ou ativo àquele.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2001.023632-0, da comarca de Blumenau, em que são agravantes Décio Nery de Lima e outros, sendo agravado o Ministério Público:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, não conhecer do agravo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O Ministério Público interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra a decisão do Juízo *a quo*, que determinou emenda à inicial para inclusão, como litisconsortes passivos da Ação Civil Pública movida contra Décio Nery de Lima, Elmo Grutzmacher, Edson José Adriano, Paulo Eduardo de Oliveira Costa, Randolpho Decker, Danilo Prestes Gomes e Carlos Eduardo Mendonça Neves, de todos os beneficiários dos desvios financeiros denunciados nos autos, que teriam ocorrido na Fundação Municipal do Hospital Santo Antônio, bem como dos membros do Conselho Curador e do Conselho Fiscal da entidade.

No seu despacho preliminar, o Relator houve por bem conceder efeito suspensivo ao agravo de instrumento até o pronunciamento definitivo da Câmara Civil, por entender que a decisão agravada foi por demais rigorosa quanto à inclusão, no pólo passivo da demanda, dos membros do Conselho Curador e do Conselho Fiscal da Fundação, sem discriminar, com supedâneo probatório, qual a participação omissiva ou comissiva de cada um nas ações que redundaram em prejuízos ao Hospital Santo Antônio, ou no proveito correspondente.

Inconformados com o despacho do Relator, os agravados Décio Nery de Lima, Elmo Grutzmacher, Edson José Adriano, Paulo Eduardo de Oliveira Costa e Randolpho Decker interpuseram o agravo previsto no art. 39 da Lei n. 8.038/90, buscando a reforma daquele ato jurisdicional, sob os fundamentos de que, em primeiro lugar, não cabe agravo de instrumento contra o ato do juiz que manda emendar a petição inicial, por se tratar de despacho de mero expediente; e, em segundo lugar, porque a decisão do Relator teria sido contraditória, uma vez que afirmou estar correta a atitude do Magistrado de primeiro grau, quan-

to à inclusão dos litisconsortes passivos indicados, e mesmo assim concedeu o efeito suspensivo ao recurso.

Em preliminar, sustentaram o cabimento do agravo, com fulcro no art. 39 da Lei n. 8.038/90, que entendem aplicável também aos Tribunais de Justiça.

A decisão impugnada foi mantida.

II — Voto

O agravo, contudo, não merece ser conhecido.

Em primeiro lugar, observe-se que o art. 39 da Lei n. 8.038/90 refere-se exclusivamente ao agravo inter-no cabível da decisão do relator que causar gravame à parte, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se de disposição legal expressamente direcionada ao processamento dos recursos nos dois Tribunais referidos.

Aliás, a ementa da mencionada lei não deixa dúvida quanto à aplicabilidade restrita de seus dispositivos ao STF e ao STJ.

Somente no que tange ao procedimento das ações penais originárias, e exclusivamente em relação a tal parte, é que as disposições dos arts. 1º a 12 foram estendidas aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, bem como aos Tribunais Regionais Federais, por determinação expressa da Lei n. 8.658/93, que não admite interpretação extensiva no caso.

Não se aplica aos Tribunais de Justiça dos Estados, portanto, a regra do art. 39 da Lei n. 8.038/90, quanto ao agravo ali previsto, na área cível.

Pelo mesmo motivo, também não é adequado para objurgar decisão monocrática oriunda dos Tribunais de Justiça dos Estados o agravo identicamente previsto no art. 545 do Código de Processo Civil (com a redação dada pela Lei n. 9.756/98), que de igual forma dirige-se à hipótese de o relator, Ministro do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, individualmente, não admitir o agravo de instrumento interposto contra a denegação de recurso extraordinário ou recurso especial, negar-lhe provimento ou reformar o acórdão recorrido.

Tratam-se de recursos inadequados e incabíveis para atacarem a decisão monocrática do Relator, Desembargador de Tribunal de Justiça Estadual, ante o *princípio da unicidade do recurso*, e em face da exigência do pressuposto de admissibilidade concernente à adequação.

José Carlos Barbosa Moreira (Comentários ao Código de Processo Civil, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978, vol. V, pág. 284), explica no que consiste o *princípio da unicidade do recurso*:

“Tanto no direito anterior como no vigente, porém, a regra geral era e continua a ser a de que, para cada caso, há um recurso adequado, e somente um. É o que se denomina princípio da unicidade do recurso.

“Ele se manifesta, em primeiro lugar, pela impossibilidade de interpor-se mais de um recurso contra a mesma decisão (*lato sensu*) (...).

“Ulterior manifestação do princípio consiste em tornar inadmissível o recurso porventura interposto no lugar de outro. *Quem queira recorrer, há de usar a figura recursal*

apontada pela lei para o caso; não pode substituí-la por figura diversa” (grifos apostos).

Sobre o *pressuposto de admissibilidade* concernente à *adequação* e ao *cabimento* do recurso, é Vicente Greco Filho (Direito Processual Civil Brasileiro, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, vol. 2, pág. 273), quem esclarece:

“O cabimento do recurso significa a existência no sistema processual brasileiro do tipo de recurso que se pretende utilizar e a sua adequação, ou seja, a sua aplicabilidade à reforma da decisão impugnada, e também que a decisão seja recorrível. Assim, além de existir no sistema processual brasileiro como possível para determinada decisão, o recurso deve ser o próprio para atacar a decisão que gerou o gravame. Dois princípios norteiam o problema da adequação: o da unirrecorribilidade e o da fungibilidade dos recursos. O princípio da unirrecorribilidade esclarece que para cada decisão há apenas um recurso, cabendo à parte escolher o correto quando aparentemente há dúvida quanto ao cabimento. Não é possível a interposição de dois recursos concomitantemente contra a mesma decisão, salvo o caso especial do art. 498 que adiante será comentado”.

Há quem prefira apoiar-se no art. 195 do Regimento Interno desta Corte de Justiça, para, com a interposição do chamado Agravo Regimental, opor-se ao despacho monocrático do relator que nega ou concede efeito suspensivo ou ativo a agravo de instrumento.

Reza tal dispositivo: “Art. 195. A parte que se considerar prejudicada por decisão do presidente, ou do relator, poderá dela agravar, conforme o caso, para o Tribunal Pleno, para a Câmara competente ou para as Câmaras Cíveis Reunidas, no prazo de quarenta e oito horas, contado da intimação, salvo disposição em contrário”.

O Código de Processo Civil, no entanto, tacitamente afastou a possibilidade de manejar qualquer espécie de recurso contra a decisão do relator que denega o pleiteado efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Efetivamente, o art. 558 do referido Estatuto Processual, com a redação dada pela Lei n. 9.139, de 30/11/1995, ao facultar ao relator suspender, até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara, os efeitos da decisão atacada por agravo de instrumento, se dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, não autorizou a interposição de qualquer recurso contra a decisão que nega ou defere tal efeito suspensivo.

Da decisão monocrática do relator só cabe o agravo inominado previsto no art. 557, § 1º, do mesmo Diploma Instrumental, quando ele desde logo nega seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do mesmo Tribunal, do Pretório Excelso ou de Tribunal Superior; ou dá provimento a recurso contra decisão que estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior; o que não é a hipótese aqui tratada.

Não é possível, no caso, dar interpretação extensiva ou analógica à lei processual, para estender o “agravo” contido nesse dispositivo ou em qualquer outro, à hipótese de denegação ou concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento, sob pena de estar-se criando um recurso a mais que a lei não criou.

O agravo de instrumento, sob a nova sistemática introduzida pela Lei n. 9.139, de 30/11/1995, é recurso de tramitação e julgamento extremamente rápido (pauta em prazo não superior a trinta dias após a contraminuta, conforme o art. 528 do multicitado Código). Por isso, a concessão ou a denegação do efeito suspensivo ao agravo não traz consequência duradoura para qualquer das partes.

Por outro lado, não cabe ao Tribunal instituir recurso à margem do sistema processual brasileiro e ao arripio da competência federal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988) ou estadual supletiva (art. 24, inciso XI).

Sem embargo da opinião de Carreira Alvim, que entende ser uma “temeridade” sujeitar o direito do agravante “ao arbítrio de um órgão singular”, e de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, que admitem o cabimento do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, no caso de negativa ou concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, que se deu por decisão interlocutória (*in* Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 801); é francamente majoritário o entendimento doutrinário no sentido do descabimento de qualquer recurso, mesmo o agravo regimental, contra tal decisão do relator.

Assim, José Carlos Barbosa Moreira:

“A lei não obriga o juiz de primeiro grau nem o relator a deferir o requerimento de suspensão. Tampouco estabelece pressupostos quer do deferimento, quer do indeferimento. Fica, por conseguinte, à discricção do juiz ou do relator suspender ou não a medida – o que, *de lege ferenda*, não seria aconselhável. Não há direito do agravante à suspensão; há poder discricionário do juiz ou do relator. Se o juiz indeferir o requerimento, a *decisão é irrecorrível*, apesar da letra do art. 522, *caput*” (Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, vol. V, pág. 594).

Teresa Arruda Alvim Wambier, até a 2ª edição de sua obra *O novo regime do agravo* (São Paulo, RT, 1996, pág. 196), também negava cabimento ao agravo regimental, no caso, sustentando adequadamente:

“Da decisão do relator, indeferindo o requerimento da parte, no sentido de suspender a eficácia da decisão impugnada, caberia o recurso previsto no art. 557, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

“O legislador só faz menção, no art. 557, parágrafo único, a que o recurso ali referido tem cabimento contra decisão denegatória do recurso, a que o *caput* deste mesmo dispositivo diz respeito. Poder-se-ia sustentar que o legislador teria dito menos do que queria. Assim, nesse diapasão, sustentar-se-ia que o recurso do parágrafo único do art. 557 também poderia ser interposto contra o ato do relator que, embora admita o agravo, não lhe dê efeito suspensivo (art. 527, II).

“Não nos parece ser esta a interpretação correta. Da decisão do juiz ou do relator que indeferia o requerimento da parte com base no art. 558 revogado não cabia recurso, embora a letra do art. 522 sugerisse o contrário. A interposição de outro agravo seria inútil, porque manifestamente inoperativa.

“Em nosso entender, continua sendo esta, pelas mesmas razões, a melhor interpretação”.

José Carlos Teixeira Giorgis, Juiz do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, no artigo “Notas sobre o agravo”, publicado na Revista dos Tribunais 734, págs. 129/151:

“Indaga-se a espécie de recurso que pode atacar a decisão concessiva. A resposta pode ser encontrada no mandado de segurança, do qual se disse, e com saciedade, ser espelho do novo modelo de agravo.

“Os regimentos internos das Cortes costumam receitar o agravo regimental para a decisão do relator que conceda ou denegue liminar em mandado de segurança, mesmo que se reitere inexistir previsão legal no diploma que o disciplina.

“Entretanto, é pacífica a jurisprudência da Suprema Corte em rechaçar recurso contra decisão concessiva ou denegatória de liminar pelo relator (STF, Pleno, MS n. 21.276-4/DF – Ag. Reg., rel. Min. Paulo Brossard, DJU 21/6/1991).

“A razão teleológica também afasta a cogitação de recurso, na procura de procedimento célere que quebre a hígidez das rotinas existentes, culpadas no tribunal das opiniões.

“Aponte-se, finalmente, que haveria um aumento desnecessário de pronunciamentos do colegiado, quando a própria norma já anuncia que a suspensão se manterá até o pronunciamento da turma ou câmara, que deve reunir-se em curto prazo.

“Tais subsídios desaconselham debate da decisão do relator”.

O Professor e Desembargador Araken de Assis, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, deitou amplas luzes acerca do tema, na exposição de seu voto, no acórdão publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, n. 176, pág. 398, como adiante se transcreve:

“A decisão que outorga efeito suspensivo ao agravo de instrumento (CPC, art. 527, II), porque relevante a fundamentação e possível lesão grave e de difícil reparação (CPC, art. 558), não comporta qualquer recurso, mesmo o agravo regimental, até o pronunciamento definitivo da Câmara ou Turma.

(...)

“E, com efeito, esta parece ser a solução correta. Em primeiro lugar, o legislador concedeu agravo contra ato do Relator que julga inadmissível ou improcedente o agravo (art. 557, *caput*). Omitiu-se quanto à recorribilidade do ato que outorga efeito suspensivo. Trata-se, a meu juízo, do chamado silêncio eloqüente.

“É que o efeito suspensivo, de caráter excepcional, perdurará até o pronunciamento definitivo da Câmara, segundo a parte final do art. 558. Ora, o pronunciamento definitivo, aí referido, não pode ser o julgamento de outro recurso, no caso de fonte regimental,

porque ele não seria definitivo. Definitivo, ao menos no órgão fracionário competente do Tribunal, é o julgamento do próprio agravo de instrumento. Caso contrário, a parte final do art. 558 passaria a contemplar uma possibilidade nela, explicitamente, não prevista: a manutenção do efeito suspensivo até o julgamento do agravo regimental ou do próprio agravo. Fácil se mostra conceber, ainda, divergência entre tais julgamentos — provimento do agravo regimental, seja qual tenha sido o sentido da decisão do Relator, e julgamento do próprio agravo, em sentido contrário —, gerando uma instabilidade imprópria e contradições inconvenientes. Na realidade, o rito célere, agora imprimido ao agravo de instrumento, repele a possibilidade de outro agravo, agora regimental, contra o ato do Relator (art. 527, II). O recurso será julgado em trinta dias (art. 528), após a manifestação do agravado, e, neste interregno, subsistirá o eventual efeito suspensivo.

“Por outro lado, não cabe aos tribunais legislar sobre procedimento. Isto é concedido, em caráter supletivo, aos Estados (art. 24, XI, da CF/88). E o art. 232 do nosso Regimento não é lei, formal ou material.

“Além disto, é duvidoso que a criação de recurso seja matéria de procedimento e, de qualquer sorte, que o Estado pudesse criar recurso onde a lei federal não prevê.

“Essas considerações, em matéria nova, me conduzem à inadmissibilidade do agravo regimental. Não é possível, ao invés de eliminarmos recursos, venhamos a aumentar o seu número, impedindo a eficácia imediata das resoluções judiciais”.

Essa orientação foi aplaudida por Athos Gusmão Carneiro (*in* O novo recurso de agravo, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, págs. 76/77):

“Interessante perquirir se, dessas decisões proferidas nos termos do art. 558, é cabível a interposição do agravo por petição (ou agravo interno, no dizer de Carreira Alvim), a símile do previsto no parágrafo único do art. 557.

(...)

“Parece-nos assiste razão a Araken de Assis, não apenas pelo argumento jurídico relativo ao ‘silêncio eloqüente’, como pela consideração de que ‘o rito célere, agora imprimido ao agravo de instrumento, repele a possibilidade de outro agravo, agora regimental, contra o ato do Relator’ (artigo doutrinário publicado na *Ajuris*, vol. 66, págs. 158/159). Além disso, é de ponderar o descabimento da criação, para a hipótese, de ‘agravo regimental’, pois não cabe aos tribunais legislar sobre procedimento, criando recursos onde a lei federal (ou estadual supletiva, CF, art. 24, XI) não os criou”.

A partir desses escólios, o tema acabou sendo objeto da 6ª conclusão do Cetargs (Centro de Estudos do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul), sob a coordenação do Juiz Alcindo Gomes Bittencourt:

“Não cabe agravo regimental das decisões atinentes à agregação de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, bem como daquelas em que o Relator deferir antecipação de tutela ou tutela cautelar”. Justificativa: “A lei, quando desejou prever recurso, o fez expressamente (art. 557, parágrafo único, do CPC) e considerou a maior

gravidade da decisão de “negativa de seguimento”.

No Sodalício catarinense, firmou-se jurisprudência no sentido do não conhecimento do agravo regimental contra a decisão do relator que denega ou concede o efeito suspensivo ao agravo de instrumento:

“Recurso. Decisões do relator que, em agravo de instrumento, negam ou concedem carga suspensiva ao recurso. Irrecorribilidade. Agravo regimental. Descabimento. Na atual feição emprestada ao agravo de instrumento, mercê dos ditames da Lei n. 9.139/95, especificadas encontram-se, no art. 557, parágrafo único, do Estatuto Processual Civil, as decisões que, prolatadas pelo Relator, comportam novo agravo. Tal ocorre, somente, quando o Relator julga, por ato monocrático, inadmissível ou manifestamente impropriedade o agravo de instrumento, obstando-lhe, pois, o seguimento. Em sendo assim, irrecorribéis são os despachos exarados pelo Relator, concedendo ou negando carga suspensiva a agravo de instrumento, posto que os dispositivos de lei que versam especificamente acerca dessa modalidade recursal são totalmente silentes a respeito. Esse silêncio equipara-se à não admissibilidade de qualquer ataque recursal aos despachos negatórios ou concessivos de efeito suspensivo, uma vez que à lei processual, na hipótese, não se pode conferir uma interpretação analógica ou extensiva” (TJSC — Ag. Reg. no AI n. 96.010055-5, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, em 25/3/1997).

“Processo civil. Decisão que outorga ou denega efeito suspensivo a agravo de instrumento. Interposição

de agravo regimental. Inadmissibilidade. Não conhecimento. Ainda que o Regimento Interno do Tribunal, em seu art. 195, possibilite que as decisões do relator sejam revistas em sede de agravo regimental, todavia, em face do novo regime do agravo, pelo tratamento específico dado à matéria, descabe tal recurso, consoante, aliás, o pensamento mais consistente da doutrina e da jurisprudência” (TJSC — Ag. Reg. no AI n. 97.000721-3, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, em 6/3/1997).

“Processual — Agravo regimental — Agravo de instrumento — Efeito suspensivo — Denegação — Irrecorribilidade. Não cabe agravo regimental da decisão do relator que nega efeito suspensivo a agravo de instrumento” (TJSC — Ag. Reg. no AI n. 98.007135-6, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, em 11/9/1998).

“Agravo de instrumento – Decisão que nega ou concede efeito suspensivo – Irrecorribilidade – Agravo regimental – Descabimento. Em face do advento da Lei n. 9.139/95, a decisão que nega ou concede efeito suspensivo ao agravo de instrumento é irrecorribel, não comportando sequer agravo regimental (RITJSC, art. 195)” (TJSC – Ag. Reg. no AI n. 99.019635-6, de Tubarão, rel. Des. Eder Graf, em 30/11/1999).

“Conforme a disciplina ditada para o novo agravo de instrumento (art. 557 e seu parágrafo único), mercê da Lei n. 9.139, de 30/11/95, não é possível interpor outro agravo senão o inominado e diante apenas do despacho que nega seguimento ao recurso. O rito célere agora imposto ao agravo de instrumento repele a possibilidade

de agravo regimental” (TJSC – Ag. Reg. no AI n. 97.011461-3, rel. Des. Alcides Aguiar).

“Agravo regimental em agravo de instrumento. Decisão que nega pedido de efeito suspensivo ao recurso. Não conhecimento. Face ao novo regime do agravo de instrumento, não cabe agravo regimental das decisões concessivas ou denegatórias de efeito suspensivo ao recurso, por ausência de previsão legal” (TJSC — Ag. Reg. no AI n. 00.017856-0, de Lages, rel. Des. Francisco Borges, em 26/10/2000).

Não há, pois, admitir a interposição de agravo algum contra a decisão que concede ou nega efeito suspensivo a agravo de instrumento.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator não se conhece do agravo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Victor Ferreira. Pela douta Procuradoria-Geral da Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 7 de março de 2002.

Silveira Lenzi,
Presidente, com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.000002-7, DE BLUMENAU

Relator: Des. Jaime Ramos

Agravo do art. 557, § 1º, do CPC. Ausência do prévio preparo. Deserção. Isenção (art. 43, § 2º, do Regimento Interno) incompatível com o sistema recursal vigente. Derrogação pelo art. 511 do CPC e pela Lei Complementar Estadual n. 156/97. Não conhecimento.

Consoante a regra geral do art. 511 do CPC, o agravo a que se refere o art. 557, § 1º, do mesmo diploma, está sujeito à antecipação do preparo, cuja ausência impõe o reconhecimento da deserção.

Considera-se derogado pelo art. 511 do CPC, e pela Lei Complementar Estadual n. 156/97, que trata do Regimento de Custas do Estado de Santa Catarina, por contrariar o sistema recursal vigente, o disposto no art. 43, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal, que adiava para o final o pagamento do preparo em recursos contra decisões monocráticas do relator ou do presidente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, no Agravo de Instrumento n. 2002.000002-7, da comarca de Blumenau, em que é agravante Têxtil Line Ltda. — ME, sendo agravada Avanço S.A. — Indústria e Comércio de Máquinas:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, não conhecer do recurso, por deserção.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Têxtil Line Ltda. — ME interpôs agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo, contra a decisão do Juízo *a quo* que deferiu liminar na ação de busca e apreensão movida por Avanço S.A. — Indústria e Comércio de Máquinas.

Este Relator, em despacho preliminar, negou seguimento ao agravo de instrumento, pela ausência de peça obrigatória, qual seja, a procuração outorgada pela agravante ao advogado que firmou as razões do recurso.

Inconformada, a agravante manejou o recurso previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, sustentando que a “máquina falhou”, porque tem plena convicção de que anexou às razões do agravo de instrumento as procurações, tanto a sua quanto a da recorrida; que o agravo de instrumento e os documentos que o instruíram foram distribuídos na comarca de Blumenau, pelo protocolo unificado; que não há dúvidas de que referida procuração, por razão desconhecida, extraviou-se durante o percurso até o Tribunal; que, ainda que por qualquer motivo não tivesse sido

juntada a referida procuração, tal fato não seria motivo suficiente para inviabilizar o pleito de direito material concreto e de alto prejuízo, porque a lei processual prevê a possibilidade de se juntar posteriormente o instrumento de procuração.

Não comprovou o preparo de tal agravo inominado.

Posteriormente, em 13/2/2002, foi protocolada a petição encaminhada, por fax, pela agravante, na qual aduziu que, nos termos do art. 43, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal, não cabe exigir, senão ao final, o preparo do agravo inominado que interpôs.

Não houve retratação da decisão impugnada.

II – Voto

Da decisão que nega seguimento a agravo de instrumento considerado manifestamente inadmissível, cabe o agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

Ao exame dos demais pressupostos de admissibilidade do recurso, contudo, verifica-se que a agravante deixou de efetuar o prévio preparo deste agravo, sob a alegação de encontrar-se isenta, em face do disposto no art. 43, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O referido dispositivo prescreve:

“Art. 43. Os processos no Tribunal, salvo as exceções previstas em lei ou que devam ser efetuadas no juízo de origem, estão sujeitos a preparo, nos prazos seguintes:

“I — de três dias, nos embargos infringentes ou de nulidade criminais e nos casos não especificados;

“II — de trinta dias, nos embargos à execução;

“III — de vinte e quatro horas, nos agravos de despachos denegatórios de recurso extraordinário”.

E o § 2º: “Nos embargos de declaração e nos agravos de despachos do relator ou do presidente, salvo a hipótese de n. I, o preparo será feito a (*sic*) final”.

Sem estudo mais acurado, poder-se-ia afirmar que o agravo inominado do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, por verberar despacho do relator, como ali descrito, dispensa o prévio preparo, já que este ficaria diferido para o final, ou seja, para depois do julgamento.

Tal, contudo, não mais se compece com o sistema recursal hoje vigente.

Com efeito, o art. 511 do Código de Processo Civil, com a redação atual que lhe deram as Leis ns. 8.950, de 13/12/1994, e 9.756, de 17/12/1998, reza que “no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção”.

O preceito encerra clara determinação no sentido de que todos os recursos, quando a lei o exigir, serão previamente preparados.

A “legislação pertinente” a que se refere o citado artigo compreende não só as regras federais de direito processual codificadas ou extravagantes, inclusive aquelas que tratam das isenções, como por exemplo a determinada pela assistência judiciária gratuita, mas também a legislação estadual.

O Regimento de Custas e Emolumentos do Estado de Santa Catarina, baixado pela Lei Complementar Estadual n. 156, de 15/5/1997, alterado pela LCE n. 161, de 23/12/1997, estabelece, em sua Tabela n. I, n. 2, item I, a necessidade do recolhimento do preparo dos “recursos em geral, por todos os atos necessários à movimentação e julgamento do recurso”, no cível; autorizando a redução para a metade, nas custas do agravo regimental e dos embargos infringentes, quando procedentes (1ª nota); bem como a isenção de custas da reclamação e da representação, também quando julgadas procedentes (art. 35, alínea *m*). A conta do preparo dos recursos se realiza, por solicitação da parte interessada, na mesma oportunidade do protocolo da petição do recurso (art. 22, parágrafo único), e o pagamento deve ser feito “no ato do requerimento” (art. 24, *caput*), “salvo disposição expressa em preceito especial”, que não é aquela do art. 43, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal, porque derogado pela legislação processual alusiva ao sistema recursal atualmente em vigor.

Como se vê, o atual Regimento Estadual de Custas, que entrou em vigor muito tempo depois do Regimento Interno deste Sodalício, determina o recolhimento do preparo dos recursos em geral, sem qualquer distinção, e faz apenas as ressalvas retroespecificadas, acerca de isenção e de redução de custas, o que não atinge o agravo de que trata o art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

A essa conclusão ainda se chega quando se observa, no Regimento de Custas, que também o agravo regimental está sujeito a preparo, ainda que pela metade do valor das custas. Ora, o

chamado agravo regimental é o recurso previsto no art. 195 do Regimento Interno desta Casa, que tem o objetivo de atacar decisão monocrática do presidente ou do relator, tal como se dá com o agravo seqüencial de que trata o art. 557, § 1º, do Estatuto Processual, cuja única diferença é a de que este se refere a decisão que nega seguimento a recurso pelos motivos apresentados no *caput*, o que não ocorre com aquele.

Soa o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Isso expressa que as normas anteriores, do Regimento Interno desta Corte de Justiça, quanto a prazos para a efetivação de preparo em recursos, isenções e adiamento do preparo para o final, acabaram tacitamente derrogadas não só pelas novas disposições da Lei Complementar Estadual n. 156/97, cuja ordem, na hierarquia das normas, aliás, é superior à do Regimento Interno, mas também pelo que preceitua, de forma cogente, o art. 511 do Código Processual.

Pode-se dizer com segurança que diante da nova redação do art. 511 do Código de Processo Civil, dada pelas Leis ns. 8.950, de 13/12/1994, e 9.756, de 17/12/1998, que estabeleceu a exigência da comprovação do preparo, no ato de interposição do recurso, não têm mais aplicação as disposições contidas no art. 43, e seu § 2º, ou mesmo no art. 46 (também sobre dispensa de prévio preparo, para outras hipóteses), do mencionado Regimento Interno.

A jurisprudência desta Corte de Justiça já se pronunciou sobre a questão, em diversas oportunidades, cancelando o entendimento de que é obrigatório o prévio preparo também no agravo do art. 557, § 1º, do CPC. Vejam-se excertos a respeito:

“Agravo inominado (CPC, art. 557, § 1º) — Preparo não efetuado — Deserção — Não conhecimento. O agravo inominado a que se refere o art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, está sujeito a preparo, cuja ausência impõe o reconhecimento da deserção” (AAI n. 00.015921-2, de Chapecó, deste relator, j. em 30/11/2000).

E nessa esteira:

“Agravo inominado. Artigo 557, § 1º, do CPC. Decisão que negou seguimento a agravo de instrumento, por serem os fundamentos manifestamente improcedentes. Preparo não efetuado. Agravo inominado deserto. Não conhecimento” (AAI n. 2000.025453-3, de Chapecó, rel. Des. Eládio Torret Rocha, em 8/2/2001).

“Agravo interno. Inteligência do art. 557, § 1º, do CPC. Ausência de preparo. Deserção. Recurso não conhecido” (AAI n. 2001.002802-1, de Seara, rel. Des. Cesar Abreu, j. em 5/4/2001).

“Recurso cível — Agravo no agravo de instrumento (art. 557, § 1º, do CPC) — Ausência de preparo — Inteligência do art. 511 do CPC — Deserção — Recurso não conhecido. A falta de preparo em agravo inominado implica no não conhecimento do recurso” (AAI n. 01.002966-4, de Videira, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 19/4/2001).

“Agravo inominado (CPC, art. 557, § 1º) — Preparo não efetuado — Deserção — Não conhecimento. O agravo inominado a que se refere o art.

557, § 1º, do Código de Processo Civil, está sujeito a preparo, cuja ausência impõe o reconhecimento da deserção” (Agravo na Ap. Cív. n. 1998.016388-9, de Concórdia, rela. Des. Maria do Rocio Santa Ritta, em 31/5/2001).

Finalmente:

“Agravo do § 1º do art. 557 do CPC – Interposição do recurso inadequadamente — Ausência de preparo — Intempestividade comprovada — Não conhecimento” (AAI n. 01.008970-0, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 21/6/2001).

Não é à toa que a maioria dos recorrentes vem comprovando o pagamento do prévio preparo nos seus agravos baseados no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

O preparo é um dos pressupostos gerais, objetivos, de admissibilidade do recurso, concernente à regularidade formal, e sua falta autoriza que a ele se negue conhecimento, pela deserção, como orientam os processualistas:

“O preparo é um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso. Seu desatendimento acarreta o não conhecimento do agravo. Deve ser feito no prazo e forma indicados na lei (CPC 511 e 525)” (Nelson Nery Júnior. Atualidades sobre o Processo Civil: a reforma do Código de Processo Civil

brasileiro de 1994 e de 1995, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, pág. 158).

“Art. 525.11. ‘O não preparo do agravo, concomitante à sua interposição, embora feito dentro do prazo recursal, determina deserção’ (IX ETAB, 2ª conclusão; maioria)” (Theotonio Negrão. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 546, nota ao art. 525).

Assim, voto pelo reconhecimento da deserção, e, em consequência, pelo não conhecimento do recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara não conheceu do recurso, em face da deserção.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Victor Ferreira e J. C. Carstens Köhler.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2002.

Silveira Lenzi,
Presidente;
Jaime Ramos,
Relator.

AÇÃO RESCISÓRIA

AÇÃO RESCISÓRIA N. 1998.017908-4, DA CAPITAL

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Ação rescisória – Erro de fato – Violação de literal disposição de lei – Não ocorrência – Improcedência do pedido.

Para a caracterização do erro de fato é indispensável a ausência de controvérsia e pronunciamento judicial acerca de determinado fato. Sendo assim, não se pode cogitar da existência desse vício se no julgamento este fato foi discutido e considerado comprovado pelos elementos probatórios constantes dos autos.

Não há violação à literal disposição de lei quando o dispositivo que se afirma ter sido desprezado pelos julgadores é, claramente, inaplicável à matéria submetida ao crivo judicial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 1998.017908-4, da comarca da Capital, em que é autora Cleusa Regina da Silva, e ré Albertina Gomes Carlos:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, por votação unânime, julgar improcedente o pedido formulado.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Cleusa Regina da Silva ajuizou ação rescisória contra Albertina Gomes Carlos, objetivando a rescisão de acórdão que, em recurso de apelação, manteve a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de rescisão de contrato de compromisso de compra e venda c/c restituição de arras e perdas e danos, proposta pela ora ré contra a, aqui, autora.

Asseverou ter o acórdão admitido fato inexistente, qual seja, o não cumprimento das obrigações assumidas no contrato celebrado. Isto é, o acórdão considerou como causa da rescisão da avença a inadimplência da autora, a qual, dolosamente, teria deixado de praticar os atos necessários à concretização do negócio jurídico.

Aduziu ter o acórdão violado literalmente o disposto no art. 1.095 do Código Civil, o qual determina, no caso de arras penitenciais, a sua devolução em dobro, ficando afastada a indenização por perdas e danos.

Pugnou pela desconstituição do acórdão e sua substituição por novo julgamento.

Citada, a ré ofertou resposta, na forma de contestação, impugnando, em preliminar, a concessão da assistência judiciária à autora. No mérito, alegou ter a autora agido de má-fé ao inadimplir sua obrigação, pois sua real intenção era revender o imóvel, objeto do contrato rescindido, por valor superior ao avençado entre as partes. Requereu a rejeição da pretensão deduzida pela autora.

Houve réplica à contestação.

Opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pela improcedência dos pedidos formulados.

É o relatório.

II — Voto

Tratando-se de matéria unicamente de direito, procede-se ao julgamento antecipado da lide, na forma do art. 330, I, c/c o art. 491, ambos do Código de Processo Civil.

A autora deflagrou a presente ação rescisória com fundamento nos incisos V e IX daquele Código, apontando no acórdão, respectivamente, violação à literal disposição de lei e erro de fato. Almeja a desconstituição do julgado e sua substituição por novo provimento jurisdicional.

O instituto da coisa julgada tem como escopo eliminar o litígio no plano jurídico, garantindo a perpetuação do que foi decidido em juízo, pondo fim, assim, à instabilidade e à incerteza geradas pela eclosão do conflito de interesses trazido à apreciação judicial. É, pois, instrumento de pacificação social.

Por essa razão, a imutabilidade decorrente da coisa julgada somente pode ceder diante de casos excepcionais, expressamente previstos em lei. Ou seja, somente é possível desconstituir uma sentença (ou acórdão) de mérito transitada em julgado se ficar comprovada a ocorrência de alguma das hipóteses previstas no art. 485 do Código de Processo Civil.

In casu, não se verificam, no acórdão, os vícios apontados na exordial, violação à literal disposição de lei e erro de fato, motivo pelo qual não se pode acolher a pretensão da autora.

Não se constata no julgamento impugnado a ocorrência de erro de fato. De acordo com os parágrafos 1º e 2º do art. 485 do Código de Processo Civil:

“§ 1º. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

“§ 2º. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

Humberto Theodoro Júnior ensina:

“Deve-se (...) interpretar restritivamente a permissão de rescindir a sentença por erro de fato e sempre tendo em vista que a rescisória não é remédio próprio para verificação do acerto ou da injustiça da decisão judicial, nem tampouco meio de reconstituição de fatos ou provas deficientemente expostos e apreciados em processo findo. (...) São os seguintes requisitos para que o erro de fato dê lugar à rescindibilidade da sentença: a) o erro deve ser a causa da conclusão a que chegou a sentença; b) o erro há de ser apurável mediante simples exame das peças do processo (...); c) não pode ter havido controvérsia, nem pronunciamento judicial no processo anterior sobre o fato (art. 485, § 2º)” (*Curso de direito processual civil*. 28ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, vol. 1, pág. 663).

Ao considerar a autora culpada pela não concretização do compromisso de compra e venda celebrado com a ré, de modo algum o acórdão admitiu um fato inexistente. Isso porque fê-lo com base nas provas constantes dos autos, como bem exposto ao longo de seu texto (fls. 27/35). Isto é, analisando as provas documentais, os depoimentos prestados em juízo e as alegações das partes, entenderam os nobres julgadores ter a autora agido de má-fé, adotando uma forma de proceder contrária à efetivação da alienação do imóvel, deixando de cumprir as obrigações contratualmente assu-

midas, sendo responsável, assim, pelo insucesso da avença.

Nesse contexto, não se pode cogitar de erro de fato. A questão foi objeto de controvérsia e pronunciamento judicial. Se foi decidida com acerto ou não, isso é impertinente à caracterização do erro de fato. Repita-se, o acórdão não admitiu um fato inexistente, mas tão-somente considerou comprovada, pelo que constava dos autos, a inadimplência da autora.

Lembre-se, a ação rescisória não é meio para pleitear a reapreciação das provas e discutir o acerto ou não da decisão. Quanto à possibilidade de rescisão do julgado, por erro de fato, ainda observa Carlos Barbosa Moreira:

“O pensamento da lei é o de que só se justifica a abertura de via para rescisão quando seja razoável presumir que, se houvesse atentado na prova, o juiz não teria julgado no sentido em que julgou. Não, porém, quando haja ele julgado em tal ou qual sentido, por ter apreciado mal a prova em que atentou” (*apud* Theodoro Júnior, *op. cit.*, pág. 664).

Nesse sentido:

“(…) Quando o magistrado, ciente do conteúdo probante dos autos, faz, na ótica do autor, incorreta apreciação dos elementos a seu dispor, o erro daí resultante não se identifica com aptidão para rescindir a sentença, muito embora possa estar esta informada por ostensiva injustiça. O *judicium rescindens* não é a via jurídica adequada para a obtenção da desconstituição de *decisuns* prolatados com má ou com incorreta apreciação do material probatório carreado ao processo” (*in* Ação Rescisória n. 849,

de Imbituba, rel. Des. Trindade dos Santos).

No mesmo sentido:

“Ação rescisória. Erro de fato. Inexistência. I – A inconformidade da parte, com a interpretação dada aos fatos e com a apreciação da prova produzida nos autos, não é suficiente para a rescisão do julgado com base no art. 485, IX, do CPC. II – Rescisória improcedente” (STJ – AR n. 847, RJ, 2ª S., rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 12/3/2001, pág. 00084).

Ainda:

“Processual civil – Ação rescisória – Erro de fato – Art. 485, IX, CPC – Controvérsia – Pronunciamento judicial – Para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade, indispensável, conforme preconizam os parágrafos do art. 485, inciso IX, do CPC, que não tenha havido controvérsia sobre o fato, tampouco acerca dele pronunciamento judicial. Pedido rescisório improcedente” (STJ – AR n. 878, ES, 3ª S., rel. Min. Félix Fischer, DJU 19/2/2001, pág. 00130).

Por outro lado, não há, no acórdão, violação à literal disposição de lei, especificamente do art. 1.095 do Código Civil. Na lição de Ernane Fidélis dos Santos, “há violação literal de lei quando a sentença, erroneamente, nega vigência ao dispositivo legal, ou deixa de aplicá-lo” (*Manual de direito processual civil*, 5ª ed, São Paulo, Saraiva, 1997, vol. 1, pág. 619).

No presente caso, porém, corretamente deixou-se de aplicar o mencionado dispositivo, pois não havia suporte fático para a sua incidência. Isso porque o contrato celebrado entre as partes não previa expressamente a possibilidade de arrendi-

mento, do que se conclui que as arras dadas eram confirmatórias e não penitenciais. A avença foi celebrada de modo irrevogável, sendo o sinal dado em dinheiro princípio de pagamento, a teor dos arts. 1.094 e 1.096 do Código Civil. Assim, não incide, na espécie, o art. 1.095 do citado diploma legal. Por essa razão, deixando de cumprir as obrigações assumidas, deve a autora arcar com os consectários da rescisão contratual, devolvendo o sinal recebido e indenizando a ré pelos prejuízos sofridos.

Vale citar o texto do acórdão, no qual se enfrentou corretamente a *quaestio*:

“No caso, as arras são confirmatórias em face da lei (arts. 1.094 e 1.096 do Código Civil); por isso, tem direito a apelada (autora) ao reembolso do sinal, corrigido, pelo que ficou expresso na sentença, em face da culpa caracterizada da vendedora (ré) pela inexecução do contrato.

“As perdas e danos serão apuradas na liquidação de sentença por arbitramento; também pelo que ficou consignado na decisão, sobre o que não se faz nenhum reparo.

“Afinal, também tem direito a autora ao reembolso de despesas feitas em função do negócio até a propositura da ação.

“Finalmente, sob o aspecto doutrinário e legal, na espécie, trata-se de um compromisso de compra e venda ou de contrato preliminar, em que as partes contraentes estipularam arras, como princípio de pagamento do preço ajustado, consignadas expressamente na cláusula sétima (doc. fls. 11), na forma seguinte: ‘o contrato é celebrado sob a égide dos arts.

1.094, 1.095 e 1.097 do CCB...’; sobre o que as partes estão acordes, exceto quanto à espécie ou modalidade de arras: confirmatórias do negócio (tese da autora, promitente compradora) ou penitenciais (tese da ré, promitente vendedora).

“No caso, tratam-se de arras confirmatórias, por não ter sido consignado expressamente no contrato ou facultado às partes o direito de arrendimento, face o disposto nos arts. 1.094 e 1.096 do Código Civil; resultando assim, desse modo, em função das arras confirmatórias a confirmação do contrato, que se tornou obrigatório para ambas as partes, fazendo-se antecipação da prestação prometida pela compradora, relativa ao sinal dado como início de pagamento do preço ajustado, cujo remanescente devia ser pago mediante financiamento, frustrado por culpa da vendedora; e em face do inadimplemento causado pela ré, a sujeição desta às perdas e danos, com apoio no art. 1.056 do Código Civil” (fls.35/37).

Destarte, não houve violação do art. 1.095 do Código Civil, posto que este dispositivo é inaplicável no caso dos autos. A Câmara decidiu com acerto, dando aos fatos o correto enquadramento jurídico.

Ademais, vale lembrar:

“Em tema de ação rescisória com fundamento no art. 485, inc. V, do CPC, é imprescindível que se observe no acórdão rescindindo violação à literalidade da lei, negativa de vigência à lei em vigor ou decisão em sentido oposto ao que na norma esteja determinado.

“A função da ação rescisória não é tornar mais justa a decisão e sim corrigi-la, modificando-a quando proferida *contra legem*. Não há ofensa à lei quando o acórdão rescindendo adota interpretação que não destoia da literalidade de seu texto” (Ação Rescisória n. 96.005962-8, da Capital, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

Ante o exposto, não estando presentes as hipóteses do art. 485, suscitadas na petição inicial, julgam-se improcedentes os pedidos formulados nesta ação rescisória.

Por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, deixa-se de condenar a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu o Grupo de Câmaras de Direito Civil, por votação unânime, julgar improcedente o pedido formulado na ação rescisória.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio, Orli Rodrigues, Mazoni Ferreira, Vanderlei Romer e Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jacson Correa.

Florianópolis, 13 de março de 2002.

Anselmo Cerello,

Presidente, com voto;

Wilson Augusto do Nascimento,

Relator.

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N.1988.028731-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Embargos infringentes — Ministério público — Substituto processual — Ação popular — Invalidação dos atos lesivos ao patrimônio público — Condenação ao pagamento das perdas e danos — Art. 11 da Lei n. 4.717/65 — Obrigatoriedade — Limite da responsabilidade — Provimento dos embargos infringentes.

1. Nos termos do art. 9º da Lei n. 4.717/65, se houver abandono ou desistência da ação, mesmo que na fase recursal, tem o Ministério Público legitimidade para promover o seu prosseguimento em

lugar do autor, se reputar de interesse público o seu julgamento.

2. A procedência do pedido formulado na ação popular impõe ao juiz a decretação da invalidade do ato impugnado e das restituições devidas, bem assim a condenação dos responsáveis pela sua prática e dos beneficiários de seus efeitos ao pagamento das perdas e danos, ressalvada à Administração a ação regressiva contra os funcionários culpados pelo ato anulado (art. 11 da Lei n. 4.717/65).

3. Se o ato impugnado refere-se à nomeação irregular de servidor público, os beneficiários, se não demonstrada a má-fé, não estão obrigados a devolver ao erário os valores percebidos como contraprestação dos serviços efetivamente realizados. A responsabilidade é individual e fica limitada ao montante que cada um dos beneficiários tenha percebido, eventualmente, sem a necessária contraprestação.

4. Os responsáveis pelo ato respondem solidariamente pelas perdas e danos causados ao erário, descontadas apenas as parcelas referentes ao período correspondente à efetiva prestação de serviço pelos servidores irregularmente nomeados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 1988.028731-0, da comarca da Capital, em que é embargante Acácio Bernardes, e embargada Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, dar provimento aos embargos infringentes.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de embargos infringentes opostos por Acácio Bernardes visando à reforma do acórdão proferido nos autos da Apelação Cível n. 22.340, da Capital, julgada pela Terceira Câmara Civil, cuja ementa ficou consignada nos seguintes termos:

“Ação popular. Nomeações de Procuradores da Assembléia Legislativa sem a prestação de concurso. Atos lesivos ao patrimônio do Estado. Ação julgada procedente.

“Arguição de inconstitucionalidade do art. 4º da Lei n. 4.717/65. Inadmissibilidade. Rejeição.

“Recursos providos, em parte, para desobrigar os apelantes, respectivamente, da indenização e da restituição dos vencimentos recebidos”.

Afirma o embargante que por intermédio do acórdão vergastado, a Terceira Câmara Civil, por maioria de votos, houve por bem dar provimento parcial aos recursos de apelação dos embargados Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, Delfim de Pádua Peixoto Filho e outros, a fim de que fossem excluídos da condenação ao pagamento de perdas e danos,

determinada pela sentença de primeiro grau que julgou procedente a ação popular proposta pelo ora embargante contra os embargados.

Alega que foi voto vencido, quanto a esse ponto, o Des. Nelson Konrad, que negava provimento às apelações dos embargados.

Salienta que se restringem os embargos ora opostos apenas à matéria objeto de divergência na votação do acórdão, ou seja, à questão do cabimento da condenação dos beneficiários e responsáveis pelos atos declarados nulos na ação popular ao pagamento das perdas e danos, conforme art. 11 da Lei n. 4.717/65.

Fundamentou os presentes embargos na obrigatoriedade da condenação em perdas e danos na ação popular, sob pena de negativa de vigência ao § 31 do art. 153 da Constituição Federal e art. 11 da Lei Federal n. 4.717/65, conforme consta à fl. 623.

Ressalta que a tese da “boa-fé” é inoperante, pois, por força do disposto no art. 158 do Código Civil, é inafastável a restituição das partes ao *status quo ante* quando da anulação ou decretação da nulidade de um ato jurídico viciado, independentemente da boa-fé dos participantes do ato.

Alega, também, que não pode ser acolhida a tese do “funcionário de fato”, dependente de prova ser aceita como se fosse matéria puramente de direito, pois, por força do art. 311 do Código de Processo Civil, “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos...” o que quer dizer que sem prova as alegações não podem ser acolhidas. Entretanto, aduz que o acórdão aceitou a tese do “funcionário

de fato”, independentemente de qualquer prova, tanto que não demonstrou de que forma os beneficiários trabalharam, nem apontou os meios probatórios constantes dos autos.

Ao final, postulou pelo acolhimento dos presentes embargos infringentes, para o fim de reformar o acórdão embargado no ponto em que se deu a divergência.

Intimidados para impugnar os embargos opostos, os embargados afirmaram que, pela circunstância de serem os beneficiários funcionários de fato, não podem eles ser condenados à devolução dos vencimentos percebidos, e que corresponderia a um verdadeiro absurdo a suposição de que deveriam responder pelo pagamento os responsáveis pelos atos hostilizados.

Alegam, ainda, que, se condenados fossem os beneficiários, caberia também aos responsáveis pelos atos, por força da solidariedade, o pagamento do valor referente a perdas e danos. Todavia, se os primeiros nada devem devolver, por serem funcionários de fato, os segundos de igual sorte nada têm que desembolsar.

Ao final, postularam pela rejeição dos presentes embargos infringentes, mantendo-se incólume o teor do acórdão prolatado.

À fl. 705, Acácio Bernardes peticionou requerendo a desistência dos presentes embargos infringentes, com fundamento no art. 19 das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, pleiteando pela homologação.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. José dos Santos Silveira, pugnou pelo

indeferimento do pedido de desistência para que seja dada continuidade aos embargos opostos e, ante o manifesto desinteresse do autor, postulou seja considerado como substituto processual ativo no presente recurso, nos moldes do art. 9º da Lei n. 4.717, de 29/6/65.

II — Voto

1. Em que pese o pleito de desistência formulado pelo autor da ação popular às fls., o ilustre representante do Ministério Público assumiu a titularidade da ação como substituto processual ativo, nos moldes insculpidos no art. 9º da Lei n. 4.717, de 29/6/65, que assim dispõe:

“Art. 9º — Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação”.

Discorrendo sobre o assunto, o eminente mestre Hely Lopes Meirelles deixou assente:

“O Ministério Público tem posição singular na ação popular: é parte pública autônoma incumbida de velar pela regularidade do processo, de apressar a produção da prova e de promover a responsabilidade civil ou criminal dos culpados.

“Como parte pública autônoma, o Ministério Público tem liberdade para manifestar-se, a final, a favor ou contra a procedência da ação, pois o que a lei veda (art. 6º, § 4º) é que assuma a defesa do ato impugnado ou dos réus, is-

to é, que contradite a inicial, promova provas ou pratique outros atos processuais contra os autores. Mas, na manifestação final, deverá opinar no sentido em que a prova indicar, pela procedência ou improcedência da ação, por se tratar de conduta característica da Instituição. Se houver abandono da ação, caber-lhe-á promover seu prosseguimento, em lugar do autor omissor, se reputar de interesse público seu julgamento (art. 9º). Isso não impede que o autor popular desista expressamente da ação e com isso concorde o Ministério Público, para sua homologação regular, se ambos se convencerem da inexistência de fundamento para seu prosseguimento e houver concordância dos réus” (Mandado de segurança, ação civil pública, mandado de injunção, *habeas data*, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo, Malheiros, 2000, págs. 131/132).

Assim, ante a substituição processual operada pelo representante do Ministério Público, deixo de homologar o pedido de desistência do recurso interposto.

2. No que pertine ao mérito, entendendo que razão assiste ao embargante, pois, segundo a dicção do art. 11 da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), a condenação dos responsáveis pelo ato impugnado e dos beneficiários de seus efeitos é medida imperativa. Eis o teor do citado dispositivo:

“Art. 11 — A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcioná-

os causadores de dano, quando incorrerem em culpa”.

Assim, quando o acórdão embargado reformou a sentença para excluir da condenação o pagamento das perdas e danos causados ao erário público, violou o preceito legal supra-citado.

Acerca desse dispositivo, o consagrado mestre Hely Lopes Meirelles preleciona:

“Sendo procedente a ação, o juiz deverá decretar, necessariamente, a invalidade do ato impugnado e as restituições devidas, condenando ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários de seus efeitos, ficando sempre ressalvada à Administração a ação regressiva contra os funcionários culpados pelo ato anulado (art.11)” (*op. cit.*, pág. 140).

Observa-se, pois, como dito, que no caso de ser julgado procedente o pedido formulado na ação popular e invalidado o ato impugnado, a condenação dos réus à satisfação das perdas e danos não se constitui simplesmente numa faculdade do Magistrado, mas, sim, em uma obrigação legal inarredável.

Ademais, por comungar dos argumentos deduzidos pelo eminente Desembargador Nelson Konrad na declaração de voto vencido constante às fls. 594/595, faço-os parte integrante das minhas razões de decidir:

“Fui vencido, em parte, por entender, *data venia*, da douta maioria, que a sentença apelada merecia confirmada relativamente à condenação dos responsáveis pelos atos, bem como dos beneficiários destes, solidariamente, ao pagamento das perdas e danos, por imperativo da norma cons-

tante do artigo 11 da Lei n. 4.717/65 que assim dispõe:

‘A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando incorrerem em culpa’.

“O dispositivo, como se vê, impõe a condenação ao pagamento de perdas e danos, tanto dos responsáveis pela prática do ato como dos beneficiários dele, quando a sentença julgar a ação procedente para decretar a invalidade do ato impugnado, como ocorreu no caso.

“O Ministro Soares Muñoz, no voto proferido no Recurso Extraordinário n. 98.452/MG, assim pronunciou-se sobre a aplicação do referido artigo:

‘Com acerto, pois, a sentença declarou a nulidade das aposentações, já que concedidas ilegalmente, sem que os servidores contemplados possuísem o tempo de serviço exigido em lei.

‘De outro lado, não é possível ocultar que de tais atos resultou lesão para o erário municipal, visto que foram pagos proventos indevidos e contratados, para os cargos e funções vagos, outros servidores que, de seu turno, auferiram remuneração do Município.

‘O acórdão, desconsiderando tais evidências, ofendeu o art. 153, § 31, da Constituição Federal e os arts. 1º, 2º, c, 3º e 11 da Lei 4.717, de 29/06/65...’ (RTJ, vol.106, pág. 413).

“No Recurso Extraordinário n. 74.248/RJ, o relator, Ministro Aldir Passarinho, no seu voto, sustentou o mesmo entendimento, nestes termos:

‘Somente invocou o acórdão — dentre os dispositivos aludidos no recurso extraordinário os artigos 2º, 11 e 14 da Lei n. 4.717/65.

‘Mas não têm razão os recorrentes ainda porque, exatamente, diz o art. 11 da lei em causa que os autores da lesão patrimonial devem responder por perdas e danos e, deste modo, não se pode considerar ter o acórdão negado vigência a tal dispositivo ao determinar que a parte dos subsídios recebida a maior, pelos ora recorrentes, deve ser devolvida” (RTJ 111, pág. 312).

“Por tais razões é que neguei provimento aos recursos”.

Portanto, estando amparada em lei a substituição processual operada pelo Ministério Público, conhecimento dos presentes embargos de divergência, dando-se-lhes provimento para o fim de reformar o acórdão no que se refere à exclusão da condenação dos réus ao pagamento das perdas e danos causados ao Erário Público pela prática dos atos que foram declarados ilegais, os quais restaram invalidados com a ação.

Não obstante, é de ser acolhida em parte a tese dos beneficiários no sentido de que agiram de boa-fé e, nesta condição, ocuparam os cargos e prestaram os serviços a eles correspondentes. Se efetivamente prestaram serviços no exercício das atribuições de “Procurador da Assembléia Legislativa”, e não há nos autos prova alguma que contrarie esta afirmação, não é justo e muito menos lícito que tenham

que devolver o que receberam a título de contraprestação.

Desse modo, quanto aos beneficiários, no caso, os procuradores nomeados irregularmente, a condenação à devolução dos valores recebidos deve abranger somente o período em que houve a percepção dos salários sem a correspondente prestação dos serviços, incluído o período em que os funcionários passaram à inatividade e receberam proventos por conta disso, tudo a ser apurado em liquidação. A responsabilidade é individual e fica limitada ao montante que cada um dos beneficiários tenha percebido, eventualmente, sem a necessária contraprestação.

Em parte, a mesma solução pode ser aplicada com relação aos responsáveis pela prática do ato, ou seja, os réus indicados na inicial e que compunham a Mesa Diretora do Poder Legislativo. Digo em parte porque os cargos já existiam. Se não tivessem sido ocupados pelos réus beneficiários, certamente seriam por outros servidores regularmente contratados. Logo, de qualquer forma o Estado arcaria com os vencimentos desses Procuradores. Por outro lado, respondem eles solidariamente pelas perdas e danos causados ao erário, descontadas apenas as parcelas referentes ao período correspondente à efetiva prestação de serviço pelos servidores irregularmente nomeados.

Ante o exposto, observadas as limitações acima, em cumprimento ao disposto no art. 11 da Lei n. 4.717/65, dou provimento aos embargos infringentes para condenar os réus Moacir Bértoli, Epitácio Bittencourt, Aristides Bolan, Saturnino Dadam, Heitor Sché,

Octacílio Pedro Ramos, Ivan Ranzolin e Artêmio Paludo, e os beneficiários Delfin de Pádua Peixoto Filho, Nilton Kucker, Renato Silveira, Waldemar Salles, Aristides Bolan e Mário Cilião Araújo ao pagamento das perdas e danos, repondo aos cofres do Estado o que foi recebido indevidamente, com os devidos acréscimos legais.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, deram provimento aos embargos infringentes.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho,

Gaspar Rubik, Newton Trisotto. Impedido o Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José dos Santos Silveira.

Florianópolis, 10 de outubro de 2001.

João Martins,

Presidente;

Luiz César Medeiros,

Relator.

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2000.016089-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Cesar Abreu

Embargos infringentes. Indenização por desapropriação indireta. Imóvel parcialmente inserido em plano de urbanização instituído pela municipalidade. Negativa à consulta de viabilidade acompanhada de parecer técnico do IPUF, subscrito por suas altas autoridades. Peculiaridade que descaracteriza a consulta como peça meramente informativa, importando em verdadeira negativa de licença a implantação do loteamento, como propugnado pelos proprietários. Apossamento administrativo caracterizado pelo impedimento ao uso legítimo da propriedade. Hipótese que gera direito à indenização. Desnecessidade da consumação do apossamento de fato. Existência de área remanescente. Justa indenização. Fixação relegada à liquidação de sentença, por arbitramento. Valorização específica da área remanescente em razão da obra pública. Circunstância que, se existente, deve ser considerada para definição do quantum indenizatório. Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2000.016089-0, da comarca da Capital, em que é embargante o município de

Florianópolis, sendo embargados Maurílio Crescêncio Nunes e outros:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por maioria de votos, dar provimento parcial aos embargos.

I – Relatório

Cuida-se de embargos infringentes manejados pelo município de Florianópolis contra acórdão proferido na Apelação Cível n. 2000.016089-0, em que são apelados e ora embargados Maurílio Crescêncio Nunes e s/m e Murilo Rezende Salgado e s/m.

Colhe-se dos autos que os autores/embargados propuseram contra o município de Florianópolis ação ordinária de indenização em decorrência do esvaziamento econômico de suas respectivas propriedades, diante dos efeitos da Lei Municipal n. 3.709/92 (fls. 221/223), que instituiu o Plano de Urbanização Específica do Retiro da Lagoa, atingindo as áreas a eles pertencentes, tendo em vista a futura construção de sistema viário, com reserva de área comunitária institucional e de estacionamento público, comprometendo excessivamente esses bens, de forma a impedir o uso e fruição regular de seus senhores e possuidores.

O município de Florianópolis, em sua defesa, argumentou que a indenização só se justificaria se houvesse o desapossamento dos bens referidos, o que ocorreu na espécie, não restando, assim, vedada aos seus proprietários a utilização dos imóveis, preservado o direito à alienação e construção, inerentes ao direito de propriedade.

Realizada a perícia (fls. 66/68), na qual restou afirmado o comprometimento das áreas, por força da Lei

Municipal n. 3.709/92, e colhida a prova testemunhal, ofereceram as partes razões finais, por memoriais, sobre vindo sentença de procedência da pretensão indenizatória, entendendo o Togado *a quo* que “Houve reticência, *in hypothesis*, a real integração dos bens particulares dos autores ao domínio público, colocando-os fora do comércio, sem a correspondente indenização constitucional, daí ser justo, ao dono do prédio, pleitear o ressarcimento (...)” (fl.127), com a qual não se conformou o ente público, que formulou apelo.

Os autos mantiveram-se suspensos nesta instância recursal por dois (2) anos, reconhecida a prejudicialidade decorrente da propositura e deferimento de liminar em *ação direta de inconstitucionalidade* proposta objetivando alcançar as Leis Municipais ns. 3.709 e 3.711/92, particularmente o art. 3º da primeira, que altera, estabelecendo usos diferenciados, 11 (onze) microáreas, incluídas na denominada Área de Urbanização Específica (AUE) Retiro da Lagoa.

Com o julgamento da ADin n. 121, que confirmou a liminar, declarando a inconstitucionalidade dos arts. 3º das Leis ns. 3.709 e 3.711/92, o julgamento da apelação prosseguiu, surgindo o veredicto ora embargado, assinalando o voto vencedor, da lavra do Des. Orli Rodrigues, secundado pelo Des. Trindade dos Santos, a procedência do pedido indenizatório, sendo acolhida, entretanto, em parte, a apelação, para o efeito de diminuir a condenação do ente público na verba honorária (de 20% para 10%) e excluir a incidência dos juros compensatórios, prejudicada a remessa. O voto vencido, da lavra do eminente Des. Carlos

Prudência, considerou procedente o apelo, invertido o ônus da sucumbência, sustentando que a consulta de viabilidade, por ser meramente informativa, não resulta em privação dos direitos inerentes à propriedade, não tendo o efeito de gerar o esvaziamento econômico dos bens em discussão. Refere-se, ainda, à insurgência do Município quanto ao valor dos imóveis, que restaram avaliados segundo os preços de mercado, o que configuraria enriquecimento sem causa.

Manejando embargos infringentes, o Município ressuscita seus argumentos de contestação, acolhidos no voto vencido, reafirmando que a indenização por desapropriação indireta pressupõe apossamento, não ensejando a obrigação de indenizar a simples promulgação de lei municipal. E acrescenta: “Na verdade, a regulamentação do uso e até mesmo a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação não possuem o condão de criar o direito subjetivo à indenização”, sendo pacífico que somente o desapossamento concreto, materializado e efetivo, produz o direito à justa indenização. Espera, à vista do exposto, a improcedência da ação e inversão do ônus da prova. Reclama, em havendo entendimento diverso, que seja a indenização devida considerada em nova perícia, eis que o Plano Diretor dos Balneários estabelece, no local, área mínima, por lote, de 450,00m².

Oferecida a resposta, que propugnou pela manutenção do veredicto combatido, sobreveio parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do Dr. Luiz Carlos Freyesleben, pelo desprovisionamento dos Embargos Infringentes (fls. 377/383).

II — Voto

Suscitada em plenário, *ex officio*, como prejudicial externa, a suspensão do julgamento dos presentes embargos infringentes até a solução final da ADin n. 121, submetida a recurso extraordinário, a Câmara entendeu de rejeitar a proposição, com vista ao julgamento definitivo do recurso interposto.

Pois bem. Com a edição da Lei Municipal n. 2.193/85, que “dispõe sobre o zoneamento, o uso e a ocupação nos balneários da Ilha de Santa Catarina, declarando-os área especial de interesse turístico e dá outras providências”, restou incluída e declarada a Lagoa da Conceição *Área de interesse turístico*, na forma dos arts. 12 e 21 da Lei Federal n. 6.513, de 20 de dezembro de 1977, e do art. 127 da Lei Complementar Estadual n. 5, de 26 de novembro de 1975, a primeira, de caráter nacional, que “dispõe sobre a criação de áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico, e a última, restritiva, que dispõe sobre a Organização Municipal e dá outras providências”.

Essa Lei Municipal (Lei n. 2.193/85), de efeito meramente declaratório, por traduzir uma limitação imposta abstrata e genericamente, atingindo *interesses*, mesmo que jurídicos, mas não a *direitos*, não constitui sacrifício indenizável. Aliás, não é esta a norma invocada, pelos autores/embargados, como violadora de seus direitos.

No particular, cumpre explicitar:

As restrições ao direito de propriedade e ao direito de construir, para serem legítimas, hão que constituir limitações gerais. Sendo assim, não im-

portam ônus para o poder público, pois, por princípio, as restrições não são indenizáveis (José Afonso da Silva, Direito Urbanístico Brasileiro, São Paulo, RT, 1981, pág. 526, § 11, nota 27).

A presente ação indenizatória manejada pelos embargados sustenta-se na Lei Municipal n. 3.709/92, que “Instituiu o Plano de Urbanização Específica do Retiro da Lagoa” e que, segundo alegam, impõe restrição concreta ao direito de propriedade, em seu art. 3º, cujos efeitos, em relação aos imóveis dos autores, importarão na ocupação futura de mais de 50% das áreas individuadas, pela construção do sistema viário, de área comunitária institucional e de estacionamento público.

Em vista dessa circunstância de fato e com reflexos na esfera de direitos dos contendores, o voto majoritário, na linha do entendimento do Toga *do a quo*, concluiu serem devidas as indenizações perseguidas, na medida em que a limitação imposta ao direito de propriedade importou na privação do titular do domínio de promover a construção que lhe aprouver (fl. 128). O voto vencedor, aliás, foi além, assinalando que a configuração da “desapropriação indireta não exige o aposamento de fato. Basta que a limitação administrativa esvazie o conteúdo econômico da propriedade, tirando-lhe o valor patrimonial”. Considerou, ainda, em pleno vigor a Lei Municipal que “Instituiu o Plano de Urbanização Específica Retiro da Lagoa” e que, com base nela, o Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis — IPUF elaborou o projeto que atinge as áreas dos ora embargantes, comprometendo o exercício do direito de propriedade, conforme está demonstrado

pelos respostas apresentadas às Consultas de Viabilidade de fls. 26 e 27.

O voto vencido, que o ente público pretende prevaleça, embora tenha reconhecido que a Lei Municipal n. 3.709/92 atingiu sobremaneira, de forma parcial, as propriedades dos autores, concluiu que a indenização só seria viável houvesse o Poder Público praticado esbulho contra o particular, não sendo, ademais, a consulta de viabilidade, por seu caráter meramente informativo, impedimento ao uso, gozo e fruição da propriedade. E mais, que não houve esvaziamento econômico dos bens, na medida em que não ocorreu *afetação* da propriedade dos autores.

Essa, em síntese, a divergência que precisa ser superada.

Inicialmente, importante registrar, o art. 3º da Lei Municipal n. 3.709/92, que constitui o obstáculo ao exercício regular do direito de propriedade, foi declarado inconstitucional (ADin n. 121, da Capital, rel. Des. Amaral e Silva), circunstância essa que torna desarrazoada”, no plano administrativo, a negativa às consultas de viabilidade.

Ora, reconhecida a inconstitucionalidade da supracitada norma, decisão de efeito *ex tunc* e de abrangência *erga omnes*, parece lógico que os pareceres ns. 410 e 411/93 e 140/98, que serviram de substrato para negativa às consultas de viabilidade de fls. 26/27 e 225, são despidos de legalidade, como o seu resultado de razoabilidade.

Resta, pois, enfrentar os efeitos dessas decisões administrativas, para concluir-se ou não pelo direito à indenização.

A negativa à consulta de viabilidade, nos termos em que está vazada, com origem em parecer técnico

administrativo subscrito pelo Diretor Presidente do IPUF entre outras autoridades locais, constitui verdadeiro pronunciamento contrário ao legítimo exercício do direito de propriedade, descaracterizando-a como simples peça informativa, ou seja, como instrumento de orientação ao consulente.

Constituiu-se o parecer técnico em negativa de licença à implantação do loteamento propugnado pelos autores, pelo caráter conclusivo de que se revestiu.

Em caso que guarda alguma similaridade o STF, em voto do Min. Célio Borja (RE n. 107.918-5—SC, JC 57/390), fixou:

“A negativa de alvará de construção, ao fundamento de que o terreno está situado em área verde de lazer, corresponde a verdadeiro confisco ilegal do bem, a autêntico apossamento que deverá, obviamente, corresponder a justa indenização por parte da municipalidade, nos termos do art. 153, § 22, da Constituição Federal”.

Disse o eminente Ministro, em síntese, que impedir o uso legítimo da propriedade caracteriza apossamento administrativo que gera, para o proprietário, o direito à indenização.

Esta Corte, em acórdão da lavra do Des. Silveira Lenzi, teve oportunidade de assinalar:

“(…) Consulta de viabilidade que proíbe qualquer construção ou reforma no imóvel em razão deste ser alvo do sistema viário. Indenização devida. (...)” (Ap. Cív. n. 99.018071-9).

E do acórdão extrai-se:

“Contudo, o que de fato ocorreu, é que o apelado formulou consulta de viabilidade de reforma ou construção

de edifício (fl.10) à Prefeitura desta Capital, que respondeu negativamente, em virtude do ‘imóvel em questão estar atingido pelo sistema viário’. Frise-se, ainda, que a alegação de que a consulta de viabilidade é mera peça informativa, é totalmente despicienda, pois não é razoável presumir que no momento em que o proprietário do imóvel requerer o alvará para a construção, seu pedido possa, então, ser deferido”.

Não há dúvida de que a instituição do Plano de Urbanização do Retiro da Lagoa, pela Lei Municipal n. 3.709/92, por si só, não importou em apossamento administrativo, no entanto, dúvida também não há de que criou embaraço aos proprietários no que respeita à disposição do bem, pela dificuldade de sua comercialização em face dos pareceres administrativos que obstaculizavam em sua plenitude o aproveitamento econômico da propriedade. Note-se que a área de propriedade dos autores encontra-se comprometida, em parte substancial, porque atingida pelo sistema viário preconizado pela Lei Municipal em comento. Basta atentar-se para a perícia de fls. 65/68. As áreas de propriedade dos autores possuem a metragem quadrada de 14.387,87 e 15.788,16, estando comprometidos pelo referido Plano, respectivamente, 12.754,25m² e 8.314,00m².

Ora, como bem lembrou o Prof. Hely Lopes Meirelles:

“(…) Ninguém adquire terreno urbano que seja vedada a construção, como também nenhum particular adquire terras ou matas que não possam ser utilizadas economicamente, segundo a sua destinação normal. Se o Poder Público retira do bem particular o seu valor econômico, há de inden-

zar o prejuízo causado ao proprietário” (Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed., Malheiros).

Tem-se, pois, que o sacrifício imposto à propriedade dos autores revela-se verdadeira desapropriação indireta — cuja configuração não exige o apossamento de fato (Ap. Cív. n. 98.005894-5, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu) —, ensejando a pertinente indenização para composição dos prejuízos, os quais devem ser suportados pela coletividade.

A indenização, portanto, é devida, consideradas as áreas atingidas e comprometidas pelo Plano de Urbanização. A indenização, *in specie*, deverá ser calculada em liquidação de sentença, por arbitramento, considerando na avaliação a área como *gleba* e não como *lote*, como indevidamente admitido pela perícia de fls. 65/68. É o que preconiza o art. 42 da Lei n. 6.766/79 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano) (Ap. Cív. n. 98.003570-8, de Palhoça, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra). Aliás, não houve por parte dos autores a comprovação da existência concreta de projeto de loteamento.

Para efeito da *justa* indenização não se deve esquecer a valorização que o imóvel experimenta em decorrência da obra pública (Ap. Cív. n. 97.015469-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Newton Trisotto), evidentemente, quando realizada.

Consoante José Afonso da Silva (Direito Urbanístico Brasileiro, RT, SP, 1981, pág. 548):

“Quanto à indenização, há que providenciar-se, para que o expropriado receba o justo preço e nada mais e nada menos que o justo preço. O valor que recebe deve ser bastante para

adquirir no mercado coisa equivalente. Mas não deve perceber mais que isso. A desapropriação urbanística não deve ser um jogo, uma loteria, como adverte González Pérez, pois não pode admitir-se seriamente que o sacrifício recaia somente sobre uns quantos daqueles a que toca o azar de ter seu imóvel dentro da área a ser transformada pela execução do plano”.

Segundo lição de Ildelfonso Mascarenhas da Silva (Desapropriação por necessidade ou utilidade pública, 1947, pág. 398), adotada por Cretella Júnior, “na avaliação, para cômputo da indenização, deve ser verificado se a desapropriação contribuiu para aumentar ou diminuir o valor da área remanescente. Se trouxe valorização, a indenização será diminuída do proveito que o proprietário auferiu; se, ao contrário, acarretou desvalorização, o valor da coisa será acrescido de importância que corresponde ao prejuízo que o desapropriado teve na área remanescente que ficou de sobra. Na apreciação da valorização ou desvalorização, olha-se a sua efetividade e não a possibilidade, isto é, o benefício ou o prejuízo que se manifesta, se caracteriza, se evidencia, é inquestionável” (Tratado geral da desapropriação, Forense, 1980, vol. II, pág. 169). Por isso acrescenta, a “valorização ou depreciação da área remanescente pertencente ao réu” é um dos requisitos do laudo de avaliação (pág. 100).

Dessa orientação não destoa a jurisprudência:

“Ora, o conceito de justa indenização, nas expropriatórias parciais, envolve sempre o cuidadoso exame da situação das áreas remanescentes: por vezes a remanescente se valoriza, atuando na fixação do *quantum*

da indenização, em benefício do expropriante; por vezes torna-se inaproveitável, impondo a extensão da desapropriação ao remanescente; por vezes sofre desvalorização, que justifica a concessão de uma verba que se tenha por adequada para recomposição do patrimônio do expropriado" (RT 489/257).

Assim, resta indagar-se: O que se deve entender por justa indenização? Manoel Gonçalves Ferreira Filho elucida:

"A Constituição e o bom senso mandam que a indenização deve ser justa. Daí decorre que o patrimônio do expropriado deve voltar ao valor do bem desapropriado. Note-se que esse valor para haver reparação justa deve ser, normalmente, o preço que o bem alcançaria, se vendido no mercado livre. Pode ser, contudo, menor, na medida em que se possa medir o proveito que para o expropriado advenha da passagem desse bem para a propriedade pública. Destarte, não é absurdo pretender que, por exemplo, seja deduzido do preço a ser pago por terras desapropriadas para abertura de estrada a valorização trazida às terras remanescentes, por essa mesma rodovia. Ser justa a indenização é o que importa" (Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 27ª ed., 2001, págs. 302/303).

No particular da *valorização* ou *depreciação* da área *remanescente* deve-se considerar a situação específica do bem atingido. É que se a valorização é genérica, atingindo não apenas o bem expropriado mas todos os circunvizinhos, não há levar em conta esse proveito econômico para efeito da redução da indenização devida, pois representaria um tratamento desigual a pessoas em situação idêntica,

com infringência por linha indireta do princípio da justa indenização. A valorização específica, sim, é que deve ser objeto de fixação para compensação com o valor a indenizar. Cumpre, no particular, observar que na hipótese de a valorização aproveitar a outros proprietários, que não somente aquele sobre quem recai a carga expropriatória, o patrimônio do expropriado é que restaria exclusivamente agravado, com o desfalque da importância concernente à valorização. Estar-se-ia, assim, admitindo o malferimento ao princípio da isonomia e aceitando uma dupla oneração ao expropriado: *desfalque patrimonial e redução da verba indenizatória*. Aliás, em se tratando de obra pública, o ressarcimento do Poder Público faz-se pela instituição da contribuição de melhoria que apresenta como limite máximo o custo total da obra, distribuída entre os seus beneficiários, e não paga por apenas um deles.

Dessa forma, em síntese, se houve valorização apenas *genérica*, matéria a ser resolvida na perícia, aliás, o que é mais provável, não há buscar compensação para efeito da fixação do *quantum* indenizatório.

Mantém-se, no mais, a exclusão dos juros compensatórios e a redução da verba honorária para 10% do *quantum* indenizatório que se apurar, porque não objeto do inconformismo.

III — Decisão

Diante do exposto, por maioria de votos, dá-se provimento parcial aos embargos infringentes.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto, Francisco Oliveira Filho e Nilton Macedo Macha-

do e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Florianópolis, 10 de outubro de 2001.

João Martins,
Presidente com voto;
Cesar Abreu,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos:

Desapropriação indireta — Inexistência de desapossamento administrativo — Resposta negativa à consulta de viabilidade para uso do imóvel — Irrelevância — Esvaziamento do conteúdo econômico total e definitivo não comprovado — Leis municipais prevendo sistema viário e outras obras sobre o imóvel — Inconstitucionalidade de uma delas já declarada, e ausência de prova do texto da outra — Interesse de agir não demonstrado — Carência da ação.

Para que se dê a indenização por desapropriação indireta é necessário que se prove o esbulho, ou seja, o desapossamento administrativo total e definitivo do imóvel, sem o correspondente ato expropriatório legal.

O indeferimento de consulta de viabilidade para determinado uso do imóvel, sob a alegação de que este será destinado ao sistema viário e demais obras públicas previstas em leis municipais, não configura o desapossamento administrativo, nem implica no esvaziamento do conteúdo econômico do bem, se este continua sob a posse do proprietário e por ele poderá ser utilizado para qualquer destinação compatível com o zoneamento, ainda

que para tanto haja necessidade de impetrar mandado de segurança.

“As restrições ao direito de construir, quando instituídas por decreto, não obrigam os particulares, que devem se opor a elas pelos meios legais, não servindo de pretexto para a indenização do imóvel; ninguém perde a propriedade por decreto, à vista de que ela está garantida pela Constituição e pelas leis” (STJ — Min. Ari Pargendler, REsp n. 92001/SP — DOU 14/9/98, pág. 37).

“Ainda que decretada a desapropriação, mas não formalizada esta, pode o proprietário usufruir em sua plenitude o terreno, inclusive com a construção” (TJSC — ACMS n. 1.805, Des. Reynaldo Alves).

A parte que alegar direito municipal deverá provar-lhe o teor e a vigência, sendo necessária a juntada do texto correspondente. Declarada inconstitucional parte de uma das leis municipais, que, portanto, não mais restringe o uso e o gozo da propriedade imóvel, é preciso que a parte ativa comprove a subsistência da outra a proibir-lhe a utilização do solo.

Ousei divergir da ilustrada maioria, nestes embargos infringentes, não obstante a inegável consistência de seus votos, para acompanhar o bem-lançado voto vencido exposto quando do julgamento da apelação cível, pelo eminente Desembargador Carlos Prudêncio, pelas seguintes razões que serão demonstradas adiante: 1º) Não houve desapossamento administrativo, e, portanto, não ocorreu a desapropriação indireta que poderia dar azo à indenização pleiteada; 2º) A resposta negativa do Município à consulta de viabilidade formulada pelo proprietário, para determinado uso do

imóvel, por ter caráter meramente informativo, não obriga o consulente a agir na forma recomendada, cabendo-lhe promover as ações que tiver para remover eventuais empecilhos, desde que respeite as limitações administrativas decorrentes do zoneamento; 3º) Para haver indenização por desapropriação indireta o esvaziamento econômico há de ser total e definitivo, o que não ocorre na hipótese dos autos, em que uma das leis municipais que continha restrições ao uso da propriedade dos autores foi declarada inconstitucional, na sua maior parte, afastando os alegados óbices à utilização de grande parte do terreno, e o texto da outra lei, que se diz subsistente, não foi comprovado nos autos, como competia à parte ativa; 4º) Enquanto não for dado início à execução das obras previstas em leis municipais, o proprietário dos imóveis afetados continua exercendo sobre eles todos os direitos inerentes à sua propriedade; 5º) O esvaziamento econômico do imóvel dos autores também não foi comprovado, porque a consulta de viabilidade não abrange todas as ocupações previstas para o zoneamento.

Com efeito, os embargados Maurílio Crescêncio Nunes e sua mulher Edite Correia Nunes, e Murilo Rezende Salgado e sua mulher Cecília Colombina Moniz Salgado promoveram ação de desapropriação indireta contra o município de Florianópolis, alegando: que são proprietários das glebas de terras contíguas, com as áreas de 14.347,87m² (pertencente ao primeiro casal) e 15.788,16m² (pertencente ao segundo casal), situadas junto à estrada geral da Lagoa para a Praia da Joaquina, no lugar denominado Retiro da La-

goa, no município de Florianópolis, devidamente matriculadas sob os ns. 25.473 e 25.472, no Cartório de Registro de Imóveis do 2º Ofício da comarca da Capital; que, pretendendo explorar os imóveis com a destinação que lhes é própria, ou seja, com um loteamento, fizeram “consulta de viabilidade” que foi respondida negativamente, sob a alegação do Município, conforme os Pareceres Técnicos ns. 410 e 411/93, do IPUF (Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis), de que grande parte da área, ou seja, quatro quintos daquele pertencente ao primeiro casal e metade da do segundo casal, será tomada com a implantação do “Plano de Urbanização Específica do Retiro da Lagoa, previsto na Lei Municipal n. 2.193/85 e aprovado pela Lei Municipal n. 3.709/92, mediante a construção do sistema viário, de área comunitária institucional (para instalação dos equipamentos comunitários que garantam o funcionamento dos demais usos urbanos e o bem-estar da população) e estacionamento público, todos projetados pelo Município; que, assim, os autores estão impedidos de usar grande parte das áreas de que têm o domínio, porque o projeto que o réu vai executar, na urbanização do Canto do Retiro, atinge as suas glebas, em sua maior parte, por isso que não admite os usos pretendidos pelos consulentes, porque aquelas áreas devem ficar livres de qualquer obstáculo e construções; que os autores não têm qualquer possibilidade de utilização das áreas sobre as quais o réu quer realizar as obras referidas, e o impedimento de uso e fruição é total; que essa situação equivale a uma autêntica desapropriação indireta, porque o Município quer e vai utilizar grande parte dos imóveis, impede que seus donos as utilizem, mas

não as desapropria formalmente, nem paga a indenização dos prejuízos que os proprietários estão sofrendo, porque as áreas deixaram de ter qualquer utilidade econômica para eles.

Não há dúvida de que a propriedade privada, com os atributos que lhe são inerentes (usar, gozar e dispor, conforme o art. 524 do Código Civil) continua garantida pela atual Constituição da República (arts. 5º, XXII e XXIII, 170, III), desde que cumpra a sua *função social*, que, na região urbana se consubstancia no atendimento “às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, § 2º), de modo que a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, só pode ocorrer à vista de “justa e prévia indenização em dinheiro” (arts. 5º, inciso XXIV, e 182, § 3º).

Não obstante, ao município é dado impor *limitações administrativas e urbanísticas* positivas (fazer), negativas (não fazer) ou permissivas (deixar fazer), não indenizáveis, “como imposições de ordem pública emanadas do poder de polícia”, que se exteriorizam, de forma genérica, indistinta e indeterminada, em “limitações de uso da propriedade e de outros direitos individuais”, não só em decorrência da *função social da propriedade*, como para atender às “justas exigências do interesse coletivo”, sem, no entanto, “produzir um total aniquilamento da propriedade, nas suas manifestações essenciais de uso, gozo e disponibilidade da coisa”. São, portanto, “limitações de uso da propriedade e não da propriedade em sua substância”. Daí por que o município, por seu plano diretor e de suas leis de uso e ocupação do solo urbano, pode limi-

tar a área edificável, altura e estilo dos edifícios, volume e estrutura das construções, bem como estabelecer alinhamento, nivelamento, afastamento, áreas livres, espaços verdes, zoneamento residencial, comercial, industrial e misto, arruamento etc., regulando o sistema viário e os serviços públicos ou de utilidade pública, a fim de ordenar “a cidade e todas as atividades das quais depende o bem-estar da comunidade” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, 4ª ed., São Paulo, RT, 1981, págs. 430/434).

“Limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social” (Hely Lopes Meirelles, *Direito de Construir*, 3ª ed., São Paulo, RT, 1979, pág. 74).

Como não obrigam o Poder Público a indenizar os proprietários dos imóveis que as sofreram, as limitações administrativas ou urbanísticas “não impedem a utilização da coisa segundo a sua destinação natural” (Hely Lopes Meirelles, *Direito de Construir*, págs. 76/77).

Há hipóteses, no entanto, em que as *limitações administrativas* acabam por suprimir o exercício de todos os direitos inerentes à propriedade particular, e, nesse caso, importam em verdadeira desapropriação indireta indenizável, seja pelo desapossamento administrativo, seja pelo esvaziamento econômico da utilização do bem pelo seu proprietário.

Tal não ocorre, contudo, na hipótese dos autos.

Como os próprios autores esclareceram na petição inicial, e como foi constatado pelo Perito *in loco*, os imóveis descritos na inicial continuam sob a posse efetiva dos proprietários, que nele não edificaram qualquer benfeitoria, além do que o Município também não iniciou qualquer obra no local (fl. 67). Portanto, não ocorreu o desapossamento administrativo que poderia importar em desapropriação indireta e gerar o conseqüente direito de indenização aos titulares do domínio e da posse.

Vale a pena transcrever o que o eminente Des. Carlos Prudêncio afirmou no voto vencido que proferiu quando do julgamento da apelação cível do caso (fl. 289), acerca da incoerência da desapropriação indireta:

“O que justifica a desapropriação indireta é o esbulho posto em prática pelo Poder Público contra o particular, sempre que o titular do domínio vier a ser privado da posse efetiva ou prática do seu imóvel, por ato não apoiado em lei. Efetivamente, não é o caso dos autos”.

Nesse sentido é a lição de Edimur Ferreira de Faria (Curso de Direito Administrativo Positivo, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999, págs. 514/515):

“A chamada desapropriação indireta não é instituto regulado em lei. Trata-se de construção doutrinária e jurisprudencial. Esta se verifica, em regra, em virtude de esbulho praticado pelo Poder Público em propriedade particular. O esbulho caracteriza-se pela ocupação de bem alheio, principalmente imóvel, sem o prévio decreto expropriatório e as demais formali-

dades previstas nas leis pertinentes, sobretudo no Decreto-Lei n. 3.365/41.

“Ocorrendo essa ocupação ilegal, o proprietário do bem esbulhado pode, imediatamente, defender o seu bem através da ação possessória própria. Todavia, se o bem já estiver destinado a um fim público (se nele já foi construído via pública, logradouro público ou edificado) não será mais possível a desocupação. Nesse caso, ao lesado cabe promover contra o Poder Público esbulhador ação indireta de desapropriação ou ordinária de indenização”.

Ou seja: “A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e como tal não encontra apoio em lei. (...) Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente, da maneira mais completa possível, inclusive correção monetária, juros moratórios, compensatórios a contar do esbulho, e honorários de advogado, por se tratar de ato caracteristicamente ilícito da Administração” (Hely Lopes Meirelles, Direito de Construir, pág. 146).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

“Administrativo. Desapropriação indireta. Parques florestais. 1. A ação de desapropriação indireta visa a indenizar o proprietário dos prejuízos sofridos pelo apossamento do seu bem, de modo indevido pelo Poder Público, bem como transmitir a esse o domínio. 2. Se incoerente o apossamento do bem, não há que se falar em imperatividade judicial da ação de desa-

propriação indireta. 3. Limitações administrativas, quando configuradas, devem ser analisadas, para fins de indenização, em cada caso específico. 4. A instituição de Parques Florestais pode resultar em limitações administrativas ou apossamentos administrativos. Estes, quando há vedação total do uso, gozo e fruição da propriedade que passa a servir, integralmente, ao interesse público em face da necessidade de proteção ao meio ambiente. 5. Acórdão que reconheceu inexistir, no caso em julgamento, apossamento administrativo e diminuição do patrimônio do proprietário, considerando, portanto, improcedente pedido em ação de desapropriação indireta, ressaltando, contudo, a pretensão de indenização por limitação administrativa, caso tal fique caracterizado” (STJ — 1ª T. — REsp n. 250966/SP, rel. Min. José Delgado, em 14/11/2000, DJU de 5/2/2001, pág. 75).

“Processo civil — (...) — Ação de indenização por desapropriação indireta — Limitação administrativa — Área de preservação permanente — (...) — Interesse de agir — Matéria pendente — Apossamento administrativo — Inexistência — Ausência de prejuízo — Imóvel adquirido após a Lei n. 4.771, de 1965 (Código Florestal) — Embargos providos. (...). Constatada a inexistência de apossamento administrativo ou de qualquer prejuízo dos autores e que os mesmos adquiriram o imóvel após a edição da Lei n. 4.771, de 1965 (Código Florestal), não se configura proibição, mas condicionamento do uso da propriedade e, conseqüentemente, há que ser reconhecida a ausência de interesse dos autores para a propositura da ação de indenização por desapropria-

ção indireta. Embargos conhecidos e providos, dando-lhes efeitos modificativos” (STJ — 2ª T. — EDREsp n. 161545/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, em 25/9/2001, DJU de 18/2/2002, pág. 283).

Por outro lado, não está comprovado o total, completo e definitivo esvaziamento econômico dos imóveis, haja vista que, como justifica o insigne Desembargador, “o Poder Público não afetou a propriedade, e a mera consulta de viabilidade, em sentido contrário aos interesses dos autores, não tem esta configuração” (fl. 289).

Dizem os autores que o Município respondeu negativamente à sua consulta de viabilidade para a realização de um loteamento, que entendem ser a destinação natural do imóvel.

“A consulta de viabilidade, visando a construção, constitui medida prévia, não se tratando de alvará de licença, mas sim uma resposta positiva ou negativa à matéria formulada, apenas para que a Prefeitura oriente o proprietário que pretende construir. Destarte, é meramente informativa, além do que inexistiu ocupação efetiva do imóvel *in casu*” (fl. 284 — ementa da declaração do voto vencido que deu origem a estes embargos infringentes).

Efetivamente, “a resposta negativa à consulta de viabilidade por motivos estranhos ao poder de política do município configura ofensa ao direito de propriedade, passível de correção via mandado de segurança, pois ‘enquanto não efetivada a desapropriação, é lícito ao proprietário aproveitar o seu terreno, podendo inclusive nele construir’ (*in JC 30/154*)” (TJSC — JC 56/56-57, ACMS n.

2.607, da Capital, rel. Des. Wilson Guarany, em 28/4/1987).

Além desse julgado do Sodalício catarinense, outros ainda podem ser citados:

“Mandado de segurança contra ato de autoridade municipal que respondeu negativamente à consulta de viabilidade para construção de prédio do requerente em terreno de sua propriedade, sob alegação de que o imóvel foi atingido pelo sistema viário. Recurso *ex officio* desprovido” (TJSC — JC 40/55, ACMS n. 1.978, da Capital, rel. Des. Wilson Antunes, em 19/4/1983).

“Mandado de segurança — Proibição de construir em determinada área do município — Ineficácia do preceito legal que assim dispõe, enquanto não efetivada a prévia e justa indenização — *Writ* deferido — Sentença confirmada” (TJSC — *apud* JC 30/154-155, ACMS ns. 1.720, de Piçarras e 1.729, da Capital, rel. Des. Napoleão Amarante, em 18/9/1980).

Como se vê, a resposta negativa a uma consulta de viabilidade para ocupação do solo particular não implica em proibição à utilização do imóvel, que pode ser obtida inclusive por meio judicial.

O mesmo ocorre em face da negativa de alvará de construção, mesmo que já tenha sido expedido o decreto expropriatório, uma vez que este não impede o uso e a fruição do imóvel, por seu proprietário, o qual terá direito às ações constitucionais respectivas, para a garantia dos seus direitos inerentes à propriedade.

É o que explicita a Súmula 23 do Supremo Tribunal Federal, que se encontra defasada apenas com relação à sua parte final:

“Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada”.

O saudoso Hely Lopes Meireles (Direito de Construir, pág. 157), com a maestria que lhe era peculiar, deixa bem claro, em suas lições:

“Os efeitos da declaração expropriatória não se confundem com os da desapropriação em si mesma. A declaração de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social é apenas o ato-condição que precede à efetivação de transferência do bem para o domínio do expropriante. (...) Até então a declaração expropriatória não tem qualquer efeito sobre o direito de propriedade do expropriado, nem pode impedir a normal utilização do bem ou a sua disponibilidade. Lícito é ao particular alienar ou explorar o bem, ou nele construir, mesmo após a declaração expropriatória, enquanto o expropriante não realizar concretamente a desapropriação, sendo ilegal a denegação de alvará de construção. O impedimento do pleno uso do bem diante da simples declaração de utilidade pública importa restrição inconstitucional ao direito de propriedade, assim como o apossamento sem indenização equivale a confisco não tolerado pela nossa Constituição. Daí por que consideramos a Súmula 23, do Supremo Tribunal Federal, contraditória e inaplicável na sua parte final, porque se a simples declaração expropriatória não tolhe o direito de construir, não se pode deixar de indenizar a construção levantada no exercício normal desse direito”.

Mais adiante o talentoso administrativista reforça:

“Repita-se, que só se considera efetivada a desapropriação após o acordo ou a instauração do processo judicial. A simples declaração de utilidade não importa, ainda, em desapropriação, e, por isso, admite a normal utilização do bem, independentemente de autorização do Poder Público. Enquanto não iniciada a desapropriação por atos de execução do decreto expropriatório, lícito é ao proprietário construir e fazer as benfeitorias que desejar, ficando o expropriante *obrigado a indenizá-las* quando efetivar, realmente, a expropriação. Diante do simples decreto declaratório de utilidade pública não poderá ser negado o alvará de construção, nem interdita a atividade lícita que se realizar no imóvel, como já acentuamos precedentemente” (*op. cit.*, pág. 162 – grifo nosso).

É que, “A declaração expropriatória não retira o bem da posse ou do domínio do proprietário, enquanto o expropriante não for imitado na posse e subsequente a Justiça fizer a necessária adjudicação, com a justa indenização” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, pág. 344).

Portanto, quando o proprietário realmente deseja ocupar o imóvel, eventual resposta negativa à sua consulta de viabilidade, ou até mesmo a negativa da concessão de alvará de licença, em virtude da existência de lei que estabeleça plano de ocupação pelo Poder Público, ou lei declaratória de utilidade ou necessidade pública, para fins de desapropriação da área em questão, não tem o condão de impedi-lo, já que pode afastar esse óbice administrativo por meio de compe-

tente mandado de segurança, como recomendou o próprio Hely Lopes Meirelles:

“Ilegal é a recusa de aprovação de projeto de construção ou de plano de loteamento pelo simples fato de haver decreto expropriatório do terreno, ou mero plano de obras públicas para a área, ou qualquer outra circunstância que, de futuro, possa impedir a construção particular, pois a Administração Pública não tem o poder de bloquear a propriedade privada e estancar o direito de construir, indefinidamente e sem indenização do proprietário prejudicado. Se há interesse público na área, incumbe à Administração interessada efetivar a *justa e prévia indenização constitucional* para apossar-se dos terrenos necessários e impedir a construção particular; sem isto, a recusa da licença para construir ou lotear, quando o projeto ou o plano estiver em ordem, é ilegal e abusiva, podendo mesmo ser obtida por mandado de segurança dada a ofensa a direito líquido e certo do proprietário” (*Direito de Construir*, pág. 177).

Doutra parte, a todo o tempo pode a Administração Pública voltar atrás e revogar a lei instituidora de restrições ao uso da propriedade ou da lei que planifica sistema viário ou qualquer outra ocupação pública para o imóvel do particular, assim como é possível a todo o tempo “a desistência da desapropriação (...) até a incorporação do bem ao patrimônio do expropriante” (Hely Lopes Meirelles, *Direito de Construir*, pág. 169). Da mesma forma, pode ocorrer a “caducidade da declaração expropriatória”, ao fim de *cinco* ou de *dois anos*, conforme se trate de declaração de utilidade ou de necessidade pública (CF, Decreto-Lei

n. 3.365/41, art. 10) ou de interesse social (Lei n. 4.132/62, art. 3º).

Justamente por isso é que, antes de verificado o desapossamento administrativo de fato, não há indenizar o proprietário do imóvel particular, pela simples negativa de alvará de construção ou de loteamento, ou pela resposta negativa de sua consulta de viabilidade para ocupação do solo.

Enquanto não ocorre pelo menos o início da execução do projeto de construção da obra pública, seja para integrar o sistema viário, para dar estacionamento ao público ou para instalar os equipamentos públicos de garantia da fruição dos serviços da municipalidade, para o bem-estar da população, não há como se impedir a utilização do imóvel, nem está o município obrigado a indenizar o proprietário, já que não pode negar alvará algum, desde que “verificados os pressupostos legais para o licenciamento”, porque a todo o tempo pode haver modificação da situação criada pela lei de ocupação pública ou de declaração de utilidade ou necessidade pública para fim de desapropriação.

A respeito dessas afirmações, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já tiveram ocasião de decidir:

“Administrativo. Desapropriação indireta. Inocorrência. Proibição de edificar instituída por decreto municipal. As restrições ao direito de construir, quando instituídas por decreto, não obrigam os particulares, que devem se opor a elas pelos meios legais, não servindo de pretexto para a indenização do imóvel; ninguém perde a propriedade por decreto, à vista de que ela está garantida pela Constituição e pelas leis. Recurso especial não conheci-

do” (STJ — 2ª T. — REsp n. 92001/SP, rel. Min. Ari Pargendler, em 23/6/1998, DJU de 14/9/1998, pág. 37).

“Demolitória — Área reservada pelo sistema viário — Violação ao direito de propriedade — Necessidade de desapropriação. 1. A simples afirmação de que a área a ser edificada trata-se de local que não permite a construção, não impede o uso da propriedade, pois havendo interesse, por parte do Município em imóvel de propriedade do particular para fins de utilidade pública, o caminho a ser seguido é o da desapropriação regular. 2. ‘Ainda que decretada a desapropriação, mas não formalizada esta, pode o proprietário usufruir em sua plenitude o terreno, inclusive com a construção’ (ACMS n. 1.805, rel. Des. Reynaldo Alves)” (TJSC — Ap. Cív. n. 96.007240-3, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, DJSC de 30/11/2001, pág. 38).

Segue-se que, se o proprietário tem direito de afastar, ainda que por mandado de segurança, eventuais óbices que venham a ser opostos pelo município quanto à ocupação lícita do solo, enquanto não se processa a desapropriação, seja direta ou indireta, com o desapossamento total e definitivo, não há falar em direito à indenização.

Aliás, como declarou o engenheiro civil do IPUF (Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis), que examinou as plantas anexadas ao feito, embora estejam impedidos o loteamento e a edificação, a gleba pode “ser utilizada para outras ocupações” (fl. 80).

A consulta de viabilidade que os autores fizeram não abrange todas as hipóteses de ocupação do solo, no local, como se vê às fl. 26 e 27, destes autos. De modo que eventualmente

poderia ser possível a ocupação para outras finalidades que não aquelas por eles indicadas, que eram a edificação de prédio residencial, a ocupação para indústria e o loteamento.

Então, não se pode falar em esvaziamento do conteúdo econômico total e permanente das áreas discutidas.

A possibilidade de indenização por desapropriação indireta há de considerar um esvaziamento total e permanente do conteúdo econômico da propriedade, como, aliás, já decidiram o Superior Tribunal de Justiça no AGREsp n. 274759/SP (1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, em 10/4/2001, DJU de 24/9/2001, pág. 241), que considerou desapropriação indireta a “*restrição total de uso*” do bem; e esta Corte de Justiça, na Ap. Cív. n. 37.184, de Joinville (3ª CC, rel. Des. Amaral e Silva, em 17/12/1991 — JC n. 69/307-310), que ao “interessado incumbe o ônus da prova” de que o “ato administrativo retira do imóvel todo o valor econômico”.

Por fim, analisem-se as leis municipais que os autores dizem ter implantado os óbices à ocupação do solo nas áreas que lhes pertencem, para os fins que pretendiam.

A Lei n. 3.709/92, do município de Florianópolis (cuja cópia parcial foi juntada pelos autores, às fls. 221/223, já em grau de recurso), “institui o plano de urbanização específica do Retiro da Lagoa” “nos termos dos arts. 35 e 136 a 141 da Lei n. 2.193/85, com o objetivo de ordenar e orientar a ocupação do solo compatível com a estrutura físico-natural local e definição do sistema viário” (art. 1º).

Foi no art. 3º, da referida Lei Municipal, que o município de Florianópolis estabeleceu, no Retiro da La-

goa, onde se situam os imóveis dos autores, entre outros zoneamentos, uma “Área Comunitário-Institucional” (ACI) “destinada a todos os equipamentos comunitários ou usos institucionais necessários à garantia do funcionamento satisfatório dos demais usos urbanos e bem-estar da população”.

Contudo, esse dispositivo, especificamente, após o início desta ação, foi declarado *inconstitucional*, por este Tribunal de Justiça, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 88.077667-1 (121), da Capital, da qual foi Relator o eminente Des. Amaral e Silva, sob o fundamento de que contraria o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da atual Constituição do Estado de Santa Catarina, o qual dispõe que “Até a promulgação da lei que instituir o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro não poderão ser expedidas pelos municípios localizados na orla marítima normas e diretrizes menos restritivas que as existentes sobre o uso do solo, do subsolo e das águas, bem como sobre a utilização de imóveis no âmbito de seu território”.

Entendeu-se que o art. 3º da Lei Municipal n. 3.709/92 abrandou as restrições que antes já fazia a Lei Municipal n. 2.193/85, ao alterar o zoneamento do Retiro da Lagoa, na região costeira de Florianópolis, transformando áreas que eram consideradas *non aedificandi* em áreas turísticas e de incentivo à hotelaria (acórdão de fls. 180/220, datado de 21/5/1997).

Pode-se afirmar, então, que atualmente já não mais subsiste a restrição que o Município fazia à ocupação dos imóveis dos autores, quanto à parte que seria destinada à “Área Comunitário-Institucional (ACI)” demarcada nas plantas de fls. 30 e 32.

A sentença (fls. 121/130), que atribuiu aos autores o direito à indenização por desapropriação indireta, baseou-se exclusivamente no zoneamento previsto na Lei Municipal n. 3.709/92, o qual já não mais subsiste, ante a declaração de sua inconstitucionalidade, por este Sodalício, embora a respectiva decisão ainda não tenha transitado em julgado, haja vista a interposição de recurso extraordinário cuja negativa de seguimento motivou agravo de instrumento ainda não decidido (fls. 232/245).

Não há como determinar ao Município que indenize aos autores a parte do imóvel que seria destinada à implantação da “Área Comunitário-Institucional (ACI)” prevista no art. 3º da Lei n. 3.709/92, se esta, por força da declaração de inconstitucionalidade, não mais existe.

Dizem os autores, então, que o art. 6º da Lei n. 3.709/92 restringe seu direito de uso e gozo da propriedade, uma vez que prevê o Sistema Viário e de Transporte (AST) da área de Urbanização Específica do Retiro da Lagoa, a implantar-se sobre as glebas que lhes pertencem, de sorte que também por esse motivo o Município lhes negou nova consulta de viabilidade nos moldes das anteriores (fl. 225).

Ocorre que a declaração de inconstitucionalidade não afeta apenas o art. 3º da Lei n. 3.709/92, mas todo o resto, porque, se tal dispositivo contraria o art. 25 do ADCT da CE/89, pela impossibilidade de abrandar as restrições à ocupação do solo no local, as demais disposições deverão de ser compatibilizadas com nova formulação de todo o plano de urbanização do Retiro da Lagoa, o que poderá importar em completa modificação de to-

do o sistema viário, com eventual retirada, portanto, dos óbices que hoje podem eventualmente existir à ocupação dos terrenos dos autores.

Segue-se que, também por esse prisma, os autores ainda não estão autorizados a pleitear a indenização que requereram nestes autos. Haveriam de aguardar, por sem dúvida, a reformulação do plano de urbanização em causa, a fim de verificar se os imóveis de sua propriedade continuarão ou não sob restrições impeditivas do uso e do gozo plenos e permanentes.

Não fora isso, os autores também não juntaram cópia integral da Lei Municipal n. 3.709/92, no que tange ao sistema viário e de transportes, para que se pudesse verificar se ele realmente incide sobre os imóveis discutidos.

Complementam os autores, finalmente, que se não fosse pela Lei Municipal n. 3.709/92, também a Lei n. 2.193/85, que trata do “Plano Diretor dos Balneários” impõe restrições à ocupação do solo, nos terrenos que lhes pertencem, em face do sistema viário planejado e “demais disposições urbanísticas”, conforme Parecer n. 140-98, do IPUF, exarado por ocasião da última consulta de viabilidade de um dos proprietários, ao qual se anexou planta demonstrativa da ocupação pública do imóvel, não só para a viação como também para o estacionamento público e a tal “área comunitária institucional” (fls. 224/226).

Ocorre que os autores não juntaram aos autos a Lei Municipal n. 2.193/85, como lhes competia, segundo a regra do art. 337 do Código de Processo Civil: “A parte, que alegar direito municipal, estadual estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

É verdade que determinação judicial para a juntada não houve. Porém, o texto da lei municipal é indispensável no feito, para que se conheça o seu conteúdo e se possa aquilatar se há ou não a alegada restrição ao uso e gozo do imóvel dos autores. Inconstitucional o art. 3º da Lei Municipal n. 3.709/92 e não juntados os textos do restante dessa Lei e da de n. 2.193/85, não contam os autores com o necessário interesse de agir inerente ao seu direito de ação.

De tudo o que se viu conclui-se, de forma lógica, que no momento os autores não contam com o interesse de agir necessário, como uma das condições para a deflagração da ação de indenização por desapropriação indireta que promoveram, seja porque não houve o desapossamento administrativo de

fato, ou porque o esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade não é total nem permanente, nem está comprovado adequadamente, seja porque as Leis Municipais que teriam estabelecido os planos de ocupação pública para os imóveis das partes ativas contêm uma parte inconstitucional e a outra não foi comprovada nos autos, além do que o Município, antes do início da execução de seus projetos, ainda pode voltar atrás e desfazer todos os atos legislativos que poderiam importar em restrições ao uso e gozo da propriedade particular dos demandantes.

Em face de tudo, portanto, é que resolvi acompanhar o eminente Des. Carlos Prudêncio, no voto vencido que aqui se repete-se e complementa-se.

Jaime Ramos.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.002644-1, DE JARAGUÁ DO SUL

Relator: Des. Silveira Lenzi

Embargos declaratórios. Ausência de pressupostos. Inexistência de contradição ou obscuridade. Prequestionamento.

Para a oposição de embargos declaratórios, mesmo a título de prequestionamento, é necessária a existência de obscuridade, contradição ou omissão. Ausentes os pressupostos do art. 535 do CPC, impõe-se sua rejeição.

Embargos declaratórios rejeitados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 2002.002644-1, da comarca de Jaraguá do Sul (1ª Vara), em que é embargante Lunelli Indústria Têxtil Ltda., sendo embargadas Associação de Defesa do Meio Ambiente da Araucária — Amar e Associação de Defesa e Educação Ambiental de Jaraguá do Sul — Adeajs:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, rejeitar os embargos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de embargos de declaração opostos por Lunelli Indústria Têxtil Ltda., em que figuram como embargadas Associação de Defesa do Meio Ambiente da Araucária — Amar e Associação de Defesa e Educação Ambiental de Jaraguá do Sul — Adeajs, visando, unicamente, ao prequestionamento expresso de matéria constitucional, para fins de interposição de recursos especial e extraordinário.

II — Voto

Os presentes embargos declaratórios não merecem acolhimento. Isso porque, mesmo para fins de prequestionamento, é imprescindível a ocorrência de omissão, obscuridade ou contradição, vícios arrolados nos incisos I e II do art. 535 do CPC.

No caso vertente dos autos não restaram demonstradas a obscuridade, contrariedade e omissão, o que implica rejeição dos embargos declaratórios.

Nelson Nery Júnior leciona que “os EDcl (embargos declaratórios) prequestionadores, entretanto, não podem ser interpostos em qualquer hipótese. Não basta, portanto, a parte querer levar a matéria ao STF ou STJ, interpondo EDcl com caráter prequestionador. É preciso que esses EDcl sejam admissíveis, isto é, sejam interpostos com fundamento em um dos motivos do CPC 535” (Ainda sobre o prequestionamento — Os embargos de declaração prequestionadores. *In*: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pág. 860).

Colhe-se da jurisprudência deste Tribunal:

“Embargos de declaração — Prequestionamento — Ausência de omissão, contradição e obscuridade — Objetivo de novo exame sobre a matéria decidida — Impossibilidade.

“Em sede de embargos de declaração, o apontamento da contradição, omissão ou obscuridade no *decisum* é pressuposto para que o recurso seja acolhido, ainda que a intenção seja o prequestionamento para interposição de recurso aos Tribunais Superiores” (EDAl n. 00.013061-3, de Caçador, rel. Des. Volnei Carlin, julgados em 28/6/01).

No mesmo sentido:

“Embargos declaratórios. Ausência de pressupostos. Inexistência de contradição ou obscuridade. Prequestionamento.

“Para a oposição de embargos declaratórios, mesmo a título de pré-questionamento, é necessária a existência de obscuridade, contradição ou omissão. Ausentes os pressupostos do art. 535 do CPC, impõe-se sua rejeição.

“Embargos declaratórios rejeitados” (EDAI n. 00.016221-3, de Blumenau, desta relatoria, julgados em 19/12/00).

E do Superior Tribunal de Justiça:

“Direito Civil e Direito Processual Civil. Ato ilícito. Culpa pelo evento danoso. Reexame de prova. Embargos de declaração. Manifesto objetivo de prequestionamento, sem que presentes as hipóteses legais de cabimento.

“I – ‘A simples pretensão de exame de prova não enseja recurso especial’ (Súmula 7/STJ).

“II — Não há que se falar em violação do art. 535 do CPC quando rejeitados embargos de declaração cujo manifesto propósito era satisfazer o requisito do prequestionamento sem que, todavia, fossem demonstrados os vícios elencados naquele dispositivo.

“III — Agravo regimental desprovido” (AGA n. 429238/RJ, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgados em 8/4/02, DJU de 29/4/02, pág. 244).

Apesar do fim prequestionador, o que veda a cominação de multa (Súmula 98 do STJ), a interposição do recurso sem a presença de alguma de suas causas ensejadoras evidencia seu caráter protelatório, impondo-se, assim, a pena pecuniária de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, por força do parágrafo único do art. 538 do CPC.

III — Decisão

Do exposto, rejeitam-se os embargos declaratórios.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jaime Ramos e Victor Ferreira.

Florianópolis, 16 de maio de 2002.

Silveira Lenzi,
Presidente e Relator.

MEDIDA CAUTELAR NO RECURSO ESPECIAL

MEDIDA CAUTELAR NO RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 1999.018602-4 DE CONCÓRDIA

Relator: Des. Jorge Mussi

Cautelar em recurso especial — Efeito suspensivo deferido em liminar — Plausibilidade jurídica do pedido e periculum in mora caracterizados — Inclusão do nome do devedor em Serviço de Prote-

ção ao Crédito — Ação revisional de contrato sub judice — Impossibilidade — Precedentes do STJ — Irresignação especial admitida — Procedência do pleito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Medida Cautelar no Recurso Especial Cível n. 1999.018602-4, da comarca de Concórdia, em que é requerente Isabel Cristina Pavão Dalcin, sendo requerido o Banco do Brasil S.A.:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, julgar procedente o pedido cautelar, confirmando a liminar deferida.

1 — Isabel Cristina Pavão Dalcin, com fundamento no art. 800 do CPC, ajuizou medida cautelar inominada incidental em recurso especial objetivando conferir a este efeito suspensivo, em face de decisão da colenda Segunda Câmara Civil que deu provimento a agravo do Banco do Brasil S.A., ora requerido, para determinar a inclusão do nome da requerente no Serasa, relativamente à ação revisional de contrato por ela ajuizada.

Alegou a requerente que se fazem presentes os pressupostos para a concessão do pedido, bem como da liminar *inaudita altera parte*, apontando, inicialmente, precedentes do STJ no sentido de ser incabível a exposição do nome do devedor nos serviços de proteção ao crédito, enquanto discutido o débito em juízo.

Asseverou também que tal fato implicará na perda de seu crédito, trazendo-lhe prejuízos diários e irreparáveis, destacando, por outro lado, o atraso na prestação jurisdicional pela exacerbada quantidade de processos

em relação ao número de julgadores, pelo que requereu o deferimento da liminar, e, ao final, a procedência da pedido.

Deferida a liminar, foi determinada a citação do requerido, que, cumprida a determinação, deixou de apresentar resposta.

É o relatório.

2 — A cautelar em apreço, não obstante a ausência, de regra, de efeito suspensivo a recursos especiais, guarda procedência, posto que presentes os requisitos legais à sua concessão.

A questão primeira que se averigua é a presença do *fumus boni iuris*.

O STJ, em um dos precedentes citados pela requerente e aplicável ao caso, já decidiu que “havendo ação de revisão de contrato em curso, mesmo sem o depósito da quantia considerada devida, a inscrição do nome do autor em serviço de proteção ao crédito configura o constrangimento ou ameaça a que se refere o art. 42 do Código de Defesa do Consumidor” (REsp n. 180843/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 30/8/99, pág. 70).

O recurso especial pertinente à cautelar, por sua vez, reúne os pressupostos para a sua admissão, uma vez que demonstradas a contrariedade à lei federal e a divergência com julgados do STJ, circunstâncias que evidenciam ainda mais a plausibilidade jurídica do pedido, ante a colidência de posicionamentos deste Tribunal com a superior instância no que concerne ao presente tema.

Conforme entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, “em se tratando de medida cautelar originária para emprestar efeito suspensivo a recurso especial interposto perante a instância de origem, ou para determinar sua subida, está o relator autorizado a proceder um juízo prévio e perfunctório de viabilidade do recurso especial, pois, apresentando-se este manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante de Tribunal Superior, o seu aparente insucesso prejudica a admissibilidade do pedido cautelar” (3ª Turma, AGRMC n. 3.135/DF, rela. Min. Nancy Andrighi, j. 28/11/00, pág. 180).

Uma vez demonstrada a plausibilidade do direito invocado, a requerente logrou também apontar os prejuízos advindos da manutenção do seu nome no Serasa, sem que ainda haja definição em juízo da ação revisional de contrato por ela proposta.

No caso, observa-se, de fato, que a exposição do nome da requerente como inadimplente implicará no abalo de seu crédito perante as instituições de mercado, acarretando-lhe sérias restrições de ordem financeira, com conseqüentes prejuízos morais e patrimoniais de difícil ou incerta reparação, sem que, contudo, encerrada a lide em que discute o seu débito, pelo que evidenciado o *periculum in mora* a autorizar a tutela de urgência como garantia da efetividade do processo principal, instrumento da jurisdição.

Nesse sentido, colhe-se proficiente escólio jurisprudencial da Corte Superior de Justiça:

“O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia

do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora e fumus boni iuris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal.

“Em casos tais pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo que mediar o julgamento no tribunal a *quo* e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância” (AGRMC n. 4180/SP, rel. Min. José Delgado, DJ 18/2/02, pág. 237).

3 — Ante o exposto, julga-se procedente o pedido cautelar, confirmando-se *in totum* a decisão liminar dantes concedida, a fim de que seja emprestado efeito suspensivo à irresignação especial da requerente, até o seu ulterior julgamento perante o colendo Superior Tribunal de Justiça.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Silveira Lenzi, Sérgio Paladino, Maurílio Moreira Leite, Luiz César Medeiros, João Martins, Francisco Oliveira Filho, Alberto Costa e Genésio Nollí.

Florianópolis, 22 de março de 2002.

Amaral e Silva,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 2002.003666-8, DE TIMBÓ

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Habeas corpus. Concussão. Médicos conveniados ao SUS. Cobrança de serviços médicos prestados. Competência da Justiça Estadual.

Compete à justiça comum estadual processar e julgar médicos conveniados ao Sistema Único de Saúde que cobram indevidamente os serviços prestados a particulares, tendo em conta que são estes os únicos prejudicados com o pagamento.

Denúncia. Descrição de fatos que não constituem o crime de concussão. Inépcia. Reconhecimento de ofício. Possibilidade. Ordem parcialmente concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.003666-8, da comarca de Timbó, em que é impetrante Reny Becker Filho, e paciente Marcos Kaestner:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder em parte a ordem para declarar inepta a denúncia com relação ao paciente, bem como à denunciada Márcia Elisabeth Fischer Piazza, sem prejuízo do oferecimento de outra, com a observância das formalidades legais.

Na comarca de Timbó, Reny Becker Filho, ocupante do cargo de Secretário Municipal de Saúde e Assistência Social, foi denunciado pe-

la prática do crime definido no artigo 316 do Código Penal — “Exigir para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”.

Por meio de *habeas corpus*, com pedido de liminar, é asseverada a incompetência da Justiça Estadual para conhecer da matéria, e falta de justa causa para o desencadeamento da ação penal contra o paciente, pois, “na condição de Secretário Municipal de Saúde e Assistência Social do município de Timbó, apenas repassou verbas a pessoas necessitadas, usuárias do SUS, que procuravam a pasta da Assistência Social do Município,

porque pessoas miseráveis e carentes, sem condições de arcar com os valores exigidos para o tratamento médico e atendimento hospitalar, não obstante a gratuidade do atendimento”. Sendo salientado: “Posteriormente, o paciente tomou conhecimento que os usuários tinham que pagar pelo atendimento médico hospitalar, pois, caso contrário, era evidente a recusa no atendimento”.

A liminar foi negada, pois, além de se tratar de medida não prevista no ordenamento específico, tem sido admitida, excepcionalmente, quando, de forma inconteste e sem possibilidade de qualquer engano, o constrangimento alegado se faz presente. Não era o caso em análise, quando é alegada a incompetência da Justiça Estadual, matéria a ser deslindada com cuidadoso exame da questão ventilada. Além disso, inviável também seria o trancamento da ação penal por meio de liminar, pois o exercício da pretensão punitiva, por si só, não induz à necessidade de imediata e pronta intervenção jurisdicional.

Prestadas as informações, e que se encontram às fls. 163/239, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Demétrio Constantino Serratine, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Improcedente a assertiva de incompetência da Justiça Estadual para dirimir a matéria aventada, pois não houve violação de qualquer interesse da União. O pressuposto estabelecido no artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal — “interesse da União” — não deve ser interpretado com extrema elasticidade, mas deve resultar

de fato específico e direto, quando deve ser considerado o bem jurídico violado. Na espécie, o prejuízo decorrente da cobrança além do previsto pelo SUS foi dos clientes, ora vítimas. Nesse sentido, o já decidido: “A possível prática do crime de concussão (art. 316 do CP), praticado por médico do SUS contra pacientes internados pelo SUS (cobrança indevida de taxas extras pela prestação de serviços médico-hospitalares) não se enquadra nas hipóteses de competência da Justiça Federal, previstas no art. 109, IV, da CF, porquanto ausente qualquer prejuízo a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias e empresas públicas, não se deslocando para a Justiça Federal a competência para apreciar o inquérito” (STJ, RHC n. 8.146/RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 22/3/99). No mesmo sentido o decidido pela Primeira Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, rel. Des. Francisco Borges, quando do julgamento do HC n. 00.015089-4, de Pomerode, realizado em 15/8/00: “Concussão. Cobrança indevida de serviços médicos por profissional conveniado ao SUS. Competência da Justiça Estadual. Predominante nos tribunais o entendimento de que compete à Justiça Estadual processar e julgar os processos movidos contra médicos que, cadastrados junto ao Sistema Único de Saúde — SUS, cobram indevidamente verbas do usuário desse serviço público, por ocasionar, em verdade, prejuízo ao particular”.

Em decorrência, a pretensão, nos termos do pedido, é denegada.

Todavia, outro aspecto deve ser examinado, de ofício. O paciente foi denunciado por ter praticado o crime definido no artigo 316 do Código

Penal, assim tipificado: “Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”. Segundo nos diz Julio Fabbrini Mirabete, “A conduta típica é exigir, impor como obrigação, ordenar, reclamar vantagem indevida, aproveitando-se o agente do *metus publicae potestatis*, ou seja, do temor de represália a que fica constrangida a vítima. Não é necessário que se faça a promessa de um mal determinado; basta o temor genérico que a autoridade inspira, que influa na manifestação volitiva do sujeito passivo. Há um constrangimento pelo abuso de autoridade por parte do agente” (Código Penal Interpretado, Editora Atlas, 1999, pág. 1.709).

A denúncia descreveu a conduta do paciente, enquadrando-o no dispositivo penal referido, da seguinte forma: “Já os denunciados Marcos Kaestner, Secretário Municipal da Saúde e Márcia Elisabeth Fischer Piazza, Assistente Social do Município, sabedores da exigência indevida dos valores dos usuários do SUS, quando procurados por vários destes, através do Serviço de Assistência Social do Município, porque pessoas carentes e sem condições de arcar com os valores exigidos, aderiram à conduta ilícita e repassavam verba da pasta da Assistência Social do Município para o pagamento dos valores a ditos pro-

fissionais médicos, ora denunciados, desta forma concorrendo diretamente para a concretização do ilícito”.

Por evidente, tal conduta não se enquadra no dispositivo legal invocado, pois em momento algum houve exigência de vantagem ilícita a ser cumprida pelas vítimas, mas, ao contrário, receberam parte do numerário que lhes fora “exigido” pelos demais. Nesse ponto inepta é a denúncia com relação ao paciente, por insuficiente a assertiva, genérica, de que ele teria concorrido diretamente “para a concretização do delito”.

Em face do exposto, a ordem é concedida, em parte, para ser declarada inepta a denúncia, podendo outra ser oferecida, dès que cumprida a exigência legal — “exposição do fato criminoso” —, estendendo-se a medida para Márcia Elisabeth Piazza, haja vista a identidade da situação.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 26 de março de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 2002.002693-0, DE TUBARÃO**Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz.**

Habeas corpus — Inépcia da denúncia por ausência de descrição pormenorizada das condutas delitivas e trancamento da ação penal por falta de justa causa afastados — Inadequada a pretensão de discussão das provas na via estreita do writ — Revogação do decreto preventivo impossível — Prova da materialidade e indícios de autoria — Presentes, também, os requisitos do art. 312 do CPP — Decisão mantida — Ordem denegada.

— Inexiste inépcia da denúncia a ensejar nulidade do processo por afronta ao artigo 41 do Código Processual caso as condutas perpetradas pelos pacientes estejam suficientemente descritas, mesmo que de modo sucinto, isso porque possibilita aos denunciados o entendimento do fato criminoso pelo qual estão sendo processados.

— A via do habeas corpus não é adequada para o exame aprofundado das provas dos autos. Somente no processo, no qual se entregará a prestação jurisdicional, condenatória ou absolutória, é cabível dissecar as provas.

— Incidentes nos autos elementos suficientes da materialidade e indícios da autoria delitiva, bem como presentes os requisitos da garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação penal, descritos no art. 312 do CPP, todos devidamente fundamentados pelo togado monocrático, restará inviabilizado o pedido de revogação do decreto cautelar expedido contra os pacientes.

— Cabível a decretação da prisão preventiva caso as circunstâncias em que cometidos os delitos sejam desfavoráveis ao paciente, elemento esse que servirá como base suficiente para a garantia da ordem pública.

— Impossível será a revogação do decreto preventivo caso o paciente não somente se evadiu mas continua evadido do distrito da culpa, obstaculizando a aplicação da lei penal.

— A primariedade, os bons antecedentes e a residência e o domicílio no distrito da culpa são circunstâncias que não obstam a custódia preventiva, quando ocorrentes os motivos pelo que legitimam a constrição do acusado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.002693-0, da comarca de Tubarão, em que é impetrante Dr. Cláudio Gastão da Rosa, e pacientes Gilvete Moraes dos Santos e Flávio Bernardino dos Santos:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

I — Relatório

Trata-se de pedido de *habeas corpus* impetrado pelo Dr. Cláudio Gastão da Rosa em face dos pacientes Gilvete Moraes dos Santos e Flávio Bernardino dos Santos, pugnando pela revogação da prisão preventiva.

Afirmou, preliminarmente, que inepta a denúncia ofertada, pois não respaldada no art. 41 do CPP, ausente, então, a descrição individualizada das condutas perpetradas pelos pacientes, o que torna impossível a defesa deles.

Salientou que ilegal o decreto preventivo ante a falta de motivação, além de não existirem os requisitos da garantia da ordem pública e segurança da instrução criminal nele lastreado.

Informou que a acusada Gilvete não pode ficar segregada preventivamente pois não existem elementos que convençam da necessidade do encarceramento preventivo dela, isso porque é primária, possuidora de bons antecedentes e mãe de família, alegando, então, ausência de falta de justa causa para o oferecimento da persecução penal.

Pugnou, por fim, pela concessão *in limine* do *writ*, bem como sua confirmação ao final.

Negada a liminar (fl. 312), restaram acostadas as informações pelo douto Togado monocrático (fls. 315/353) e, após, remetidos os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que, por parecer da lavra do Dr. Vilmar José Loef, opinou pela denegação da ordem impetrada (fls. 356/363).

É o relatório.

II — Voto

Pretende o ora impetrante, em apertada síntese, que seja declarada, preliminarmente, a inépcia da denúncia ofertada por falta de individualização das condutas perpetradas pelos pacientes, o que impossibilitaria suas defesas, bem como nulidade do decreto preventivo por falta de fundamentação.

No mérito, argumenta que in-existent os fundamentos para decretação da medida cautelar, além de pugnar pelo trancamento da ação penal por falta de justa causa para seu deflagramento.

Assim, passemos a analisar as teses ora lançadas.

Argumente-se, desde logo, que a preliminar de inépcia da denúncia deve ser afastada!

A denúncia preenche todos os requisitos expostos pelo art. 41 do CPP, isso porque, diversamente do pretendido pelo impetrante, apontou todos os fatos e circunstâncias pelos quais os pacientes estão respondendo a ação penal.

A denúncia é clara ao imputar o crime de receptação (art. 180 do CP) a ambos os pacientes, máxima quando afirma que eles comercializavam produtos que sabiam ser de duvidosa procedência.

Ademais, descreve pormenorizadamente a conduta de ambos os pacientes, ao apontar que:

“Tais veículos e peças automotivas os denunciados, sempre um aderindo ao ideal delitivo do outro, adquiriram e tinham em depósito com a ciência de que eram produtos de crime, a serem comercializados, ainda que de forma irregular ou clandestina, na própria residência dos mesmos” (fls. 43).

Ademais, mesmo que entendêssemos que não estariam suficientemente individualizadas as condutas dos pacientes, é sabido que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é clara ao apontar que:

“A deficiência da denúncia que não impede a compreensão da acusação nela formulada não enseja a nulidade do processo” (RT 608/445).

“Se a peça acusatória narra, ainda que concisamente, os fatos principais contra os quais deve o réu se defender, não há que falar em inépcia” (RT 753/611).

A ampla defesa dos pacientes restou suficientemente resguardada, isso porque, mesmo que de forma concisa, possibilita aos denunciados o entendimento do fato criminoso pelo qual estão sendo processados.

Por fim, serve como uma luva decisão proferida pelo TRF da 2ª Região, assim ementada:

“As participações individuais, que, em muitos delitos, em concurso de agentes, são perfeitamente discerníveis, mostram-se, contudo, imprecisas e indeterminadas, quando se trata de sociedade criminosa, estruturada de forma empresarial. Essa dificuldade de precisão, quanto a cada partici-

pante no evento criminoso, não pode trazer prejuízos à ação penal, sob pena de impossibilidade de apuração de crimes, sempre que praticados por sociedade, pois seria difícil definir e precisar, discriminadamente, logo de início, a ação individual de cada um de seus membros” (RT 737/703).

Não poderá prosperar, igualmente, o pleito de trancamento da ação penal por falta de justa causa, isso porque para que se averiguasse da veracidade dessas afirmações, deveríamos adentrar na análise aprofundada das provas produzidas nos autos, o que, segundo farta doutrina e jurisprudência, não poderia ser obtido pela via estreita do *writ*.

Nesse sentido as lições de Julio Fabbrini Mirabete:

“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. Não se pode, todavia, pela via estreita do *mandamus*, trancar ação penal quando seu reconhecimento exigir exame aprofundado e valorativo da prova dos autos” (*in* Código de Processo Penal Anotado, SP, Atlas, 2001, pág. 1.427).

Esse o caso dos autos, em que as alegações do impetrante deverão ser analisadas e valoradas durante a instrução probatória já que, em uma análise perfunctória destes, percebe-se que inexistem as circunstâncias especialíssimas apontadas pela defesa.

Esse é o entendimento, aliás, consolidado no Superior Tribunal de Justiça:

“Criminal. HC. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Decreto fundamentado. Alegação de inexistência de indícios de autoria e ofensa à ordem pública. Ilegitimidade do assistente de acusação. Inocorrência. Ordem denegada.

“Não é ilegal a prisão cautelar decorrente de decreto devidamente fundamentado nos termos dos artigos 311 e 312 do CPP e da jurisprudência dominante, sendo que a gravidade do delito e a periculosidade do agente podem ser suficientes para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública. Precedentes.

“O *habeas corpus* constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam dilação probatória — como as alegações de inexistência de indícios suficientes para caracterizar a autoria do delito, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade.

“É imprópria a alegação de ilegitimidade do assistente da acusação para requerer prisão preventiva, se houve pronunciamento favorável do Ministério Público acerca do pedido, ratificando-o em todos os seus termos.

“Ordem denegada” (HC n. 15462/BA, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 11/6/2001, pág. 246).

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. Paciente denunciado pela prática, em tese, do crime de homicídio duplamente qualificado. Pretensão de revogação de prisão preventiva, sob alegação de ausência de indícios suficientes de autoria. Inadequação da via eleita. Prisão preventiva. Fundamentação. Réu foragido. Revelia decretada.

“Alegação de inexistência de indícios suficientes de autoria, de forma a afastar a justa causa para a decretação da prisão preventiva. Matéria para cuja apreciação faz-se necessário o exame aprofundado de provas, providência incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

“Devidamente justificada a prisão preventiva, eis que presentes os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal.

“Recurso desprovido” (RHC n. 11096/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 18/6/2001, pág. 158).

Ademais, quanto à alegação de ausência de fundamentação do decreto preventivo, por certo, igualmente infundada’.

O decreto preventivo demonstrou, plenamente, a existência dos requisitos fundamentadores do decreto cautelar, descrevendo, de forma clara e objetiva, a existência da materialidade delitiva e indícios suficientes da autora, bem como os requisitos específicos da custódia, sendo eles, a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação penal.

Existe nos autos prova suficiente da materialidade delitiva, isso porque a prova do crime é extraída do Termo de Apreensão de fl. 319, no qual lá restaram descritos vários veículos apreendidos de origem ilícita, montados com partes de veículos registrados como roubados, inclusive, em outros Estados desta Federação, veículos estes apreendidos na residência de Flávio e Gilvete bem como em sua empresa Hancock Pneus.

Igualmente presentes indícios suficientes da autoria ilícita por parte dos pacientes Gilvete e Flávio, isso

porque demonstrado, a princípio, que ambos, em comunhão de vontades, mantinham nos fundos de sua residência galpões destinados ao depósito de automotores e peças receptadas, narrando o decreto preventivo, com robustez, que as apreensões foram realizadas na residência do casal e, também, na empresa da qual Flávio era proprietário e também responsável, senão vejamos:

“O pátio da empresa está repleto de veículos em situação suspeita, como bem demonstram as fotografias de fls. 33/34 (Incidente de Busca e Apreensão), todos faltando placas de indicação do chassi e sua numeração na lataria e vidros. Há motores desmontados para todos os lados e chassi desmontado ao lado de um carroceria limpa e pronta para ser sobreposta, demonstrando a existência de montagem de carros” (fl. 178).

Os indícios de autoria incidentes em relação ao acusado Flávio Bernardino dos Santos estão presentes pelos depoimentos prestados por seus empregados, tal como Cláudio Luiz Gaspar, que salientou:

“que interpellando algumas oportunidades a Flávio Bernardino a respeito daquelas peças mecânicas principalmente motores e caixas de veículos com a sua numeração original raspada ou adulterada, recebia como resposta de seu patrão para não se meter e ir trabalhar, pois tinha notas fiscais de todo aquele material e comprava em leilão” (fl. 323).

No mesmo depoimento, igualmente restou consignado:

“que essas peças, foram levadas para aquele local de seu trabalho por um Caminhão Mercedes-Benz na

cor azul de propriedade de Flávio Bernardino dos Santos, sendo pilotado por Nei Aranha; Que Nei Aranha também é funcionário de Flávio Bernardino e presta serviços na empresa Hankook Pneus” (fl. 323).

Igualmente, em relação à paciente Gilvete, presentes indícios suficientes da autoria a determinar a continuidade de sua prisão preventiva.

Depreende-se que existentes indícios de sua participação na empreitada criminosa, pois, conforme apontado pelo Monocrático *a quo*, existente, em seu nome, carro não só roubado, como também, em flagrante fraude a seguradora, dado como furto, estando vários carros de origem ilícita registrados em seu nome.

Assim é que restou consignado:

“Apurou-se inclusive que vários dos veículos montados com peças de carros roubados encontravam-se em nome de Gilvete, esposa de Flávio (fl. 11 do Inc. de B.A.), bem como restou apreendido um veículo na casa de Gilvete que havia sido por ela dado como roubado, em flagrante fraude à seguradora” (fl. 177).

Importante frisarmos que esse documento referido encontra-se nos autos à fl. 90.

Ainda, a reforçar a presença de indícios de autoria contra a paciente Gilvete, encontra-se depoimento prestado por Maria de Fátima Machado, que relatou, por outra vez, “que Gilvete viajava com Flávio, e que provavelmente destinavam-se à compra de veículos em leilões” (fl. 316).

Continuando, assim apontou o douto Togado em suas informações:

“Portanto, a princípio, nesta seara de cognição provisória, existem indícios suficientes da provável participação da acusada no enlace. Inclusive, existe procuração desta para Flávio. Ora, pelo que parece, não podia desconhecer que existiam veículos de origem duvidosa no ‘galpão fechado’, na sua residência, porquanto se tinha acesso ao Mercedes, que lá ficava, via a cena estranha (veículos e placas). Sem mencionar, ser deveras anormal, ter uma parte da moradia completamente fechada, sob a aura da proibição” (fl. 316).

Consoante já mencionado, o *habeas corpus* não é caminho para absolvição dos acusados, nem pode importar em prejulgamento do mérito da ação penal, o que se analisa é apenas a existência mínima de indícios de autoria e razoáveis provas de materialidade.

Ademais, para decretar-se uma prisão preventiva, inexigível uma indicação segura de autoria, ao contrário do que sucede num juízo condenatório, para cuja formulação busca-se a verdade real.

Extrai-se da jurisprudência desta Corte:

“*Habeas corpus*. Estupro e roubo qualificado em concurso material. Ausência de justa causa à deflagração da ação penal. Inocorrência. Exame de prova. Impossibilidade de análise na via eleita.

“O *habeas corpus* não é meio próprio para declarar a inocência, antecipando julgamento que depende do acurado exame de provas” (HC n. 97.000549-0, de Itajaí, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 4/3/97).

“Ordem denegada” (*Habeas Corpus* n. 2000.009645-8, de Tubarão, rel. Des. Francisco Borges).

Pugna o impetrante, ademais, pela ausência dos requisitos específicos para a decretação da ordem preventiva, em especial para a paciente Gilvete, alegando que primária, possuidora de bons antecedentes e residência fixa, apontando que o mero clamor público não induz à decretação da preventiva para garantia da ordem pública.

Entretanto, diversamente do por ele propugnado, inegável a presença da garantia da ordem pública.

Acerca do tema, colhe-se do escólio de Julio Fabbrini Mirabete:

“Fundamenta em primeiro lugar a decretação da prisão preventiva à garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa. *Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois o ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e cla-*

mor público, abalando a própria segurança da atividade jurisdicional. A simples repercussão do fato, porém, sem outras conseqüências, não se constitui em motivo suficiente para a decretação da custódia, mas está ela justificada se o acusado é dotado de periculosidade, na perseverança da prática delituosa, ou quando denuncia na prática do crime perversão, malva-dez, cupidez e insensibilidade moral” (in Código de Processo Penal Interpretado, 8ª ed., SP, 2001, Atlas, pág. 690) (grifo nosso).

Importante frisarmos, dessa forma, que poderão servir como fundamento para o decreto preventivo quaisquer circunstâncias que demonstrem uma maior reprovabilidade da conduta praticada pelos pacientes, ou seja, que em decorrência de determinada circunstância que praticado o delito haja uma repercussão deste que abale a própria segurança da atividade jurisdicional.

Assim, percebe-se, nitidamente no presente caso, a gravidade das circunstâncias em que praticado o delito.

Os crimes foram cometidos com evidente organização criminosa que envolvia não somente agentes espalhados em várias unidades da Federação, mas também agentes públicos que, inclusive, restaram afastados temporariamente de seus cargos, tais como o delegado regional e alguns policiais.

Em sua bem-lançada decisão, o Togado *a quo* assim se manifestou:

“Toda a região de Tubarão está em polvorosa com a descoberta do desmanche, sendo que a empreitada criminosa atingiu até mesmo Deputado

Estadual, Vice-Prefeito e outras tantas pessoas da cidade e região, como bem frisado pelo Ministério Público.

“A comunidade está insegura porque há fortes indícios da participação de policiais no esquema desmascarado, tanto que o delegado regional e alguns policiais já foram afastados do caso, que passou a ser comandado pela DEIC — Diretoria Estadual de Investigações Criminais — por força da gravidade do caso.

“Vale lembrar também os indícios de que a organização criminosa descoberta praticava os roubos de carga e dos veículos apreendidos, tanto que foi encontrado nos depósitos da empresa Hanckok vários contêineres vazios, sendo que dentro de um deles havia sido deixado pela quadrilha um veículo igualmente adulterado. E o crime de roubo é daquele cometido com violência e grave ameaça à pessoa.

“Não bastasse isso, é certo que em liberdade, os representados buscarão furtar-se a ação da Justiça, desprestigiando-a, já que não se trata de uma única e simples receptação. Ao contrário, são várias receptações em concurso possivelmente material entre outros crimes, todos apenados com reclusão, sendo grande a probabilidade de não obterem o benefício da substituição de pena e virem a receber o regime fechado para cumprimento da reprimenda a ser, a final e eventualmente, aplicada.

“Some-se a isso o fato de que o ‘cabeça’ da organização, o representado Flávio, encontra-se foragido, eis que já havia contra ele ordem de prisão temporária emitida por este Juízo, bem como o representado Walnei. Ambos es-

tão em lugar incerto e não sabido, sendo que o primeiro abandonou a esposa, a casa e a empresa onde foi descoberto o desmanche, a qual encontra-se interditada desde segunda feira.

(...)

“É certo que, uma vez em liberdade, os representados Gilvete e Cláudio irão unir-se ao representado Flávio na fuga por ele já empreendida do distrito da culpa, isso porque Cláudio é tido como o braço direito de Flávio” (fls. 178/179) (grifo nosso).

A prática delitativa descrita pelo Togado salientando que as circunstâncias em que perpetrados os delitos são graves, ocasionou o clamor público, não somente em decorrência da polvorosa da mídia acerca do assunto, mas também, e principalmente, em decorrência da gravidade organizacional envolvida, sendo necessário o afastamento do delegado regional do caso, e inclusive, das suspeitas de participação de policiais e agentes públicos neste episódio.

Conforme apontado pelo Togado, aliás, é de ser mantido o decreto cautelar para garantia da aplicação da lei penal para que, em especial, a exemplo de seu marido, não fuja do distrito da culpa, empreendendo fuga a local incerto e não sabido.

Presentes, por certo, a garantia da ordem pública e a aplicação da lei penal a militarem em desfavor da acusada, a manutenção do decreto preventivo é medida a ser tomada.

Ademais, quanto ao acusado Flávio verifica-se que o Magistrado *a quo* fundamentou, igualmente, o decreto de prisão de forma suficiente, isso porque, além da garantia da ordem pública já apontada quanto à paciente Gil-

vete, justificou, também, na circunstância de o paciente haver-se evadido do distrito da culpa, encontrando-se, ainda hoje, em lugar incerto e não sabido, dificultando a ação policial e obstaculizando a aplicação da lei penal.

Comentando acerca dos fundamentos da decretação da prisão preventiva em decorrência da garantia da aplicação penal, Julio Fabbrini Mirabete ensina:

“Por fim, pode a prisão preventiva ser decretada para garantir a aplicação, ou seja, a execução da pena. Com a medida cautelar pode-se impedir o desaparecimento do autor da infração que pretenda se subtrair aos efeitos da eventual condenação (...) A fuga ou recusa em atender o chamamento judicial, dificultando o andamento do processo, retarda ou torna incerta a aplicação da lei penal, justificando a custódia preventiva” (Código de Processo Penal Interpretado, 7ª ed., SP, Atlas, 2000, pág. 696).

Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“A fuga do acusado ou mesmo a sua escusa em atender ao chamamento judicial, dificultando o andamento do processo, retarda e torna incerta a aplicação da lei penal, justificando a custódia provisória, que serve para assegurar o provimento definitivo do juiz, no processo penal” (RTJ 125/586).

“Prisão preventiva — Paciente que após a prática do crime se evade do distrito da culpa — Prisão em flagrante em comarca diversa anos após — Garantia da ordem pública, benefício para a instrução criminal e segurança da aplicação de lei penal — Constrangimento ilegal inócurrenente — ordem denegada (*Habeas Corpus* n.

2000.021078-1, de Xaxim, rel. Des. Iri-neu João da Silva).

Não há dúvida, portanto, da necessidade da custódia preventiva do paciente para a aplicação da lei penal e, por certo, quanto à garantia da ordem pública conforme acima referido quanto à paciente Gilvete, esquivando-se, até a presente data, do distrito da culpa e dificultando sobremaneira a instrução criminal, tornando inafastável a manutenção da medida atacada.

Ademais, consabido que presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, irrelevante a existência de eventuais predicados a favorecer os pacientes, tais como primariedade, residência fixa e família constituída.

Nesse sentido as lições de Julio Fabbrini Mirabete:

“o juiz pode negar a liberdade provisória, ainda que se trate de réu primário e de bons antecedentes, aos condenados por crimes hediondos, por prática de tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, pois o art. 2º, II, da Lei n. 8.072, de 25/7/90, dispõe que ‘o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade’. Sua liberdade depende do prudente arbítrio do juiz que, de entender ser ela aconselhável, poderá concedê-la, fundamentando sua decisão (...)” (*in* Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., atual., São Paulo, Atlas, 1997, pág. 760).

Em caso análogo ao presente, extrai-se da jurisprudência pátria:

“*Habeas corpus*. Prisão em flagrante. Peça formalmente perfeita. Necessidade da manutenção da se-

gregação. A circunstância de o paciente possuir bons antecedentes, ser primário, ter emprego e residência fixos e família constituída não são óbices à manutenção da prisão em flagrante” (HC n. 1999.006322-4, de Blumenau, rel. Des. Genésio Nolli).

“O fato de que o paciente possa, em tese, possuir bons antecedentes, residência fixa, emprego definido não constitui empecilho à decretação de sua prisão preventiva, quando em jogo os superiores interesses da Justiça, dentre os quais sobressai o de acautelar o meio social contra a criminalidade violenta” (HC n. 1998.018057-0, de Ponte Serrada, rel. Des. Alberto Costa).

Por certo, no presente caso, ausente está qualquer motivo para que seja revogado o decreto preventivo lançado em desfavor dos ora pacientes.

III — Decisão

Ante o exposto, por votação unânime, é de denegar-se a ordem impetrada em favor dos pacientes.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 19 de março de 2002.

Sérgio Paladino,

Presidente com voto;

Sérgio Roberto Baasch Luz,

Relator.

HABEAS CORPUS N. 2001.024153-6, DE PAPANDUVA**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

Processo crime — Excesso de prazo na formação da culpa — Roubo e posse de arma — Processo com mais de um réu — Testemunhas de defesa residentes em outro Estado — Necessidade de expedição de cartas precatórias — Critério da razoabilidade — Constrangimento ilegal inexistente.

“Os prazos para a instrução criminal não devem ser computados com radicalismo pois, dependendo das circunstâncias e das peculiaridades do caso concreto, o seu não cumprimento não deve redundar na soltura daqueles que merecem estar presos, mas em maior atenção do juiz processante quanto à celeridade processual” (JC 66/441).

Não há constrangimento ilegal se o excesso de prazo para o encerramento do processo é justificado (RT 589/395), quando provocado por incidentes processuais não imputáveis ao juiz (RT 645/290 e 597/357), resultante de diligências demoradas (como complexidade do processo com vários réus, necessidade de expedição de cartas precatórias, especialmente para inquirição de testemunhas de defesa em outro Estado).

Prisão em flagrante — Liberdade provisória — Presença dos requisitos para a prisão preventiva — Réus primários — Necessidade da prisão demonstrada — Ordem denegada.

A primariedade, os bons antecedentes e a existência de atividade e patrimônio não impedem seja decretada a prisão preventiva (daí não ser viável liberdade provisória ao preso em flagrante), porquanto os objetivos a que esta visa (garantia da ordem pública e segurança da instrução criminal) não são necessariamente afastados por aqueles elementos. O que é necessário é que o despacho — como ocorre no caso — demonstre, com base em fatos, que há possibilidade de qualquer destas finalidades não ser alcançada se o réu permanecer solto.

No conceito de ordem pública não se visa a apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas a acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do Juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2001.024153-6, da comarca de Papanduva, em que é impetrante Paulo Henrique Brolini Glinski, sendo pacientes Alex Sandro Soares dos Santos e Marcos Bueno de Siqueira:

ACORDAM, em Câmara de Férias, por votação unânime, denegar a ordem.

1. Assim decidem adotando como razões o bem-lançado parecer subscrito pelo Dr. Vilmar José Loef, *in verbis*:

“O advogado Paulo Henrique Brolini Glinski impetrou ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Alex Sandro Soares dos Santos e Marcos Bueno de Siqueira, sob alegação de que estariam sofrendo constrangimento ilegal por parte da Vara Criminal da comarca de Papanduva, em razão do excesso de prazo para conclusão da instrução criminal, e, também, por motivo da primariedade, bons antecedentes dos pacientes, além de possuírem emprego, residência fixa e família constituída.

“Sustenta o impetrante, em síntese, que os pacientes foram denunciados pela prática do delito disposto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP, e art. 10 da Lei n. 9.437/97. Aduz que os mesmos estão presos desde 4/9/2001, e que até a data da impetração da presente ordem (31/11/2001) passaram-se 88 dias, caracterizando-se, desta forma, o excesso de prazo. Alega que os pacientes são primários, têm bons antecedentes, além de possuírem emprego, residência fixa e família constituída. Argumenta, ainda, que a garantia da ordem pública e da

instrução processual penal não estão ameaçadas com suas liberdades.

“O relator, Des. Jorge Mussi, denegou a liminar pleiteada (fls. 237/238).

“Pela autoridade apontada como coatora foram prestadas as informações de fls. 242 a 244, no sentido de que os pacientes foram presos em flagrante delito em 3/9/2001, o auto de prisão em flagrante foi homologado em 12/9/2001, a denúncia foi recebida em 20/9/2001, o interrogatório realizado em 8/10/2001, e a defesa prévia apresentada em 9/10/2001. Ressalta que, na oportunidade do interrogatório, o impetrante reiterou pedido de liberdade provisória, o qual foi novamente negado.

“Informa, ainda, que em 21/11/2001 foi marcada audiência para inquirição das testemunhas da acusação, sendo que na data foram ouvidas duas testemunhas, ficando a oitiva da terceira marcada para o dia 13/12/2001. Nesta fase, foram, ainda, expedidas cartas precatórias para oitiva de duas testemunhas da acusação, e uma da defesa, na comarca de Canoinhas, uma na comarca de Mafra, além de sete testemunhas no Paraná, arroladas pela defesa. No momento, o Juízo *a quo* comunica que o feito aguarda apenas a inquirição das testemunhas da comarca de Canoinhas e das sete arroladas pela defesa, no Estado do Paraná.

“Com vista, a Procuradoria-Geral de Justiça se posiciona.

“A ordem deve ser denegada, haja vista a inexistência de constrangimento ilegal a ser reparado com a medida pleiteada.

“Os pacientes foram presos em flagrante delito e denunciados como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP, e art. 10 da Lei n. 9.437/97. A prisão preventiva foi requerida e posteriormente homologada para garantir a ordem pública, em face da gravidade do crime, bem como para a conveniência da instrução criminal, com o objetivo de que as vítimas reconhecessem os denunciados, tendo em vista que dois dos autores do crime estão soltos, sendo necessário que os pacientes os identifiquem.

“Sobre a evidente necessidade da segregação dos pacientes, ressaltou o Promotor de Justiça, Dr. Alcício Henrique Hirt, no requerimento de prisão preventiva, o qual foi posteriormente deferido:

“(…) A conclusão é de que a ordem pública corre risco com os réus soltos. Não mediram esforços para alcançarem o seu intento criminoso, iniciando com o roubo de um veículo, deslocamento por quase duas centenas de quilômetros até nossa cidade, ação eficaz contra a vítima, destruição de provas (queima do veículo) durante a fuga, além de terem seguido rumos diferentes, estando dois deles até hoje sem identificação e com probabilidade de permanecerem impunes (...) Reportando-se à necessidade da prisão cautelar pela conveniência da instrução criminal, lembra-se que dois dos demais agentes estão soltos, podendo vir os denunciados, caso permaneçam à disposição da justiça, identificá-los’ (fls. 17/18).

“Afirma, ainda, a decisão da Magistrada de primeiro grau que negou o pedido de liberdade provisória formulado pelo impetrante:

‘Consta nos autos que os réus foram presos em flagrante logo após a ocorrência do crime na residência da vítima, após a polícia ter sido comunicada e passado a investigar e diligenciar, efetuando perseguição dos veículos utilizados no assalto. Com os indiciados foi encontrada a *res furtiva*, que foi reconhecida pela vítima, tendo esta, ainda, reconhecido dois dos indiciados’ (fl. 119).

“Sobre a necessidade da prisão cautelar, escreve Julio Fabbrini Mirabete:

“Fundamenta em primeiro lugar a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. (...) Também pode ser decretada a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, ou seja, para assegurar a prova processual contra a ação do criminoso, que pode fazer desaparecer provas do crime, apagando vestígios, subornando, aliando ou ameaçando testemunhas’ (Código de Processo Penal Interpretado, 8ª ed., SP, Atlas, 2001, pág. 695).

“Em relação ao argumento de que os pacientes são primários, com bons antecedentes, possuem emprego, residência fixa e família constituída, cabe ressaltar que a jurisprudência é pacífica em decidir que tais argumentos não são suficientes para elidir a prisão preventiva.

“Sobre o assunto, já decidiram os acórdãos:

'*Habeas corpus* — Prisão preventiva — Fundamentação — Presença dos motivos autorizadores de sua decretação — Decreto sucinto, porém que aponta as razões da necessidade da segregação — Primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão definida que não elidem a exigência do encarceramento cautelar — *Decisum* mantido — Constrangimento ilegal inexistente' (*Habeas Corpus* n. 2000.010423-0, de Joinville, rel. Des. Jorge Mussi).

'Prisão preventiva — Presença dos pressupostos à sua decretação — Decisão devidamente fundamentada — Primariedade e bons antecedentes que não são óbices ao seqüestro cautelar — Fuga do paciente do distrito de culpa — Constrangimento inexistente. Ordem denegada' (*Habeas Corpus* n. 2000.009193-6, de Joinville, rel. Des. Jorge Mussi).

"Quanto ao excesso de prazo alegado, resta dizer que o motivo do mesmo é, justamente, o grande número de testemunhas no Estado do Paraná, arroladas pela defesa, e que a oitiva das mesmas depende de expedição de cartas precatórias. O feito aguarda, ainda, a inquirição de três testemunhas (duas de acusação e uma de defesa), na comarca de Canoinhas. Desta forma, percebe-se que o atraso da instrução criminal é justificado. Fora isso, o processo já passou a fase do interrogatório e se encaminha normalmente.

"Sobre o atraso justificado, afirma Julio Fabbrini Mirabete:

'Além disso, tem-se entendido que não há constrangimento ilegal se o excesso de prazo para o encerramento do processo é justificado, por-

que provocado por incidentes processuais não imputáveis ao juiz, e resultante de diligências demoradas (complexidade do processo com vários réus, necessidade de expedição de cartas precatórias, defensores residentes em diversas cidades, obrigan-do diligências de intimação, incidente de insanidade mental etc.)' (Código de Processo Penal Interpretado, SP, Atlas, 2000, pág. 1.435).

"Sobre o tema decide a jurisprudência:

'Mesmo se admitindo ultrapassados os prazos legais para a formação de culpa, não se constituem eles em excesso de prazo quando as peculiaridades do caso, tais como o número exagerado de testemunhas residentes fora da comarca, mostram que a culpa pelo atraso não é do judiciário' (RT 666/331).

'Processo crime — Excesso de prazo na formação da culpa — Formação de quadrilha — Receptação — Processo com diversos réus — Necessidade de expedição de carta precatória — Constrangimento ilegal incoorrente.

'Os prazos para a instrução criminal não devem ser computados com radicalismo pois, dependendo das circunstâncias e das peculiaridades do caso concreto, o seu não cumprimento não deve redundar na soltura daqueles que merecem estar presos, mas em maior atenção do juiz processante quanto à celeridade processual' (JC 66/441).

"Não há constrangimento ilegal se o excesso de prazo para o encerramento do processo é justificado (RT 589/395), quando provocado por incidentes processuais não imputáveis ao

juiz (RT 645/290 e 597/357), resultante de diligências demoradas (como complexidade do processo com vários réus, necessidade de expedição de cartas precatórias)' (*Habeas Corpus* n. 00.015469-5, de Blumenau, rel. Des. Nilton Macedo Machado)" (fls. 247/252).

2. Ressalte-se que não se vislumbra irregularidade na decisão que indeferiu pedido de liberdade provisória dos pacientes pois está fundamentada no art. 312 do Código de Processo Penal, dizendo-se necessária para a garantia da ordem pública e segurança da instrução criminal. A primariedade, os bons antecedentes e a existência de atividade e patrimônio não impedem seja decretada a prisão preventiva (dai não ser viável liberdade provisória ao preso em flagrante), porquanto os objetivos a que esta visa (garantia da ordem pública e segurança da instrução criminal) não são necessariamente afastados por aqueles elementos. O que é necessário é que o despacho — como ocorre no caso — demonstre, com base em fatos, que há possibilidade de qualquer destas finalidades não ser alcançada se o réu permanecer solto.

De outro lado, lembre-se, a propósito, o que vem afirmando este Tribunal, quanto ao conceito de garantia da ordem pública:

"No conceito de ordem pública, não se visa a apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas a acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do Juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa (*Habeas Corpus* n. 97.011577-6, de Campos Novos, deste Relator, j. 30/9/1997).

Não há dúvida, portanto, da necessidade da custódia preventiva dos pacientes para garantia da ordem pública e segurança da instrução criminal, na forma demonstrada pela autoridade judiciária (e se há razão para a preventiva, não cabe liberdade provisória).

3. Diante do exposto, denega-se a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu e Jorge Schaefer Martins, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 27 de dezembro de 2001.

Alcides Aguiar,
Presidente para o acórdão;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

RECURSOS CRIMINAIS

RECURSO CRIMINAL N. 2002.004321-4, DE IMBITUBA

Relator: Des. Irineu João da Silva

Crime contra honra — Difamação — (CP, art. 139) — Pena cominada inferior a dois anos — Infração penal de menor potencial ofensivo — Inteligência da Lei n. 10.259/01 — Aplicação dos princípios constitucionais da isonomia e da retroatividade — Resolução n. 08/02, do TJSC — Precedente desta egrégia Câmara Criminal — Remessa dos autos à Turma de Recursos — Não conhecimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2002.004321-4, da comarca de Imbituba, em que são recorrentes Antônio Geraldo de Souza Henriques e Jaqueline Vignochi Henriques, sendo recorrida a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do recurso e determinar a remessa dos autos à Turma de Recursos competente.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Imbituba, Antônio Geraldo de Souza Henriques e Jaqueline Vignochi Henriques ofereceram queixa-crime contra Paulo Francisco Moraes, dando-o como incurso nas sanções do artigo 139 do Código Penal.

Na data designada para a audiência de reconciliação, ausentes os querelantes, o MM. Juiz de Direito julgou extinto o processo pelo reconhecimento da decadência do direito de queixa, nos termos dos artigos 107, inciso IV, 103, ambos do Código Penal, e 61 do Código de Processo Penal.

Inconformados, os querelantes recorreram, requerendo a reforma da decisão, com prosseguimento do feito.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta instância, e a doutra Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Hipólito Luiz Piazza, opinou pelo não conhecimento do recurso, remetendo os autos à Turma de Recursos competente.

É o relatório.

1. Tem razão o ilustre parecerista.

Trata-se de crime de difamação previsto no artigo 139 do Código Penal, o qual prevê pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

O art. 61 da Lei n. 9.099/95 considera crimes de menor potencial ofensivo as contravenções e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

No entanto, com o advento da Lei n. 10.259/01, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, o rol das infrações consideradas de menor potencial ofensivo sofreu um expressivo alargamento, derogando o dispositivo supracitado, inclusive na parte que restringe a aplicabilidade aos casos em que a lei preveja procedimento especial, como é o caso dos autos, porque a novel legislação não faz essa menção. Senão vejamos:

“Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa” (parágrafo único, art. 2º).

Sobre a matéria, ensina Luis Flávio Gomes:

“Em conclusão (e desde logo admitindo-se a derrogação do art. 61 da Lei n. 9.099/95 — *lex posterior derogat priori*), são (agora, inclusive no âmbito dos Estados) infrações de menor potencial ofensivo:

“a) todas as contravenções penais;

“b) todos os delitos punidos com pena de prisão até dois anos;

“c) todas as infrações punidas somente com multa;

“d) e não importa (seja nas contravenções, seja nos crimes) qual é o procedimento (se ordinário ou especial)” (*in* Revista Síntese, Lei dos Juizados Criminais Federais e seus reflexos no âmbito da competência dos juizados estaduais, fevereiro 2002, pág. 19).

Por outro lado, embora a lei nova traga em seu bojo que o texto legal somente se aplica “para os efeitos desta lei”, portanto, no âmbito da justiça federal, o princípio constitucional da igualdade foi afetado. A incoerência de elementos arbitrários no conteúdo intrínseco da norma em causa evidencia que se atendeu, no processo de sua formal posituação 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 caracterizem pela ausência do necessário coeficiente de razoabilidade (RTJ 162/388).

Dessarte, de acordo com o princípio da isonomia, agasalhado constitucionalmente, está a lei inibida de promover distinções e discriminações não autorizadas pela Constituição Federal (art. 5º).

Alexandre Couto Joppert discorre:

“Pode-se concluir, portanto, que o legislador ampliou o universo de abrangência das infrações de menor potencialidade lesiva, incluindo-se to-

dos os crimes cuja pena máxima de privação da liberdade, abstratamente cominada, alcance o limite de 2 (dois) anos, independentemente de possuir ou não procedimento específico, bem como todos os delitos que cominem alternativamente a pena pecuniária. Diante desse fato, evidenciada está a inequívoca derrogação do artigo 61 da Lei n. 9.099/95, que considerava de menor potencialidade lesiva os crimes cuja pena máxima da privação de liberdade não excedesse a 1 (um) ano, ressalvados os delitos com procedimento especial”.

E prossegue:

“Em atenção aos postulados da igualdade, razoabilidade e coerência, não se pode excluir da Justiça Estadual os efeitos da Lei n. 10.259/01. Não há como estabelecer diferenciações em matéria processual penal, de molde a fixar um conceito de infração penal de menor potencial ofensivo para ser processada na Justiça Federal, e outro distinto para a Justiça Estadual.

(...)

“De fato, com o advento da Lei n. 10.259/2001, o legislador ordinário voltou a definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, promovendo expressivo alargamento em seu conceito para abranger, também, os crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a 2 (dois) anos e aqueles apenados alternativamente com multa” (Promotor de Justiça no Estado do RJ e professor de Direito Penal da Universidade Cândido Mendes e do Curso Jurídico MPM, *in*, pesquisa em 19/3/2002).

Salienta-se que a Lei n. 10.259/01 é inquestionavelmente mais benéfica que a lei anterior por ela der-

rogada (Lei n. 9.099/95) e, em razão do princípio da retroatividade, deve ser aplicada aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.

A par da controvérsia da ampliação da competência dos Juizados Especiais, deve-se lembrar, ainda, o disposto no art. 1º da Resolução n. 08/02—TJ, que amplia a competência dos Juizados Especiais Criminais e dos Juizes Criminais para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, e adota outras providências, dispondo o art. 1º:

“Atribuir aos Juizados Especiais com competência criminal e aos Juizes Criminais, com competência para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, o processo e julgamento das infrações penais com pena máxima não superior a dois anos, ou multa, observadas as normas das Leis ns. 9.099/95 e 10.259/01”.

In casu, o crime pelo qual o apelante foi processado enquadra-se no novo conceito de infração de menor potencial ofensivo, devendo, portanto, ser remetidos os autos à competente Turma de Recursos.

Nesse sentido decidiu esta egrégia Câmara Criminal, em acórdão da lavra do ilustre Des. Maurílio Moreira Leite, julgado em 19/3/2002:

“Apelação criminal. Disparo de arma de fogo em lugar habitado (artigo 10, § 1º, inciso III, da Lei n. 9.437/97). Pena máxima cominada de dois anos de detenção. Nova conceituação de ‘menor potencial ofensivo’, ditada pela Lei n. 10.259/01, que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Norma processual. Aplicação imediata aos processos em andamento. Re-

curso não conhecido com remessa dos autos à Turma de Recursos pertinentes.

“Embora a conceituação de maior abrangência tenha destinação específica — ‘para os efeitos desta lei’ — como a proibição expressa de sua aplicação no âmbito da Justiça Estadual, artigo 20, última parte, há entendimento, praticamente unânime, em sentido contrário, sob pena de restar violado o princípio da igualdade assegurado na Constituição Federal”.

2. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do apelo

e determinar a remessa dos autos à Turma de Recursos competente.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Baasch Luz, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 2 de abril de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

RECURSO CRIMINAL N. 2001.015674-1, DE SÃO JOAQUIM

Relator: Des. Torres Marques

Recurso em sentido estrito — Queixa-crime — Oferecimento após o prazo decadencial de seis meses — Termo final em um domingo — Prazo penal — Regra inculpada no artigo 798, § 3º, do CPP reservada aos prazos processuais — Recurso desprovido.

“O prazo decadencial, como tem caráter penal, é fatal e improrrogável, não se aplicando a ele o disposto no art. 798, § 3º, do CPP, que adia para o primeiro dia útil o prazo que terminar em domingo ou feriado” (RJDTACRIM 29/293).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.015674-1, da comarca de São Joaquim (1ª Vara), em que é recorrente E. H. C. assistido por L. C., sendo recorrido Ismael Milton Nunes:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

E. H. C., assistido por seu pai, L. C., perante o Juízo da comarca de São Joaquim, ofertou queixa-crime contra Ismael Milton Nunes, dando-o como incurso nas sanções do artigo 138 do Código Penal.

À fl. 17, o douto Magistrado *a quo* decretou a extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, IV, do Código Penal, diante do transcurso de prazo superior a seis meses entre a data do fato e a da impetração da queixa-crime.

Inconformado, impetra o recorrente o presente recurso em sentido estrito, pugnando pela reforma da decisão recorrida, a fim de que seja recebida a queixa-crime, alegando, para tanto, que o prazo para o seu oferecimento expirou em um domingo, sendo esta ofertada no primeiro dia útil, portanto, dentro do prazo legal.

Transcorrido *in albis* o prazo para apresentação das contra-razões (fl. 29), o Magistrado de primeiro grau efetuou o juízo de retratação, mantendo a sua decisão (fl. 35).

Ascenderam os autos a esta eg. Corte, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso.

II – Voto

Nos termos dos artigos 103 do Código Penal e 38 do Código de Processo Penal, tratando-se de ação penal privada, a queixa deverá ser oferecida dentro do prazo decadencial de 6 (seis) meses, a contar da ciência, pelo ofendido ou por seu representante legal, de quem foi o autor do crime.

No presente caso, o ofendido, representado por seu pai, afirma que no dia 21 de julho de 2000 teria sido caluniado pelo Sr. Ismael Milton Nunes, que lhe acusou pelo arrombamento de uma loja e o ameaçou fisicamente para que entrasse em seu veículo, quando, então, teria ido ao

encontro de seu pai aos prantos e completamente apavorado (fls. 2/3).

Do exposto, constata-se que o representante legal do ofendido, ou seja, o seu pai, tomou conhecimento dos fatos também no dia da ofensa, ou seja, no dia 21/7/2000.

Portanto, o prazo fatal para o oferecimento da queixa-crime seria o dia 21/1/2001. Contudo, tendo tal prazo expirado em um domingo, alega o recorrente que a impetração da queixa no primeiro dia útil não enseja a decadência do direito.

Não obstante, aos prazos decadenciais, não se aplica o disposto no artigo 798, § 3º, do Código de Processo Penal.

A propósito, ao discorrer sobre o termo final do prazo de decadência, assevera Julio Fabbrini Mirabete:

“O prazo de decadência, por ser de direito penal, é fatal e improrrogável. Não se interrompe pelo requerimento ou pela instauração do inquérito policial, pela remessa dos autos a juízo, pela notificação ou interpelação judicial, pelo pedido de explicações, por férias forenses etc. Não se aplica, portanto, o disposto no artigo 798, § 3º, do CPP, reservado aos prazos processuais” (*in* Código Penal Interpretado, Ed. Atlas, São Paulo, 1999).

No mesmo sentido, a jurisprudência: “O prazo decadencial, como tem caráter penal, é fatal e improrrogável, não se aplicando a ele o disposto no art. 798, § 3º, do CPP, que adia para o primeiro dia útil o prazo que terminar em domingo ou feriado” (RJDTACRIM 29/293).

Dessa feita, tendo sido a queixa-crime impetrada no dia 22/1/2001, portanto fora do prazo decadencial de 6 (seis) meses, é mantida a decisão recorrida.

III — Decisão

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Iri-

neu João da Silva, tendo lavrado o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 26 de fevereiro de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 1999.018980-5, DE TUBARÃO

Relator: Des. Genésio Nolli

Apelação criminal. Júri. Homicídio simples.

Redução máxima da reprimenda (1/3) pelo reconhecimento do privilégio de que trata o § 1º do art. 121 do Código Penal. Impossibilidade.

Apenas o fato de serem favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais, não lhe confere direito à redução máxima da reprimenda (1/3), em razão do reconhecimento do privilégio disposto no § 1º do art. 121 do Código Penal.

“A causa especial de diminuição da pena, com base na violenta emoção, não pode ser aplicada em seu grau máximo, quando a circunstância de que ocorreu não for preponderante para o cometimento do delito” (RT 748/707).

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 1999.018980-5, da comarca de Tubarão (Vara Criminal), em que é apelante Valdir José Machado, 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 Tubarão, o representante do Ministério Público denunciou Valdir José Machado como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, c/c art. 61, II, e, ambos do Código Penal, pelos fatos delituosos assim narrados na denúncia:

“Em data de 12 de novembro de 1989, à tarde, em horário não bem esclarecido, no pasto de propriedade da vítima, esta e o denunciado mantiveram uma discussão a respeito da confecção de uma cerca, sendo que ambos já tinham desavenças anteriores. O denunciado, então, retornou à sua casa, armou-se, e, montado em seu cavalo, dirigiu-se à residência de Pedro Paulo Machado, seu irmão, localizada na Vila São Bernardo, em Armazém/SC, e, parando em frente à mesma, por volta de 19 horas, quando a vítima, com um facão na mão saiu à rua, tendo início nova discussão entre ambos, momento em que Pedro desferiu uma ‘pranchada’ no cavalo do denunciado, o qual, ato contínuo, sacou do revólver, ‘marca Taurus, níquelado, cabo de pérola, cano médio reforçado, calibre 38, n. 1113950’ (auto de apreensão de fls.) e, com *animus necandi*, desferiu um tiro contra a vítima, acertando-a na testa, matando-a, conforme faz prova o auto de

exame cadavérico constante à fl., que informa que a causa da morte foi ‘trauma cranioencefálico’, causado por projétil de arma de fogo.

“O denunciado era irmão da vítima”.

Recebida a denúncia em 3/4/1990, regularmente processado o feito, sobreveio a decisão que pronunciou o réu, em 2/10/1995, por infração ao disposto no art. 121, *caput*, c/c art. 61, II, e, ambos do Código Penal, submetendo-o a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual, reconhecendo que o réu não agiu com intuito homicida, desclassificou a imputação para o crime de homicídio culposo, por imprudência (fl. 143).

Diante da decisão do Conselho de Sentença, a competência passou a ser do Juiz singular, que condenou-o à pena de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, em conformidade com o disposto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal, por infração ao art. 121, § 3º, do estatuto repressivo. Ato contínuo, substituiu a pena imposta por uma restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade) e por uma pena de multa, no montante de 10 dias-multa.

Irresignado, o Representante Ministerial recorreu, com fundamento nas alíneas *a* e *d* do inciso III do art. 593 do CPP, tendo esta eg. Corte de Justiça, em acórdão da lavra do eminente Des. Paulo Gallotti, dado provimento ao reclamo, para anular o julgamento a que foi submetido Valdir José Machado, determinando a realização de outro, no qual restou condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, por infração ao disposto no art. 121, § 1º, c/c art. 61, II, e, e art. 65, III, *d*, todos do Código Penal.

Fixou o regime semi-aberto para resgate da reprimenda, em conformidade com o art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal, concedendo-lhe o direito de apelar em liberdade.

Inconformado, o réu recorreu, com fulcro no art. 593, III, *b* e *d*, do CPP, insurgindo-se, principalmente, com o critério adotado na r. sentença, por ocasião da diminuição da pena, previsto no § 1º do art. 121 do Código Penal. Pugna pela mitigação máxima (1/3), em virtude do reconhecimento do privilégio pelo Conselho de Sentença, bem como pela substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa.

Com as contra-razões pela manutenção da sentença recorrida, subiram os autos a esta Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre salientar, conforme anotou o ilustre Defensor (fl. 251), que o art. 593, § 3º, *in fine*, do CPP, não admite segunda apelação pelo mesmo motivo:

Julio Fabbrini Mirabete ensina que: “Anulado o julgamento por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, e repetindo-se a mesma decisão, não se permite nova anulação. É proibida também nova apelação se, agora, a decisão foi a inversa da anterior, ou seja, não se admite segunda apelação pelo mesmo motivo, sendo indiferente ter sido da parte *ex adversa* a interposição do apelo anterior. Para a doutrina e jurisprudência, a expressão ‘pelo mesmo motivo’ significa ‘pelo mesmo fundamento’, ou seja, tratar-se de apelação sobre decisão dos jurados contrária à

prova dos autos” (*in* Código de Processo Penal Interpretado, 3ª edição, Atlas, São Paulo, 1994, pág. 617).

In casu, já houve recurso da acusação com base no art. 593, III, *d*, do CPP, conforme depreende-se da Apelação Criminal n. 98.010033-0, de Tubarão (DJ de 8/2/99).

Melhor sorte não socorre o apelante no tocante à pretendida redução máxima da reprimenda, em virtude do reconhecimento do privilégio inculpidado no art. 121, § 1º, do Código Penal.

O referido dispositivo dispõe:

“Caso de diminuição de pena:

“§ 1º — Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”.

Embora a doutrina não seja unânime quanto à obrigatoriedade da mitigação, eis que o citado dispositivo utiliza a expressão “pode”, a jurisprudência sedimentou entendimento no sentido de que, uma vez reconhecido o privilégio pelo Conselho de Sentença, o Magistrado sentenciante, obrigatoriamente, deve proceder à redução da pena, nos moldes previstos.

É da ensinância de Celso Delmanto:

“(…) em respeito à tradicional soberania do júri, hoje Constitucional (CF/88, art. 5º, XXXVIII, *c*), entendemos que, quando for reconhecido pelos jurados o homicídio privilegiado, o juiz-presidente não deve deixar de reduzir a pena, dentro dos limites de um sexto a um terço. A quantidade da redução prevista no § 1º do art. 121 fica-

rá, esta sim, reservada ao fundamentado critério do magistrado” (in Código Penal Anotado, 4ª edição, Atlas, São Paulo, 1998, pág. 218).

Em relação ao *quantum* da redução, este Tribunal, reiteradas vezes, tem decidido que “O simples fato de a pena haver sido dosada no grau mínimo não confere o direito à redução máxima” (Ap. Crim. n. 98.008710-4, de Lages, relator Des. Amaral e Silva, DJ de 1º/12/98).

Colhe-se do corpo do v. acórdão:

“Pena — Dosimetria — Homicídio privilegiado — Diminuição — Percentagem — *Habeas corpus* — Impropriedade da via eleita.

‘A menos que o *habeas* tenha como causa de pedir vício de procedimento na fixação da percentagem alusiva ao homicídio privilegiado, exsurge tal via como imprópria à redução. Isso ocorre quando as decisões prolatadas na ação penal mostram-se fundamentadas quanto à adoção da percentagem não de 1/3, mas de 1/6, levando-se em conta desproporção entre o motivo que teria causado a emoção e a reação do réu e, também, o lapso temporal ocorrido’ (STF — HC n. 75645/SP — rel. Min. Marco Aurélio — j. 10/3/98 — DJU 17/4/98)”.

“Apelação crime. Homicídio privilegiado. Recurso visando à redução da pena. A pena-base foi fixada no grau mínimo e o apelante foi denunciado e pronunciado por homicídio qualificado e, assim, já foi beneficiado pelo veredicto que reconheceu em seu favor o homicídio privilegiado; não houve

injustiça na aplicação da pena e correta a sua dosimetria tendo em vista as normas próprias do código penal e a redução de 1/6 (um sexto) atendeu o critério de justiça, no caso concreto, diante da reprovabilidade da conduta do apelante’ (TJPR — Ap. Crim. n. 6.015 — rel. Des. Plínio Cachuba, *op. cit.*).

“Em síntese: O simples fato de ser primário, ter bons antecedentes, boa conduta social, não confere direito subjetivo à diminuição maior pelo homicídio privilegiado”.

Ademais, como bem salientou o Representante Ministerial de segundo grau, “a conduta da vítima não foi preponderante para o cometimento do delito, o que impossibilita a redução da reprimenda em seu grau máximo” (fl. 265).

No tocante à pretendida substituição da reprimenda, o apelante não preenche os requisitos indispensáveis à concessão da benesse (art. 44, I, do CP).

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 15 de agosto de 2000.

Genésio Nolli,
Presidente e Relator designado.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.024819-0, DE VIDEIRA**Relator: Des. Genésio Nolli**

Apelação criminal. Latrocínio e cárcere privado.

Materialidade e autoria incontroversas.

Alegada inimputabilidade. Impossibilidade. Periciado considerado semi-inimputável do ponto de vista psiquiátrico-forense.

Redução da reprimenda no máximo legal previsto na lei, 2/3. Diminuição de 1/3 devidamente justificada.

A gravidade e a circunstância do fato criminoso aliadas ao grau de capacidade de entender do agente, que inclusive é formado em curso superior (Administração de Empresas), justificam a redução no mínimo legal previsto no parágrafo único do art. 26 do CP.

Aplicação da medida de segurança. Desnecessidade.

Laudo psiquiátrico que não especifica a necessidade de permanência do réu no HCTP, podendo cumprir sua pena em estabelecimento penitenciário comum, com acompanhamento ambulatorial.

Pretendida a desclassificação para homicídio simples. Impossibilidade. A semi-responsabilidade não exclui a capacidade de dolo, sendo compatível o reconhecimento de qualquer qualificadora.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.024819-0, da comarca de Videira (2ª Vara), em que é apelante Irineu Carlos Nórdio, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso apenas para excluir da hediondez o crime previsto no artigo 148, *caput*, do Código Penal.

Custas de lei.

Perante o Juízo de Direito da 2ª Vara da comarca de Videira, Irineu Carlos Nórdio e João Paulo Getassi foram denunciados, o primeiro, por infração ao art. 157, § 3º, última parte, e art. 148, *caput*, ambos do Código Penal; o segundo por ter infringido o art. 148, *caput*, do Código Penal.

Segundo a preambular acusatória, "em data de 4 de outubro de 2000, por volta das 0h30min, o denunciado Irineu Carlos Nórdio, pretendendo

do praticar crime de latrocínio, dirigiu-se, pilotando uma motocicleta de sua propriedade, para a localidade de Linha Scussiato, nesta cidade de Videira, onde, ao perceber um veículo da marca Ford/Pampa, de placa ACL 5052, estacionado em local ermo, estando em seu interior as vítimas Valderes Amarante Xavier e Maristela Caliarì Faloschi, aproximou-se do mesmo, e, utilizando-se de uma pistola da marca Beretta, calibre 6.35, modelo 950B, n. de série M61794, sem registro, e em relação à qual não possuía autorização de porte, efetuou três disparos contra a cabeça da vítima Valderes, arrastando-a, após, já bastante ferida, para fora do automóvel, quando, desta feita fazendo uso de uma grande pedra encontrada no local, com extrema crueldade e frieza, passou a desferir inúmeros golpes contra a cabeça do ofendido, acabando por desfigurá-lo e levá-lo a óbito conforme certidão de fl. 37.

“Após certificar-se da morte de Valderes, o denunciado Irineu Carlos Nórdio enrolou o corpo da vítima num cobertor e colocou-o sobre a carroceria do automóvel, subtraindo, então, dos bolsos do ofendido e do interior do carro, os diversos objetos descritos no Termo de Apreensão de fl. 27, dentre eles um relógio de pulso, talão de cheques, cartão magnético bancário, documentos pessoais e a quantia de R\$ 61,00 (sessenta e um reais) em moeda corrente.

“Dando prosseguimento à ação criminosa, o primeiro denunciado, em ato seguinte, mediante violência e grave ameaça de morte, obrigou a vítima Maristela Caliarì Faloschi a embarcar na motocicleta e acompanhá-lo até o município de Arroio Trinta/SC,

onde, com o auxílio do também denunciado João Paulo Getassi, manteve-a privada de sua liberdade na residência deste, localizada na Rua Anibal Manenti, n. 200, tendo a ofendida permanecido em cativeiro até por volta das 8 horas do mesmo dia 4 de outubro, quando, aproveitando-se da ausência de ambos os denunciados, bem como da ausência do irmão menor de Irineu Carlos Nórdio, que também residia no local, conseguiu arrombar o cadeado de uma das janelas e empreender fuga”.

À fl. 80, foi aceita pelo acusado João Paulo Getassi a proposta de suspensão condicional do processo constante da denúncia (fl. 4).

Devidamente processado, sobreveio a sentença que houve por bem julgar parcialmente procedente a denúncia para condenar Irineu Carlos Nórdio à pena de 18 (dezoito) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, e ao pagamento de 4,12 (quatro vírgula doze) dias-multa, como incurso nas sanções dos artigos 157, § 3º, *in fine*, e 148, *caput*, c/c os artigos 61, II, *b*, *c* e *d*, 26, parágrafo único, e 69, *caput*, todos do Código Penal; e absolver o réu da acusação prevista no artigo 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, com base no artigo 386, III, do Código Penal.

Inconformado com o *decisum* condenatório interpôs recurso de apelação, pretendendo o recorrente, em síntese, o reconhecimento da inimpugnabilidade total ou a redução da pena em 2/3 e não em 1/3 como foi feito (art. 26, *caput*, e parágrafo único, do CP), e a substituição da pena de reclusão por medida de segurança (art. 98, *caput*, do CP). Por fim, requer a exclusão das qualificadoras e a fixa-

ção da pena-base abaixo da fixada na sentença, eis que se trata de réu primário.

Rebatido o inconformismo, nesta superior instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo seu desprovimento.

É o relatório.

Não merece provimento o recurso.

Resumidamente, materialidade e autoria restam evidenciadas pela confissão do réu no flagrante (fls. 8/9); pelo depoimento da vítima Maristela, que confirmou o latrocínio e o cárcere privado (fls. 33/35 e fls. 112/114); pela apreensão, na casa do réu, dos bens roubados da vítima (fl. 31); e pelas declarações do próprio irmão do réu, A., ao Dr. Promotor da Vara da Infância da comarca de Videira (fl. 96).

Como bem mencionou o ilustre Dr. Procurador de Justiça, em seu parecer, “a materialidade e autoria são incontroversas, tendo sido, inclusive, admitidas pela defesa nas razões recursais (fl. 215)” (fl. 230).

No que tange à alegada imputabilidade do apelante, o laudo do exame de sanidade mental deste foi elaborado por peritos oficiais, não tendo a defesa apontado qualquer elemento concreto que viesse em desacordo com o seu parecer conclusivo (fl. 10 – incidente em apenso), lavrado nos seguintes termos:

“(…) Muito embora, no presente caso, não esteja configurado um quadro de alienação mental, há em decorrência dos transtornos de personalidade uma redução da sua capacidade de determinar-se e de entendimento com relação aos atos praticados, tor-

nando o periciado, do ponto de vista Psiquiátrico-Forense, *semi-imputável* pelos atos praticados, à época dos fatos” (grifo nosso).

Dessa conclusão extrai-se que o apelante em geral tem capacidade de entendimento e determinação, embora não plena. Assim, o Magistrado a *quo* agiu corretamente quando aplicou o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal.

Julio Fabbrini Mirabete ensina que no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal “refere-se a lei aos casos que a doutrina por vezes denomina de semi-imputabilidade, semi-responsabilidade ou responsabilidade diminuída. Na verdade, a lei considera o agente imputável e, portanto, responsável por ter alguma consciência da ilicitude e por ter alguma capacidade de determinação. O agente é imputável, mas, para alcançar o grau de conhecimento e de autodeterminação, é-lhe necessário maior esforço e, por essa razão, é menor a reprovabilidade de sua conduta e, portanto, o grau de culpabilidade” (*in* Código Penal Interpretado, 2ª edição, Atlas, São Paulo, 2001, pág. 234).

Em conseqüência, o Juiz sentenciante reduziu a reprimenda no mínimo legal previsto no já citado parágrafo (1/3).

Ao contrário do que alega o defensor do réu, a predominância de aspectos paranóides e esquizóides não configuram um quadro de alienação mental total. Conforme o laudo de sanidade mental, “há em decorrência dos transtornos de personalidade *uma redução da sua capacidade de determinar-se e de entendimento com relação aos atos praticados*” (grifamos) (fl. 10).

A gravidade e a circunstância do fato criminoso aliadas ao grau de capacidade de entender do agente, que inclusive é formado em curso superior (Administração de Empresas), justificam tal medida, não havendo como elevar-se a redução.

A jurisprudência é nesse sentido:

“Na redução da pena, em decorrência do parágrafo único do art. 26 do CP, leva-se em conta não somente o vulto da perturbação mental ou da deficiência mental do réu, como também a gravidade do fato” (RJTJRGs 159/154-5).

Arrematando o assunto, o Dr. Procurador de Justiça salientou ainda que:

“No caso vertente, a frieza e elevada crueldade com que o réu cometeu o latrocínio narrado na denúncia, aliadas à circunstância deste possuir considerável noção da realidade, conforme se infere da perícia psiquiátrica que segue apenas aos autos, justificam a adoção do percentual mínimo de diminuição da pena.

“Neste sentido: ‘homicídio e lesões corporais. Recurso objetivando o aumento da pena. Interpretação do parágrafo único do art. 26 do Código Penal. Apelo provido. Sendo semi-imputável o autor, e tendo demonstrado perante junta médica características *borderline*, situando-se limítrofe e fronteira com um quadro psicótico, não apresentando um dano global de seu juízo de realidade, haja vista, principalmente, seu relato do homicídio, demonstrando condições de entender o sentido corretivo da pena, aliado à gravidade dos fatos cometidos, a redução deve ser a mínima legal, ou seja, de um terço’ (Apelação Criminal n.

30.879, de Urubici, rel. Des. José Roberge, j. em 28/4/95)” (fl. 231).

Quanto à aplicação da medida de segurança, não se vislumbra, no momento, sua necessidade. Além da substituição não ser obrigatória, a recomendação dos peritos é clara (fl. 12):

“Inicialmente recomendamos sua permanência no HCTP e, posteriormente, dependendo da evolução e avaliações futuras poderá ser transferido para estabelecimento penitenciário comum, com acompanhamento ambulatorial”.

A propósito:

“Destarte, sendo de mister a opção entre a pena reduzida ou a medida de segurança, tem-se como adequada a primeira com relação ao réu reincidente e altamente perigoso, representando sério perigo à comunidade, tanto mais se o laudo psiquiátrico não indica ou especifica a necessidade de especial tratamento curativo” (TJSP – RT 645/266).

No que toca à aventada inobservância dos critérios determinados no art. 68 do CP para a aplicação da pena, não é o que se verifica da r. decisão que, por oportuno, transcreve-se parcialmente:

“Crime de latrocínio.

“A culpabilidade foi intensa, visto que tinha pleno conhecimento do caráter ilícito do fato e possuía plenas condições de portar-se de modo diverso, respeitando o patrimônio e a vida alheia.

“O acusado não registra antecedentes, muito embora esteja respondendo mais dois processos criminais nesta Unidade Judiciária, um por crime de latrocínio e outro por homicí-

dio, ambos consumados (fls. 161); e ainda responde outra ação penal na Primeira Vara desta Comarca, por crime de furto qualificado (fl. 169).

“Denota, conduta social comprometida.

“Apresenta a personalidade inclinada para a delinqüência.

“A motivação – lucro fácil – não permite a majoração por se tratar de circunstância elementar dos delitos contra o patrimônio.

“As circunstâncias constam dos autos.

“A conseqüência morte é inerente ao crime cometido.

“O comportamento da vítima em nada contribuiu para o desfecho do hediondo crime.

“Atento às circunstâncias ditas judiciais do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base em vinte e cinco (25) anos de reclusão (...).

“Presentes as circunstâncias legais da surpresa (CP – art. 61, II, c, *in fine*) e meio cruel (CP – art. 61, II, d), elevo a pena-base em um (1) ano para cada agravante, totalizando a pena em vinte e sete (27) anos de reclusão, mantida a pena pecuniária no mesmo patamar antes estabelecido, posto que, de sapiência correntia que a mesma não pode sofrer alteração nesta fase.

“Já na terceira fase da dosimetria, não vislumbro a incidência de qualquer causa de especial aumento da pena.

“Reconheço, entretanto, a causa de especial diminuição de pena prevista no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal — a semi-imputabilidade do réu atestada pelo laudo de

sanidade mental constante do incidente em apenso —, razão pela qual reduzo a reprimenda em um terço (1/3), para torná-la definitiva em dezoito (18) anos de reclusão e 4,16 (quatro vírgula dezesseis) dias-multa, a razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, a cada dia-multa, na ausência de outra causa capaz de modificá-la” (fls. 199/200).

Como bem se vê, o douto Magistrado *a quo* observou criteriosamente todas as fases da dosimetria para aplicação da sanção cabível, tendo inclusive reconhecido a semi-imputabilidade do apelante, não ensejando qualquer reparo a decisão prolatada.

A pena-base aplicada ao réu não decorreu das outras acusações a que ele responde, e sim da análise global das circunstâncias do art. 59 do CPP, todas desfavoráveis ao réu.

A semi-imputabilidade do apelante não o exime completamente da ilicitude de seus atos, razão pela qual as majorações advindas das circunstâncias agravantes da surpresa e do meio cruel foram corretamente aplicadas.

Nesse sentido:

“A semi-responsabilidade não exclui a capacidade de dolo e não é, portanto, incompatível com o reconhecimento da imputabilidade do acusado e de qualquer agravante, qualificadora ou não do delito” (RT 451/370).

Por fim, a sentença merece pequeno reparo quanto ao regime fixado ao réu pelo crime de cárcere privado, que deve ser o fechado, eis que este delito não é hediondo.

Diante do exposto, é negado provimento ao recurso e, de ofício, é fixado o regime fechado para o cumprimento da pena pelo crime de cárcere privado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douda Pro-

curadoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 26 de fevereiro de 2002.

Genésio Nolli,
Presidente Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.025763-7, DE PAPANDUVA

Relator: Des. Genésio Nolli

Apelação criminal — Porte ilegal e disparo de arma de fogo — Absorção — Inocorrência no caso em exame — Porte ilegal consumado muito antes de o agente utilizar a arma para efetuar os disparos — Delito caracterizado — Recurso provido.

Se os delitos foram perpetrados em contextos fáticos diferentes, por meio de condutas temporalmente distintas e coincidentes somente em um único momento, inexistente a consunção e a conseqüente absorção do porte ilegal pelo disparo da arma.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.025763-7, da comarca de Papanduva, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Amilton Cordeiro:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas de lei.

Na comarca de Papanduva, foi denunciado Amilton Cordeiro, por infração ao art. 10, *caput*, e art. 10, § 1º, III, da Lei n. 9.437/97, pela prática dos seguintes fatos:

“No dia 15/1/2000, por volta das 14 horas, o denunciado Amilton dirigiu-se até a residência de seus pais, sita na localidade de Bom Retiro, Monte Castelo, portando sem qualquer formalidade o revólver calibre 32, número de série ilegível, Smith & Wesson, niquelado, cano longo, cabo de plástico, onde acabou efetuando três disparos, dois dos quais atingiram o telhado da casa, quando nela estava a mãe do denunciado e dois irmãos.

“A arma foi apreendida, conforme termo de fl. 5.

“O denunciado Amilton havia comprado a arma há algum tempo do denunciado Antenor, que a manteve até a venda sob sua posse, sem qualquer formalidade.

“Em meados de janeiro/2000, o denunciado Amilton levou a arma já referida até a residência do denunciado Antônio, onde a vendeu a Antônio. Este manteve a arma consigo até 18/4/00, sem qualquer formalidade, quando a amásia do denunciado Antônio entregou-a à autoridade policial, que a apreendeu”.

Finda a instrução, Amilton Cordeiro foi condenado à pena de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 10, § 1º, III, da Lei n. 9.437/97, e absolvido do delito tipificado no art. 10, *caput*, da mesma lei.

Inconformado com a decisão o Ministério Público apelou, objetivando a condenação de Amilton por porte ilegal de arma, com fulcro no art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou, em preliminar, pelo não conhecimento do apelo e remessa dos autos à competente Turma de Recursos, e, no mérito, pelo seu provimento parcial.

É o relatório.

Sem razão o apelante.

Quanto à preliminar argüida pela Procuradoria, é certo que o art. 2º da Lei n. 10.259/2001 estabeleceu que, na esfera federal, são infrações de menor potencial ofensivo as que a lei comine pena não superior a dois anos, ou multa. Mas daí a considerar que essa definição de infração de menor potencial derogou o disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/95 há um grande abismo.

A matéria é recente e ainda não há consenso a respeito da ampliação ou não do rol dos delitos de menor potencial ofensivo estabelecido pela Lei n. 9.099/95, em que pese a maioria da doutrina adotar essa posição.

No caso em exame, a Câmara entendeu que o mais adequado é afastar a competência da Turma de Recursos, pois o apelante foi denunciado por dois delitos e condenado pelo Magistrado sentenciante por somente um deles, restando a análise do recurso Ministerial quanto à configuração ou não do outro, sendo inaplicável na fase recursal os benefícios estatuídos no início do procedimento do Juizado Especial. Assim, levando-se em conta a peculiaridade do caso e que, de qualquer forma, não haverá prejuízo para o apelado, mantém-se a competência desta Corte para apreciar e julgar o presente recurso.

Dessa forma, a preliminar é afastada.

No mérito, objetiva o Ministério Público a condenação do apelado também pelo porte ilegal da arma de fogo.

A materialidade e autoria exsurgem dos autos pelo auto de exibição e apreensão de fl. 5, pelo auto de exame de instrumento de fl. 6, pela confissão de fls. 13, 14, 42 e 43, e pela prova oral produzida.

Amilton Cordeiro declarou, em Juízo:

“Que o interrogando afirma que comprou o revólver calibre 32 de Antenor Moura há bastante tempo, isto é, em 1995 ou 1996; que não se recorda quanto pagou pela arma; que o interrogando confirma que no dia 15/1/2000,

no período da tarde, se recorda que desferiu três tiros de revólver para o alto na residência de seus pais, afirmando que neste dia estava embriagado; que seus pais moram na localidade de Bom Retiro; que o interrogando afirma que é mentira que duas balas atingiram o telhado da casa de sua mãe, afirmando que atirou da varanda para fora; que o interrogando afirma que neste dia não brigou com ninguém, apenas atirou porque tinha bebido demais; que o interrogando afirma que não sabia que tinha que ter porte para andar armado, alegando que fazia tempo que tinha a arma; que depois desse incidente na casa de sua mãe vendeu a arma para Antônio Carlos de Almeida (...)” (fl. 42).

O Juízo *a quo* entendeu que o delito de porte ilegal de arma estaria absorvido pelo de disparo de arma de fogo, pois o porte seria meio de execução para o disparo. Mas há que se considerar que o tipo penal descrito no art. 10 da Lei n. 9.437/97 contempla 18 verbos: fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda, ocultar etc., sendo que boa parte deles caracterizam delitos permanentes.

In casu, o agente havia adquirido e mantinha sob a sua guarda há algum tempo arma sem registro e em desacordo com as determinações legais — infração penal tipificada no *caput* do art. 10 da referida lei como crime permanente, e, certo dia, foi até a casa de seu pai e efetuou três disparos.

Ora, não há dificuldade em engergar que os delitos foram perpetrados em contextos fáticos diferentes,

por meio de condutas temporalmente distintas e coincidentes somente em um único momento, inexistindo a consumção e a conseqüente absorção do porte ilegal pelo disparo da arma. Afinal, quando os disparos foram realizados o porte ilegal já havia se consumado há muito tempo.

Gomes e Oliveira, na obra *Lei das Armas de Fogo*, ao abordarem o tema, asseveraram:

“Mas existe um dado novo a ser considerado: o art. 10, *caput*, contempla em sua descrição típica dezoito verbos. Alguns deles revelam permanência. Logo, em muitas situações, esse delito surgirá como ‘permanente’. Isso pode alterar o enquadramento jurídico em algumas hipóteses. Tudo irá depender do seguinte: saber se as condutas realizadas fazem parte de um mesmo contexto fático ou, ao contrário, se integram contextos fáticos distintos. Se o porte está instrumentalmente conectado ao disparo (o sujeito pegou a arma exclusivamente para efetuar o disparo), é o caso de consumção: há uma só ofensa ao bem jurídico — crime único (disparo).

“De outro lado, pode acontecer que as condutas sejam temporalmente diferenciadas e só coincidentes num único momento. Exemplo: o agente mantinha a arma em depósito, ilegalmente (há dias, meses etc.), e num determinado instante efetuou um disparo. Nesse caso, temos uma superposição apenas temporária e parcial e percebe-se com clareza dois contextos fáticos completamente diferenciados, o que revela a existência de duas lesões ao bem jurídico (em momentos não coincidentes). Logo, nesse caso, estaríamos diante de

um concurso material de crimes. Mesmo porque sabe-se que o disparo pode ser feito com arma legal ou ilegal. Sendo legal, só existe o crime de disparo; sendo ilegal, pode caracterizar um concurso material: tudo depende de constatação, ou não, de um único ou de um múltiplo contexto fático” (I. Gomes, Luiz Flávio, II. Oliveira, William Terra de, *Armas de Fogo: o novo regime jurídico das armas de fogo, registro e porte, dos crimes e das penas, bem jurídico tutelado, aspectos processuais penais, legislação nacional e internacional, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, pág. 187*).

Assim, não há como considerar, no caso em exame, que o crime de disparo de arma de fogo absorveu o de porte ilegal, pois este já havia se consumado muito antes da ocorrência daquele.

Passo a aplicar a pena:

Considerando a análise feita pelo Magistrado das circunstâncias judiciais, pois acertada, fixa-se a pena-base em 1 (um) ano de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal.

Na segunda fase, reconhece-se a existência da atenuante da confissão espontânea, art. 65, III, *d*, do CP, mas não se diminui a pena, porque já fixada no mínimo legal, tornando-a definitiva em 1 (um) ano de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

O regime de cumprimento da pena é o aberto, na forma do art. 33 do CP.

Presentes os requisitos legais — pena inferior a 4 (quatro) anos, agente não reincidente, e a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivação e circunstâncias do delito indicarem que a substituição é suficiente — substitui-se a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, e multa equivalente ao valor de dois salários mínimos, em gêneros alimentícios, em favor de entidade assistencial.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial para condenar Amilton Cordeiro à pena de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, substituída a privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa, na forma acima referida.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 5 de março de 2002.

*Genésio Nollí,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.008638-7, DE LAURO MÜLLER**Relator: Des. Sérgio Paladino**

Apelação criminal. Registro de filho alheio como próprio. Criança que se encontrava em situação de desamparo. Motivo de reconhecida nobreza. Aplicação do parágrafo único do art. 242 do Código Penal. Concessão do perdão judicial.

Se ofato capitulado como crime no art. 242 do Código Penal é praticado por motivo de reconhecida nobreza, pode o juiz, autorizado pelo parágrafo único da aludida norma, deixar de aplicar a pena e conceder ao réu perdão judicial, forma de extinção da punibilidade que abrange tanto os efeitos primários quanto os secundários da sentença.

Falsidade ideológica. Materialidade e autoria do crime sobejamente demonstradas. Condenação mantida.

Pratica o crime de falsidade ideológica o oficial do registro civil que faz constar de documento público declaração sabidamente inverídica.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.008638-7, da comarca de Lauro Müller, em que são apelantes Iva Costa Spíndola, Valdecir Pedro Fortunato e Albertina Torres Nórdio e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento ao recurso de Valdecir Pedro Fortunato e Albertina Torres Nórdio para conceder-lhes perdão judicial e, por maioria de votos, desprover o de Iva Costa Spíndola.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Lauro Müller, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Iva Costa Spíndola, Valdecir Pedro Fortunato e Albertina Torres Nórdio, atribuindo à primeira a prática do delito capitulado

no art. 299, parágrafo único, do Código Penal, e aos últimos a do que trata o art. 242 do mesmo estatuto, pelos fatos a seguir narrados:

“Em data de 12 de fevereiro do ano de 1997, em horário não perfeitamente esclarecido, os denunciados Valdecir Pedro Fortunato e Albertina Torres Nórdio, acompanhados de Jádna Nunes, compareceram ao Cartório de Registro Civil desta Cidade, a fim de proceder ao registro de nascimento da criança J., filha biológica desta última, com aproximadamente 10 (dez) meses de idade.

“Na oportunidade, foram atendidos pela denunciada Iva Costa Spíndola, à época, Oficial do Registro Civil desta Comarca, que, mesmo sabendo que a menor J. era filha natural e biológica de Jádna Nunes, fez o assento de registro de nascimento da menor como

sendo filha de Valdecir Pedro Fortunato e Albertina Torres Nórdio, fazendo assim constar em documento público declaração falsa e diversa da que devia ser escrita, alterando a verdade sobre fato juridicamente relevante, tal como indicação da maternidade de J." (fls. 2/3)

Finda a instrução, a Dra. Juíza proferiu sentença, por meio da qual condenou Iva Costa Spíndola à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, substituindo-a por prestação pecuniária consistente no fornecimento de uma cesta básica mensal, pelo período de 24 (vinte e quatro) meses, no valor de meio salário mínimo cada, à entidade beneficente do município de Lauro Müller, autorizando o cumprimento integral antecipado, e por prestação de serviços à comunidade de Lauro Müller, por 7 (sete) horas semanais, em entidade, local e data a serem fixados quando da execução; e Valdecir Pedro Fortunato e Albertina Torres Nórdio à pena de 1 (um) ano de detenção, que também substituiu por restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviço à comunidade de Lauro Müller, pelo prazo de 1 (um) ano, por 7 (sete) horas semanais, em entidade, local e data a serem fixados quando da execução.

Inconformados, Albertina Torres Nórdio e Valdecir Pedro Fortunato apelaram, objetivando, alternativamente, a absolvição, a concessão do perdão judicial ou a redução da pena, à consideração de que não agiram com dolo ou qualquer interesse lucrativo, mas, sim, movidos por razões nobres.

Iva Costa Spíndola, por seu turno, persegue, alternativamente, a absolvição ou a desclassificação para o delito previsto no art. 242 do estatuto repressivo, ao argumento de que agiu de boa-fé, convencida de que “estaria livrando uma criança da marginalidade”.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Corte.

Aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Hipólito Luiz Piazza, opinou pela conversão do julgamento em diligência, a fim de que se procedesse à intimação da ré Iva Costa Spíndola.

Cumprida a diligência, os autos retornaram à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que se pronunciou pelo conhecimento e desprovemento do recurso relativamente aos três réus.

É o relatório.

Procede a pretensão deduzida no recurso de Valdecir Pedro Fortunato e Albertina Torres Nórdio no concernente ao perdão judicial.

Em que pese a robustez da prova quer da autoria — confessada por ambos na oportunidade de seus interrogatórios (fls. 47 e 49) — quer da materialidade — documentos de fls. 7, 8 e 66 — do delito descrito no art. 242 do Código Penal, a lei autoriza o juiz a deixar de aplicar a pena, consoante a letra do parágrafo único do preceito supra-referido, desde que reconheça que a infração foi praticada por motivo nobre, circunstância que se verifica no caso concreto.

Inegavelmente, a conduta dos apelantes reveste-se de alto significado social e revela que foram movidos por altruísmo. Acolheram a mãe bioló-

gica da criança durante a gravidez e a ampararam. Esta, em contrapartida, entregou a filha aos cuidados de ambos, quiçá na esperança de que lhe ofereceria um lar.

Valdecir e Albertina tomaram a infante como se a tivessem gerado, suprindo todas as suas necessidades, detalhe atestado por Nádia Bez Batti da Silva, conselheira tutelar, que nelas reconheceu os verdadeiros pais da infante (fl. 54).

Em hipótese assemelhada, assentou a jurisprudência, verbis:

“Pretendendo o magistrado conceder ao réu o perdão judicial, com fundamento no art. 242, parágrafo único, do CP, faz-se necessário registrar que a faculdade de deixar o juiz de aplicar a pena nele contida foi introduzida pela Lei n. 6.886, de 30/3/81, que pretendeu beneficiar os casais que adotavam crianças ‘à brasileira’, evitando assim que fossem processados por crime grave, a falsidade ideológica. Assim, a concessão do perdão judicial, como forma de extinção da punibilidade, abrangente dos efeitos primários e secundários da sentença, atende bem ao princípio da proporcionalidade entre o desvalor da ação e as conseqüências jurídico-penais dessa ação’ (TACrimSP — AC — Rel. Celso Limongi — JUTACrim 89/290 e RT 613/334)” (Franco, Alberto Silva; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Guastini, Vicente Celso da Rocha, e Ninno, Wilson, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 2, parte especial, 7ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, pág. 3.334).

No mesmo sentido: Ap. Crim. n. 28.221, de São José do Cedro, rel. Des. Jorge Mussi.

Entretanto, destino diverso merece o apelo de Iva Costa Spíndola, consoante o entendimento da douta maioria.

Com efeito, a materialidade do delito pelo qual foi denunciada — descrito no art. 299 do Código Penal — encontra-se sobejamente demonstrada por meio dos documentos de fls. 7 e 8, ao passo que a autoria, além de confessada pela ré, ressalta do documento de fl. 8, no qual a apelante inseriu declaração falsa, pois sabia que a criança não era filha do casal, procedendo, conscientemente, à alteração da verdade sobre fato juridicamente relevante ao lavrar o assento de nascimento de J. F. no Registro Civil de Pessoas Naturais, não obstante asseverar que agiu visando ao bem estar da menina.

“O crime de falsidade ideológica, delito de natureza formal, não exige para sua configuração efetiva produção de dano, basta que a conduta incriminada se apresente capaz de produzir prejuízo a terceiro. O delito de falso cometido no registro de nascimento é punível pela potencialidade de dano emergente ou contido na falsa declaração, mesmo que o prejuízo não ocorra simultaneamente com a infração’ (TJMG — AC 33.547-1 — rel. Costa Loures — JM 131/480)” (obra citada, pág. 36.950).

Não há ensejo, igualmente, à perseguida desclassificação para o delito de que trata o art. 242 do estatuto repressivo, visto que a conduta delitosa não se enquadra em nenhuma das hipóteses descritas no *caput* do referido artigo, pois o ato de “registrar” não se

equipara ao de declarar o nascimento, declinando a condição de pai ou de mãe com o fito de providenciar o registro, mas sim ao de realizá-lo.

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso de Valdecir Pedro Fortunato e Albertina Torres Nórdio, para deixar de aplicar-lhes a pena e conceder-lhes perdão judicial, negando-se, contudo, provimento ao de Iva Costa Spíndola.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, vencido o Relator no tocante ao recurso de Iva Costa Spíndola, emitindo parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 26 de fevereiro de 2002.

*Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino:

Dissenti da douda maioria, por entender que para a tipificação do crime de falsidade ideológica não basta o dolo genérico, consistente na vontade livre e consciente de alterar a verdade de fato juridicamente relevante, fazendo-se mister um *plus*, ou seja, o dolo específico, que se constitui no ânimo de lesar a terceiro, inexistente no caso concreto.

A respeito do elemento subjetivo, assinala Damásio de Jesus:

“Para a existência da falsidade formal é preciso que o sujeito queira cometer o ato de falsidade. Esse dolo, entretanto, não satisfaz a exigência legal. É necessário que a conduta seja reali-

zada com o fim de causar dano a terceiro por intermédio da alteração da verdade sobre fato juridicamente relevante. Diante disso, a vontade de alterar a verdade despida da finalidade de prejudicar terceiro não é suficiente para integrar o crime. A simples falsidade, dizia Magalhães Noronha, ‘não constitui o delito, se desacompanhada da intenção contida na figura típica’.

“*Omissis*.”

“Assim, são insuficientes à configuração delitiva a vontade e a consciência de lesar a fé pública com a prática do falso. É posição firme na doutrina a de que não basta a intenção do sujeito, realizando a falsidade, de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, sendo imprescindível que também vise ao prejuízo de terceiro” (Direito penal, vol. 4, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 6).

De fato, não há nos autos qualquer indício capaz de sugerir que a apelante Iva agiu com a intenção de causar prejuízo. Ao contrário, constatase que objetivava unicamente livrar a criança do abandono, assegurando-lhe o lar em que já vivia.

A propósito, assentou a jurisprudência:

“O delito de falsidade ideológica exige para a sua caracterização o dolo específico, ‘que consiste na vontade conscientemente dirigida à ação ou omissão que constitui a materialidade do fato, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre o fato juridicamente relevante’. Contrariamente ao que ocorre nos crimes de falsidade material, deve aqui o agente visar o *prejudicium alterius*, conforme lição de Heleno Cláudio Fragoso (Lições de Direito Penal, 4º/1.201)’ (TJSP

— AC — Rel. Márcio Bonilha — RTJSP 49/343)” (Franco, Alberto Silva; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Stocco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Guastini, Vicente Celso da Rocha, e Ninno, Wilson, Código penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 2: parte especial, 7ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 3.660).

No mesmo sentido: Ap. Crim. n. 99.001088-0, de Itajaí, rel. Des. Paulo Gallotti e RTJ 39/280.

Diante disso, à míngua do elemento subjetivo exigido pelo art. 299 do Código Penal, ou seja, a intenção de prejudicar, dava provimento ao apelo de Iva Costa Spíndola para absolvê-la.

Sérgio Paladino.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.024107-2, DE SOMBRIO

Relator: Des. Sérgio Paladino

Processo penal. Argüição de cerceamento de defesa decorrente da ausência, na denúncia, de pedido visando ao reconhecimento do crime continuado, não obstante aluda à reiteração dos fatos delituosos, referindo, inclusive, o número de vezes que sucederam. Irrelevância. Descrição que se reporta expressamente à repetição. Nulidade inexistente. Preliminar repelida.

O reconhecimento do concurso de crimes prescinde de pedido expresso na denúncia, bastando que a respectiva ocorrência decorra dos fatos nela descritos, visto que é destes que o réu se defende.

Incompetência do juízo. Questão suscitada por meio de exceção, rejeitada pelo magistrado por decisão contra a qual não se insurgiu o interessado. Preclusão. Pretendido reexame, à guisa de prefacial, neste recurso. Inadmissibilidade.

Se o interessado argúi, por meio de exceção, a incompetência do juízo, e não impugna a decisão que a rejeita, não pode tornar a suscitá-la como preliminar na apelação, em face da imutabilidade — fruto de sua inércia — que lhe imprimiu a preclusão.

Apelação criminal. Estupro e atentado violento ao pudor praticados por padrasto contra enteada menor de idade. Provas. Depoimento da vítima e exame de conjunção carnal. Autoria e materialidade demonstradas. Pena corretamente aplicada. Condenação mantida. Recurso desprovido.

“Não havendo como descrever da versão apresentada por criança, vítima de atentado violento ao pudor, a condenação é medida que se impõe” (Ap. Crim. n. 1999.007111-1, de Rio Negrinho, rel. Des. Amaral e Silva).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.024107-2, da comarca de Sombrio, em que é apelante Ronaldo Luís Nunes de Lima e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Sombrio, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Ronaldo Luís Nunes de Lima, dando-o como incurso nas sanções do art. 214, combinado com os arts. 71 e 213, e todos com os arts. 226, II, e 225, II, do Código Penal, pela prática do fato assim narrado:

“O denunciado conviveu por três anos e três meses *more uxorio* com F. R. S. e com a filha desta, a vítima A. C. S. dos S., hoje com 8 anos de idade. No período compreendido entre setembro de 1999 e abril do ano passado, os três residiram na cidade de Passo de Torres, nesta Comarca, ocasião em que o denunciado, via de regra, aproveitando-se dos momentos em que a companheira estava ausente de casa, impingia uma tormentosa experiência para a criança.

“Levava A. C. para o banheiro e, dando azo à sua concupiscência, desnudava-se e masturbava-se diante da criança, ejacudando (*sic*) sê-

men sobre suas pernas, desta forma satisfazendo-se sexualmente sem manter a conjunção carnal. Tal situação foi repetida por cinco vezes.

“No entanto, o denunciado não ficou por aí. Já não sendo suficientes os atos masturbatórios para conter sua libido, o denunciado foi mais além. O denunciado deflorou a vítima A. C., com ela mantendo, pois, a conjunção carnal, obviamente mediante a *vis moralis*, haja vista que a infante não tinha como resistir às suas investidas, nem, tampouco, amadurecimento intelectual e psíquico para expressar seu consentimento” (fl. 2).

Concluída a instrução, sobreveio a sentença que julgou procedente a denúncia para condenar Ronaldo Luís Nunes de Lima ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, para cumprimento em regime integralmente fechado — crime hediondo — por violação aos arts. 213 e 214 do Código Penal, este em continuidade delitiva, por cinco vezes, e ambos em concurso material.

Inconformado, o réu apelou, argüindo, preliminarmente, a nulidade do veredicto, ao argumento de que tomou em consideração, ao proceder à aplicação da pena, a agravante do crime continuado por cinco vezes, em que pese ao fato de a ela não haver referido a peça acusatória, que tacha de genérica e obscura, o que importou no cerceamento do seu direito de defesa.

No mérito, postulou a absolvição, enfatizando que a sentença fundou-se em situação hipotética, fruto de versão fornecida por criança de apenas oito anos de idade, acrescentando que o suposto evento ocorreu na comarca de Torres, não na de Sombrio, rebelando-se, finalmente, contra a reprimenda imposta, que reputa exacerbada.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Corte.

Aqui, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Robison Westphal, pelo conhecimento e desprovisionamento do recurso.

É o relatório.

Impõe-se a rejeição da preliminar suscitada, à míngua de nulidade, visto que a denúncia preencheu os requisitos exigidos pelo art. 41 do Código de Processo Penal, ao descrever com clareza os fatos imputados ao réu, de modo a permitir-lhe a respectiva compreensão e propiciar-lhe o exercício da ampla defesa, pois referiu expressamente a reiteração da prática delituosa, pelo número de vezes apontado, na parte final do segundo parágrafo da fl. 2.

Nem se diga que a ausência de pedido na peça acusatória impediria que o magistrado reconhecesse a forma atenuada de concurso material, consistente na ficção jurídica denominada crime continuado, pois, consoante assentou esta Câmara em caso semelhante, “tratando-se de matéria afeta à aplicação da pena, o reconhecimento da espécie de concurso de crimes (arts. 69 a 71 do CP) não depende de pedido expresso na denúncia, bastando que decorra logicamente dos fatos nela narrados, pois é destes que o réu se defende e não da

sua classificação jurídica” (Ap. Crim. n. 01.000177-8, de Mondaí, rel. Des. Irineu João da Silva).

De outro vértice, revela-se inadmissível a arguição, à guisa de prefacial neste recurso, da incompetência do juízo, pois o interessado a suscitou, por meio de exceção, e não impugnou a decisão que rejeitou o incidente, motivo pelo qual não a pode reeditar, em face da imutabilidade — fruto de sua inércia — que lhe imprimiu a preclusão.

No tocante ao mérito, persegue o apelante a absolvição, alegando que não existem provas suficientes para manter o decreto condenatório, uma vez que ancorado em suposições e nas declarações de uma criança de apenas 8 (oito) anos de idade.

Não procede, contudo, a pretensão, visto que sobejamente demonstradas tanto a materialidade quanto a autoria dos crimes.

Com efeito, a particularidade de contar a vítima 8 (oito) anos de idade na data dos fatos não retira o valor probatório de suas declarações, pois nas duas ocasiões em que foi ouvida — mediando-as interregno de quase um ano —, narrou com riqueza de detalhes os fatos descritos na denúncia (fls. 14 e 106), os quais restaram corroborados quer pela informante N. T. J. M. P. (fls. 16/17 e 101), quer pelo exame de corpo de delito, que atestou a ruptura do hímen (fl. 38).

Ora, “nos delitos de natureza sexual a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal se não a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado. Assim, se o relato dos fatos por vítima menor é seguro, coerente e harmônico, com

o conjunto dos autos, deve, sem dúvida, prevalecer sobre a teimosia e isolada inadmissão de responsabilidade do réu' (TJSP – Ap. Cív. – Rel. Luiz Betanho – RT 671/305)” (Franco, Alberto Silva; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Guastini, Vicente Celso da Rocha, e Ninno, Wilson, Código penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 2: parte especial, 7ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 3.102).

No mesmo sentido: RT 663/286 e Ap. Crim. n. 99.004071-2, de Quilombo, rel. Dr. Nilton Macedo Machado.

Por derradeiro, a reprimenda foi corretamente aplicada, impondo-se a respectiva manutenção.

Quantificadas as penas-base para cada delito no mínimo legal, na segunda etapa o Magistrado nada acrescentou, elevando-as, apenas na terceira fase, da quarta parte, porque presente a causa especial de aumento prevista no art. 226, II, do Código Penal — ostentar o réu a condição de padrasto da vítima —, resultando da operação a pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a qual tornou definitiva para o crime de estupro.

Quanto ao atentado violento ao pudor, aumentou de metade a sanção supra-referida, como corolário do reconhecimento da forma atenuada de concurso material consistente na ficção jurídica denominada crime continuado — art. 71 do Código Penal —, visto que o réu o perpetró por pelo menos 5 (cinco) vezes, perfazendo 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Diante de tudo quanto foi dito, mostra-se irrepreensível a cominação dos 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, cuja execução promover-se-á integralmente em regime fechado, visto que ambos os delitos são definidos por lei como hediondos.

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares, negou-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, emitindo parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 26 de fevereiro de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.024277-0, DE PALHOÇA

Relator: Des. Sérgio Paladino

Apelação criminal. Sentença condenatória. Intimação do réu por edital, com prazo inferior ao previsto no art. 392, § 1º, do CPP. Conversão do julgamento em diligência que se impõe para que se a renove, pelo prazo legal, com vistas à asseguaração da garantia constitucional da ampla defesa.

O réu tem o direito de ser pessoalmente intimado da sentença, ainda que por edital, se não vier a ser encontrado, circunstância que impõe rigorosa observância das condições estatuídas na lei, que não traduzem mero formalismo, mas sim meio de assegurar, em sua plenitude, a garantia constitucional da ampla defesa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.024277-0, da comarca de Palhoça (2ª Vara), em que apelante José Fernando dos Santos e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, converter o julgamento em diligência.

Custas a final.

Na comarca de Palhoça, a representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra José Fernando dos Santos, vulgo “Fernandinho”, atribuindo-lhe a prática do crime capitulado no art. 12 da Lei n. 6.368/76, descrevendo assim o evento na peça acusatória:

“No início da tarde do dia 15 de março do corrente ano, após ter sido informada do profundo envolvimento do denunciado no comércio de entorpecentes nesta Cidade, agentes da Polícia Federal procederam a uma busca na residência de José Fernando, nesta Cidade, logrando localizar no maleiro situado no guarda-roupa do quarto de casal quatro pacotes de plástico contendo cocaína e, ainda, dentro da cueca então usada pelo denunciado um pacote pequeno contendo maconha, sendo a droga apreendida destinada à comercialização. Foi também apreendido com o denunciado o caderno onde ele anotava os débitos

e créditos relacionados com o referido comércio” (fls. 2/3).

Concluída a instrução, sobreveio a sentença, por meio da qual o Dr. Juiz *a quo* reputou procedente a denúncia, e condenou o réu às penas de 3 (três) anos de reclusão, estabelecendo para o respectivo cumprimento o regime fechado, e pecuniária de 60 (sessenta) dias-multa, fixando o valor unitário em 1/15 (um quinze avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao disposto no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Inconformado, José Fernando dos Santos apelou, objetivando a desclassificação para o delito capitulado no art. 16 da Lei n. 6.368/76, à consideração de que lavra enorme divergência no tocante à quantidade de droga apreendida, e, como corolário da nova qualificação jurídica do evento delituoso, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, ou, ainda, a concessão da suspensão condicional da pena.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serratine, pela conversão do julgamento em diligência, para que da sentença seja intimado o réu, por edital, observados os requisitos do art. 392 do Código de Processo Penal.

É o relatório.

A providência sugerida pelo ilustre Procurador de Justiça que oficiou nos autos, Dr. Demétrio Constantino Serratine, faz-se mister, sob pena de nulidade.

Com efeito, revelam os autos que o Magistrado fixou o prazo de 15 (quinze) dias para o edital que visava a cientificar o réu da sentença condenatória (fls. 407/408), ao arrepio do preceito inscrito no § 1º do art. 392 do Código de Processo Penal que o estabelece em 90 (noventa) dias, para a hipótese de haver sido imposta pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano — circunstância verificada no caso concreto, visto que ao réu restou infligida a pena de 3 (três) anos de reclusão —, transgressão que redundará em prejuízo para a defesa, que não estará assegurada na amplitude garantida por norma constitucional.

Em caso assemelhado, assentou a jurisprudência:

“Sentença condenatória. Intimação pessoal do réu.

“É providência indispensável, que decorre da garantia constitucional da ampla defesa. Inaplicabilidade do § 2º do art. 370 do CPP, introduzido pela Lei n. 8.701, de 1º/9/93, porque a intimação da sentença obedece regramento próprio (arts. 390 a 392). Converteram o julgamento em diligência” (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, volume 170, pág. 111).

Ante o exposto, converteu-se o julgamento em diligência, a fim de que, na origem, seja renovada a intimação por edital, com o prazo de 90 (noventa) dias.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 26 de fevereiro de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.002160-1, DE JOINVILLE

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Crime contra a saúde pública. Porte de substância entorpecente para uso próprio. Pena máxima cominada de dois anos de detenção. Nova conceituação de “menor potencial ofensivo”, ditada pela Lei n. 10.259/01, que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Ausência de repetição da norma prevista no artigo 61 da Lei n. 9.099/95 — “casos em que a lei preveja procedimento especial”. Conceituação aplicável à Justiça Estadual. Disposição da qual emerge norma processual. Competência. Aplicação imediata aos processos em andamento. Recurso não conhecido com remessa dos autos à Turma de Recursos pertinente.

Embora a conceituação de maior abrangência tenha destinação específica — “para os efeitos desta lei” — bem como a proibição expressa de sua aplicação no âmbito da Justiça Estadual, artigo 20, última parte, há entendimento, praticamente unânime, em sentido contrário, sob pena de restar violado o princípio da igualdade assegurado na Constituição Federal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.002160-1, da comarca de Joinville, em que é apelante Edson Pereira dos Santos, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do recurso, e determinar a remessa dos autos à Turma de Recursos pertinente.

Custas legais.

Na comarca de Joinville, 2ª Vara Criminal, Edson Pereira dos Santos e Francisco Oqueda foram denunciados pela prática do crime definido no artigo 16 da Lei n. 6.368/76, pois, segundo afirmado: “no dia 5 de abril de 2000, por volta das 21 horas, o acusado Edson Pereira dos Santos foi surpreendido por policiais militares quando estava próximo a um barracão abandonado, no final da Rua 9 de Março, nesta Cidade, na posse de uma bucha da substância entorpecente vulgarmente conhecida por maconha, pesando 0,7g (sete decigramas) — termo de apreensão de fl. 17 e auto de constatação de fl. 18, droga que foi jogada ao chão pelo denunciado quando o mesmo avistou a polícia, a qual o flagrou em tal atitude. Edson estava acompanhado de terceira pessoa, com a qual não foi encontrada droga.

“Questionado acerca da droga, Edson afirmou que a teria adquirido de um elemento que estava próximo ao local, na Rua Jerônimo Coelho, esquina com a Rua Barão do Rio Branco. Dirigindo-se ao local indicado, onde funciona uma lavação de veículos, a polícia localizou o denunciado Francisco Oqueda, indicado pelo denunciado Edson como a pessoa que lhe vendera a substância entorpecente. Feita a abordagem, os policiais encontraram no bolso de Francisco uma bucha de maconha, pesando 0,9g (nove decigramas) e um pedra de crack, pesando 0,3g (três decigramas) tudo conforme termos de apreensão de fls. 15 e 16 e autos de constatação de fls. 19 e 20.

“Ressalte-se que no local onde encontrava-se o denunciado Francisco estavam presentes vários outros indivíduos, com os quais nada foi encontrado. Porém, próximo ao denunciado Francisco Oqueda e dos elementos que o acompanhavam, encontrou-se, no chão, uma pedra de crack dentro de uma caixa de fósforos e numa calha, no pátio onde estavam, uma carteira de tecido, em cujo interior estavam seis pedras de crack, pesando ao todo 1,8g (um grama e oito decigramas), tudo conforme termo de apreensão de fl. 14 e auto de constatação de fl. 21.

“Nenhum numerário foi apreendido no local, mas tão-somente tem-se a certeza de que os dois denunciados estavam na posse de subs-

tâncias entorpecentes que, diante das circunstâncias (várias pessoas no local) e da quantidade de droga apreendida com os mesmos, indica que seriam utilizadas para consumo próprio, não nos restando elementos suficientes para presumir e concluir que o denunciado Francisco efetivamente teria vendido ou fornecido a droga ao denunciado Edson. Quanto ao restante da droga apreendida, não se pôde identificar o dono, pois no local havia outras pessoas, as quais estavam lá para utilizarem-se, em conjunto, da mesma” — denúncia de fls. 2/4.

No momento procedimental pertinente, ambos os réus foram condenados, nos termos da exordial, com penas dosadas em 6 meses de detenção, além de 20 dias-multa, e 8 meses de detenção e 22 dias-multa, respectivamente. O valor do dia-multa foi fixado no mínimo cada, nos termos do artigo 38 da Lei n. 6.368/76. Determinado regime prisional aberto. Foi-lhes negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, assim como o *sursis*. Da decisão foram os réus intimados (fls. 147 e 158). Com o resultado, tão-somente, a defesa de Edson Pereira dos Santos não se conformou. Interpôs, no prazo legal, apelo objetivando a absolvição em face da fragilidade das provas acerca da autoria, haja vista que “tão-somente depoimentos de policiais não são elementos de prova suficientes para sustentar um decreto condenatório, nem implica em definição de autoria” — fl. 151. Alternativamente, é pretendida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos “considerando-se para tanto que o apelante é re-

conhecidamente primário, embora tenha antecedentes”.

Contra-razões constantes às 157/162, no sentido de ser mantido o que foi decidido. A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do apelo.

É o relatório.

A Lei n. 10.259/01, que “Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal”, conceituou, no parágrafo único do artigo 2º, que são de menor potencial ofensivo “os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”, contrapondo-se ao conceituado no artigo 61 da Lei n. 9.099/95 que estabelece “pena máxima não superior a um ano”. Embora a conceituação de maior abrangência tenha destinação específica — “para os efeitos desta lei” — bem como a proibição expressa de sua aplicação no âmbito da Justiça Estadual, artigo 20, última parte, há entendimento, praticamente unânime, em sentido contrário, sob pena de restar violado o princípio da igualdade assegurado na Constituição Federal.

Nesse sentido, a manifestação de Damásio E. De Jesus: “Em suma, entendemos que o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/01 derogou também a parte final do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95), ampliando a sua extensão. Em consequência, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/95, aqueles aos quais a lei comine, no

máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa, sem exceção. De maneira que os Juizados Especiais Criminais da Justiça Comum Estadual passam a ter competência sobre todos os crimes a que a norma de sanção imponha, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos (até dois anos), ainda que tenham procedimento especial” (Notícias Forenses, outubro/2001, pág. 61). No mesmo sentido: Mariana de Souza Lima Luand, Juizados Especiais Criminais, IBCCRIM, Edição Especial, ano 9, n. 107, outubro de 2001, pág. 22; Fernando Tadeu Cabral Teixeira, Primeiras Impressões sobre a Lei n. 10.259 de 12 de julho de 2001, Boletim IBCCRIM, n. 106, setembro/2001, pág. 2; Victor Eduardo Rio Gonçalves, IBCCRIM, n. 111, fevereiro/2002, págs. 1/2; Luiz Flávio gomes, Boletim IBCCRIM, n. 110, janeiro/2002, pág. 3. Como também o do Conselho Superior da Magistratura, *in* Resolução n. 5/1/CM, publicada no Diário da Justiça de 21 de dezembro de 2001, pág. 1, e Corregedoria-Geral da Justiça, Ofício Circular n. 61/02, de 14/1/2002.

Em decorrência, aplicável a nova conceituação de infração de menor potencial ofensivo, ao crime previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76, em que pese o procedimento especial previsto.

Da nova conceituação emerge norma de competência, qual seja, os apelos devem ser julgados pelas Turmas Recursais competentes (art. 82 da Lei n. 9.099/95). Cuidando-se de norma de natureza processual penal tem imediata aplicação, consoante preconizado no artigo 2º do Código de Processo Penal, de seguinte teor: “A

lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

Do novo dispositivo, ampliando a conceituação de infração de menor potencial ofensivo, emerge norma de competência, qual seja, os apelos devem ser julgados pelas Turmas Recursais pertinentes (art. 82 da Lei n. 9.099/95). Cuidando-se de disposição de natureza processual, tem imediata aplicação, consoante preconizado no artigo 2º do Código de Processo Penal, de seguinte teor: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

A respeito do tema, nos diz Julio Fabbrini Mirabete: “Havendo possibilidade de iniciar-se um processo na vigência de determinada lei e sobrevir lei nova que o regule, surge o problema de dirimir o aparente conflito entre as duas regras jurídicas, a anterior e a posterior. De acordo com o artigo 2º do Código de Processo Penal, ‘a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior’. Vige o princípio *tempus regit actum*, do qual derivam dois efeitos: a) os atos processuais realizados sob a égide da lei anterior se consideram válidos; b) as normas processuais têm aplicação imediata, regulando o desenrolar restante do processo. Estabeleceu-se na lei, portanto, o chamado princípio do efeito imediato ou princípio da aplicação imediata da lei processual penal. O fundamento lógico desse princípio é o de que a lei nova presumidamente é mais ágil, mais adequada aos fins do processo, mais técnica, mais receptiva

das novas e avançadas correntes do pensamento jurídico.

“O princípio do efeito imediato aplica-se também à matéria de competência, seja ela regulada por leis de processo, seja pelas normas de organização judiciária. Mesmo que a lei nova venha criar ou suprimir uma ordem de jurisdição, substituir juízes, modificar composição de tribunais etc., deve ser ela aplicada aos processos em curso” (Processo Penal, Editora Atlas, 1998, pág. 56).

Ou como nos diz José Frederico Marques: “A norma processual penal que entra em vigor também se aplica imediatamente nas questões de competência, quer sejam reguladas por leis processuais, quer reguladas pelas de organização judiciária. É o que ensina Carlos Maximiliano: ‘Disposições concernentes à jurisdição e competência aplicam-se imediatamente; regem o processo e julgamento de fatos anteriores à sua promulgação’” (Elementos de Direito

Processual Penal, Editora Forense, 1º vol., pág. 46).

Portanto, com a nova conceitualização de infração de menor potencial ofensivo, a competência para julgamento da apelação interposta é da Turma de Recursos.

Em face do exposto, o apelo não é conhecido, com remessa dos autos à egrégia Turma de Recursos pertinente.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Sérgio Roberto Baasch Luz. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 19 de março de 2002.

Sérgio Paladino,

Presidente,

Maurílio Moreira Leite,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2000.019035-7, DE IÇARA

Relator: Des. Solon d’Eça Neves

Apelação criminal — Crime contra o patrimônio — Latrocínio — Concurso de agentes — Confissão de dois dos apelantes na fase policial — Palavra do co-réu — Validade — Apreensão de vários objetos de uso pessoal da vítima no carro utilizado pelos apelantes, bem como apreensão da res furtiva — Vítima morta pelos comparsas — Irrelevância — Prova testemunhal escorregia — Condenação mantida.

A confissão extrajudicial, confortada pelo elenco produzido sob a garantia do contraditório, autoriza seja ela utilizada para fundamentar decreto condenatório.

Tratando-se de crime contra o patrimônio, a apreensão da res furtiva em poder do agente implica inversão do ônus da prova, cabendo à defesa apresentar justificativa convincente para o ocorrido.

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.

No roubo à mão armada, respondem pelo resultado morte, “situado em pleno desdobramento causal da ação criminosa, todos os que, mesmo não participando diretamente da execução do homicídio (excesso quantitativo), planejaram e executaram o tipo básico, assumindo conscientemente o risco do resultado mais grave durante a ação criminosa ou durante a fuga” (RSTJ 36/276).

Quadrilha armada — Conjunto probatório que evidencia a associação estável e permanente entre os acusados como membros de organização criminosa, com o fim de praticar diversos delitos com emprego de arma — Contexto firme no tocante ao sistema estruturado pelos apelantes — Inconformismos defensivos desacolhidos — Recursos desprovidos.

A doutrina tem entendido que se o bando é formado para a rática de crimes previstos na legislação como hediondos ou de tortura ou terrorismo, aplica-se em combinação com o artigo 288 do Código Penal as disposições do artigo 8º da Lei n. 8.072/90, isto é, se a quadrilha pratica crime considerado hediondo, incide o artigo 288 do Código Penal, mas com a pena prevista na lei especial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2000.019035-7, da comarca de Içara, em que são apelantes Sandro Luiz Corrêa, Cristian Luiz Santos Borowski, Telmo da Silva Bastos e Marcelo Silva, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento aos recursos

Custas legais.

O representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Sandro Luiz Corrêa, Cristian Luiz Santos Borowski, Marcelo da Silva e Telmo da Silva Bastos por infração ao disposto no art. 159, § 3º, e no art. 288, parágrafo único, c/c artigo 8º da Lei n. 8.072/90, ambos c/c o art. 69, *caput*, todos do Código Penal, pelos fatos assim descritos na exordial:

“Na manhã de 13 de setembro de 1997, um sábado, os denunciados Cristian Luiz Santos Borowski e Sandro Luiz Corrêa saíram de Porto Alegre—RS, no automóvel Fiat Tipo do segundo, com destino a Florianópolis—SC, cidade onde já os esperavam, na praia de Cachoeira do Bom Jesus, os denunciados Marcelo da Silva e Telmo da Silva Bastos. Desde o princípio, o objetivo dos quatro denunciados, conforme demonstram os autos, era o de se associarem em quadrilha ou bando com o intuito de cometerem crimes, em especial os chamados crimes hediondos, e mediante o uso de armas.

“Reunidos os quatro denunciados na capital catarinense, e formada deste modo a *societas sceleris*, resolveram aqueles, imediatamente, pôr em prática suas atividades criminosas, executando a modalidade criminosa conhecida como ‘seqüestro relâmpago’, a qual consiste em privar a vítima de sua liberdade, prometendo-se a ela sua restituição em prazo relativamente curto em troca de vantagem representada, no mais das vezes, pelo saque de quantias em dinheiro em caixas eletrônicos e/ou estabelecimentos bancários.

“Assim é que na noite de domingo, 14 de setembro de 1997, os denunciados dirigiram-se até o centro da cidade de Florianópolis, local onde, na Rua Almirante Lamego, por volta das 21 horas, escolheram ao acaso sua vítima: o médico Werton Gomes de Figueiredo, o qual se encontrava sentado, sozinho, no interior de seu veículo VW Santana Quantum, estacionado naquela via pública, em frente ao Edifício Ilhas do Sol, enquanto aguardava pelo retorno de sua espo-

sa, que ali adentrara. Imediatamente, então, os denunciados Marcelo e Telmo, armados de revólveres, e sob a cobertura dos denunciados Sandro e Cristian, estes (o primeiro armado, o segundo não, visto que seria o ‘motorista’) no interior do já aludido Fiat Tipo, estacionado nas imediações, renderam a vítima e a colocaram no banco do caroneiro de seu veículo Santana Quantum, sendo que Telmo assumiu a direção, passando Marcelo a ocupar o banco traseiro, saindo eles do local seguidos pelo automóvel Fiat ocupado pelos demais denunciados.

“Após rodarem com os dois veículos, por algum tempo, pelo centro da cidade de Florianópolis, os denunciados os estacionaram nas proximidades da Estação Rodoviária de Florianópolis, sendo que neste momento, enquanto Marcelo e Cristian ficaram tomando conta dos veículos e da vítima (a esta altura já colocada no porta-malas do Santana Quantum), Sandro e Telmo, como desde o início tencionavam, foram até uma agência do Banco do Estado de Santa Catarina (Besc) a fim de sacarem dinheiro da conta corrente da vítima, não tendo o conseguido, entretanto, em razão de, havendo passado das 22 horas, encontrar-se fechada a agência.

“Dali, seguiram os denunciados, a bordo dos dois referidos veículos, para a agência do Banco Itaú situada na Rua Tenente Silveira, também em Florianópolis, posto que haviam encontrado no interior do veículo da vítima, na bolsa de sua esposa Romelânia Berger, um cartão magnético daquele estabelecimento bancário; todavia, frustrado o saque, mesmo após o denunciado Marcelo, com a anuência dos demais, haver friamente dis-

parado um tiro contra o joelho esquerdo da vítima Werton para coagi-la (projétil de n. 12, às fls. 168 e 178), eis que a última não conhecia a senha da conta corrente de sua esposa, decidiram os denunciados dirigir-se até a cidade de Criciúma, já conhecida por Marcelo, a fim de efetuarem nova tentativa de saque na agência do mesmo Banco Itaú situada naquela Cidade.

“Em meio à viagem, os quatro denunciados pararam os dois veículos que tripulavam, o VW Santana Quantum e o Fiat Tipo, no posto de abastecimento de combustíveis denominado Auto Posto Arroio, situado no Km 276 da Rodovia BR 101, no município de Imbituba, onde deixaram estacionado o Fiat Tipo (no interior do qual já estavam diversos objetos e documentos pessoais da vítima, como se vê à fl. 35), e continuaram a percorrer o restante do trajeto, todos eles e mais a vítima, com apenas o primeiro dos automóveis ora aludidos.

“Chegando a Criciúma, por volta das 3 horas do dia 15 de setembro de 1997, os denunciados constrangeram a vítima a ligar de seu telefone celular (termo de apreensão de fl. 32) para sua esposa Romelânia, na cidade de Florianópolis, ocasião em que aquela finalmente obteve a senha da conta da última no Banco Itaú. De imediato, usando o cartão e a senha da esposa da vítima, os denunciados efetuaram na agência deste estabelecimento na cidade de Criciúma o saque da quantia de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), em moeda corrente, a qual ficou sob a guarda do denunciado Sandro.

“Após, ainda com a vítima no porta-malas do Santana Quantum (neste momento, então, com as mãos já amarradas), saíram os quatro denunciados, depois de pedirem informações a um taxista, em direção à BR 101; chegando nesta Rodovia, porém, passaram os denunciados a ter em seu encaixe um veículo GM Corsa, ocupado por integrantes da Polícia Civil de Santa Catarina, pondo-se aqueles em fuga, em alta velocidade.

“Durante a perseguição, os denunciados, na tentativa de despistar seus perseguidores, adentraram num posto de gasolina situado às margens da BR 101, oportunidade em que tanto alguns dos policiais quanto alguns dos denunciados chegaram a disparar suas armas de fogo. Inobstante, conseguiram os quatro denunciados continuar sua fuga, a bordo do Santana Quantum, instante em que, adentrando numa estrada secundária, pavimentada com terra, já neste município de Içara, conseguiram escapar do alcance do Corsa que conduzia os policiais.

“A seguir, estacionaram os denunciados o Santana Quantum à beira de uma plantação de milho localizada nos arredores do Bairro Vila Nova, neste município de Içara, lugar onde, quando eram aproximadamente 4h30min do mesmo dia 15 de setembro, aqueles, antes de abandonarem o veículo para empreenderem fuga, abriram seu porta-malas e, temendo (segundo o denunciado Cristian) que a vítima do seqüestro, depois de todo aquele tempo em poder deles, pudessem identificá-los, covarde e cruelmente desferiram diversos tiros contra ela, à queima-roupa (ver laudo pericial de exame cadavérico de fls. 166/179, e laudo de exame em local de morte de fls.

180/204), causando-lhe a morte (fotocópia da certidão de óbito da vítima Werton Gomes de Figueredo, à fl. 53).

“Quase que em seguida, os policiais que antes perseguiram o veículo da vítima chegaram ao local, sendo que, nas imediações, foram presos os denunciados Cristian e Sandro (os quais imputaram a autoria dos disparos que tiraram a vida da vítima aos denunciados Marcelo e Telmo, que conseguiram evadir-se).

“Registre-se que ao ser detido, Sandro tinha em seu poder a mencionada quantia de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) extorquida da vítima (termo de apreensão de fl. 31), e que Marcelo, embora haja logrado escapar da prisão no momento da descoberta do corpo da vítima, foi detido 3 dias depois, no entanto, na cidade Porto Alegre”.

Finda a instrução criminal, sobreveio a sentença que condenou os acusados:

Sandro Luiz Corrêa e Cristian Luiz Santos Borowski à pena de 20 (vinte) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e a 30 (trinta) dias-multa, por infração ao disposto no art. 157, § 3º, c/c art. 61, II, *d*, e art. 65, III, *d*, todos do Código Penal, e à pena de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, por infração ao art. 288, parágrafo único, do Estatuto Repressivo, c/c art. 8º da Lei n. 8.072/90, e art. 65, III, *d*, do Código Penal, na forma do art. 69 do Código Penal;

Marcelo da Silva à pena de 22 (vinte e dois) anos de reclusão, e 45 (quarenta e cinco) dias-multa por infração ao disposto no artigo 157, § 3º, c/c art. 61, II, *d*, ambos do Código Penal, e à pena de 7 (sete) anos e 4

(quatro) meses de reclusão, por infração ao art. 288, parágrafo único, do Estatuto Repressivo, c/c art. 8º da Lei n. 8.072/90, e art. 65, III, *d* do Código Penal, na forma do art. 69 do Código Penal;

Telmo da Silva Bastos à pena de 22 (vinte dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e a 45 (quarenta e cinco) dias-multa por infração ao disposto no art. 157, § 3º, c/c art. 61, I e II, *d*, ambos do Código Penal, e à pena de 7 (sete) anos e 10 (dez) meses de reclusão, por infração ao art. 288, parágrafo único, do Estatuto Repressivo, c/c art. 8º da Lei n. 8.072/90, e art. 61, I, do Código Penal, na forma do art. 69 do Código Penal.

Irresignados com a reprimenda imposta, apelaram os réus:

Sandro Luiz Corrêa, à fl. 1.156, requer a apresentação das razões recursais com base no § 4º do art. 600 do Código de Processo Penal;

Marcelo da Silva, em suas razões, colimou a absolvição por falta de provas da sua participação e, ainda, que não ficou provado durante a instrução criminal que os acusados formaram uma sociedade permanente para prática delituosa ou se este não for o entendimento da Câmara, pugna pela desclassificação para o delito previsto no art. 157, § 4º, do Código Penal;

Cristian Luiz Santos Borowski, por sua vez, postulou a absolvição quanto à infração do art. 288, parágrafo único, c/c o art. 8º da Lei n. 8.072/90 e o art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, na forma do art. 69 do Estatuto Repressivo, e requer ainda a redução da pena-base para 15 (quinze) anos e 5 (cinco) meses por

ser de menor importância a sua participação no evento delituoso, pois não pretendia o evento morte;

Telmo da Silva Bastos objetiva a absolvição em relação à tipificação da denúncia, pois não restou provada a sua participação no delito ou, alternativamente, a desclassificação para roubo qualificado, e, por fim, a absolvição do delito previsto no artigo 288 do Código Penal.

Contra-arrazoados os recursos pelo representante do Ministério Público de primeiro grau no sentido de ser mantida a sentença atacada, os autos ascenderam a este Sodalício onde o réu Sandro Luiz Corrêa apresentou suas razões recursais, postulando a desclassificação do delito imputado para o de roubo qualificado, absolvendo-o quanto ao delito do art. 288 do Código Penal e a aplicação da redução pela confissão espontânea.

Rebatido o recurso do acusado Sandro Luiz Corrêa, o representante do *Parquet* manifestou-se pelo desprovimento do recurso, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Demétrio Constantino Serratine, opinou pelo desprovimento de todos os apelos.

É o relatório.

Os recursos defensivos interpostos não devem ser providos.

A materialidade pode ser comprovada pelos Termos de Apreensão de fls. 36, 38/41, 43, 57/58, pelos Termos de Entrega de fls. 54/55, 60, pelo Laudo de Exame Cadavérico de fls. 174/187 e pelos Laudos Periciais de fls. 188/212, 277/280 e 706/715.

A autoria é indiscutível, restou comprovada tanto pelas companheiras dos apelantes, à época dos fatos, quanto pelas confissões de Cristian e Sandro, bem como pelas inúmeras testemunhas que reconheceram os acusados, em face dos roubos perpetrados na cidade de Florianópolis, e ainda pelo crime de latrocínio cometido pela quadrilha, e demais provas, harmônicas com a sentença de primeiro grau.

Da declaração de Sandro Luiz Corrêa prestada às fls. 24/26, perante a autoridade policial se extrai:

“...que se instalaram numa cabana situada na localidade de Cachoeira do Bom Jesus, próximo à praia de Canasvieiras; que, nessa casa estavam seus amigos Telmo e Marcelo, acompanhados de suas namoradas; que a intenção do grupo era arrumar algum dinheiro, em especial, assaltando alguém, pegar dinheiro no banco e liberar a vítima com vida; que os quatro saíram com o Tipo do depoente no centro de Florianópolis—SC; que, retifica o depoente, dizendo que dirigiu-se ao centro no domingo p. p. acompanhado de Cristian e que encontraram Marcelo e Telmo que já estavam no centro desde aquela tarde; que o depoente estava armado com seu revólver calibre 38, arma que tem registro e porte; que Telmo e Marcelo também estavam armados com revólveres calibre 38; que, o depoente ficou no interior do veículo juntamente com Cristian, e que Marcelo e Telmo assaltaram um homem que estava no interior de um veículo Santana Quantum; que tentaram sacar quantia em dinheiro do caixa eletrônico do Besc, com o cartão e senha fornecidos pela vítima, mas que não conseguiram em virtude

de ter ultrapassado as 22 horas; que, Marcelo então disse que conhecia Criciúma e que sacariam dinheiro no Banco Itaú, com Cartão magnético da esposa da vítima; que Marcelo deu um tiro na perna da vítima, que pegou de raspão, para conseguir a senha da conta da esposa da mesma; que deixaram o veículo Tipo num posto de gasolina, numa cidade próxima de Imbituba seguiram todos para a cidade de Criciúma no Santana Quantum, com a vítima no porta-malas; que, pararam o veículo próximo ao banco Itaú, no centro de Criciúma, sendo que Marcelo, com o cartão e a senha da vítima, retirou a quantia de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais); que Marcelo deixou o dinheiro com o depoente em virtude de o declarante estar mais bem arrumado e iria conduzir o Tipo, na volta; que pararam próximo de um ponto de táxi, e Marcelo foi falar com o motorista, perguntando a saída da cidade; que, próximo ao trevo, na BR 101, perceberam que um veículo Corsa branco os seguia, fazendo com que Telmo, que estava na condução do carro, parasasse num posto e posicionasse de frente para a via; que, o depoente estava sentado no banco de trás; que, o corsa branco parou na rodovia, oportunidade em que Telmo arrancou bruscamente o veículo, sendo que ocupantes do veículo corsa atiraram, e alguns tiros bateram no veículo; que, nenhum membro do grupo foi atingido pelos disparos, e a vítima ficou desesperada, mas em nenhum momento disse que foi atingida por qualquer bala; que conseguiram se livrar do Corsa branco; que, o grupo tinha decidido que a vítima seria liberada junto com seu veículo em lugar ermo; que a vítima já tinha sido amar-

rada pelo Telmo, pelas mãos; que a vítima estava tranqüila em função de o grupo ter garantido para a mesma que não seria morta; que, antes de pararem o veículo em lugar ermo, o Telmo pegou o revólver do declarante, oportunidade em que, além de temer pela segurança da vítima, o mesmo ainda poderia matar o declarante e o Cristian; que, o depoente estava na condução do veículo e em lugar ermo parou o carro; que o depoente e Cristian saíram do carro e viram quando Marcelo e Telmo começaram a atirar na vítima deitada no porta-malas; que o depoente viu o Marcelo e o Telmo sair de dentro do carro, abrir a porta do porta-malas, e bem de pertinho da vítima efetuou alguns disparos contra a mesma (...).”

O depoimento prestado por Cristian, às fls. 19/24, descreve igualmente todo o procedimento suso citado, dando, inclusive, conta de outro seqüestro relâmpago perpetrado pelo grupo, que, ao contrário da vítima Werton Gomes de Figueiredo, acabou com a libertação do seqüestrado.

“(…) Que, no Sábado, o depoente tomou conhecimento de que Marcelo e Telmo praticaram um assalto dias antes do depoente chegar, no continente da capital catarinense, crime este, segundo os mesmos, foi um assalto a um cidadão, que estava com um veículo Fiesta ou Parati, o qual foi levado junto com o veículo e, após, liberado, e, na oportunidade, foi roubada a quantia de R\$ 400,00 e um revólver que estava na capanga da vítima, revólver este de calibre 38, o qual ficou com Telmo...”.

Ana Cláudia Martin Caldas e Jader Anderson Adams, em suas declarações de fls. 83/84 e 88/89, respectivamente, além de reconhecerem o acusado Marcelo da Silva, demonstram o envolvi-

mento dos apelantes em outros crimes semelhantes, senão vejamos:

“...Que, quando a declarante estava abrindo a porta do carro, aproximou-se um indivíduo e apontou uma arma de fogo, determinando que entrassem; Que, a declarante esclarece que um pouco antes de chegar no seu veículo, cruzou com um carro Volks Gol, cor branca, que ocupado por dois indivíduos, tentava estacionar junto à calçada; que, a declarante esclarece que um dos indivíduos que estava no Volks Gol embarcou no veículo da declarante, junto com o outro que rendeu a declarante; que, os indivíduos deixaram o local, mas entre eles conversaram e indagaram um ao outro aonde estava o ‘lobo’(...)”.

“...Que, o indivíduo que estava sentado no banco traseiro, ficava o tempo todo falando e chegou ao ponto de encostar a arma na boca, dizendo que iria se matar; que, o motorista parecia ser mais esperto e aparentava ser muito violento...”

“...a declarante reconhece como sendo Marcelo da Silva o indivíduo que lhe assaltou e assumiu a direção do seu veículo...” (Ana Cláudia Martin Caldas).

E o outro depoimento:

“No dia dos fatos, precisamente no dia 10 do corrente mês de ano, por volta de 24 horas, estando o declarante em companhia de Karine Krawolski, sua namorada, no interior de um veículo de sua propriedade, porquanto conversavam, inesperadamente foi abordado por dois elementos, nesta ocasião identificados como sendo, possivelmente Marcelo e Cristian, os quais portavam cada um deles uma arma de fogo, sabendo o decla-

rante tratar-se ambos de revólveres, e anunciaram ser um assalto, e sob ameaça determinaram ao declarante e sua namorada que abrissem as portas e imediatamente determinaram, após o desferimento de uma coronhada no declarante, fossem ambos para o banco traseiro do veículo, sempre sob mira das armas que portavam; que após colocado o declarante e sua namorada na condição já mencionada, um dos meliantes passou à condição de motorista e determinaram que o declarante fosse orientado sobre o endereço de caixas eletrônicos, mas antes roubaram do depoente e de sua namorada a quantia aproximada de R\$ 150,00; Que os meliantes tentaram sacar dinheiro de dois caixas eletrônicos, e, sem conseguirem êxito, destinaram-se à agência onde o depoente detém a conta, e novamente não conseguiram; que diante do insucesso, ainda sob ameaça, mantiveram o declarante e sua namorada no interior do veículo, e a seguir destinaram-se ao bairro do Estreito, ocasião em que a namorada foi colocada no bagageiro do veículo, e no referido local foram retirados do veículo e liberados; que por ocasião do assalto o declarante recebeu uma coronhada nas proximidades da costela esquerda, apresentando neste ato marca da violência; que, a partir de então, o declarante e sua namorada fizeram contato com familiares e posteriormente dirigiram-se ao 1º DP/CAP para registrar a ocorrência...”

“...não houve nenhuma dúvida em reconhecer Marcelo como sendo um dos integrantes da dupla de assaltantes” (Jaderson Adams).

Fica óbvio o envolvimento dos meliantes no crime de latrocínio perpetrado, bem como o envolvimento des-

tes em outros seqüestros relâmpagos, tendo os quatro acusados, inclusive, alugado uma casa em Florianópolis para realizarem inúmeros delitos na região, associando-se de forma estável para realização de crimes.

A companheira do acusado Sandro, Liziane Florence Luz, às fls. 97/98, declarou:

“...Que em torno de dez dias passados Sandro indagou a declarante sobre a possibilidade de passarem alguns dias em Florianópolis, pois já era de conhecimento da declarante a existência de uma casa alugada em épocas passadas por outros familiares, tendo a declarante comentado que, se ele tivesse dinheiro, poderiam fazer a viagem; Que devidamente combinado, saíram a declarante, Sandro, Thaís, Cristian e Alecsandra, todos de Porto Alegre, com rumo a Santa Catarina, onde se hospedaram na localidade de Cachoeira do Bom Jesus...

“...a declarante encontrou alguns talões de cheques, fato que chamou-lhe a atenção, mas passou despercebida sem que tivesse indagado sobre os talões...

“...Que com a ausência de todos e considerando o comportamento um pouco estranho, até mesmo em relação ao envolvimento com mulheres, desconfiou a declarante que algo errado poderia ou estaria por acontecer, e somente confirmou sua desconfiança quando na manhã de hoje foi surpreendida com a presença de policiais civis de Santa Catarina, os quais davam notícias de haver o grupo praticado crime de latrocínio...

“...uma certa data não lembrada pela declarante, na localidade de Capão da Canoa/RS, lá estiveram Marcelo

e Telmo, os quais procuravam Sandro, e como esse não estivesse, numa outra data procederam da mesma forma e então combinaram sobre a vinda para Florianópolis, sem que a declarante levasse qualquer suspeita sobre suas intenções...”

Em Juízo a depoente Liziane (fls. 499/503) e Thaís (fls. 505/510), namorada do réu Cristian ao tempo do ocorrido, explicitamente narram a presença dos quatro acusados na casa alugada, além de alegarem a existência de armas de fogo usadas pela quadrilha.

Não bastasse isso, além dos acusados Sandro, Cristian e Marcelo terem sido reconhecidos por três pessoas durante a viagem entre Florianópolis e Criciúma (Termos de Reconhecimento de fls. 308/310 e 315), a testemunha Josué Borges (fls. 27v.), taxista de Criciúma, afirma que “...por volta das 3h30min, um veículo Santana Quantum de cor dourada parou ao lado do carro do depoente; Que nesse veículo tinha quatro pessoas, sendo dois na frente e dois atrás; Que o motorista do veículo perguntou ao depoente onde era a saída para a BR 101...”

Quanto às palavras de Sandro e Cristian, acrescente-se que pode também servir de meio probatório, mormente em situação como dos autos, em que não se alegou qualquer possibilidade de inimizade ou vingança entre ambos, valendo então, aqui, a lição 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., Rio de Janeiro, 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 cojetada:

“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, págs. 177 e 178).

Não procede a alegação recursal argüida por Marcelo e Telmo clamando pela absolvição diante da falta de provas de suas participações no crime de latrocínio.

Importante ressaltar que os policiais encontraram, no Fiat Tipo deixado pelos meliantes num posto em Imbituba, inúmeros objetos de propriedade da vítima, além da apreensão em poder de Sandro Luiz Corrêa dos R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), quantia sacada com cartão de crédito da conta da vítima, acarretando, por consequência, a inversão do *onus probandi*.

Da jurisprudência do nosso Tribunal retira-se:

“A apreensão da *res furtiva* em poder do acusado enseja, incontestavelmente, inversão do ônus da prova” (RT 728/543).

Em suas apelações, tanto Cristian, como Sandro e Telmo, desejam a absolvição do crime de formação de quadrilha, mas como se pode perceber, exsurge evidente a associação dos quatro acusados visando à prática de inúmeros crimes, reforçado, tal entendimento, pela apreensão (Termos de Apreensão e Entrega de fls. 90, 93, 96, 124), na casa em que estavam em Florianópolis, de uma enorme quantidade de objetos provenientes de furtos.

Consoante a doutrina, acerca do delito em tela:

“O núcleo do tipo é associar-se, que significa unir-se, ajuntar-se, reunir-se. É necessária a reunião de mais de três pessoas, caracterizando a quadrilha ou bando, ou seja, exige-se, no mínimo, quatro pessoas. Entende-se por quadrilha ou bando a ‘reu-

não estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes' (Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, vol. IX, Rio, Forense, 1959, pág. 177). A associação tem como objetivo a prática de crimes, excluídos a contravenção ou atos imorais" (Luiz Regis Prado, Código Penal Anotado e Legislação Complementar, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 849).

Continuando na lição, ressalta o autor:

"A associação de forma estável e permanente, bem como o objetivo de praticar vários crimes, é o que diferencia o crime de quadrilha ou bando da co-autoria. A incidência da qualificadora (parágrafo único) não requer que todos os integrantes da quadrilha estejam armados (...)" (ob. cit., pág. 850).

Este Tribunal assim já se manifestou:

"(...). Crime de quadrilha. Tipo autônomo e permanente. Estabilidade da aliança entre seus membros demonstrada. Recursos defensivos providos parcialmente apenas para adequação das penas. (...)" (Ap. Crim. n. 28.905, de Chapecó, rela. Desa. Odete Maria de Oliveira, j. em 21/5/93).

Recentemente decidiu este Órgão Fracionário:

"Quadrilha — Caracterização — Prova para condenação — Confissão corroborada pelos demais elementos dos autos — Não identificação de todos os quadrilheiros — Irrelevância — Aumento de pena — Emprego de arma — Disponibilidade do armamento pelo bando — Condenação mantida.

"Para o reconhecimento do crime de quadrilha ou bando, basta a caracterização do vínculo associativo estável e permanente, com o fim de praticar indeterminado número de crimes, entre quatro ou mais indivíduos, prescindindo-se da análise de como cada um dos concorrentes houve por participar nas ações do grupo.

"A confissão prestada à autoridade policial e confirmada em juízo é elemento valioso na formação do convencimento do julgador, ainda mais quando amparada por outros indícios e circunstâncias constantes dos autos, sendo suficiente para sustentar a condenação.

"A impossibilidade de identificação de alguns dos seus membros não impede a condenação pelo crime de quadrilha, desde que certa a existência e a intervenção dessas pessoas na *societas delinquentium*.

"O aumento de pena pelo fato de ser armada a quadrilha justifica-se por sua maior potencialidade ofensiva, sendo suficiente ao seu reconhecimento a disponibilidade de armamento pelo bando, pouco importando qual dos integrantes seja seu proprietário" (Ap. Crim. n. 97.008566-4, de Blumenau, julgada em 23/9/97).

A doutrina tem entendido que, se o bando é formado para a prática de determinados crimes, previstos na legislação como hediondos, ou de tortura ou terrorismo, aplica-se em combinação com o artigo 288 do Código Penal as disposições do artigo 8º da Lei n. 8.072/90, isto é, se a quadrilha pratica crime considerado hediondo, incide o artigo 288 do Código Penal, mas com a pena prevista na lei especial.

Quanto às razões recursais de Cristian e Sandro, que em comum afirmam não terem participado da morte da vítima, posto que não queriam o resultado, pois foi causado exclusivamente pelos outros dois apelantes, não existe possibilidade do reconhecimento da participação de menor importância, em face da presença de atos que a desqualificam tais como prévio ajuste, presença em todos os lugares em que se desenrolou o delito, vigilância da vítima, cobertura aos comparsas, ou, tampouco, a desclassificação do delito para roubo qualificado, como deseja Sandro, pelo simples fato de diante das circunstâncias ser possível prever o resultado ocorrido.

Na Corte, idêntico é o entendimento:

“Latrocínio. Concurso de agentes. Morte da vítima para subtração de seus bens. Pretendida desclassificação para homicídio inadmissível. Co-autor que, dadas as circunstâncias, previa a possibilidade do evento morte. Dolo eventual caracterizado. Irrelevância de não ter sido o autor material da agressão. Participação de menor importância afastada. Apelações desprovidas. Condenações mantidas” (Ap. Crim. n. 28.198, de Balneário Camboriú, rel. Des. Rogério Lemos).

“Revisão criminal — Latrocínio — Pretendida desclassificação para roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes — Circunstâncias que permitem estabelecer uma relação direta entre o roubo e o evento morte — Impossibilidade — Co-autoria caracterizada — Participação de menor importância — Aplicação do art. 29, § 1º, do CP — Inadmis-

sibilidade — Condenação mantida — Pedido desprovido.

“O agente que concorda ou aceita em participar do crime de roubo, que acabou seguido de morte, dentro de uma só unidade complexa de fato, em pleno desdobramento causal da ação criminosa, responde pelo crime de latrocínio, ainda que não tenha atirado na vítima” (Rev. Crim. n. 1997.008383-1, de Chapecó, rel. Des. Álvaro Wandelli).

“Latrocínio. Roubo a passageiros de ônibus. Concurso formal. Participação de menor importância. Crime hediondo. Regime prisional.

“1. Para a incidência do parágrafo terceiro do art. 157 do CP não é necessário que a lesão corporal de natureza grave ou morte ocorra por ação dolosa; basta um desses resultados para qualificar o roubo.

“2. Não há participação de menor importância em latrocínio se o agente, de comum acordo com os comparsas, todos armados, ameaça passageiros de ônibus para que lhes entreguem seus bens. A eliminação de um deles, a tiros, era ato previsível” (TJDF — Ap. Crim. n. 99.579 — rel. Des. Getúlio Pinheiro — j. 9/10/97, JUIS — Jurisprudência Informatizada Saraiva n. 13).

Referente às alegações de Sandro e Telmo, afirmando que foram os policiais os verdadeiros responsáveis pela morte da vítima, quando trocaram tiros com os apelantes, tendo acertado o veículo e a vítima, temos como impossível diante da prova pericial de balística, que demonstra que os tiros acertaram os vidros laterais da *Quantum*, e a vítima estava imobilizada, amarrada e deitada no porta-bagagens do veículo.

Uma análise mais atenta do Laudo Pericial de fls. 188/212 joga por terra a assertiva defensiva, pois os projéteis advindos de fora do veículo não atingiram a vítima.

Com relação à agravante do meio cruel, não há como não reconhecê-la, uma vez que da análise dos autos verifica-se que além de terem atirado no joelho da vítima para conseguirem o número da sua senha do banco, no desfecho da conduta delituosa desferiram contra a vítima um total de doze tiros.

Veja-se que tal entendimento harmoniza-se com o conceito de meio cruel, que segundo a doutrina “É o que aumenta o sofrimento do ofendido, ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais

elementar sentimento de piedade” (Damásio E. de Jesus, Código Penal Anotado, São Paulo, Saraiva, 10ª ed., 2000, pág. 213).

Assim, diante do exposto, nega-se provimento aos recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 26 de março de 2002.

Genésio Nollí,
Presidente com voto;
Des. Solon d’Eça Neves,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.022100-4, DE CURITIBANOS

Relator: Des. Solon d’Eça Neves

Apelação criminal — Fuga de um dos co-réus — Sentença expressa em não admitir a apelação sem o agente se recolher à prisão — Exegese do artigo 594 do Código de Processo Penal — Não conhecimento do recurso por falta de pressuposto de admissibilidade.

Não se conhece da apelação por falta de pressuposto de admissibilidade recursal quando o réu está foragido e a sentença é expressa na impossibilidade de apelar em liberdade.

Latrocínio — Pluralidade de vítimas — Confissão corroborada com as demais provas coligidas — Validade — Crime caracterizado — Edito condenatório confirmado — Bem subtraído pertencente a uma família — Concurso formal — Reconhecimento de ofício — Uma ação desdobrada em vários atos — Desígnios autônomos — Participação de menor importância — Inocorrência.

O crime de latrocínio praticado contra diversas vítimas configura o concurso formal próprio, pois o agente pratica apenas uma ação desdobrada em vários atos.

Não se cogita em participação de menor importância no crime de latrocínio quando o agente de comum acordo com os comparças — estando todos eles armados — ceifam a vida das vítimas, já que tal conduta era pressuposto previsível do ato.

Regime prisional — Crime enquadrado na categoria de hediondo — Progressão expressamente vedada — Exegese do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 — Resgate da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado — Constitucionalidade do dispositivo reconhecida pelo STF e pelo STJ — Subsistência da Lei n. 8.072/90 em face da Lei n. 9.455/97 — Recurso desprovido.

“1. A Lei n. 9.455, de 1997 não revoga, por extensão, o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. Esta não autoriza a progressão nos denominados crimes hediondos relativos ao terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes etc. Já aquela, consagra o benefício apenas (unicamente) para o delito de tortura. Não se pode pretender, na hipótese, a revogação por via oblíqua, porque (1) a nova lei não é incompatível com a anterior e dela difere apenas por questão de política criminal, no tocante ao regime prisional de um dos vários crimes qualificados como hediondos. Ademais, (2) a matéria versada na Lei n. 8.072/90 não foi disciplinada de modo diverso a dar azo ao entendimento de sua revogação” (HC n. 13.537/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 12/9/2000, DJU 16/10/2000).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.022100-4, da comarca de Curitiba, em que são apelantes Carla Maria Vaz e Rodrigo Cristiano dos Santos, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, de ofício, reconhecer o concurso formal na forma delineada no voto, estendendo-se tal medida ao co-réu Rodrigo Cristiano dos Santos; não conhecer do

recurso deste e negar provimento ao da co-ré Carla Maria Vaz.

Custas legais.

O representante do Ministério Público da comarca de Curitiba ofereceu denúncia contra Carla Maria Vaz e Rodrigo Cristiano dos Santos dando-os como incurso no art. 157, § 3º, parte final (se resulta morte), por quatro vezes, c/c art. 29, c/c art. 224, a, c/c art. 71, parágrafo único, c/c art. 61, II, c (à traição), d (com emprego de meio cruel), f (prevalecendo-se de relações domésticas), e, h (contra criança),

todos do Código Penal, aplicando-se, ainda, o art. 1º, II, e art. 9º, ambos da Lei n. 8.072/90, pelos fatos assim narrados na exordial acusatória:

“No dia 1º de agosto de 1998, por volta das 19 horas, os denunciados, juntamente com a menor M. I. V., após frustrado plano para assaltar o Supermercado Duarte, nesta Cidade e Comarca, resolveram dirigir-se à residência de Valdir Feroldi, para cobrar-lhe uma dívida proveniente de serviços prestados por Rodrigo.

“Desta forma o denunciado Rodrigo bateu na porta da casa de Valdir, enquanto Carla e a menor M. I. V., permaneciam escondidas, sendo atendido pela vítima Daiane, a qual informou que Valdir Feroldi achava-se ausente.

“Encontravam-se, no entanto, no local, as vítimas, Sandra Aparecida dos Santos, esposa de Valdir Feroldi, os filhos do casal, Ricardo dos Santos Feroldi e Robson dos Santos Feroldi, e a cunhada Daiane de Lima Santos.

“Ato contínuo Rodrigo deslocou-se até o local onde a menor infratora e a outra denunciada estavam escondidas, e planejaram matar todas as vítimas, inclusive Valdir Feroldi, quando o mesmo retornasse, e roubar diversos objetos, entre os quais, as televisões da residência, a carteira de Valdir e um automóvel, o qual serviria para transportar estes bens.

“Para tanto, os denunciados, armados com uma faca cada um, e a menor M. I. V., portando um facão, instrumentos estes de que os mesmos tinham se munido para a realização do assalto ao supermercado (conforme auto de apreensão de fls. 155, 157 e 158), posicionaram-se rente à

residência, conforme esquema previamente idealizado.

“Enquanto Rodrigo batia novamente à porta a denunciada e a menor ocultavam-se ao lado da entrada da residência, encostadas na parede.

“Desta vez a vítima Sandra veio atender o denunciado, sendo que Carla puxando aquela pelos cabelos, começou a desferir-lhe vários golpes de faca.

“Neste momento a vítima Daiane, com 10 anos de idade, irmã de Sandra, ouvindo os gritos desta, veio em seu socorro, quando, então, Rodrigo indo a seu encontro, na sala da residência efetuou contra a mesma vários golpes de faca, produzindo-lhe os ferimentos descritos no auto de exame cadavérico de fl. 8, causa eficiente de sua morte.

“Este denunciado, ainda, retornando ao local onde estava Sandra (garagem), produziu o esgorjamento da mesma mediante golpe com a faca que possuía. Tal ferimento, juntamente com aqueles produzidos pela denunciada Carla, causaram a morte da vítima (auto de exame cadavérico de fl. 5).

“Os denunciados, imbuídos, ainda, de intenso *animus necandi*, dirigiram-se aos quartos dos menores Robson (com 5 anos de idade) e Ricardo (2 anos de idade) e produziram na primeira vítima as lesões que lhe causaram a morte (auto de exame cadavérico de fl. 14).

“Da mesma forma, Rodrigo igualmente fazendo uso de sua faca, seccionou transversalmente o pescoço da vítima Ricardo, causando-lhe a morte, conforme consta do auto de exame cadavérico de fl. 11.

“Após estes fatos o denunciado Rodrigo foi atrás da espingarda que tinha ciência que Valdir Feroldi possuía, eis que já havia trabalhado para o mesmo, no matadouro, com o intuito de esperar o retorno do mesmo, matar-lhe, e furtar a sua carteira.

“Como não conseguiu localizar a munição da arma, desistiu do seu objetivo, e juntamente com Carla e a menor M. I. V. subtraíram da residência um relógio de mesa ‘Quartz Alarm’, na tonalidade vermelha, com ponteiros pretos e um aparelho de som, marca Philips, modelo AS125, 3 em 1, com duas caixas de som da mesma marca.

“Este último objeto, juntamente com as caixas que o acompanham foi abandonado pelos infratores acima mencionados, próximo à residência onde ocorreria o delito”.

O processo seguiu seus trâmites legais tendo, ao final, o Magistrado julgado parcialmente procedente a denúncia, condenando os acusados Rodrigo Cristiano dos Santos e Carla Maria Vaz à pena de 120 (cento e vinte anos) de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, por infrações ao art. 157, § 3º (parte final), por quatro vezes, c/c arts. 29, 61, II, c e d, 69, 224, a, todos do Código Penal e, ainda, no art. 9º da Lei n. 8.072/90.

Inconformados com a decisão, ambos os réus recorreram. A ré objetiva a desclassificação para o crime de homicídio, pois não ficou cabalmente provada a efetiva apropriação de bem móvel. Alternativamente, pugna pelo reconhecimento de crime único, já que entende que se há multiplicidade de mortes, esta não induz

à multiplicidade de latrocínios. Aduz que caso não seja esse o entendimento, que seja aplicado o crime continuado e não o concurso material de crimes, bem como seja reconhecida a participação de menor importância (art. 29 do CP) e seja excluída a agravante do meio cruel. Por fim, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis concretas, entende que a pena deva ser fixada no mínimo legal, e que seja permitida a progressão de regime.

O réu, por intermédio de seu defensor dativo, objetiva a absolvição de acordo com o art. 386, IV, do Digesto Processual Penal, ou, alternativamente, que a pena imposta seja mitigada.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer exarado pelo Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira, opinado pelo provimento parcial dos recursos, para afastar a continuidade delitiva.

É o relatório.

O recurso do réu Rodrigo Cristiano dos Santos não pode ser conhecido, por encontrar-se foragido.

Conforme ofício do Administrador do Presídio da comarca de Caçador, no dia 19/11/00 o detento Rodrigo Cristiano dos Santos juntamente com outros detentos conseguiram desgastar o reboco entre as lajes da passagem de ar do presídio, empreendendo fuga (fl. 501).

Assim, sendo a sentença condenatória expressa na vedação de interposição de recurso sem o réu estar recolhido à prisão (art. 594 do CPP), torna-se incogitável admitir a peça apelativa desse acusado.

Retrata tal dispositivo:

“Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

Do escólio de Julio Fabbrini Mirabete sobre a necessidade de recolhimento à prisão como pressuposto para conhecimento do recurso, *verbis*:

“A Constituição permite a custódia por ordem da autoridade judiciária competente e o art. 594 não contempla interpretação extrema e nem aplicação limitada quando prevê o recolhimento do réu condenado à prisão: é regra procedimental condicionante do processamento da apelação, não foi derogado pelo art. 5º, LVII, da CF de 1988, está fundamentada pela sentença condenatória e não ofende a garantia constitucional de ampla defesa” (*in* Código de Processo Penal Interpretado, 6ª ed., São Paulo, Atlas, 1999, pág. 754).

E continua:

“O recolhimento do réu à prisão para apelar deve ocorrer antes de decorrido o prazo para o recurso, sob pena de transitar em julgado a sentença” (*op. cit.*, pág. 761).

No mesmo diapasão é o posicionamento da jurisprudência:

“Deve recolher-se à prisão, para poder apelar, o réu intimado da sentença condenatória por edital e a quem, no ato apenatório, não foi reconhecido expressamente o direito de apelar em liberdade, dado que, em tais circunstâncias, o prévio recolhimento à prisão se constitui em condição de re-

corribilidade, nos precisos termos do art. 594 do CPP” (RJTJERGS 135/72).

E ainda:

“Réu foragido. Sentença que determina a expedição de mandado de prisão, que restou não cumprido, por estar o réu em lugar incerto e não sabido. Descumprimento do art. 594 do Código de Processo Penal caracterizado. Não conhecimento do recurso” (Ap. Crim. n. 27.475, de Itajaí, rel. Des. Nauro Collaço).

Destarte, não se conhece do recurso ofertado pelo réu Rodrigo Cristiano dos Santos.

Passa-se à análise da apelação interposta pela ré Carla Maria Vaz.

A materialidade do crime encontra-se demonstrada pelos autos de exames cadavéricos (fls. 11, 14, 17, 20), pelas fotos da vítima (fls. 36/42), pelas certidões de óbitos (fls. 43/46), pelo auto de vistoria em instalação elétrica (fls. 77/80), pelos autos de exibição e apreensão (fls. 161/165) e pelo laudo pericial (fls. 175/272).

A autoria, por sua vez, é inconteste ante a confissão extra e judicial da apelante Carla, que com riquezas de detalhes contou como se desenrolou o ato bestial, encontrando eco nas provas coligidas, em especial nas demais declarações dos co-autores. Senão vejamos:

A meliante Carla Maria Vaz, em interrogatório (fls. 293/297), confessou:

“Que na data dos fatos a interroganda encontrava-se em sua residência acompanhada de Rodrigo e M. I., que resolveram assaltar o Supermercado Duarte, pois precisavam de dinheiro; que quem teve a idéia foi Ro-

drigo; que Rodrigo combinou com a interroganda e M. I. que iria na frente e logo em seguida iriam as demais; que não pegaram as facas na casa da interroganda; que antes de irem ao Supermercado a interroganda e I. passaram na casa de sua mãe, que Rodrigo ficou aguardando na casa da maravalha; que conversaram aproximadamente uns vinte minutos no portão da casa da mãe da interroganda; que encontraram Rodrigo e foram até a casa do mesmo, que ficava próximo ao Supermercado Duarte; que foram até a casa do Rodrigo buscar as facas; que Rodrigo já tinha consigo a faca de cabo preto, pois sempre levava a mesma junto; que na casa de Rodrigo lhe foi entregue a faca de cabo branco e o outro facão foi entregue para M. I., que a interroganda guardou a faca no braço esquerdo por baixo da blusa; que I. levava o facão na cintura, por dentro da calça; que Rodrigo levava a sua faca na cintura, que chegara na frente do Supermercado Duarte, por volta das 18 horas; que tinham combinado que a interroganda e M. I. deveriam render a moça que cuidava do caixa enquanto Rodrigo rendia o açougueiro; que também acertaram que caso alguém reagisse deveriam matar; que não entraram no Supermercado pois o mesmo estava cheio; que esperaram o Supermercado fechar; que nega ter dado a idéia de render o dono do Supermercado quando este entrasse no carro; que estavam voltando para casa quando Rodrigo teve a idéia de passar na casa de Valdir, pois este estava lhe devendo dez reais, por serviços prestados; que foram até a casa de Valdir, tendo a interroganda e I. ficado próximo ao portão, enquanto Rodrigo ia até

a casa; que já era escuro e acredita a interroganda que era próximo das 19 horas; que não podiam chegar próximo da casa, pois I. não se dava com Sandra; que Sandra não queria que I. entrasse no pátio da casa; que Rodrigo foi até a casa e logo em seguida voltou; que Rodrigo contou à interroganda que conversou na casa com Daiane, e esta informou que Valdir não estava; que Rodrigo disse à interroganda e I. que Valdir não estava e que só voltaria às 23 horas; que Rodrigo sugeriu que entrassem na casa para roubar; que a idéia era entrar na casa, roubar o que fosse possível e se caso alguém reagisse matar; que ficaram combinando o roubo próximo à caminhonete que estava estacionada próximo à garagem; que estava escuro e não havia luz do lado de fora da casa; que ficou combinado que Rodrigo bateria na porta e pediria um copo de água, e então entrariam na casa; que Rodrigo disse à interroganda que Sandra estava na sala, deitada no sofá, assistindo televisão; que Rodrigo dirigiu-se sozinho até a casa e bateu na porta da sala; que foi atendido por Sandra e enquanto esta foi buscar um copo de água, Rodrigo chamou a interroganda e I., as quais ficaram escondidas ao lado da porta rente à parede; que a luz da garagem estava acesa; que Sandra voltou com o copo de água e entregou para Rodrigo; que Rodrigo tomou a água e ao devolver o copo para Sandra esta viu a interroganda e I., que então Rodrigo puxou Sandra para fora e mandou que a interroganda segurasse no cabelo da mesma; que Sandra começou a gritar; que Sandra dizia, porque 'Vermelho' estava fazendo isso; que I. também ajudava a segurar Sandra; que Rodri-

go entrou para dentro da casa; que em ato contínuo a interroganda puxou a faca que trazia e esfaqueou Sandra três vezes no peito; que Sandra tentava reagir e não caiu; que Rodrigo voltou de dentro da casa e disse para a interroganda e I.: ‘você não fizeram nada, a menina eu já acabei’; que deu três facadas nas costas de Sandra; que Sandra não caiu e a interroganda e I. continuavam a segurar; que Sandra ainda gritava; que Rodrigo passou a faca no pescoço de Sandra; que esclarece a interroganda, que Rodrigo após esfaquear Sandra nas costas a derrubou no chão quando então passou a faca na garganta; que puxaram o corpo de Sandra para perto do Frizer, na tentativa de esconder o corpo, pois pretendiam esperar Valdir chegar; que foi a interroganda que puxou o corpo de Sandra; que durante todo o período Ricardo e Robson permaneceram no quarto; que Rodrigo entrou novamente na casa e foi até o quarto de Robson e Ricardo; que Rodrigo foi até o quarto das crianças com a intenção de matá-las, pois as mesmas poderiam identificá-lo; que a interroganda e I. foram atrás de Rodrigo até o quarto das crianças; que I. pegou Ricardo no colo enquanto a interroganda foi até onde estava Robson; que pediram para Rodrigo não matar as crianças, mas este tomou Ricardo do colo de I. e disse que se não o deixassem matar as crianças, mataria I., que Rodrigo matou Ricardo primeiro passando a faca na garganta do mesmo e após Robson; que quando Rodrigo matou as crianças a interroganda e I. não estavam no quarto; que enquanto Rodrigo permanecia no quarto matando as crianças, a interroganda e I. foram conhecer a casa, que foram à co-

zinha; que logo em seguida Rodrigo encontrou a interroganda e I. na cozinha; que Rodrigo furtou o relógio na cozinha; que Rodrigo voltou para o interior da casa, de onde retirou a espingarda; que a espingarda era para esperar Valdir, quando este chegasse para matá-lo; que Rodrigo não encontrou a munição; que então Rodrigo deixou a espingarda em cima do sofá; que a interroganda e I. foram pegar o aparelho de som que estava na estante da sala; que a interroganda foi cortar o fio do aparelho de som e não conseguiu, que I. ajudou, tendo ficado com o aparelho de som e a interroganda com uma caixa e Rodrigo com a outra; que não esperaram Valdir porque não encontraram a munição da espingarda e como Valdir era muito forte, não poderiam dominá-lo com as facas; que levaram o aparelho de som e atravessaram o rio em direção à casa da interroganda; que foi Rodrigo quem furtou o relógio na cozinha; que resolveram deixar o aparelho de som no caminho, pois I. estava ficando para traz; que era a interroganda que usava o boné apreendido nos autos; que perdeu o boné perto do arame; após o crime; que passaram na casa de Rodrigo para trocar de roupa e após foram para a casa da interroganda; que Rodrigo contou à interroganda como matou as crianças; que Rodrigo disse que Ricardo havia dado risada e então colocou os dedos na boca do mesmo e após passou a faca no pescoço do mesmo; que deu uma facada em Robson e após também passou a faca no pescoço; que entraram na casa calçados; que não mexeram no telefone; que o plano inicial era roubar o cofre, as televisões, o aparelho de som e a caminhonete boiadeira; que

não roubaram esses bens, porque ficaram com medo de Dona Ilda, mãe de Sandra, já que esta residia no mesmo lote, um pouco distante da casa; que na tarde do dia dos fatos, Rodrigo e I. já tinham estado na casa de Valdir para cobrar o débito do serviço prestado por Rodrigo; que não tinha nada contra as vítimas e nem contra Valdir; que Rodrigo já havia dito várias vezes que pretendia matar toda a família de Valdir, porque tinha sido despedido por Valdir; que I. já tinha dito uma vez que pretendia matar a família de Valdir, porque tinha brigado com Sandra; que não tinham ingerido bebidas alcóolicas ou drogas; que por volta das 16 horas havia ingerido dois calmantes Diazepan; que ninguém mandou que matassem as vítimas; que a interroganda encontrou o relógio furtado nos pertences de Rodrigo e trocou o mesmo no bar da vizinha por refrigerante e salgadinho; que contou o crime para a sua mãe e seu marido; que na hora em que saíram da casa de Valdir, Rodrigo é quem levava as facas; que uma das facas Rodrigo jogou no riacho, quando estavam indo para casa; que o facão Rodrigo escondeu perto de um campo, também quando estavam indo para casa; que a faca utilizada por Rodrigo foi escondida pelo mesmo perto do banheiro da casa; que escutou Rodrigo contar para I., onde tinha escondido a faca; que Reginaldo não estava junto; que pretendiam dividir os bens roubados, ficando para a interroganda o aparelho de som”.

O meliante Rodrigo Cristiano dos Santos, em interrogatório (fls. 288/292), discorreu:

“Que a menor M. I. era companheira do interrogando; que viviam juntos a aproximadamente um ano; que trabalhou para Valdir Feroldi aproximadamente nove anos; que convivia com o mesmo e este lhe tratava como filho; que freqüentava a casa das vítimas; que residiu aproximadamente dois ou três meses com M. I. no terreno de Valdir, próximo à casa do mesmo; que nesta época ocorreu o furto de algumas calcinhas da vítima Sandra, tendo sido acusada I.; que com isso I. ficou inimiga da vítima Sandra; que em virtude desse fato, foram residir na casa da irmã de I., a ré Carla; que I. desde o ocorrido, estava proibida de entrar na casa das vítimas; que aproximadamente quatro meses antes da ocorrência dos fatos, ocorreu um incidente onde foi furtada chave da casa da mãe da vítima Sandra, tendo I. sido acusada novamente do furto; que I. ajudava o interrogando no matadouro; que soube através de Valdir que I. teria ameaçado de acabar com toda a família de Valdir por causa desse fato; que no dia dos fatos, o interrogando encontrava-se acompanhado da co-ré Carla e da menor M. I., na casa de Carla; que nega que tenham planejado assaltar o supermercado Duarte; que na data dos fatos, o interrogando e a menor I. saíram da casa de Carla, por volta das 16 horas e foram até a casa das vítimas, com a intenção de cobrar uma dívida proveniente de serviço prestado pelo interrogando no matadouro; que Carla não os acompanhou; que o interrogando conversou com a vítima Sandra e esta informou que Valdir não estava em casa; que I. não entrou no quintal da casa, aguardando o interrogando próximo ao portão; que o interrogando

acompanhado de I. voltou para a casa de Carla; que nessa oportunidade o interrogando e I. estavam armados com as facas; que ao chegarem na casa de Carla, conversaram e planejaram assaltar o supermercado Duarte; que o assalto seria feito porque estavam precisando de dinheiro; que o interrogando se armou com uma faca de sua propriedade, tendo entregue para I. um facão de sua propriedade e Carla armou-se com uma faca que tinha em casa; que o interrogando levava a faca na cintura, Carla no braço por dentro da roupa e I. também na cintura; que pretendiam render as pessoas que estavam no Supermercado e roubar o dinheiro; que não chegaram a planejar matar as pessoas do supermercado, caso reagissem; que chegaram na frente do Supermercado Duarte, por volta das 19 horas; que o Supermercado estava aberto e permaneceram na frente do mesmo durante meia hora; que não entraram no supermercado para executar o assalto, pois não tiveram coragem; que o Supermercado fechou e Carla deu a idéia de renderem o dono do Supermercado, quando este fosse pegar o carro e roubarem o dinheiro; que não concordou com Carla, pois não teve coragem; que resolveram passar na casa de Valdir para cobrar o dinheiro do serviço já prestado; que chegaram na casa de Valdir por volta das 20 horas; que todos adentraram no pátio da casa e Carla e M. I. ficaram esperando ao lado da camionete que estava estacionada ao lado da garagem; que bateu na porta e foi atendido pela vítima Daiane; que perguntou à mesma se Valdir estava; que Daiane disse ao interrogando que Valdir não estava e foi perguntar a Sandra a que horas o

mesmo voltava; que foi informado por Daiane que não sabia a hora que Valdir voltaria; que foi até onde estavam Carla e M. I. e lá ficaram conversando por aproximadamente cinco minutos; que da porta da casa das vítimas, não dava para enxergar o lugar onde estavam Carla e M. I.; que combinaram entrar na casa das vítimas para roubar o aparelho de som; que combinaram também que iriam amarrar as vítimas; que voltou até a porta da casa das vítimas, sendo que desta vez foi acompanhado de Carla e M. I.; que estava escuro e não estava acesa a luz de fora da casa; que M. I. e Carla ficaram encostadas na parede de forma que quem atendesse a porta, não pudesse vê-las; que o interrogando bateu na porta e foi atendido por Daiane; que mandou chamar Sandra; que foi atendido na porta da sala, tendo Daiane ido chamar Sandra; que Sandra veio atender o interrogando e este disse à mesma que quando 'Bugio' chegasse deveria ir até a sua casa, para levar o dinheiro; que Sandra disse ao interrogando que daria o recado; que Sandra percebeu a presença de Carla e M. I.; que nesse instante Carla puxou Sandra pelos cabelos para fora da casa; que em ato contínuo, Carla começou a esfaquear Sandra; que esfaqueou Sandra no peito; que I. ajudou a segurar Sandra para Carla esfaquear; que I. não puxou a faca que trazia; que não sabe quantas facadas Carla desferiu em Sandra; que Sandra não reagiu e nem gritou; que viu Daiane se aproximando pois esta viu o movimento e foi ver o que estava ocorrendo; que entrou na casa e pegou Daiane quando esta vinha caminhando; que começou a esfaquear Daiane, no abdômen; que parece que Daiane caiu;

que não se recorda quantas facadas desferiu em Daiane; que Daiane não reagiu e nem gritou; que depois de desferir todas as facadas em Daiane, passou a faca no pescoço da mesma; que esfaqueou Daiane atrás do sofá da sala e não puxou o corpo da mesma pela sala; que voltou até onde estava Sandra, Carla e I. e viu que Sandra já estava caída e não se mexia; que não se lembra direito, mas acha que Carla e I. estavam segurando Sandra; que chegou próximo de Sandra e passou a faca no pescoço da mesma; que nem Carla e nem I. pediram para o interrogando passar a faca no pescoço de Sandra; que Carla puxou o corpo de Sandra para o lado; que as vítimas Robson e Ricardo permaneceram no quarto o tempo inteiro; que Carla e I. entraram na casa e foram até o quarto de Robson e Ricardo; que enquanto isso o interrogando permaneceu na garagem olhando o corpo de Sandra; que logo em seguida foi até o quarto de Robson e Ricardo; que quando chegou no quarto viu que Ricardo estava no colo de I., vivo e Robson estava morto ao lado da cama; que Carla segurava Robson; que não viu Carla esfaqueando Robson; que sabe que foi Carla quem esfaqueou Robson e cortou a garganta do mesmo; que I. deixou Ricardo sentado no chão do quarto; que se aproximou de Ricardo e passou a faca na garganta do mesmo, deixando-o caído no chão; que Carla ainda estava no quarto, quando esgorjou Ricardo; que I. havia saído e estava na cozinha da casa; que I. disse para não matar Ricardo; que não sabe porque não atenderam I.; que foi até 'um quartinho' e pegou a espingarda que estava encostada na parede; que olhou para

ver se achava a munição e como não encontrou largou a espingarda, não se recordando onde; que Carla e I. estavam na cozinha e vieram ao encontro do interrogando; que resolveram levar o aparelho de som; que o interrogando pegou uma caixa de som, Carla o aparelho de som e I. a outra caixa de som; que já estavam do lado de fora da casa e soube através de Carla e I. que estas foram retirar o aparelho de som e como este estava ligado na tomada, resolveram cortar o fio; que Carla levou um choque; que saíram por detrás do matadouro em direção à casa que o interrogando ocupava, próxima à casa das vítimas; que resolveram deixar o aparelho de som e as caixas do outro lado do rio; que não sabe porque não levaram; que não planejaram esperar Valdir para matá-lo quando chegasse em casa; que o relógio roubado, apreendido nos autos, o interrogando foi ver na casa de Carla e sabe que foi a mesma que o roubou; que Carla usava o boné apreendido nos autos; que o boné foi perdido, não sabendo o interrogando aonde; que foi dada falta do boné quando chegaram em casa; que a faca de cabo preto utilizada pelo interrogando foi escondida pelo mesmo no forro da casa de Carla; que a faca de cabo branco, utilizada por Carla, jogaram no rio quando estavam voltando para casa; que o outro facão apreendido nos autos, deixaram 'fincado' na estrada, quando estavam voltando para casa".

A menor, também meliante, coadunou (fls. 459/460):

"que nasceu em Curitiba e conheceu Daiane, a irmã dela Sandra, bem como Valdir Feroldi porque trabalhou alguns meses no matadouro de-

le; ademais esclarece que o denunciado Rodrigo já foi seu companheiro, e ele também trabalhou no mesmo matadouro, desde os 10 anos de idade, até mesmo porque o pai dele já havia trabalhado neste matadouro; por outro lado a denunciada Carla é sua irmã; esclarece que moravam perto da casa de Valdir, casado com a Sandra, tendo 2 filhos com ela, os menores Robson (com 5 anos) e Ricardo (com 2 anos); relata que uns 8 meses antes do fato narrado na denúncia começou a ter problemas com a Sandra, isto porque ela tinha ciúmes seus com o marido dela, ela achava que estava andando com o marido dela, chegando a discutir algumas vezes, chegando inclusive a fazer ameaças de matá-la; entretanto o Rodrigo e sua irmã Carla não tinham nenhuma desavença com Valdir, Sandra ou Daiane, apenas a declarante é que tinha vontade de pegá-la; na ocasião do fato passaram numa casinha onde já tinham morado, mas abandonada, e o Rodrigo pegou um facão e uma faca, pois junto com ele e a Carla pretendiam assaltar o Supermercado Duarte, que fica perto da casa de Valdir; resultava que ficou com o facão, a Carla com a faca e o Rodrigo tinha uma espécie de punhal; chegaram a ir até o Supermercado mas o Rodrigo desistiu do assalto; depois disso foram até a casa do 'Bugio', ou seja apelido do Valdir; esclarece que quando do fato já fazia alguns meses que não estava mais trabalhando no matadouro, mas o Rodrigo ainda era empregado do Valdir; como disse saíram do supermercado e foram até a casa do Valdir porque Rodrigo queria cobrar um dinheiro do Bugio, este lhe devia uma parte de dinheiro, ele ganhava por semana; en-

tão na primeira vez o Rodrigo foi até a casa, enquanto que ficou com sua irmã Carla aguardando do outro lado da varanda; o Rodrigo bateu na porta e foi atendido pela Daiane; este pediu que chamasse pela Sandra, a menina então chamou a irmã; esta conversou com o Rodrigo, tendo este perguntado se o Bugio estava em casa; Sandra então respondeu que o marido estava no Dechopinho jogando e que voltaria mais tarde; então o Rodrigo se despediu e em seguida ficaram conversando encostados num furgão que estava estacionado ao lado da varanda; então combinaram que Rodrigo bateria novamente na porta, certamente a Daiane iria atender, ele então pediria para chamar a Sandra, ela viria para conversar com ele, enquanto que a declarante junto com sua irmã Carla aguardariam encostadas na parede da casa, na varanda, para roubar e matar; então o Rodrigo bateu na porta, a Daiane atendeu, ele pediu que a menina chamasse a irmã Sandra, esta atendeu, em seguida a Sandra veio até a porta, Rodrigo perguntou se o marido dela Bugio já tinha chegado, ela respondeu que não, e quando ela virou-se para fechar a porta, então Carla puxou ela pelos cabelos, trazendo para a varanda; em seguida a Carla botou a faca no pescoço da Sandra e disse para ela não gritar, mas ela começou a gritar, então a Carla jogou Sandra no chão e esfaqueou; em seguida o Rodrigo 'degolou ela'; logo depois entraram na casa, primeiro o Rodrigo seguido da declarante e por último a Carla; nisto veio a Daiane que havia escutado os gritos da irmã e o Rodrigo não contou tempo já foi esfaqueando Daiane, e também 'degolou ela'; então depois disso a declarante e

sua irmã Carla foram até o quarto das crianças, o Robson e o Ricardo, encontraram o Ricardo no berço e o Robson na cama; então ainda pegou o Ricardo no colo e ainda brincou com ele; enquanto isso sua irmã Carla esfaqueou o Robson ainda na cama; nisto chegou o Rodrigo e disse para Carla degolar o Robson que já estava esfaqueado, sua irmã se negou, então o Rodrigo 'degolou o Robson'; em seguida o Rodrigo disse para lhe entregar o Ricardo já que a criança estava no seu colo, se negou, mas o Rodrigo lhe tomou o Ricardo, colocou a criança no chão, 'colocou quatro dedos na boca da criança e degolou'; em seguida resolveram esperar o Bugio chegar 'para pegar ele também, ou seja matar ele'; então o Rodrigo resolveu pegar uma espingarda que pertencia ao Bugio, mas como ele não achou as balas, desistiu de usar a espingarda; e como o Bugio não chegava, desistiram de esperar; então resolveram roubar o aparelho de som e um relógio, mas antes de saírem da casa pretendiam tocar fogo nos corpos ali mesmo dentro da casa; entretanto não encontraram garrafa de álcool, então saíram do local, se esconderam no banheiro do matadouro, depois fugiram mas acabaram largando na fuga o aparelho de som e o relógio".

Como se vê, os latrocidias foram unânimes em suas versões, demonstrando com clareza de detalhes o seu *modus operandi* no dia 1º de agosto de 1998.

Outra prova de suma importância para a revelação da autoria de Carla, trata-se do boné de cor vermelha encontrado no local do crime e que pertencia a um de seus filhos, sem falar que os objetos cortantes uti-

lizados na degolação das vítimas foram encontrados nos locais por eles indicados.

Mais um ponto revelador de sua autoria é o desaparecimento do relógio que se encontrava na casa de Valdir, tendo sido relatado pela testemunha Otília Aparecida Dolberth dos Santos (fls. 394/395) que as acusadas Carla e I. ofereceram-lhe a res em troca de refrigerantes.

Muito esclarecedor foi o relato prestado pelo Delegado de Polícia, Dr. José Luiz Alves (fls. 412/416) em Juízo:

"(...) Que o depoente perguntou ao Sr. Valdir o nome de seus empregados e ex-empregados para iniciar as investigações, onde foi citado dentre outros o nome do acusado Rodrigo. Que na mesma noite o depoente deu início às investigações, tendo comparecido na delegacia para prestar depoimento os acusados e outros empregados citados pelo Sr. Valdir. Que os acusados negavam o envolvimento no crime. Que a acusada Carla, bem como a menor I. ao prestarem depoimento diziam não lembrar onde estavam na data dos fatos alegando que haviam tomado remédios, os quais haviam provocado alterações na memória. Que ambas diziam ao depoente para que perguntasse os fatos para o acusado Rodrigo. Que foi designado outro delegado para acompanhar as investigações, onde o mesmo também voltou a inquirir os acusados. Que o depoente desconfiou da forma como o fio do aparelho de som havia sido cortado e investigando junto à mãe da acusada Carla descobriu que esta e I. não estiveram na casa da mesma no horário que relataram no

depoimento, na data dos fatos. Que várias vezes os acusados foram inquiridos na Delegacia de Polícia e sempre negavam o envolvimento no crime. Que durante as investigações descobriram os objetos roubados. Que tal fato ocorreu por volta das 48 horas após o delito. Que os objetos roubados estavam próximos à casa das vítimas. Que junto com os mesmos foi descoberto um boné que diferenciava-se dos bonés das vítimas. Que logo após o crime o Sr. Valdir telefonou para o depoente dizendo que só poderia ser o autor do delito um dos seus empregados ou ex-empregado. Que o Sr. Valdir contou ao depoente um desentendimento havido entre a vítima Sandra e a menor I., namorada do acusado Rodrigo. Que Valdir também lhe disse que vizinhos haviam visto os acusados e a menor I., próximo ao local do crime na data dos fatos. Que ouviu as pessoas indicadas pelo Sr. Valdir e todas relataram que haviam visto os acusados nas imediações da casa das vítimas, na data dos fatos. No entanto, tais testemunhas no mesmo depoimento já se contradisseram, dizendo que não tinham visto e que prestavam tal depoimento a pedido do Sr. Valdir. Que na continuidade das investigações ouviram pessoas ligadas aos acusados o que levou à confirmação da autoria do delito praticado pelos mesmos. Que descobriram quem era o proprietário do boné encontrado junto com os objetos furtados, o que levou até a acusada Carla, já que o boné pertencia a uma de suas filhas. Que passados uns 30 (trinta) dias dos fatos na continuidade das investigações, quando voltaram a inquirir os acusados estes confessaram a autoria do

delito. Que quem indicou onde estavam enterradas as armas usadas no crime foi a acusada Carla. Que houve uma contradição nos depoimentos, já que a menor I. alegava que a acusada Carla havia esfaqueado a vítima Robson, fato este negado pela acusada Carla”.

No mesmo caminho do reconhecimento da autoria está o depoimento de Luiz Antônio Felipe de Oliveira (fls. 402/403), esposo da apelante Carla, bem como de sua mãe Leoniza dos Santos Vaz (fls. 391/393).

Assim, diante dessa prova forte e convincente, impossível cogitar-se em pretensão absolutória por ocorrência de dúvida, já que as provas coligidas são cristalinas em apontar a apelante como co-autora do crime de latrocínio.

O crime de latrocínio restou consumado, já que todos os meliantes afirmaram, em coro, que pretendiam roubar o Supermercado Duarte, contudo, diante da desistência voluntária de praticar o crime contra tal estabelecimento, resolveram cobrar uma dívida existente entre o meliante Rodrigo e seu ex-empregador Valdir Feroldi. Assim, ante sua ausência, e aproveitando-se dessa situação vulnerável, armaram o plano para adentrar na residência e com isso roubar todos os pertences de Valdir.

Segundo escólio do mestre Nelson Hungria, no latrocínio “a violência característica de roubo deve ser exercida para o fim da subtração patrimonial ou para garantir, depois desta, a impunidade do crime ou a detenção da coisa” (*in* Comentários ao

Código Penal, vol. VII, Rio de Janeiro, Forense, 1955, pág. 57).

Heleno Cláudio Fragoso, de sua parte, considera o latrocínio como “o homicídio cometido com fim de lucro. O lucro é o fim; a morte, meio. Tal definição, aliás, remonta ao direito romano. Há latrocínio também se o ladrão mata para assegurar a posse da coisa, ao ser surpreendido, já que nessa hipótese há fim de lucro” (*in* Lições de Direito Penal, 3ª ed., vol. I, São Paulo, Bushatsky, 1976, pág. 330).

Assim, impossível cogitar-se da desclassificação para homicídio, pois flagrante o *animus furandi* dos acusados.

A argumentação da defesa que a apelante não se apropriou efetivamente da *res*, entendendo assim não ter ocorrido a consumação do latrocínio, é por demais enfadonha e basilar.

Ora, sabe ou deveria saber o nobre causídico da existência da Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal: “Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma ainda que não realize o agente a subtração dos bens da vítima”.

Por outro lado, o crime de latrocínio já estaria caracterizado ante as declarações firmes dos meliantes de que realmente visavam a subtrair os pertences daquela infortunada família, como de fato procederam.

A subtração restou satisfatoriamente comprovada pela apreensão do relógio e a confirmação de que a apelante Carla e a menor I. tentaram trocar este aparelho por guloseimas, sem falar na subtração do aparelho de som que foi encontrado em um terreno isolado e distante da residência das vítimas.

Da jurisprudência:

“A figura típica do latrocínio não exige que o evento morte esteja nos planos do agente. Basta que ele empregue a violência para roubar e que dela resulte a morte, para que se tenha caracterizado o delito” (RT 462/353).

Quanto ao pedido de aplicação de crime único, não sou solidário a essa corrente que considera o crime de latrocínio como sendo um só crime quando os bens subtraídos pertencerem à mesma família. Ora, seria inadmissível aceitar que o agente mate quantas pessoas entender necessárias e venha a responder por apenas um crime de latrocínio, tornando-se, ao meu sentir, uma anedota jurídica.

Penso ser mais correto aplicar o concurso formal quando há diversidade de vítimas em crime de latrocínio, pois o agente praticou apenas uma ação — apropriar-se dos bens constantes na casa das vítimas — desdobrada em vários atos — morte cruel das quatro vítimas.

Marcelo Fortes Barbosa assim discorreu sobre o tema:

“A questão todavia, torna-se mais complicada quando há multiplicidade de vítimas fatais, e uma só objetividade patrimonial atingida.

“A jurisprudência inclina-se, majoritariamente, no sentido de reconhecer como crime único na espécie.

“Assim, na Apelação Criminal n. 53.043/3—SP, o eminente relator Des. Cunha Camargo concluiu:

‘A matéria é controvertida.

‘O magistério de Magalhães Noronha (cf. Código Penal Brasileiro Comentado, Ed. Saraiva, São Paulo, 1948, vol. 5/175, primeira parte) e a fundamentação de dois caprichados acórdãos do então Tribunal de Justiça de Guanabara, um relatado pelo Des. Roberto Medeiros (cf. Revista Brasileira de Criminologia, n. 12, págs. 189/193) e outro pelo Des. Mauro Gouvêa Coelho (RT, vol. 417/378) convencem que, no caso *sub judice*, o que se tem é um único latrocínio, devendo o número de vítimas fatais (duas) ser considerado, nos termos do artigo 59 do Código Penal, na dosagem da pena, como entende o ínclito Procurador de Justiça Doutor José Sylvio Fonseca Tavares (fls. 548/551 e 593), o que é possível na espécie, nos termos de jurisprudência citada nos acórdãos xerocopiados às fls. 573/590, porque o Doutor Promotor apelou por petição, em termos amplos, embora em suas razões tenha restringido o âmbito de sua irresignação, o que não lhe era lícito fazer (foi facultado aos Doutores defensores manifestação sobre eventual aumento de pena, pelo despacho de fls. 591v./592)’.

“No mesmo sentido, recente acórdão, na Apelação n. 81.120/3, 2ª Câmara, j. 27/11/89, relator Des. Renato Talli:

‘Latrocínio — Crime complexo — Multiplicidade de mortes resultante de intento único — Unidade não desfeita pelos diversos crimes-meio — Continuidade delitiva e concurso material com lesões corporais afastados — Inteligência dos arts. 157, § 3º, 69 e 71 do CP.

‘Não se considera multiplicidade de latrocínios em razão da multiplicidade de mortes. Tratando-se de delito complexo, decomposto em crime-meio e crime-fim, o roubo não tem desfigurada, desfeita, sua unidade, quando um só, apenas porque diversos foram os crimes-meio.

‘Assim, tendo-se um único latrocínio, impossível o reconhecimento da continuidade delitiva pela multiplicidade de mortes e do concurso material com outros eventuais crimes praticados’.

“Não concordamos com a posição do v. acórdão citado, e assim procedemos porque entendemos que, tendo o egrégio Supremo Tribunal Federal assinalado na Súmula 610: ‘Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma ainda que não realize o agente a subtração dos bens da vítima’, adotada a velha tese de Carrara de que o latrocínio se consuma com a efetivação do delito contra a vida, por mais grave, não vemos como se possa ver na hipótese um só latrocínio.

“Com efeito, se duas foram as mortes, ainda que uma só a subtração patrimonial, em face da Súmula que não pode ser desprezada por pretextos técnicos, sob pena de se ignorar completamente o direito sumular, que hoje é uma realidade no país, dois latrocínios ocorreram mediante uma só ação, ainda que proposta a unidade de desígnios.

“Como dizia Carrara, ‘no latrocínio o delito é perfeito, embora o culpado, depois de matar a vítima, não tenha podido consumir o furto’ (1956, pág. 274).

“Recorde-se que o Supremo Tribunal Federal já decidiu desta maneira:

‘Latrocínio. Concurso formal de crimes, praticado contra duas vítimas mediante uma só ação, desdobrada em vários atos. Art. 157, § 3º, c/c art. 52, § 1º, do Código Penal.

‘Recurso do Ministério Público. Provimento’ (Recurso Extraordinário n. 103.094/PR, Segunda Turma, rel. Min. Djaci Facção).

“No corpo do acórdão o eminente relator considerou:

‘O recorrente também tem razão quando pleiteia o reconhecimento de concurso formal, ao invés de crime continuado. É que os crimes contra as duas vítimas foram praticados mediante uma ação desdobrada em mais de um ato, de modo a configurar um concurso formal. Houve, no caso, uma só ação composta de diversos atos, atingindo duas vítimas. A jurisprudência do STF adota esse entendimento (ver RECrim ns. 92.785/SP, 93.011-6/SP, 93.386-3/SP, dentre outros)’.

“Embora seja esta a jurisprudência majoritária no Supremo Tribunal Federal, com a criação do egrégio Superior Tribunal de Justiça, não tem sido esta a posição prevalente nesta magnífica Corte, que hoje é a intérprete máxima no prisma da lei federal no país.

‘Pena — Latrocínio — Pluralidade de mortes — Unidade de ação.

‘No caso de uma única subtração patrimonial com pluralidade de mortes, repontando a unidade da ação delituosa, não obstante desdobrada em vários atos, há crime único, com o número de mortes atuando como agra-

vante judicial na determinação da pena base’ (STJ, 6ª Turma, Recurso Especial n. 15.701/SP, rel. Min. Costa Leite, DJU 24/4/92, pág. 5.507).

“Ainda que se possa entender a posição majoritária como rigorosamente técnica, em virtude da artificialidade da colocação do latrocínio entre os crimes contra o patrimônio, a verdade é que o rigor técnico de uma situação visivelmente postiça pode nos levar a uma jacosa, se não fosse trágica, ironia forense: ‘mate no atacado e pague no varejo’...

“Em síntese, a Súmula 610 serve de supedâneo ao nosso entendimento, menos rigoroso do que o de alguns que chegam a ver na espécie concurso material” (*in* Latrocínio, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, págs. 58/60).

Extrai-se da jurisprudência:

“Latrocínio — Caracterização — Disparo acidental alegado — Irrelevância — Subtração dos bens e morte de uma das vítimas — Revisão indeferida. Concurso formal de delitos — Caracterização — Latrocínio — Pluralidade de vítimas — Subtração de bens de uma única família — Patrimônio particular de cada um — Revisão indeferida” (TJSP — Revisão Criminal n. 121.201-3, rel. Des. Gomes de Amorim).

E mais:

“Latrocínio. Roubo a passageiros de ônibus. Concurso formal. Participação de menor importância. Crime hediondo. Regime prisional.

(...)

“3. Há concurso formal na subtração de bens da proprietária do ônibus e de seus passageiros praticada

mediante uma só ação e com unidade de desígnios” (TJDF — Apelação Criminal n. 17.967/97, de Brasília, rel. Des. Getúlio Pinheiro).

Ou ainda:

“Latrocínio contra vítimas diferentes, praticado mediante uma só ação desdobrada em vários atos. Configuração de concurso formal perfeito, e não de crime único ou de concurso material” (Apelação Criminal n. 69.126, rel. designado Des. Hermenegildo Gonçalves).

No mesmo sentido:

“Prova criminal — Confissão extrajudicial — Validade, ainda que retratada em Juízo — Depoimento que se harmoniza com o conjunto probatório — Recurso não provido. Latrocínio — Diversidade de vítimas — Concurso formal reconhecido — Irrelevância da não subtração patrimonial — Recurso não provido” (TJSP — Apelação Criminal n. 158.176-3, de Araras, rel. Des. Cunha Camargo).

Por fim:

“Penal. Latrocínio. Ação e ato. Desígnios.

“Latrocínios praticados contra diferentes vítimas, mediante ação única desdobrada em atos diversos, configura o concurso formal e não um único crime” (STJ — RE n. 28.023-4/SP, rel. Min. Edson Vidigal, LEXSTJ, vol. 82, pág. 359).

Traslada-se o voto do Exmo. Sr. Min. Assis Toledo:

“Pedi vista dos autos para consultar precedentes de que participei, emitindo parecer a respeito do mesmo tema, quando atuava como Subprocurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal.

“Na rápida pesquisa que mandei fazer, foram localizados três acórdãos, unânimes, do Supremo Tribunal Federal, divergentes do voto do eminente Ministro-Relator nesta Turma. Nesses acórdãos, a conclusão da Suprema Corte é a de que o roubo ou o latrocínio cometido contra duas vítimas, mediante uma só ação, configura concurso formal perfeito e não crime único. Leiam-se as seguintes ementas:

‘Ementa: — Latrocínio. Concurso formal de crimes, praticados contra duas vítimas mediante uma só ação, desdobrada em vários atos. Art. 157, § 3º, c/c o art. 52, § 1º, do Código Penal.

‘Recurso do Ministério Público. Provento’ (STF, RE n. 103.094, rel. Min. Djaci Facção, DJ 15/4/88).

‘Ementa: Roubos contra vítimas diferentes, praticados mediante uma só ação desdobrada em vários atos. Configuração de concurso formal perfeito, e não de crime único. Recurso extraordinário conhecido e provido’ (STF, RECrIm n. 93.011, rel. Min. Leitão de Abreu, DJ 27/2/81).

‘Ementa: Roubos contra vítimas diferentes, praticados mediante uma só ação desdobrada em vários atos. Configuração de concurso formal, e não de crime único. Recurso extraordinário conhecido e provido’ (STF, RECrIm n. 92.785, rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ 21/11/80).

“Nos dois últimos julgados, os acórdãos respectivos se apoiaram em parecer, por mim então proferido, cujo teor é o seguinte:

‘Partindo da afirmação inicial do próprio acórdão — que nos parece correta diante dos elementos dos autos — a conclusão que, no caso, seria

cabível é a de que os roubos (mais de um), dadas as circunstâncias de tempo e espaço apontadas, foram cometidos através de uma única ação mas, indubitavelmente, por meio de vários atos, já que parece-nos impensável mais de uma subtração contra vítimas diferentes, *em um só ato*.

‘Eis a distinção entre *ação* e *ato* que nos é dada por Basileu Garcia:

‘Quando se fala, porém, em uma só ação, não se quer dizer que ocorra obrigatoriamente um só ato. Uma ação pode compor-se de diversos atos. Assim, sucessivos tiros de revólver desfechados contra determinada vítima constituem uma só ação, consubstanciada em vários atos, cuja divisibilidade as circunstâncias da ocorrência tornarão mais ou menos perceptível. O fato abrange, às vezes, uma ou várias ações e cada uma destas é capaz de comportar um ou mais atos.

‘Assim como atos múltiplos podem integrar uma só ação, diversas ações podem ser executadas em simultaneidade que não lhes apaga a autonomia: tal se observa nos exemplos do indivíduo que, com a destra, desfecha tiros, enquanto com a sinistra atea incêndio; ou dispara com dois revólveres contra diferentes pessoas, assim exteriorizando resoluções criminosas distintas. Sem dúvida, a unidade de resolução é elemento preponderante, ao analisar-se a unidade da ação’ (Instituições, 2ª ed., vol. I, tomo II, pág. 504).

‘Essa lição se ajusta ao caso como luva. Com o mesmo desígnio, em uma só ação, mas através de vários atos, praticou o acusado seguidos delitos de roubos contra várias vítimas.

A cronologia desses roubos pode ter-se verificado em curto espaço de tempo, com intervalos de minutos ou mesmo de segundos, pouco importa. Não obstante, como cada roubo se consuma no instante do apossamento da coisa, é muito difícil supor-se que esse apossamento se tenha dado ‘em um só ato’. Há uma impossibilidade física, para tanto, a menos que se demonstre que, ao apontar o revólver, todas as vítimas correram para o agente e depositaram-lhe na mão, a um só tempo, todos os objetos roubados. Nesse caso, porém, o crime já não seria o de roubo mas provavelmente de extorsão. No roubo, que supõe a ação de subtrair, sendo mais de uma as vítimas, há que existir, necessariamente, mais de um ato.

‘Sendo assim, como resolver o impasse entre a sentença, que considerou a existência de concurso formal, e o acórdão que concluiu pelo crime único?

‘A nosso ver, se não estivermos equivocados, correta está a sentença, tal como pretende o recurso em exame. Afastada, com efeito, a hipótese de crime único, totalmente insustentável diante de vários atos e de várias vítimas, restaria cogitar-se de crime continuado ou de concurso formal. Como, entretanto, o fato da causa nos revela uma só ação composta de vários atos, afasta-se também a hipótese de crime continuado, restando, para o caso, como única solução lógica e possível, a configuração do concurso formal.

‘Diante do exposto, somos pelo conhecimento e provimento do recurso’.

“Tomando por base o próprio relatório do Ministro-Relator destes autos, verifico que as hipóteses são semelhantes, conforme se pode observar do tópico inicial, *in verbis*:

‘Para roubar, Luiz Antônio do Nascimento, 24 (vinte e quatro) anos, ‘Mandi’, Carlos Roberto de Siqueira, 25 (vinte e cinco) anos, ‘Carlão’, ou ‘Bolão’, e Genésio Silva do Nascimento, 22 (vinte e dois) anos, ‘Peixeiro’, levando um pedaço de pau com 2 (dois) pregos encravados em uma das extremidades, foram à residência dos irmãos José Benedito e Luzia Aparecida Francisco. Ao entrarem, atingiram violentamente os irmãos e os mataram a pauladas. Os bandidos roubaram uma bicicleta e um relógio de pulso’.

“Este relato está conforme a denúncia de fl. 2, que atribuiu aos acusados a subtração de um relógio de pulso e de uma bicicleta ‘pertencentes às vítimas’.

“Fiel àquele entendimento, por mim mais de uma vez adotado, peço vênha ao eminente Ministro-Relator para divergir de seu voto, entendendo que, também na hipótese destes autos, ocorre o crime de latrocínio em concurso formal.

“Há, entretanto, evidências de que a ação dolosa, no caso, resultou de desígnios autônomos, tendo em vista a natureza dos bens personalíssimos atingidos — vidas humanas.

“Assim sendo, não obstante reconhecido o concurso formal, as penas devem ser aplicadas cumulativamente, ante a expressa disposição da parte final do art. 70 do Código Penal, assim redigido:

‘Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior’.

“Ante o exposto, conheço do recurso pela divergência demonstrada com acórdão exibido, em cópia, às fls. 279 a 281, e dou-lhe provimento para, reconhecendo, na hipótese dos autos, o concurso formal de crimes com desígnios autônomos, cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de 1º grau na dosimetria da pena”.

Esse julgado transcrito na íntegra se amolda, em todos os aspectos, no caso em exame. No entanto, por entendimento da Câmara, aplica-se o concurso formal (próprio) contido na primeira parte do sobredito artigo, ou seja, “Se o agente, impulsionado por um só desígnio, desenvolve ação que se desdobra em diversos delitos, ocorre concurso formal de crimes ainda que sejam do mesmo tipo” (JUTACrim 70/459).

In casu tem-se que os réus Rodrigo, Sandra e a menor (namorada de Rodrigo) saíram de casa armados com duas facas e um facão pretendendo roubar um supermercado, e, diante da grande movimentação no estabelecimento comercial, resolveram cobrar uma dívida que o Valdir Feroldi detinha com o réu Rodrigo. Ante a constatação da ausência de Valdir na residência, os meliantes bolaram um plano de adentrar na residência para furtar os objetos

que guarneciam o local, já que tinham trabalhado para a família de Valdir e sabiam de suas posses.

Como se constata, os meliantes planejaram o crime e colocaram em prática, executando os meios para a consumação. Assim, houve uma ação — furtar os objetos da casa de Valdir — desdobradas em vários atos — morte de toda a família que estava em casa como forma de impedir o reconhecimento.

Logo, caracterizado o concurso formal próprio: “Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade”.

Em face do entendimento acima exposto, prejudicado torna-se o pedido feito pela defesa de ser aplicada o crime continuado.

Quanto ao pretendido reconhecimento de participação de menor importância, não deve ser acatado.

As argumentações de que a apelante não permitiu a morte das crianças, mas foi obrigada a aceitar porque o meliante Rodrigo ameaçou matar a sua irmã não procede e não convence. Primeiro, porque a irmã da apelante era namorada de Rodrigo, e conforme a carta escrita pelo réu Rodrigo (fl. 325), constata-se que este detinha uma enorme paixão pela menor. Segundo, porque a própria apelante admite ter desferido golpes contra a vítima Sandra, sem falar que aceitou de livre e espontânea vontade praticar o hediondo crime. Ora, sendo assim, desnecessárias maiores considerações.

A jurisprudência é pacífica em responsabilizar todos que quiseram ou participaram diretamente no crime de latrocínio.

Colhe-se:

“Processual e penal — Nulidade — Cerceamento de defesa — Latrocínio — Co-autoria — Recurso desprovido.

“Tratando-se o latrocínio de infração em que a violência contra pessoa é parte substancial do delito, respondem todos os partícipes, em face da consciência de que o emprego da arma pode resultar na morte da vítima.

“Para a configuração do hediondo crime é irrelevante a posse, a propriedade da arma, ou quem tenha efetuado os disparos. Respondem todos que quiseram ou participaram diretamente do latrocínio” (Ap. Crim. n. 1999.020322-0, de Tijucas, rel. Des. Amaral e Silva).

Do voto:

“Para configurar a participação no latrocínio, pouco importa a propriedade da arma, ou quem atirou na vítima, bastando a comprovação de que as comparsas tinham consciência do que estavam fazendo, matando para roubar.

“Não fosse a particularidade, bastaria que ambas, procedendo como procederam, tivessem assumido o risco de causar o resultado morte.

“Não há como negar que Ana Maria Raupp foi a mentora intelectual do delito, até porque seria a maior beneficiada com o resultado.

“Inconteste, também, que foi ela quem efetuou os disparos que vitimaram Ivo Molina. Entretanto, não se pode olvidar que Eliane tinha conheci-

mento das intenções da comparsa. Acresce que concretamente auxiliou a amiga na execução do hediondo delito.

“Julio Fabbrini Mirabete ensina:

‘Respondem todos os agentes pelo latrocínio quando a morte é causada por um deles e houver previsibilidade do resultado, que ocorre quando têm eles consciência de que está sendo empregada arma na prática do crime. É irrelevante mesmo a identificação daquele que desferiu o golpe fatal contra a vítima’ (*in* Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, págs. 996/997).

“Na mesma senda, Marcelo Fortes Barbosa:

‘Adotada a teoria do domínio do fato dentro de um contexto de culpabilidade limitada, está mais ou menos assentado pela jurisprudência que todos os partícipes devem responder pelo resultado morte causado por um deles, desde que este resultado se situe na linha de desdobramento causal da ação praticada.

‘Em conseqüência, todos aqueles que quiseram ou concordaram em participar do crime de roubo seguido de morte, dentro de uma só unidade complexa de fato, respondem pelo latrocínio ainda que não tenham atirado na vítima.

‘É o que se depreende deste excelente acórdão:

‘Latrocínio — Co-autoria — Reconhecimento que independe de se saber qual dos co-réus desferiu os golpes fatais — Suficiência da presença de ambos no cenário da infração, a ela aderindo conscientemente, predispostos à subtração ocorrida — Res-

ponsabilidade solidária dos agentes pelo crime consumado.

‘Indiferente para os fins de reconhecimento da co-autoria no crime de latrocínio saber-se qual dos agentes foi o autor dos golpes fatais’ (Ap. n. 95.623-3, 2ª C., j. 24/9/90, rel. Des. Canguçu de Almeida.)

‘Assim, quem adere ao plano delituoso e nele está presente do princípio ao fim, chegando, às vezes, a participar da divisão do produto do crime, não pode eximir-se da responsabilidade pelo latrocínio, sob a alegação de que a violência contra a vítima foi praticada por outro dos assaltantes, porque toda a sua participação foi prevista e voltada para o mesmo fim’ (*in* Latrocínio, São Paulo, Malheiros, 1994, págs. 50/51).

“Weber Martins Batista tem idêntico posicionamento:

‘Doutrina e Jurisprudência estão entendendo, em face da regra da nova Parte Geral do CP, que todos os participantes respondem pelo resultado morte, causado por um só deles, se tal resultado estava ‘na linha de desdobramento natural’ da ação praticada. No caso de roubo à mão armada essa conclusão parece evidente. Ao consagrar tal hipótese como de roubo especialmente agravado, o legislador teve em mira apenas mais severamente um fato que é mais grave, exatamente por causa do risco objetivo a que fica exposta a integridade física e a vida da vítima. Da ameaça com arma a seu uso efetivo, causando ferimentos graves ou a morte da vítima, não vai mais que um passo, pois este resultado ‘está na linha de desdobramento normal’ da ação do criminoso armado. Assim, todos aqueles que

concordam em participar de tal crime, ainda que prestando auxílio de menor importância, devem responder pelo latrocínio.

(...)

‘Aquele que adere ao plano delituoso e o executa do princípio ao fim, inclusive até a divisão do produto do crime disse-o o douto Des. José Rizkallah, do TJMS — não pode eximir-se da responsabilidade pelo latrocínio, sob alegação de que a violência contra a vítima foi praticada por outro dos assaltantes, porque toda sua participação foi prevista e voltada para o mesmo fim. Afirmar o contrário será negar os princípios da causalidade e da co-autoria adotados por nossa lei penal’ (Ac. un., T. Crim., 3/4/85, AD 23.302) (in O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, Forense, 1987, págs. 266/267).

“Antonio José Miguel Feu Rosa leciona:

‘Ainda em julgamento do STF, ressalta o Ministro Néri da Silveira, em voto aprovado por unanimidade (RTJ 125/672):

‘O recorrido alega: a) não tinha a intenção de matar as vítimas, tanto que estava desarmado; b) não poderia sequer supor que o co-réu fosse subtrair as vidas das vítimas, pois no dia anterior haviam assaltado outra vítima, ‘sem que nada de anormal tivesse acontecido’; c) não teve participação efetiva, pois apenas pulou o muro, sem praticar qualquer ato que concorresse para o delito, e ainda porque não via liame material ou subjetivo entre a sua conduta e o resultado morte, a r. decisão do juízo de 1º grau, encampada pelo v. acórdão, livrou-o

do latrocínio, condenando-o por roubo tentado. *Data venia*, tal decisão, porque afronta a lei, despreza os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência, e fere os princípios da lógica e do bom senso, não poderia subsistir.

‘A associação para a prática de roubo, crime em que a violência contra a pessoa é parte integrante e fundamental do tipo, torna todos os co-partícipes responsáveis pelo resultado mais gravoso (lesões corporais graves ou morte), nada importando a circunstância de ter sido a atuação de um, durante a execução, menos intensa que a do outro. A norma de extensão do art. 29 do Código Penal, ao tornar relevante qualquer modo de concurso, atribui a todas as forças concorrentes a responsabilidade solidária pelo todo. Não há como fracionar-se a unidade do fato criminoso, levando os agentes a responder cada qual pelo caminho percorrido. Todos os que desempenham qualquer atividade para a consecução do delito respondem como ação própria, não apenas pelos atos que praticaram, mas também pelo que fizeram os co-autores, inclusive os eventuais excessos’.

‘Em outro julgamento da Suprema Corte, um réu requereu *habeas corpus* em favor do seu comparsa, assumindo inteira responsabilidade pelo resultado morte. Decidiu o STF que ‘tratando-se de crime plurissubjetivo, no qual todos tiveram participação necessária, não há como acolher a versão do impetrante, que visa a atrair para si a responsabilidade pelo disparo que abateu a vítima’.

‘Assinala o relator, Ministro Carlos Madeira: ‘Por outro lado, trata-se de crime qualificado pelo resul-

tado, sendo irrelevante indagar se este ou aquele participante desejava, ou não, a morte. Todos os participantes tinham o intuito de roubar, assumindo o risco de um resultado mais grave, que realmente ocorreu' (RTJ 127/538) (in Direito Penal parte especial, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, págs. 358/359).

“Da jurisprudência:

‘Latrocínio — Concurso de agentes — Para fins de co-autoria é indiferente não ter sido o agente o autor dos disparos — A presença no cenário da infração a ela aderindo conscientemente é o que basta para a responsabilização penal. Condenação mantida’ (TJSP — Ap. Crim. n. 235.630-3 — rel. Passos de Freitas — j. 3/3/98, JUIS — Jurisprudência Informatizada, Saraiva n. 17).

‘Latrocínio — Co-autoria — Caracterização — Irrelevância de não ter sido o réu o autor do disparo fatal — Recurso provido.

‘Quem se associa a outrem com a finalidade de praticar assalto, sabendo que o comparsa está armado, assume o risco de responder como co-autor de latrocínio, sendo irrelevante a circunstância de não ser o autor do disparo’ (TJSP — Ap. Crim. n. 170.080-3 — rel. Pereira da Silva — j. 2/12/96, Ajuris, Banco de Dados Jurisprudenciais da Associação dos Juízes do RS).

‘Em sede de co-autoria quem de qualquer modo contribui para o crime incide nas penas a este cominadas, de sorte que no crime de latrocínio é irrelevante saber-se quem disparou o tiro que matou a vítima, pois todos os agentes assumiram o risco de produzir o resultado morte’ (TJDF

— Ap. Crim. n. 16.945/96 — rel. Des. Pedro Aurélio Rosa de Farias — j. 20/2/97, *op. cit.*).

‘Latrocínio — Co-autoria — Agente motorista dos executores diretos do crime — Participação — Condenação mantida.

‘Todos aqueles que quiseram ou concordaram em participar do crime de roubo, que acabou seguido de morte, dentro de uma só unidade complexa de fato, em pleno desdobramento causal da ação criminosa, respondem pelo latrocínio ainda que não tenham atirado na vítima’ (Ap. Crim. n. 1996.003862-0, de Chapecó, rel. Des. Nilton Macedo Machado)”.

Concernente à pretensão defensiva de possibilidade da progressão do regime prisional, com base na Lei n. 9.455/97, deve ser rechaçada por tratar-se de matéria pacificada.

Ora, o delito pelo qual restou condenada a apelante está enquadrado dentre aqueles abrangidos pela Lei dos Crimes Hediondos, a qual veda a progressão do regime prisional.

A jurisprudência já sedimentou que não há qualquer inconstitucionalidade no dispositivo mais rigoroso (§ 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos) que proíbe a progressividade da execução penal.

É o que se colhe:

‘A Lei dos Crimes Hediondos — Lei n. 8.072/90 — ao estabelecer no seu art. 2º, § 1º, que os delitos nela arrolados devem ser punidos sob o rigor do regime fechado integral, embora dissonante do sistema preconizado no CP — arts. 33/36 — e da Lei de Execuções Penais, que preconizam a execução da pena privativa de liber-

dade de forma progressiva, não afronta o texto constitucional, pois a Carta Magna conferiu ao legislador ordinário competência para dispor sobre a individualização da pena (art. 5º, XLVI), situando-se aquele diploma legal na linha filosófica do Estatuto Maior, que estabeleceu princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII) (RT 735/507).

Ou ainda:

“Execução penal — Crime hediondo — Cumprimento da pena integralmente em regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90) — Constitucionalidade.

“É assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e das Câmaras Criminais Reunidas deste Tribunal de Justiça, o entendimento no sentido da constitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei dos Crimes Hediondos (n. 8.072/90), que impõe resgate integral da reprimenda em regime fechado, pois o princípio da individualização da pena não é ofendido com a impossibilidade de ser progressivo o regime de seu cumprimento” (RA n. 96.007733-2, de São Bento do Sul, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

De outro lado, a Lei n. 9.455/97 não derogou a Lei n. 8.072/90, quando possibilita a progressão de regime para os crimes de tortura.

Julio Fabbrini Mirabete, em interessante artigo publicado na Revista dos Tribunais, explica:

“Anotese que a norma que permite implicitamente a progressão prevista na Lei n. 9.455, por ser lei especial com relação aos crimes hediondos ou equiparados, não pode ser interpretada de modo a ter derro-

gada a norma geral prevista na Lei n. 8.072/90, continuando a ser proibida a progressão da pena nos crimes hediondos e equiparados, com exceção da tortura” (RT 746/481).

O Supremo Tribunal Federal abordou a matéria pela lavra do Ministro Sydney Sanches:

“Improcede, por fim, a alegação de que indevida a imposição de regime integralmente fechado.

“A Constituição Federal, no inciso XLIII do art. 5º estabeleceu: ‘a lei considerará crimes 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, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem’.

“Não se cuida aí de regime de cumprimento de pena.

“A Lei n. 8.072, de 26/7/1990, aponta, no art. 1º, os crimes que considera hediondos (latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, e genocídio; tentados ou consumados).

“No art. 2º acrescenta: os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

“I — anistia, graça e indulto;

“II — fiança e liberdade provisória.

“E no § 1º: a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

“Inclusive, portanto, o de tráfico de entorpecentes, como é o caso dos autos.

“A Lei n. 9.455, de 7/4/1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências, no § 7º do art. 1º esclarece: ‘o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado’.

“Vale dizer, já não exige que, no crime de tortura, a pena seja cumprida integralmente em regime fechado, mas apenas no início.

“Foi, então, mais benigna a lei com o crime de tortura, pois não estendeu tal regime aos demais crimes hediondos, nem ao tráfico de entorpecentes, nem ao terrorismo.

“Ora, se a Lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o Juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas.

“De qualquer maneira, bem ou mal, o legislador resolveu ser mais condescendente com o crime de tortura do que com os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo.

“Essa condescendência não pode ser estendida a todos eles, pelo Juiz, como intérprete da Lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave.

“A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XLIII, ao considerar crimes 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, não tratou de regime de cumprimento de pena. Ao contrário, cuidou, aí, de permitir a extinção de certas penas, exceto as decorrentes de tais delitos.

“Nada impedia, pois, que a Lei n. 9.455, de 7/4/1997, definindo o crime de tortura, possibilitasse o cumprimento da pena em regime apenas inicialmente fechado — e não integralmente fechado.

“Pode não ter sido uma boa opção de política criminal. Mas não propriamente viciada de inconstitucionalidade” (HC n. 76.543/SC, j. 3/3/98, DJU 17/4/98).

Destarte, permanece o regime integralmente fechado para o resgate da pena privativa de liberdade, nos moldes fixados na sentença objurgada.

Por fim, quanto ao pedido de descaracterização da agravante do meio cruel (art. 61, II, *d*, do CP), pois deveria ser reconhecido nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, já que este comportamento traduz somente a intensidade de dolo, não deve prevalecer.

Para tanto, adoto os fundamentos do digno Magistrado sentenciante que muito bem explicou os motivos que o levaram a reconhecer essa agravante, desmerecendo qualquer vedação, *verbis*:

“Outra das agravantes é a enquadrada também no artigo 61, inciso II, letra *d*, emprego de meio cruel, pois além de sofrerem os golpes de facas,

necessariamente todas as vítimas sofreram uma incisão na região do pescoço, isto é, esgorjamento, restando consolidado o meio cruel empregado. Notamos, ainda mais, a incidência de tal agravante, quando do depoimento da menor M. I. que relatou: ‘...mas Rodrigo lhe tomou o Ricardo, colocou a criança no chão; ‘colocou quatro dedos na boca da criança e degolou’ (fl. 460)’. Ou ainda: ‘que Sandra ainda gritava, que Rodrigo passou a faca no pescoço de Sandra (...)’ (depoimento de Carla, à fl. 295). E mais, ‘que chegou próximo de Sandra e passou a faca no pescoço da mesma’ (depoimento de Rodrigo, à fl. 290).

“A respeito do assunto, assim já se manifestou a exposição de motivos do Código Penal:

‘Meio cruel é o que aumenta o sofrimento do ofendido, ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade’ (n. 38)”.

Pode-se citar ainda outra passagem relatada pela menor na delegacia (fl. 134), demonstrando, assim, o demasiado sofrimento imposto às vítimas:

“(...) *Que Sandra ao receber uma facada e estando a declarante de cócoras, Sandra caiu exatamente nos braços da declarante; Que, a declarante pedia para Carla que parasse; Que quando Sandra estava agarrada com Carla, esta jogou a faca para a declarante para esfaquear Sandra; Que a declarante disse que não queria aquilo, que não queria matar Sandra; Que nesse momento Carla segurava Sandra pelo pescoço e com outra mão tapava a boca de Sandra; Que ela dizia ‘pegue, pegue a faca, e taque nela’; Que a declarante não quis esfa-*

quear Sandra ‘e, Carla com tanta tremedeira que deu nela, mesmo assim, pegou a faca e começou ‘tacar a faca em Sandra’; Que o Rodrigo acabou de matar a Daiane primeiro e veio na garagem, a Sandra ainda estava meia viva e pedia que parassem, e Carla arastou Sandra pelos pés um pouco para trás do freezer; Que a declarante estava segurando Sandra por debaixo dos braços, Rodrigo chegou e após a Carla ter tentado degolar a Sandra e não ter conseguido porque a faca dela estava ruim, Rodrigo, com a faca dele, degolou a Sandra; Que, tudo terminado na garagem todos entraram dentro da casa e Daiane já estava degolada, mas mesmo assim estava ‘meio mexendo com os olhos’; Que a declarante ao dizer isso mexeu os olhos e o rosto, fazendo o gesto, como vira no rosto de Daiane; Que, não foi tocado mais em Daiane; Que então Carla foi ao quarto dos meninos e a declarante foi logo atrás; Que Robson gritava e pedia pela mãe; Que Carla começou a dar-lhe facada; (...) Que, (...) ‘engraçado, na Sandra a faca de Carla não pegou e já no piazinho pegou e fez assim, eu acho que ele já tinha morrido, que esse coisa dele, já tava cortado, esse da fala’; Que, a declarante narrava e com suas próprias mãos apontava em seu pescoço a altura onde estava cortado o pescoço de Robson; mas ele já estava mortinho, com os olhos abertos e daí eu não sei porque, eu acho que a Carla pediu e o Rodrigo passou a faca dele de novo...; Que, depois ‘eles me contaram como o Rodrigo tinha matado o Ricardinho’; Que, ‘o Ricardinho estava em pé, derrubou o biquinho da boca, o Rodrigo enfiou três ou quatro dedos na boquinha dele, ele pensou que era para ver os dentinhos, ficou sorrindo e daí Rodrigo degolou-o’ (g.m.).

Após a leitura desse relato, que coaduna com as provas apuradas e coligidas aos autos, nada mais deve ser dito, pois completamente configurada a forma cruel como foram ceifadas as vidas das infelizes vítimas.

Assim, diante de todo o exposto, deve ser afastado o concurso material e aplicado o concurso formal próprio, bem como mantidas as agravantes fixadas pelo Magistrado na sentença objurada.

Quanto à dosimetria da pena, permanece como pena-base o mesmo *quantum* fixado, bem como os acréscimos decorrentes da aplicação da agravante da surpresa e dissimulação, e mais o acréscimo da crueldade do meio empregado, ficando a pena em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão, diminuída de 1 (um) ano pela atenuante da confissão espontânea, restando em 23 (vinte e três) anos de reclusão. Na terceira fase, aplica-se o artigo 9º da Lei n. 8.072/90, majorando-se a pena de metade, respeitando o máximo estabelecido no artigo supracitado, restando em 30 (trinta) anos de reclusão, aplicando-se também a regra do artigo 70, primeira parte, aumenta-se a pena de metade, totalizando a pena em 45 (quarenta e cinco) anos de reclusão e 45 (quarenta e cinco) dias-multa, man-

tendo-se, no mais, a sentença guerreada.

Conforme noticiado nos autos, o réu Rodrigo Cristiano dos Santos encontra-se foragido do presídio; também, até o momento, não houve qualquer notícia de que tenha ocorrido sua recaptura. Assim, insto prioridade e urgência, por parte da autoridade competente, na recaptura do réu Rodrigo, já que se trata de apenado de grande periculosidade, e havendo necessidade que seja oficiada a Interpol.

Pelo exposto, de ofício, reconhece-se o concurso formal na forma delineada no voto, estendendo-se tal medida ao co-réu Rodrigo Cristiano dos Santos, não se conhecendo do recurso deste, e negando provimento ao da ré Carla Maria Vaz.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 19 de março de 2002.

Genésio Nollí,
Presidente com voto;
Solon d'Eça Neves,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.004314-1, DE CAMBORIÚ

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Apelação criminal — Atentado violento ao pudor e estupro — Presunção de violência — Agente na condição de padrasto das vítimas — Prova suficiente — Laudo pericial que atesta o desvirgamento — Declarações das vítimas firmes e coerentes — Validade para dar suporte ao decreto condenatório — Reforma da reprimenda — Pena-base exacerbada — Recurso parcialmente provido.

Nos crimes de estupro, geralmente cometidos na clandestinidade, as declarações da vítima, sempre que firmes, coerentes e com apoio nos autos, são bastantes para embasar um decreto condenatório.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.004314-1, da comarca de Camboriú, em que é apelante Pedro Paulo Carneiro, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas legais.

O representante do Ministério Público da comarca de Camboriú ofereceu denúncia contra Pedro Paulo Carneiro, por infração ao disposto no art. 213, c/c art. 224, a, art. 226, II e III, e art. 71, e, ainda, art. 214, c/c art. 224, a, art. 226, II e III, observado o disposto no art. 69, todos do Código Penal, pelos fatos assim narrados na exordial:

“Consta do caderno indiciário anexo que o denunciado vive amasiado com J. F. F., mãe das vítimas E. e R., atualmente com 17 e 12 anos de idade, respectivamente, há mais de cinco anos.

“Há cerca de 3 (três) anos, quando E. contava ainda com 12 para 13 anos de idade, passou a auxiliar o denunciado, seu padrasto, na oficina de eletrônica do mesmo localizada nesta Cidade, na Rua Monte Agulhas Negras, s/n.

“Naquela ocasião, em data não precisa, o denunciado passou a agredi-la com as mãos, e, utilizando-se do temor reverencial, mandou

que ela se despisse, fazendo ele o mesmo, momento em que a constrangeu a com ele manter conjunção carnal, inclusive desvirginando-a, tudo conforme comprova o auto de conjunção carnal de fl. 29.

“Inúmeras outras vezes o denunciado repetiu tais atos, ou seja, constrangeu a vítima E., sua enteada, na época com 12 para 13 anos de idade, a com ele manter conjunção carnal, sempre utilizando-se do temor reverencial e mediante ameaças de maltratar a mãe da vítima e seus irmãos, o que culminou com a fuga da menor no último mês de julho para a casa da irmã C., em Biguaçu.

“Foi então que E. veio a saber que o denunciado já havia estuproado C. quando esta ainda era menor e residia com a mãe e o padrasto nesta Cidade, o mesmo tendo acontecido com a outra irmã, C., também à época, menor.

“No ano passado, também em data não precisa, por volta das 19 horas, no interior da oficina do denunciado, este, pretendendo dar vazão à sua lascívia e certamente já se preparando para realizar os mesmos atos que fez com as demais irmãs, abraçou a criança R. J. F., hoje de apenas 11 anos de idade, e pediu-lhe que o beijasse e diante da negativa da mesma agarrou-a pelos ombros e deu-lhe um beijo na boca, com bastante força, ameaçando-a de lhe bater caso viesse a contar algo a alguém”.

Nos autos em apenso (fl. 19), o Togado de primeiro grau decretou a prisão preventiva do acusado Pedro Paulo.

O processo seguiu os trâmites legais, tendo o ilustre Magistrado julgado procedente a denúncia, condenando o acusado Pedro Paulo Carneiro ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 26 (vinte e seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, por infração ao que dispõe o art. 214, c/c art. 226, II e III (vítima R.), e art. 213, c/c art. 226, II e III, c/c art. 224, a, c/c art. 71 (vítima E.), ambos os delitos na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Inconformado com a sentença, o acusado Pedro Paulo Carneiro interpôs recurso de apelação. Pugna pela absolvição, porquanto inexistente nos autos prova cabal para sua condenação nos moldes em que foi fixada. Alternativamente, requer a reforma da pena irrogada, visto apresentar-se exacerbada e a adequação do regime prisional aplicado.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serratine, opinado pelo desprovimento do recurso interposto.

É o relatório.

O apelo interposto pelo acusado merece prosperar em parte.

Cuidam os presentes autos de persecução criminal para apurar a responsabilidade do acusado Pedro Paulo Carneiro, por infração ao disposto no art. 214, c/c art. 226, II e III (vítima R. J. F.), e art. 213, c/c art. 226, II e III, c/c art. 224, a, c/c art. 71

(vítima E. F.), ambos os delitos na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Ao contrário do que alega a douta defesa, os elementos probatórios existentes nos autos revelam provas suficientes para embasar o decreto condenatório.

Sem razão a douta defesa no concernente ao crime de atentado violento ao pudor cometido contra a vítima menor R. J. F.

A materialidade e a autoria delitiva encontram-se indubitavelmente demonstradas nas palavras firmes e coerentes da ofendida que, apesar da tenra idade, perante as autoridades policial e judicial contou sobre o ato lascivo e libidinoso a que foi submetida, da qual se denota a responsabilidade penal do ora apelante.

Com efeito, ao ser ouvida pela autoridade policial, a vítima R. J. F. declarou que “quando o padraço Pedro Paulo Carneiro passou a morar com a mãe da depoente, esta era bem pequena; que no ano passado a depoente foi até a oficina eletrônica do indiciado para ajudar a limpar e quando chegou no final do dia, por volta das 19 horas, quando o indiciado fechou a oficina, em seguida a abraçou, pedindo que o beijasse, sendo que diante da negativa da depoente o mesmo a ‘agarrou’ pelos ombros e a beijou com bastante força na boca e em seguida a ameaçou dizendo que não deveria contar nada a ninguém, caso contrário iria lhe bater” (fl. 17).

Quando de seu depoimento, em Juízo, reiterou o que anteriormente já havia afirmado na fase policial, demonstrando segurança e harmonia ao esclarecer “que só o Pedro a beijou na boca, ‘o Pedro marido da mãe’; que

Pedro a beijou na boca só uma vez; que não sabe se Pedro estava ou não bêbado; que não sabe porque Pedro fez isso; que isto aconteceu de tarde, por volta das seis horas; que Pedro pediu para N. levar um gravador na oficina eletrônica, junto com ele; que N.; que Pedro pediu para J. acompanhá-lo, mas J. também não quis; que então Pedro pediu para a depoente; que a depoente foi com Pedro na oficina; que na oficina estavam apenas a depoente e Pedro; que Pedro ali beijou-a na boca; que Pedro não a acariciou nem a tocou de outra forma; que isso já faz muito tempo, porque a depoente tinha só dez anos; que nunca mais foi molestada por Pedro” (fl. 62).

Como se percebe, o ato lascivo consistente no beijo dado na boca da menor, mediante o uso de violência ou grave ameaça, restou plenamente tipificado pelo depoimento seguro e coerente da vítima menor, possuindo tal declaração valor especial nos casos de crime contra a liberdade sexual, normalmente cometido às escondidas, servindo como principal, se não o único elemento de prova capaz de dar o assento necessário à condenação.

Acerca da importância dessas declarações, Fernando da Costa Tourinho Filho pondera:

“Nos crimes contra os costumes, a palavra da ofendida constitui o vértice de todas as provas. Na verdade, se assim não fosse, dificilmente alguém seria condenado como sedutor, corruptor, estuprador etc., uma vez que a natureza mesma dessas infrações está a indicar não poderem ser praticadas à vista de outrem” (*in* Processo Penal, vol. III, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, pág. 260).

Sobre o relato de crianças, é da jurisprudência:

“O depoimento infantil tem valor probatório, principalmente quando a criança narra fato de simples percepção visual e de fácil compreensão, fazendo-o com pureza. E o convencimento aumenta quando ele é confortado pelo conjunto probatório” (TACrimSP, AP, rel. Penteado Navarro, RT 709/330).

E ainda:

“Nos delitos de natureza sexual a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal se não a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado. Assim se o relato dos fatos por vítima menor é seguro, coerente e harmônico com o conjunto dos autos, deve sem dúvida, prevalecer sobre a teimosa e isolada inadmissão de responsabilidade do réu” (RT 671/305).

Diante desses elementos, impossível ser concedida a absolvição do apelante. O crime de atentado violento ao pudor definido no art. 214 do Código Penal restou caracterizado.

Julio Fabbrini Mirabete acerca do assunto escreveu:

“Menciona a lei como elemento do tipo o ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Define Fragozo o ato libidinoso como ‘toda ação atentatória ao pudor, praticada com propósito lascivo ou luxurioso’. Trata-se, portanto, do ato lascivo, voluptuoso, dissoluto, destinado ao desafogo da concupiscência. Alguns são equivalentes ou sucedâneos da conjunção carnal (coito anal, coito oral, coito *inter femora*, *cunnilingue*, *anilingue*, heteromastur-

bação). Outros, não o sendo, contrastam violentamente com a moralidade sexual, tendo por fim a lascívia, a satisfação da libido (...). É considerado ato libidinoso o beijo aplicado de modo lascivo ou com fim erótico' (RT 534/404)" (*in* Manual de Direito Penal, 18ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, pág. 418).

Como precedente, merece destaque:

"Atentado violento ao pudor — Atos libidinosos diversos da conjunção carnal imputados ao amásio da mãe da ofendida — Prova — Palavra da vítima e depoimentos de pessoas a quem ela narrou o ocorrido — Delito caracterizado — Recurso provido.

"Em matéria de crimes sexuais, cometidos quase sempre sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima, ainda que menor, tem especial valor e, quando encontra apoio nas demais provas dos autos, autoriza a condenação" (Ap. Crim. n. 98.016934-8, de Xanxerê, rel. Des. Paulo Gallotti).

Prosseguindo, também não são dignos de acolhida os argumentos defensivos no que se refere ao crime de estupro cometido contra a menor E. F.

Assim sendo, a materialidade da infração vem demonstrada pelo boletim de ocorrência de fl. 11, pela prova técnica produzida por meio do auto de exame de corpo-delito e conjunção carnal de fl. 34, que atesta o desvirginamento da vítima, e pelo relatório de atendimento psicológico de fl. 37, que destaca a coerência e a clareza das afirmações da vítima. Corroborando com tais documentos, adicionam-se as palavras da ofendida que, não obstante a pouca idade, perante

as autoridades policial e judicial relatou os abusos sexuais a que foi submetida.

Não restam quaisquer dúvidas no tocante à autoria, em virtude de restar confirmada por depoimentos que expõem os fatos com clareza de detalhes.

Ouvida a vítima, a menor E. F., em ambas as fases do processo, constata-se que a narrativa apresenta-se de forma firme e harmônica com os demais elementos comprobatórios do delito em questão. Colhe-se do seu depoimento na fase policial:

"A depoente residia até pouco tempo atrás com sua mãe J. e o padrasto Pedro Paulo Carneiro, nesta Cidade, posteriormente foi morar com a irmã C. a quem relatou ter sido estupro pelo padrasto; que os fatos aconteceram quando a depoente estudava na 3ª série primária, na metade do ano, a depoente passou a auxiliar o padrasto na oficina de conserto de eletrônica, não sabendo precisar a data, o indiciado passou de repente a agredir a depoente, com as mãos, e em seguida mandou a mesma se despir, bem como que se deitasse no chão, chão este de piso, momento que o indiciado foi por cima da depoente, colocando o pênis em sua vagina, nominando-a como 'perereca'; que o indiciado permaneceu muito tempo sobre a depoente, enquanto isso acariciava o corpo da mesma, beijando-a na boca e nos seios; que durante o ato sexual a depoente sentiu muita dor, não se recordando se saiu sangue ou se sua calcinha ficou suja de sangue, ressaltando que era virgem até aquela data; que o indiciado somente parou quando saiu um lí-

quido branco, lambuzando-a; que, após terminar o indiciado mandava a depoente se vestir, enquanto isso ameaçava dizendo que se a depoente contasse para sua mãe iria se vingar da mãe e dos irmãos da depoente, informando que tem dez irmãos; que, a depoente auxiliava o indiciado na oficina várias vezes por semana, e sempre que trabalhava com o mesmo o referido tinha relações sexuais com a depoente; que, as relações sexuais sempre se repetiam da mesma forma que a primeira vez que aconteceu, sempre de princípio era agredida fisicamente; que, também a cada relação o indiciado ameaçava a depoente de se vingar nos irmãos da mesma e na sua mãe; que, a depoente nunca relatou nada a sua mãe; que o indiciado sempre foi muito agressivo com os irmãos da depoente, sendo que com relação a sua mãe este a xingava muito; que faz uma semana aproximadamente que a depoente foi morar com sua irmã C., sendo que a última relação sexual ocorreu um dia antes de deixar a residência, sendo que como sempre, tal relação sexual ocorreu na oficina do indiciado; que decidiu sair de casa porque via o indiciado 'atormentar muito' sua mãe e seus irmãos, brigando muito com a mãe e 'judiando' muito dos irmãos pequenos; que, assim que passou a morar com a irmã C. em Biguaçu, longe do indiciado, foi que decidiu relatar à mesma que havia sido estuprada pelo padrasto, ora indiciado; que, a depoente contou à irmã que o indiciado estupro a mesma por quatro vezes, entretanto, a depoente afirma neste ato que foram muitas vezes; que o indiciado sempre teve relações sexuais com a depoente 'pela frente, nunca por

trás' e também nunca fez a depoente 'chupar' o seu pênis, o qual a depoente nomina por 'saco'" (fls. 20/21).

Reiterou, de modo coerente e harmônico, o seu depoimento em Juízo:

"A declarante trabalhava numa oficina eletrônica com o ora acusado, onde ele mantinha um quarto com uma cama; foi neste lugar que ele manteve relações sexuais com a declarante várias vezes, quando a declarante contava com 12 a 14 anos de idade; o ora acusado ameaçava de bater nos irmãos da declarante e de levar a mãe da declarante embora caso a declarante não cedesse às investidas dele, além de ele agredir a declarante fisicamente" (fl. 105).

Diante do exposto, e muito embora o réu negue a autoria delitiva (fls. 26/27 e 45), a prova oral mostra-se perfeitamente coerente em seu conteúdo, não havendo motivos para se falar que o conjunto probatório denota dúvidas quanto à autoria da prática de crime contra os costumes por parte do acusado, em sua forma continuada, uma vez que as palavras da vítima são suficientes para a prolação do edito condenatório.

Da jurisprudência deste egrégio Tribunal colhe-se o precedente:

"Apelação criminal. Estupro. Delito praticado por padrasto contra enteada menor 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. A prática de relações sexuais reiteradas com menor de 14 anos tipifica o crime de estupro em caráter conti-

nuado” (Ap. Crim. n. 23.472, de São Bento do Sul, rel. Des. Paulo Gallotti).

E deste Relator:

“Nos delitos contra os costumes, normalmente clandestinos, a palavra das vítimas goza de presunção *juris tantum*, sempre que firme, coerente e com apoio nos autos” (Ap. Crim. n. 26.523, de Campos Novos).

Ainda:

“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).

Pertinente ao *quantum* da pena aplicada, o Magistrado observou com exatidão o critério trifásico do art. 68 do Código Penal. Porém, no tocante à dosimetria da reprimenda, restou aplicada de forma exagerada em sua primeira fase, de modo que se acolhe parcialmente o pleito defensivo, com a finalidade de reajustar a pena.

Muito embora tenha analisado de forma fundamentada as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o ilustre Togado majorou em demasia a pena-base. Tendo em vista os elementos destacados pelo sentenciante (fls. 159/160) fixa-se a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria nada se adiciona.

Por fim, os acréscimos verificados na terceira fase da dosimetria da pena resultam das causas de especial aumento reconhecidas, quais sejam, a circunstância de ser o réu padrao da vítima (art. 226, II, do Código Penal), implicando para ambos os delitos (estupro e atentado violento ao pudor) um aumento de 1/4 (um quarto) da pena, e a continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal) tão-somente para o crime de estupro, ocasionando para este delito mais um aumento correspondente a 2/3 (dois terços) da pena imposta.

Dessa forma, quanto ao crime de atentado violento ao pudor, fixa-se a pena de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Referente ao crime de estupro, estabelece-se a reprimenda de 14 (quatorze) anos e 7 (sete) meses de reclusão.

Por força do disposto no art. 69 do Código Penal, torna-se a pena definitiva em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Assim, diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso defensivo, adequando-se a reprimenda aplicada ao apelante, fixando-a em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por violação ao art. 214, c/c art. 226, II e III (vítima R. J. F.), e art. 213, c/c art. 226, II e III, c/c art. 224, a, c/c art. 71 (vítima E. F.), ambos os delitos na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik, 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. Demétrio Constantino
Serratine.

Florianópolis, 30 de abril de 2002.

Genésio Nolli,
Presidente para o acórdão;
Solon d'Eça Neves,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.023797-0 DE LAGES

Relator: Des. Irineu João da Silva

Crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90) — ICMS — Co-autoria — Comerciantes revendedores de automóveis usados que não emitem a correspondente nota fiscal, omitindo a inserção dessas vendas nos livros fiscais (art. 1º, inciso II) — Supressão de tributo — Prova documental e testemunhal concludente — Absolvição em primeiro grau — Recurso do Ministério Público — Presunção de culpa dos sócios-proprietários — Conhecimento das operações fraudulentas — Dolo comprovado — Art. 11 da Lei n. 8.137/90 — Condenação — Continuidade delitiva — Reconhecimento — Critério para dosagem — Pena acrescida de 2/3 (dois terços) em razão do número de crimes cometidos — Recurso provido.

Cometem o crime previsto no art. 1º, inc. II, da Lei n. 8.137/90, os agentes que revendem veículos usados sem emitir nota fiscal ou documento equivalente à fiscalização, reduzindo o débito de ICMS para com a Fazenda.

Respondem por crime contra a ordem tributária diretores de empresa que, na qualidade de sujeitos passivos da obrigação, deixam de providenciar a emissão de notas fiscais relativas às vendas efetuadas pelo estabelecimento e também de determinar a inserção dessas vendas no livro fiscal correspondente.

Ação penal — Prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa (CP, arts. 107, IV, 109, VI, §§ 1º e 2º, e 115) — Lapsso temporal que se regula pela pena imposta no acórdão — Fluência entre as datas do recebimento da denúncia e a deste julgamento — Declaração, de ofício.

Vistos, relatados e discutidos
estes autos de Apelação Criminal n.
2001.023797-0, da comarca de Lages

*(1ª Vara), em é que apelante a Justiça
Pública, por seu Promotor, sendo*

apelados Paulo Wolny Broering Filho e Suzana Leatrice Broering Duarte:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para condenar os apelados, declarando-se, no entanto, extintas suas punibilidades, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, nos termos do art. 110, § 1º, c/c art. 109, V, ambos do Código Penal.

Custa na forma da lei.

Na comarca de Lages, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Paulo Wolny Broering Filho, Paulo Wolny Broering e Suzana Leatrice Broering Duarte, dando-os como incurso nas sanções do art. 1º, inc. II, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/90, e com os arts. 29 e 71 do Código Penal, porque:

“1. Os denunciados Paulo Wolny Broering Filho, Paulo Wolny Broering e Suzana Leatrice Broering Duarte são sócios-proprietários, desempenhando as funções de diretor presidente, diretor comercial e diretora gerente, respectivamente, da empresa Lages S.A. Automóveis, com sede na cidade de Lages, na Avenida Presidente Vargas, n. 532, inscrita no cadastro estadual de contribuintes sob. n. 250.024.837, conforme se depreende das atas das assembléias-gerais constantes dos autos (fls. 66 e 70).

“2. Fácil constatar e concluir que qualquer vantagem obtida pela empresa referida aproveita e interessa aos ora acusados que, à época dos fatos delituosos que relataremos adiante, comandavam-na, administravam-na e a dirigiam pessoalmente, agindo sempre mediante ação conjun-

ta, acordo de vontades, interesses e benefícios comuns, buscando maximizar ilegalmente seu patrimônio, em prejuízo do povo catarinense, o qual é lesado toda vez que o ICMS é reduzido ou suprimido, deixando de reverter em obras que lhe tragam efetivo proveito.

“3. A empresa em comento tem por objetivo principal ‘o comércio de veículos, venda de peças e acessórios para veículos e oficina mecânica’ (fl. 62).

“4. Os Fiscais de Tributos Estaduais Erley Brignoli de Medeiros e Adilson Jorge da Silva, em dezembro de 1995, lavraram Termo de Início de Fiscalização da empresa mencionada (fl. 6), a qual foi encerrada em maio de 1996 (fls. 7/8).

“5. Essa fiscalização acabou resultando na expedição, em 14 de maio de 1996, das notificações ns. 51035636, 51035838 e 51035737, as quais, somadas, importavam, à época, no valor de R\$ 283.787,64 (duzentos e oitenta e três mil, setecentos e oitenta e sete reais e sessenta e quatro centavos).

“6. Deve ser salientado que a Fazenda Estadual iniciou a fiscalização pelo fato de ter tomado conhecimento através de Reclamatória Trabalhista movida por um ex-vendedor da Lages S.A. Automóveis, Marcelo Rodolfo Arruda (fls. 20/48), que a mencionada empresa, administrada pelos denunciados e, portanto, por ordem destes, comercializou um grande número de automóveis usados sem emitir os devidos documentos fiscais.

“7. O objetivo dos acusados, ao deixarem de emitir as notas fiscais de venda de veículos, foi o de não sub-

meter tais operações à incidência do ICMS, o que importou na supressão no tributo devido ao Estado de Santa Catarina e caracterizou as infrações penais que ora são imputadas.

“8. É sabido que o ICMS tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e serviços de transporte, o que obriga sejam escrituradas nos livros próprios todas as entradas e saídas no estabelecimento do contribuinte de mercadorias.

“9. Os réus, contudo, na condição de responsáveis pela gerência e administração da Lages S.A. Automóveis, agiam da seguinte forma. O cliente, ao adquirir um carro, muitas vezes entregava o seu próprio veículo como parte do pagamento, quitando o restante em dinheiro. Os acusados, portanto, deveriam registrar a entrada do veículo recebido no livro Registro de Entradas, sendo que, no momento que esse automóvel fosse vendido, deveria ser feita a anotação no Livro Registro de Saídas.

“10. Não era essa, contudo, a atitude dos réus. Eles, ao receberem algum veículo como parte do pagamento de outro, não faziam o devido registro no Livro Registro de Entradas, sendo que, no momento em que conseguiam revender o veículo recebido, também não efetuavam qualquer anotação no Livro Registro de Saídas.

“11. Ao contrário, solicitavam ao antigo proprietário que fizesse a transferência do veículo diretamente ao novo adquirente, como se o automóvel nunca tivesse passado pelo pátio de sua empresa, deixando, desta forma, de emitir qualquer documento

fiscal e, conseqüentemente, de recolher o tributo devido.

“12. A seguir, narramos diversos casos nos quais os denunciados agiram da forma acima descrita.

“12.1. Em maio de 1993, Iran Yared adquiriu um WV/Gol 1000, modelo 93, de cor branca, no valor de 315.000.000,00 (trezentos e quinze milhões), tendo dado como parte do pagamento um WV/Passat LS, modelo 80, de cor vermelha, conforme proposta de compra n. 716 (fl. 1).

“O mencionado veículo WV/Passat LS, apesar de adquirido pela Lages S.A. Veículos, não foi elencado nos livros de Registros de Entradas e Saídas, por ordem dos acusados, tendo sido transferido diretamente a terceira pessoa, conforme documento de consulta de veículo/proprietário, expedido pelo Detran (fl. 3), deixando, portanto, de ser recolhido o tributo devido pela empresa dirigida pelos réus.

“12.2. Em março de 1993, Clóvis Rogério Vieira Goulart adquiriu um WV/Logus CL. 1.8, no valor de 420.000.000,00 (quatrocentos e vinte milhões), tendo dado como parte do pagamento um GM/Monza SLE, modelo 90, de cor marron, conforme proposta de compra n. 799 (fl. 67).

“O mencionado veículo GM/Monza SLE, apesar de adquirido pela Lages S.A. Veículos, não foi elencado nos livros de Registros de Entradas e Saídas, por ordem dos denunciados, tendo sido transferido diretamente a Reinaldo Paim Brascher Filho, conforme documento de consulta de veículo/proprietário, expedido pelo Detran (fl. 89), deixando, portanto, de

ser recolhido o tributo devido pela empresa dirigida pelos denunciados.

“Saliente-se que Reinaldo Paim Brascher Filho, evidentemente, não fez qualquer negócio com Clóvis Rogério Vieira Goulart, tendo adquirido o citado automóvel diretamente da empresa dos acusados (fls. 101/102).

“12.3. Em março de 1993, Reinaldo Paim Brascher Filho ao adquirir o GM/Monza SLE, modelo 90, mencionado no item acima, no valor de 270.000.000,00 (duzentos e setenta milhões), deu como parte do pagamento um GM/Monza SLE, modelo 89, de cor azul, conforme proposta n. 854 (fl. 104).

“O mencionado veículo GM/Monza SLE, modelo 89, de cor azul, apesar de adquirido pela Lages S.A. Veículos, não foi elencado nos livros de Registros de Entradas e Saídas, por ordem dos réus, tendo sido transferido diretamente a Alberto Maccarini, conforme documento de consulta de veículo/proprietário, expedido pelo Detran (fl. 6), deixando, portanto, de ser recolhido o tributo devido pela empresa dirigida pelos denunciados.

“Saliente-se que Alberto Maccarini, evidentemente, não fez qualquer negócio com Clóvis Rogério Vieira Goulart, tendo adquirido o citado automóvel diretamente da empresa dos denunciados (fls. 109/110).

“12.4. Em abril de 1993, Elvio Odilon Antunes Ribeiro adquiriu um Fiat/Elba S, no valor de 220.000.000,00 (duzentos e vinte milhões), tendo dado como pagamento um WV/Parati GLS, modelo 90, de cor bege, conforme proposta de compra n. 869 (fl. 112).

“O mencionado veículo WV/Parati GLS, apesar de adquirido pela Lages S.A. Veículos, não foi elencado nos livros de Registros de Entradas e Saídas, por ordem dos denunciados, tendo sido transferido diretamente a Gentil Wolf, conforme documento de consulta de veículo/proprietário, expedido pelo Detran (fl. 114), e a proposta de compra n. 709 (fl. 113), deixando, portanto, de ser recolhido o tributo devido pela empresa dirigida pelos réus.

“Saliente-se que Gentil Wolf, evidentemente, não fez qualquer negócio com Elvio Odilon Antunes Ribeiro, tendo adquirido o citado automóvel diretamente da empresa dos denunciados (fls. 117/119).

“12.5. Em abril de 1993, Newton Silveira adquiriu um GM/Chevette DL, no valor de 210.000.000,00 (duzentos e dez milhões), tendo dado como parte do pagamento um GM/Chevette SL, modelo 87, de cor vermelha, conforme proposta de compra n. 820 (fl. 121).

“O mencionado veículo GM/Chevette SL, apesar de adquirido pela Lages S.A. Veículos, não foi elencado nos livros de Registros de Entradas e Saídas, por ordem dos denunciados, tendo sido transferido diretamente a Paulo Henrique Bett Reis, conforme documento de consulta de veículo/proprietário, expedido pelo Detran (fl. 123), e a proposta de compra n. 876 (fl. 122), deixando, portanto, de ser recolhido o tributo devido pela empresa dirigida pelos denunciados.

“Saliente-se que Paulo Henrique Bett Reis, evidentemente, não fez qualquer negócio com Elvio Odilon Antunes Ribeiro, tendo adquirido o citado automóvel diretamente da empresa dos denunciados (fls. 126/129).

“12.6. Em março de 1993, Vanderlei Francisco Sernajotto adquiriu um WV/GoI CL, no valor de 235.000.000,00 (duzentos e trinta e cinco milhões), tendo dado como parte do pagamento um GM/Chevette DL, modelo 91, de cor verde, conforme proposta de compra n. 798 (fl. 131), sendo que este último automóvel estava em nome de Ademir Juttel.

“O mencionado veículo GM/Chevette DL, apesar de adquirido pela Lages S.A. Veículos, não foi elencado nos livros de Registros de Entradas e Saídas, por ordem dos denunciados, tendo sido transferido diretamente a Newton Silveira conforme documento de consulta de veículo/proprietário, expedido pelo Detran (fl. 133), e a proposta de compra n. 820 (fl. 132), deixando, portanto, de ser recolhido o tributo devido pela empresa dirigida pelos denunciados.

“Saliente-se que Newton Silveira, evidentemente, não fez qualquer negócio com Vanderlei Francisco Sernajotto ou com Ademir Juttel, tendo adquirido o citado automóvel diretamente da empresa dos denunciados (fls. 135/136).

“12.7. Em abril de 1993, a empresa Café Guidalli Indústria e Comércio Ltda. adquiriu um WV/Kombi, no valor de 309.000.000,00 (trezentos e nove milhões), tendo dado como parte do pagamento um WV/Kombi, modelo 87, de cor branca, conforme proposta de compra n. 706 (fl. 138).

“O mencionado veículo WV/Kombi, apesar de adquirido pela Lages S.A. Veículos, não foi elencado nos livros de Registros de Entradas e Saídas, por ordem dos denunciados, tendo sido transferido diretamente a

Luiz Sérgio Raiciki, conforme documento de consulta de veículo/proprietário, expedido pelo Detran (fl. 40), e proposta de compra n. 733 (fl. 139), deixando, portanto, de ser recolhido o tributo devido pela empresa dirigida pelos denunciados.

“Saliente-se que Luiz Sérgio Raiciki, evidentemente, não fez qualquer negócio com a empresa Café Guidalli Indústria e Comércio Ltda., tendo adquirido o citado automóvel diretamente da empresa dos denunciados (fls. 142/143).

“12.8. Em abril de 1993, Cristiano Detofol adquiriu um Ford/ Escort GL, no valor de 200.000.000,00 (duzentos milhões), tendo dado como parte do pagamento um Ford/Escort XR3, modelo 84, de cor preta, conforme proposta de compra n. 871 (fl. 145).

“O mencionado veículo Ford/Escort XR3, apesar de adquirido pela Lages S.A. Veículos, não foi elencado nos livros de Registros de Entradas e Saídas, por ordem dos denunciados, tendo sido transferido diretamente a Moacir Antônio de Oliveira Soares, conforme documento de consulta de veículo/proprietário, expedido pelo Detran (fl. 147), e a proposta de compra n. 707 (fl. 146), deixando, portanto, de ser recolhido o tributo devido pela empresa dirigida pelos denunciados.

“Saliente-se que Moacir Antônio de Oliveira Soares, evidentemente, não fez qualquer negócio com Cristiano Detofol, tendo adquirido o citado automóvel diretamente da empresa dos denunciados (fls. 150/151).

“12.9. No início do ano de 1993, a Província Franciscana da Imaculada Conceição do Brasil — Colégio Franciscano Diocesano entregou à Lages

S.A. Veículos, em virtude de negociação não apurada, um Ford/Verona LX, modelo 91, de cor azul.

“O mencionado veículo, um Ford/Verona LX, apesar de adquirido pela Lages S.A. Veículos, não foi elencado nos livros de Registros de Entradas e Saídas, por ordem dos denunciados, tendo sido transferido diretamente a José Carlos Bendlim, conforme documento de consulta de veículo/proprietário, expedido pelo Detran (fl. 154), e a proposta de compra n. 852 (fl. 153), deixando, portanto, de ser recolhido o tributo devido pela empresa dirigida pelos denunciados.

“Saliente-se que José Carlos Bendlim, evidentemente, não fez qualquer negócio com o Colégio Franciscano Diocesano, tendo adquirido o citado automóvel diretamente da empresa dos denunciados.

“12.10. No início do ano de 1993, Aldori Dias Scoz adquiriu um WV/Parati novo, tendo dado como parte do pagamento um WV/Parati CL, modelo 91, de cor preta.

“O mencionado veículo, WV/Parati CL, apesar de adquirido pela Lages S.A. Veículos, não foi elencado nos livros de Registros de Entradas e Saídas por ordem dos denunciados, tendo sido transferido diretamente para a empresa Lactoplasa Indústria de Laticínios Planalto S.A., conforme documento de consulta de veículo/proprietário, expedido pelo Detran (fl. 159), e a proposta de compra n. 868 (fl. 158), deixando, portanto, de ser recolhido o tributo devido pela empresa dirigida pelos denunciados.

“Saliente-se que a Lactoplasa Indústria de Laticínios Planalto S.A., evidentemente, não fez qualquer ne-

gócio com Aldori Dias Scoz, tendo adquirido o citado automóvel diretamente da empresa dos denunciados (fl. 61).

“12.11. Em data ainda não apurada, a Lages S.A. Automóveis recebeu o veículo WV/Saveiro CL, modelo 89, cor azul, em virtude de negociação ainda não esclarecida.

“O mencionado veículo WV/Saveiro CL, apesar de adquirido pela Lages S.A. Automóveis, não foi elencado nos Livros de Registros de Entradas e Saídas, por ordem dos denunciados, tendo sido transferido, em abril de 1993, diretamente a Valéria Oselame Costa, conforme documento de consulta de veículo/proprietário, expedido pelo Detran (fl. 164), e a proposta de compra n. 874 (fl. 163), deixando, portanto, de ser recolhido o tributo devido da empresa dirigida pelos denunciados.

“12.12. Em abril de 1993, a Lactoplasa Indústria de Laticínios do Planalto S.A. adquiriu um WV/Gol junto à empresa dos denunciados, tendo dado como parte do pagamento um Ford/Escort XR3, modelo 92, de cor bege, conforme proposta de compra n. 873 (fl. 170).

“O mencionado veículo Ford/Escort XR3, apesar de adquirido pela Lages S.A. Veículos, não foi elencado nos livros de Registros de Entradas e Saídas, por ordem dos denunciados, tendo sido transferido diretamente para Reinaldo Batista Wagner, conforme documento de consulta de veículo/proprietário, expedido pelo Detran (fl. 171), deixando, portanto, de ser recolhido o tributo devido pela empresa dirigida pelos denunciados.

“Saliente-se que Reinaldo Batista Wagner não fez, evidentemente, qualquer negócio com a Lactoplasa Indústria de Laticínios Planalto S.A., tendo adquirido o citado automóvel diretamente da empresa dos denunciados (fl. 173).

“13. As operações acima descritas, juntamente com outras tantas não individualizadas nesta petição, foram a causa da elaboração e expedição das notificações de ns. 51035636 e 51035838, sendo que os fatos que redundaram na terceira notificação, de n. 51035737, não foram ainda analisados pelo Ministério Público, não estando, portanto, inseridos no âmbito da presente denúncia. As duas primeiras notificações importaram, à época de sua emissão, no valor de R\$ 225.958,88 (duzentos e vinte e cinco mil, novecentos e cinqüenta e oito reais e oitenta oito centavos).

“14. De qualquer forma, está evidente que os denunciados fraudaram, em continuidade delitiva e mediante co-autoria, a arrecação tributária do Estado de Santa Catarina, quando omitiram o registro, em documento ou livro exigido pela Lei Fiscal, de operações de vendas de veículos, conforme acima demonstrado.

“15. O proceder dos denunciados, pois, sempre movidos pela vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir o tributo e seus acessórios, teve por objetivo recolher, deliberadamente, ao Estado de Santa Catarina menos ICMS do que o efetivamente devido, de modo a maximizar seus ganhos, em que pese soubessem da ilegalidade que estavam perpetrando” (fls. 3/15).

Recebida a denúncia, o processo foi suspenso no tocante ao denunciado Paulo Wolny Broering, nos termos do art. 152 do CPP, prosseguindo o feito em relação aos demais réus (fl. 2).

Concluída a instrução criminal, os réus Paulo Wolny Broering Filho e Suzana Leatrice Broering Duarte restaram absolvidos com base no art. 386, inc. IV, do Código de Processo Penal.

Inconformado com o teor da sentença absolutória, o representante do Ministério Público apelou, requerendo a condenação dos acusados nas sanções do art. 1º, inc. II, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/90, e arts. 29 e 71 do Código Penal.

Após as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido porque próprio e tempestivo, merecendo o provimento, pois as provas trazidas ao processo formam a certeza necessária para a condenação dos apelados nos termos da exordial acusatória.

Consta dos autos que Paulo Wolny Broering Filho e Suzana Leatrice Broering Duarte eram, na época dos fatos, sócios-proprietários da empresa Lages S.A. Automóveis (Revendedora Autorizada Volkswagen), com sede na cidade de Lages, na Avenida Presidente Vargas, n. 532, inscrita no cadastro estadual de contribuintes sob o n. 250.024.837, conforme se depreende das atas das assembleias-gerais constantes dos autos (fls. 66 e 70).

Paulo Wolny Broering Filho ocupava o cargo de Diretor Comercial e Suzana Leatrice Broering Duarte exercia a função de Diretora Gerente, sendo que a empresa em comento tem por objeto principal o comércio de veículos, venda de peças e acessórios, além de oficina mecânica (Ata de fl. 62).

Segundo a denúncia, os apelados, na qualidade de Diretor Comercial e Diretora Gerente, comandavam e administravam pessoalmente a empresa e, mediante acordo de vontades e comunhão de interesses na administração desta, deixaram de providenciar a emissão de notas fiscais relativas a vendas de veículos usados efetuadas pelo estabelecimento durante o período dos meses de março, abril e maio de 1993. Também não determinaram a inserção dessas vendas no livro de registro de entrada e saída de mercadorias, propiciando com isso redução e supressão do ICMS devido pela firma, representada pelo tributo incidente sobre tais alienações.

A ação criminosa reiterada e dirigida à sonegação do tributo do ICMS restou evidenciada nos elementos constantes da ação fiscal deflagrada pelos agentes da Fazenda Estadual, que culminou na expedição, em 14 de maio de 1996, das notificações de ns. 51035636, 51035838 e 51035737, sendo noticiada na ação trabalhista movida por um ex-vendedor da empresa, Marcelo Rodolfo Arruda, com a finalidade de receber os reflexos das comissões derivadas das mencionadas vendas (fls. 417/419).

Acionada a autoridade de fiscalização tributária, deflagrou-se procedimento administrativo baseado nas três notificações declinadas, sendo que, ao término da tramitação administrativa, o Conselho Estadual de Contribuintes cancelou as notificações de n. 51035838 (fls. 696/698) e n. 51035737 (fls. 699/701) por incorrência de fraude fiscal. Concluiu, todavia, que, referente à de n. 51035636, houve irregularidade na emissão de notas fiscais e registro nos livros próprios (fls. 678/680), reformando somente quanto à base de cálculo para incidência de ICMS.

A materialidade dos delitos de sonegação fiscal restou sobejamente comprovada pelo termo de início de fiscalização, encerramento e prorrogação (fls. 25/26, 105/108), pela notificação fiscal n. 51035636 (fls. 33/34), a qual destaca as irregularidades na emissão de notas fiscais e a falta de registro, nos livros próprios, de operações tributáveis da empresa, bem como pelo demonstrativo das entradas de automóveis não registrados (fl. 35). Por fim, pelas “propostas de compra”, usadas para a realização e controle de vendas de veículos e do pagamento de comissão pelas tais vendas efetuadas (fls. 110/111, 115/117, 125/124, 131/132, 141, 150/151, 157/158, 164/165, 172, 177, 182, 189).

2. A autoria, por sua vez, em que pese a negativa dos apelados, acha-se suficientemente comprovada nos autos.

Registre-se inicialmente que a infração à obrigação tributária (principal ou acessória) implica em sanções completamente diversas daquelas de-

correntes de violação da norma penal cuja responsabilidade decorre exclusivamente da comprovação da culpabilidade do agente (art. 18 do CP). É que nesta há aplicação de penas privativas de liberdade, ao contrário daquela que, em regra, implica em sanção meramente pecuniária ou administrativa e a responsabilidade independe da vontade do infrator, bastando a violação à norma tributária para que lhe seja imposta a sanção.

A própria Lei n. 8.137/90, definidora dos crimes contra a ordem tributária, expressamente prevê que, naqueles crimes cometidos por intermédio de pessoa jurídica, os agentes (= pessoas físicas) somente respondem se tiverem concorrido para a prática do delito e se o fizerem com dolo ou culpa:

“Art. 11. 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*”.

No mesmo diapasão, ao apreciar o tema da denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária, Hugo de Brito Machado ensina que:

“1ª) Nos crimes contra a ordem tributária, a descrição da participação de cada um dos acusados no cometimento delituoso é requisito essencial da denúncia, por imposição das garantias constitucionais do processo penal;

“2ª) Em se tratando de crime cometido por intermédio de pessoa jurídica, a responsabilidade penal dos dirigentes destas é na medida da culpabilidade de cada um, por força do que estabelece o art. 11 da Lei n.

8.137 de 27/12/90” (Revista Dialética de Direito Tributário, n. 12, pág. 36).

No caso vertente, havendo prova acerca da materialidade dos delitos (consubstanciados em infrações tributárias formalizadas pela notificação fiscal n. 51035636), há fortes elementos de convicção capazes de atestar a atividade de Paulo Wolny Broering Filho e Suzana Leatrice Broering Duarte, assim como seu dolo direto de suprimir tributo mediante conduta proibida pelo direito.

Senão vejamos:

Os apelados, com o escopo de fugir da sanção penal, quando interrogados, alegaram desconhecer as operações fraudulentas, imputando ao seu pai, atualmente interdito, toda a responsabilidade pela gestão administrativa da pessoa jurídica (fls. 607 e 608). Contudo, não negaram a condição de sócios-diretores da empresa.

Ora, o ordinário é que os diretores (mesmo os não detentores de comando administrativo) de uma pessoa jurídica conheçam os hábitos negociais do comércio que impulsionam. Já o seu desconhecimento é fato extraordinário.

Nicola Framarino Dei Malatesta dispõe sobre os efeitos da ordinariedade e da extraordinariedade dos fatos sobre a distribuição do ônus da prova em matéria processual penal:

“Se o ordinário se presume, o extraordinário se prova: eis o princípio supremo para o ônus da prova; princípio supremo que chamamos ‘ontológico’, enquanto encontra seu fundamento imediato no modo natural de ser das coisas.

“Quem afirma que, no curso ordinário dos acontecimentos, não há obrigação da prova, tem por si a voz universal das coisas que apresentam como prova em juízo, tem por si a voz universal das pessoas que afirma aquela voz das coisas, como verificada num conjunto de experiências e observações. Portanto, o ordinário se presume. Mas quem afirma, ao contrário, o que está fora do curso ordinário dos acontecimentos, tem contra si a voz universal das pessoas; tem obrigação, portanto, de sustentar com prova particular sua asserção: o extraordinário se prova” (A Lógica das Provas em Matéria Criminal, vol. I, SP: Bookseller, 1996, pág. 126).

Nesse passo, aplicando-se a doutrina mencionada, cabia aos apelados, durante a instrução processual, trazer aos autos elementos probatórios suficientes a descaracterizar a presunção de autoria que vigia, eis que as testemunhas arroladas pela defesa nada souberam informar a respeito dos fatos narrados na exordial acusatória.

Narzo Costa de Medeiros, inquirido na qualidade de informante, foi contraditório, dizendo, inicialmente, que nada sabia sobre os fatos e que não tinha conhecimento sobre a administração da empresa, afirmando, entretanto, que era o pai dos apelados quem “dava voz final”, jamais delegando funções (fl. 654).

Edilson Adolfo Conink, por sua vez, asseverou “que não tinha conhecimento como eram feitas as operações com carros usados, porque trabalhava somente na venda de carros novos” (fl. 656).

As palavras de Fernando Roberto Kleis, contador da empresa, também não servem para legitimar a inocência dos apelados, eis que seu vínculo com a pessoa jurídica (Lages S.A. Automóveis) iniciou-se aproximadamente quatro anos após os acontecimentos narrados na peça acusatória (fl. 657).

As testemunhas Vilson José Forghieiri (fl. 658) e Aloísio Marcondes César (fl. 659) disseram desconhecer os fatos e em nada contribuíram para rechaçar a presunção de que os sócios diretores, ora apelados, conheciam a negociação fraudulenta de automóveis.

Ademais, admitir-se como verdadeira a tese defensiva, qual seja, a de que os diretores não participavam da sonegação materialmente comprovada, seria subverter a ordem normativa estabelecida na primeira parte do artigo 156 do Código de Processo Penal: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)”.

Ora, está consolidado em nossa jurisprudência pátria que os diretores respondem pessoalmente pelo delito em foco:

“São responsáveis pessoalmente pelo crime de sonegação fiscal os diretores, administradores, gerentes, contabilistas, funcionários e todos quantos, de certa forma, tenham participado dos atos delituosos ou contribuído para que eles se consumassem” (*in* Revista dos Tribunais, volume 613, pág. 348).

De outra banda, não bastasse a farta documentação juntada aos autos, há prova hígida demonstrando a participação do apelado Paulo Wolny Broering Filho, no sentido de que tratava diretamente com clientes em negócios

que envolviam a venda de carros usados. Eis o depoimento de Reinaldo Batista Wagner: “que tratou o negócio da compra do carro com ‘Paulinho’, que reconhece como o acusado Paulo Filho aqui presente” (fl. 639).

Também não resta dúvida quanto ao conhecimento de Suzana Leatrice Broering Duarte sobre as empreitadas criminosas em discussão, conforme se denota das declarações prestadas em Juízo por Luiz Sérgio Raiciki, fornecendo um substancioso detalhe, dando conta de ter sido procurado por ela para dizer que não negociou com a Lages S.A. Automóveis, mas sim comprou o veículo, por ele adquirido, diretamente do antigo proprietário (fl. 636).

3. Assim, uma vez comprovada a responsabilidade dos apelados, urge analisar a sonegação fiscal do ICMS devido.

Os depoimentos dos clientes colhidos sob o crivo do contraditório confirmam terem adquirido veículos usados da empresa Lages S.A. Automóveis (administrada pelos acusados), entregando seu próprio carro como parte do pagamento, quitando o restante em dinheiro, sendo que tais veículos eram revendidos sem emissão de nota fiscal.

Nesse sentido, Elvio Odilon Antunes Ribeiro declarou ter adquirido um Fiat/Elba, dando em pagamento uma VW/Parati GLS, conforme descrito na denúncia, item 12.4, não tendo recebido nota fiscal em razão da operação; que assinou a proposta de compra e venda de fl. 131 (fl. 634).

Gentil Wolff confirmou que, efetivamente, comprou da revenda Volkswagen (Lages S.A. Automóveis) a VW/Parati GLS que pertenceu a

Elvio, tendo dado no negócio uma Parati mais velha pelo valor de duzentos e sessenta; (...) que não recebeu nota fiscal, apenas um documento em branco, que estava em nome do antigo proprietário (fl. 635). Ambas as transações, tanto a de Elvio como a de Gentil, foram formalizadas por documento intitulado “Proposta de Compra” (números 869 e 709), que ingressaram nos autos às fls. 131/132.

Essa triangulação comercial, isenta de emissão de nota fiscal, conduziu ao não recolhimento do tributo pertinente, qual seja, o ICMS. Este *modus operandi* foi sucessivamente refeito, por no mínimo doze vezes, envolvendo os seguintes consumidores, conforme descrito e enumerado no item 12 da denúncia: Iran Yared, Clóvis Rogério Vieira, Reinaldo Paim Brascher, Newton Silveira, Vanderlei Sertanajotto, empresa Café Guidalli, Província Franciscana da Imaculada Conceição do Brasil, Aldori Dias Scoz, Cristiano Detofol, Lactoplasa Indústria de Laticínios do Planalto S.A., José Carlos Blendlim (fls. 6/13).

Como se vê, a finalidade da ausência de registro das entradas de automóveis era uma só: não produzir o fato gerador do ICMS, qual seja, quando um automóvel fosse revendido, cuja entrada não havia sido registrada, igualmente não seria anotada qualquer saída. Verifica-se, assim, que a omissão visava a *suprimir* o imposto devido, o que efetivamente ocorreu, consoante Demonstrativos das Saídas de Veículos não Registrados, no período de 1993 (fls. 35/36) e propostas de compras (fls. 110/190).

Agindo dessa forma, por diversas vezes, incidiram na conduta prevista no art. 1º, inc. II, da Lei n.

8.137/90, na modalidade de “omitir operação de qualquer natureza”, fraudando a fiscalização tributária, comprovada pelo procedimento instaurado pelos agentes fiscais, após minuciosa averiguação dos livros do contribuinte e demais documentos fiscais conforme demonstrado.

O dispositivo mencionado dispõe:

“Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

“II — fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal”.

Extrai-se da lição de Antônio Correia que, “neste delito o tipo descreve a atividade do agente como a de fraudar a fiscalização tributária mediante a inserção de elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documentos ou livros exigidos pela lei fiscal. Pode ser cometido pelo agente que esteja obrigado, pela lei, a expedir documentos fiscais ou a manter livros fiscais, seja qual for a atividade exercida, sujeita entretanto a ser tributada. Surgem duas situações, uma de omissão de operações de qualquer natureza e, outra, comissiva de falsidade, onde o agente lança dados inexatos” (Dos Crimes Contra a Ordem Tributária, Ed. Saraiva, 1994, págs. 101/102).

O dolo, *in casu*, foi representado exatamente pela consciência, primeiro, de não emitir as notas fiscais, quando da revenda, e, segundo, de não providenciar o registro das ven-

das no livro próprio, sonegando o imposto devido, causando prejuízos à Fazenda estadual.

Sabe-se que a fraude fiscal é conduta dolosa, artifício ilícito de que se serve o contribuinte para sonegar, embora tal conduta seja um meio para, por meio dela, chegar à consumação do delito-fim, qual seja, a supressão ou a redução do tributo devido ou simplesmente da sonegação fiscal consumada.

É que, “em matéria fiscal, o dolo específico ou próprio é o elemento subjetivo necessário à configuração do delito, que somente pode ocorrer com o elemento subjetivo, isto é, na modalidade dolosa específica. O agente, voluntária e conscientemente, pratica a ação; ou se omite, nos casos de falsidade ideológica, mas, querendo também o resultado. É a vontade consciente do agente, agindo para auferir vantagem ilícita, para beneficiar-se, sendo lesada a Fazenda Pública” (Samuel Monteiro — Dos Crimes Fazendários, Ed. Hemus, 1ª ed., 1998, pág. 101).

Portanto, houve por parte de Paulo e Suzana a omissão de registro de entrada e do respectivo registro de saída, caracterizando o tipo penal do art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90.

Nesse diapasão, colhe-se o seguinte aresto:

“Constitui crime de sonegação fiscal inserir elementos inexatos ou omitir rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública” (Ap. Crim n. 97.005952-3, de São Miguel do Oes-

te, rel. Des. Souza Varella, j. 25/5/1999).

4. Certas a materialidade e a autoria, resta verificar qual a modalidade de concurso de crimes restou configurada no caso dos autos.

Como se viu acima, as condutas que originaram os delitos deram-se em oportunidades diversas (março, abril e maio de 1993), conforme documentos de fls. 35/36, sendo executadas de forma semelhante, qual seja, diversas vendas de veículos, tendo como parte do pagamento o próprio automóvel do cliente e o restante em dinheiro. Após, quando revendiam, não emitiam nota fiscal e, conseqüentemente, não faziam registro contábil nos livros e documentos fiscais de entrada e saída, suprimindo, de forma dolosa, o ICMS devido ao Fisco estadual.

Para esses casos, o Código Penal define o crime continuado como situação em que o agente “mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem ser os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro” (art. 71).

A propósito Pedro Roberto preleciona:

“Existe ainda a possibilidade da ocorrência de crime continuado nas infrações previstas pelo artigo 1º da Lei. Tributos que são recolhidos em períodos de tempo relativamente próximos, geralmente de forma mensal. É o que ocorre, por exemplo, com o ICMS e com o IPI. Também as contribuições devidas à Previdência Social são recolhidas mensalmente. Nesses

casos, se a cada mês o contribuinte envida qualquer das práticas previstas pelos incisos do art. 1º, ou mesmo várias delas ao mesmo tempo, para reduzir ou suprimir tributo, ocorrerá nítido caso de crime continuado. Estarão presentes vários crimes, realizados através de ações ou omissões todas semelhantes, com nítida proximidade temporal, além da similaridade do local” (*in* Crimes contra a Ordem Tributária, 2ª ed., Ed. Obra Jurídica, pág. 72).

Nesse sentido, da lavra do eminente Des. Genésio Noll:

“Continuidade delitiva caracterizada. Crime que ocorreu a cada data de recolhimento do ICMS. As mesmas circunstâncias que determinaram o desígnio da conduta antecedente se reiteraram periodicamente” (Ap. Crim n. 99.003306-6, de Itajaí, j. 6/4/1999).

5. Assim, comprovada a culpabilidade dos apelados, por infração ao art. 1º, inc. II, c/c art. 11, ambos da Lei n. 8.137/90, combinados com os arts. 29 e 71 do CP, passa-se à aplicação da pena.

Paulo Wolny Broering Filho e Suzana Leatrice Broering Duarte agiram com culpabilidade comum à espécie; são primários e não há registros de antecedentes criminais; possuem conduta social e personalidades positivas; o motivo do delito, as circunstâncias e as conseqüências fazem parte do tipo penal, não havendo contribuição da vítima, o Estado.

Assim, fixa-se a pena-base no mínimo legal, 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1 (um) salário mínimo, em face da situação econômica favorável dos réus.

Inexistindo quaisquer circunstâncias agravantes, atenuantes, causas de especial aumento ou diminuição de pena, a reprimenda permanece inalterada em 2 (dois) anos de reclusão.

Reconhecida a continuidade delitiva (art. 71, CP), porquanto os lançamentos foram omitidos em 12 (doze) vezes, aumenta-se a pena em 2/3 (*vide* Ap. Crim. n. 98.014412-4, rel. Juiz Torres Marques, j. 15/6/2000), concretizando-se em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 1,66 (um vírgula sessenta e seis) salários mínimos.

A pena deverá ser cumprida em regime aberto, por se tratarem de réus primários, sendo favoráveis todas as circunstâncias judiciais, conforme disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Repressivo.

6. Por fim, verifica-se, *ex officio*, nos termos do art. 61 do CPP, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, referente à prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, uma vez que as penas impostas aos acusados admitem o prazo prescricional de 4 (quatro) anos, previsto no art. 109, V, do CP. Saliente-se que, em caso de continuidade delitiva (CP, art. 119), o acréscimo deve ser excluído para efeito da contagem do prazo prescricional.

Desse modo, verifica-se operada a prescrição da pretensão punitiva, nos termos do artigo 109, inciso V, c/c os artigos 110, §§ 1º e 2º, 114, inc. II, todos do Estatuto Penal, pois, entre a data do recebimento da denúncia (2/10/97) e a data da presente decisão condenatória (19/2/02) — a sentença absolutória não interrompe o prazo da prescrição — transcorreram mais de 4 (quatro) anos.

7. Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento para condenar os apelados, declarando-se, no entanto, extintas suas punibilidades, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, nos termos do art. 110, § 1º, c/c art. 109, V, ambos do Código Penal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 19 de fevereiro de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.025907-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Irineu João da Silva

Crime militar — Desrespeito a superior — Prática delituosa evidenciada nas declarações do réu e das testemunhas — Sentença confirmada — Sursis — Impossibilidade diante da norma expressa

prevista no art. 88, inc. II, letra b, do CPM — Recurso não provido.

Pratica o crime de desrespeito a superior soldado que, de forma desrespeitosa e agressiva, utilizando-se, inclusive, de palavras de baixo calão, desrespeita superior na presença de outros militares. “A disciplina militar se manifesta através do exato cumprimento dos deveres de cada um em todos os escalões e em todos os graus de hierarquia” (STM).

A suspensão condicional da pena não se aplica, em tempo de paz, ao crime previsto no artigo 160 do Código Penal Militar (CPM, art. 88, II, b).

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Criminal n. 2001.025907-9, da comarca da Capital (Auditoria Militar), em que é apelante Joselito Jesus de Oliveira, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

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

Custas na forma da lei.

O representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Joselito Jesus de Oliveira, por infração ao disposto nos artigos 298, *caput*, e 301, c/c 79, todos do Código Penal Militar, pelos fatos assim descritos na exordial:

“Consta das investigações que, na data de 27 de outubro de 1999, por volta das 8 horas, o denunciado Sd. BM Joselito Jesus de Oliveira desobedeceu as ordens do 3º Sgt. João dos Passos Santos para que, com os outros integrantes de sua guarnição, colocasse o uniforme de educação física, para a realização da atividade física diária.

“Não satisfeito com o erro que já havia cometido, o denunciado desatou o 3º Sgt. Santos, na frente de superiores hierárquicos e de outros soldados que o presenciaram profirindo palavras de baixo calão ao sargento” (fls. 2/3).

O processo seguiu seus trâmites legais e, ao final, o Conselho de Justiça julgou a denúncia parcialmente procedente, desclassificando a infração para a do art. 160, *caput*, do Código Penal Militar, condenando-o ao cumprimento da pena de 3 (três) meses de detenção, sem direito ao *sursis* (CPM, art. 88, inc. II, a). Não houve recurso da acusação.

Inconformado, o acusado apelou, propugnando pela absolvição, em síntese, por não haver prova suficiente para a condenação. Alternativamente, requer que lhe seja concedida a suspensão condicional da pena.

Com as contra-razões do Ministério Público, os autos ascenderam a esta Corte, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Robison Westphal, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. O apelante, Soldado Joselito Jesus de Oliveira, regularmente processado na Justiça Militar desta Capital, por infração aos artigos 298, *caput* (*desacatar superior, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, ou procurando deprimir-lhe a autoridade*), e 301 (*desobedecer a ordem legal de autoridade militar*), restou condenado como incurso nas sanções do artigo 160 (*desrespeitar superior diante de outro militar*), todos do Código Penal Militar.

Da análise do processado resulta evidente a impossibilidade se acolher pretensões defensivas.

A prática delituosa pela qual o apelante foi condenado restou evidenciada não apenas em suas próprias declarações, quando ouvido a respeito, como também nas declarações da vítima e testemunhas presenciais da ocorrência, em nada lhe socorrendo a alegativa de que seu comportamento derivou do fato de que estava passando por sérios problemas, pois seu filho estava doente e não tinha dinheiro para levá-lo ao médico, o que abalou sensivelmente seu sistema nervoso. No entanto, a par do fato de não ter comprovado o que alega, o acervo probante evidencia que o apelante tinha condições de adotar outra conduta, que não o desrespeito ao seu superior, para resolver os alegados problemas familiares. De qualquer maneira, não teria referida situação emocional força bastante, ainda que ocorrente, para desconstituir o delito de desrespeito a superior, haja vista que a disciplina é da própria essência do regime militar, cujo sistema é mais rígido, com maiores exigências de observância das leis, dos regulamentos, das ordens e da hierarquia, indispensáveis à defesa armada e à existência das instituições do Estado.

O fato incontestado é que, admoestado pelo Sargento Santos para que colocasse o uniforme de educação física para a realização da atividade diária negou-se a fazê-lo dizendo que era para constar no livro, e que iria responder para o tenente quando fosse chamado. Como o Sargento disse-lhe que deveria falar com ele, respondeu com palavras: “que é, porra, vai pro caralho, tô cheio de problemas, já disse que não vou trocar de roupa” (fl. 8). O episódio foi presenciado pelos soldados Pascoal Polastri (fls. 11/13), Cláudio Silvano da Silva (fls. 17/19), Dejair Heinzen (fls. 22/23), Israel dos Santos (fls. 31/33), Laerti Antônio Lamin (fls. 34/35) e Carlos Alberto Mello (fls. 36/37).

Dessarte, soldado que, de forma desrespeitosa e agressiva, utilizando-se, inclusive, de palavras de baixo calão, desrespeita superior na presença de outros militares, pratica o crime do art. 160 do CPM. “A disciplina militar se manifesta através do exato cumprimento dos deveres de cada um em todos os escalões e em todos os graus de hierarquia. III — Recurso improvido por decisão unânime” (STM, Ap. n. 2001.01.048672-0/DF, DJU 15/8/2001, v. 05301-02).

2. Por fim, sem razão o apelante quando postula a concessão *do sursis*, porque referido benefício é vedado expressamente por força do estatuído no artigo 88, II, *a*, do Código Penal Militar (*a suspensão condicional da pena não se aplica: (...) II — em tempo de paz: (...) b) pelos crimes previstos nos artigos 160, 161, 162, 235, 291 e seu parágrafo único, ns. I a IV*), portanto, em condenações como a acontecida nestes autos.

Nesse sentido:

“Desrespeito a superior de serviço e lesões corporais dolosas. Artigos 160, parágrafo único, e 209, c/c o art. 79, tudo do CPM. Pratica o inferior que desrespeita com palavras, superior hierárquico, estando este de serviço e, ainda, atinge companheiro de farda, causando-lhe lesões corporais. Nega-se provimento ao apelo da defesa para confirmar-se a sentença de primeira instância. Não se aprecia o *sursis* por força do art. 88, II, a, do CPM. Decisão unânime” (STM, Ap. n. 1982.01.043623-5/RJ, DJU 18/8/1983, v. 00983-01).

3. Diante do exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 12 de março de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.022350-3, DE BRUSQUE

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Apelação criminal. Crimes contra a administração pública. Desacato (art. 331 do CP) e resistência (art. 329 do CP). Penas máximas cominadas de dois anos de detenção.

Nova conceituação de “menor potencial ofensivo”, ditada pela Lei n. 10.259/01, que institui os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da justiça federal. Derrogação do artigo 61 da Lei n. 9.099/95. Interpretação ampliativa da competência dos juizados criminais estaduais. Isonomia constitucional.

Muito embora a conceituação de maior abrangência de crime de menor potencial ofensivo, dada pelo parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/01, tenha como destinação específica os Juizados Criminais Federais, e apesar de ter tal Lei na última parte de seu artigo 20 proibição expressa de sua aplicação no âmbito da Justiça Estadual, exsurge entendimento majoritário no sentido de que está derrogada a parte final do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95) aplicando-se o novo conceito também aos Juizados Criminais Estaduais, sob pena de restar violado o princípio da igualdade assegurado na Constituição Federal.

Crimes continuados e concurso formal de crimes. Falta de disposição expressa. Analogia do art. 119 do CP. Obstáculo à soma de penas. Consideração isolada dos crimes para efeito de incidência da Lei n. 9.099/95 e por conseguinte da Lei 10.259/01.

No tocante aos crimes continuados e em concurso formal, para efeito de incidência da Lei n. 9.099/95 e por conseguinte da Lei n. 10.259/01, devem ser considerados o tempo de pena previsto para cada infração penal isoladamente, não devendo as penas ser somadas, aplicando-se por analogia, na falta de disposição expressa, o art. 119 do Código Penal.

Norma processual. Aplicação imediata aos processos em andamento inclusive em matéria de competência. Remessa dos autos à turma de recursos competente. Recurso não conhecido.

A norma processual penal que entra em vigor também se aplica imediatamente nas questões de competência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.022350-3, da comarca de Brusque, em que é apelante Édson Roberto Marinho, e apelada a Justiça por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do recurso e determinar a remessa dos autos à Turma de Recursos competente.

Custas legais.

I — Relatório

Na comarca de Brusque (Vara Criminal e da Infância e Juventude), Édson Roberto Marinho foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 329 e 331, ambos na forma do art. 69, todos do Código Penal, porque, consoante se infere da exordial acusatória (fls. 2/4):

“No dia 11 de fevereiro de 2000, por volta das 22h20min, policiais militares e civis realizaram uma *blitz*, com o escopo de encontrarem pontos de prostituição e de drogas em uma série de bares desta cidade, e se dirigiram até o bar de propriedade do denunciado, localizado na Rua Azambuja, neste município e comarca.

“Neste local, quando os agentes passaram a informar o denunciado da razão da abordagem e da *blitz* no seu estabelecimento, Édson Roberto Marinho, com firme propósito de menoscar os funcionários em serviço, assim declarou aos mesmos: ‘se quiserem procurar puta e menor, procurem na casa de vocês’.

“Em virtude disto, os policiais passaram a proceder à prisão do denunciado que, não satisfeito com a sua empreitada delituosa anteriormente perpetrada, passou a resistir à prisão, obrigando os policiais que se

encontravam presentes a utilizarem da força física necessária para conter o denunciado, que, após se opor muito à determinação da autoridade policial, foi encaminhado à delegacia de polícia deste município e comarca.

“Consta que o mesmo, no caminho para a delegacia de polícia, ameaçou de morte os policiais.

“Consta ainda que em virtude da resistência ofertada por Édson Roberto Marinho, os policiais Osni Boni e Ronei Luiz Schwindt sofreram as lesões corporais de natureza leve descritas nos laudos periciais de fls. 13/14.

“Com esta conduta, o denunciado desacatou funcionários públicos no exercício de suas funções e opôs-se à execução de ato legal, mediante violência e ameaça a funcionários competentes para executá-lo”.

A proposta de suspensão condicional do processo restou prejudicada, ante a revelia do réu, à fl. 39, diante da renúncia do exercício do direito de Osni Boni e Ronei Luiz Schwindt de representarem o acusado Édson Roberto Marinho por lesões corporais leves, decretada a extinção da sua punibilidade no tocante a estes delitos, à fl. 56.

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente para condenar o acusado Édson Roberto Marinho à pena de 2 (dois) meses de detenção, em regime aberto, substituída pelo pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao art. 329 do *Codex* Penal, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por violação ao art.

331 do mesmo Estatuto, sendo-lhe concedido os benefícios do art. 594 do Código de Processo Penal.

A defesa do acusado peticionou requerendo que fosse designada nova data para seu interrogado, alegando que ele não compareceu à audiência, haja vista ter-se submetido à intervenção cirúrgica. Pugnou, por outro lado, que fosse designada outra data para a proposta de suspensão condicional do processo.

Os pleitos foram indeferidos e, irresignado com o teor do *decisium* prolatado, o réu interpôs recurso de apelação por seu defensor, pleiteando, preliminarmente, a anulação do feito a partir da audiência de interrogatório, ao argumento de que o Juízo *a quo* julgou procedente a denúncia ante a revelia do apelante, por não ter este comparecido à audiência de interrogatório, porém, tal fato deu-se por força maior. No mérito, pugnou pela sua absolvição, alegando que houve cerceamento de defesa.

Contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos a esta Câmara, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu conhecimento e improvimento.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de ação penal pública incondicionada, promovida pelo Ministério Público, para apurar a responsabilidade criminal de Édson Roberto Marinho, por infração ao art. 329 e 331 do CP.

A Lei n. 10.259/01, que “Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal”, conceituou, em seu

artigo 2º, parágrafo único, que são de menor potencial ofensivo “os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”; tal conceito opõe-se ao definido pela Lei n. 9.099/95, em seu artigo 61, que estabelece: “pena máxima não superior a um ano”.

Ante estes dispositivos surge um questionamento: Esse novo conceito poderia ser aplicado aos juizados estaduais ou teríamos agora um sistema bipartido, com dois conceitos de infração de menor potencial ofensivo, sendo um federal e um estadual?

Primeiramente, aponta-se que na parte final do artigo 20 da referida lei, está expressamente proibida a sua aplicação no âmbito da Justiça Estadual.

Não obstante esta determinação expressa e destinação específica, a posição praticamente de consenso nacional é de que não há um sistema bipartido do conceito de infração de menor potencial ofensivo. Há sim um sistema unitário, através de uma interpretação ampliativa da competência dos juizados criminais estaduais, estendendo-se a estes o novo conceito da Lei n. 10.259/01.

Nesse sentido, é o entendimento de Damásio E. de Jesus:

“Em suma, entendemos que o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/01 derogou também a parte final do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95), ampliando a sua extensão. Em consequência, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/95, aqueles aos quais a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior

a dois anos, ou multa, sem exceção. De maneira que os Juizados Especiais Criminais da Justiça Comum Estadual passam a ter competência sobre todos os crimes a que a norma de sanção imponha, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos (até dois anos), ainda que tenham procedimento especial” (Notícias Forenses, outubro/2001, pág. 61).

É da lição do Prof. Luiz Flávio Gomes in “Lei dos Juizados Especiais Federais (10.259/2001): Aspectos Criminais” (Wunderlich, Alexandre. Org. Escritos de Direito e Processo Penal. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, págs. 223/235):

“A Lei n. 10.259/2001, ao definir o que se entende por infração de menor potencial ofensivo (art. 2º), ampliou esse conceito e aplica-se também aos Juizados Estaduais (cf. nesse sentido, vários artigos no *site* do ibxcrim.com.br). A razão é simples: o legislador não se limitou a disciplinar os delitos que são da competência exclusiva (*ratione materiae*) da Justiça Federal, como, por exemplo, o crime político, o crime de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro etc. Se assim tivesse procedido, jamais o art. 2º se estenderia aos Juizados Estaduais. Adotou, ao contrário, critério amplo, que envolve todos os crimes da sua competência. Ocorre que a grande maioria deles são também julgados pelas Justiças Estaduais”.

Complementa o doutrinador, afirmando que a restrição expressa da Lei n. 10.259/01 sucumbe diante da Ordem Constitucional:

“É bem verdade que em vários momentos a Lei n. 10.259/2001 procurou deixar claro que sua aplicação era restrita ao âmbito federal (art. 1º

no que não conflitar com esta lei, art. 2º para os efeitos desta lei, art. 20 vedada a aplicação desta lei na Justiça Estadual). Apesar disso, nossa posição é no sentido de que deve ser aplicado o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo nos juizados estaduais. Por quê? Porque sobre o legislador ordinário está a vontade do Constituinte (a Constituição). Nenhum texto legal ordinário pode, sem justo motivo, discriminar situações. Se o crime da mesma natureza é julgado pela Justiça Estadual e Federal, deve receber o mesmo tratamento jurídico em ambas as jurisdições”.

Este posicionamento explica-se em razão dos princípios constitucionais da proporcionalidade (razoabilidade), e, principalmente, o da igualdade (tratamento isonômico), como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade” (São Paulo, Malheiros, 1994, págs. 29/30):

“É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas, ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas”.

Tal medida se impõe para evitar esdrúxulas situações na aplicação da lei penal. Mariana de Souza Lima Luand e Roberto Podval no artigo intitulado “Juizados Especiais Criminais” apresentam um paradoxo interessante:

“(…) restringir a aplicação do novo artigo às infrações penais de competência da Justiça Federal co-

mun é inconcebível. Admitir tal situação levaria a absurdos jurídicos como por exemplo aplicar os benefícios da Lei n. 9.099/95 a indivíduo que desacatasse policial federal e vedá-los quando o desacato fosse omitido contra policial militar. Isto porque, no primeiro caso, a competência para julgamento de eventual ação penal seria da Justiça Federal, por força do art. 109, IV, da Constituição Federal, e, no segundo, da Justiça Estadual. Como a infração penal prevista no art. 331 do Código Penal tem como pena máxima cominada a de 2 (dois) anos de detenção, somente seria a infração considerada de menor potencial ofensivo perante o júri federal, o que é, obviamente, um contra-senso” (IBCCRIM, Edição Especial, ano 9, n. 107, outubro de 2001, pág. 22).

Ainda, no sentido da interpretação ampliativa da competência dos juizados criminais estaduais, opinam os doutrinadores Márcia Aguiar Arend e Rudson Marcos *in* Lei dos Juizados Especiais Federais: Reflexos da Ampliação do Conceito de Infrações de Menor Potencial Ofensivo no Ordenamento Penal e Processual Penal, RT 793/491; e Fernando Tadeu Cabral Teixeira em seu artigo “Primeiras Impressões sobre a Lei n. 10.259” (Boletim IBCCRIM, n. 106, setembro/2001, pág. 2, 12 de julho de 2001).

É do mesmo entendimento a Resolução n. 05/01/CM, do Conselho Superior da Magistratura, publicada no Diário da Justiça de 21 de dezembro de 2001, pág. 1; e a Resolução de n. 8/2, de 6 de março de 2002, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça.

Igualmente, já entendem os Tribunais Pátrios:

“Penal. Processual penal. Recurso em sentido estrito. Porte e disparo de arma de fogo. Competência. Isonomia. Derrogação do artigo 61 da Lei n. 9.099/95. Retroatividade da Lei n. 10.259/01. — com o advento da Lei n. 10.259/01, restou ampliado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, por exigência da isonomia constitucional. — o comando normativo contido no art. 2º da Lei n. 10.259/01 possui contornos penais suficientes a atrair a observância” (TJRS — Recurso em sentido estrito n. 70003736428, rel. Amilton Bueno de Carvalho).

E esta Câmara:

“Apelação criminal. Disparo de arma de fogo em lugar habitado (artigo 10, § 1º, inciso III, da Lei n. 9.437/97). Pena máxima cominada de dois anos de detenção. Nova conceituação de ‘menor potencial ofensivo’, ditada pela Lei n. 10.259/01, que institui os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da justiça federal. Norma processual. Aplicação imediata aos processos em andamento. Recurso não conhecido com remessa dos autos à turma de recursos pertinente.

“Embora a conceituação de maior abrangência tenha destinação específica — “para os efeitos desta lei” — bem como a proibição expressa de sua aplicação no âmbito da Justiça Estadual, artigo 20, última parte, há entendimento, praticamente unânime, em sentido contrário, sob pena de restar violado o princípio da igualdade assegurado na Constituição Federal” (Apelação Criminal n. 2002.002859-2, de Curitiba, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

Diante disso, pode ocorrer que um processo inicie-se durante a vigência de uma lei, e sobrevenha uma lei nova que passe a regê-lo. Para resolver este aparente conflito da norma anterior e da norma ulterior, o artigo 2º do Código de Processo Penal dispõe que:

“A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

Portanto, tratando-se de determinação de natureza processual, a aplicação é imediata. Vigem os princípios *tempus regit actum*, do qual derivam dois efeitos: os atos processuais realizados sob a égide da lei anterior são considerados válidos e as normas processuais têm aplicação imediata, regulando o desenrolar restante do processo.

Julio Fabbrini Mirabete (*in* Processo Penal, Editora Atlas, 13ª ed., 2002, pág. 56) citando Hernando Londoño Jiménez afirma:

“Estabeleceu-se na lei, portanto, o chamado princípio do efeito imediato ou princípio da aplicação imediata da lei processual penal. O fundamento lógico desse princípio é o de que a lei nova presumidamente é mais ágil, mais adequada aos fins do processo, mais técnica, mais receptiva das novas e avançadas correntes do pensamento jurídico”.

Ocorre que, no caso em tela, o apelante, em concurso de crimes, praticou os delitos tipificados nos arts. 329 (resistência) e 331 (desacato) do Código Penal, sendo denunciado e condenado por estes.

Sendo aplicável a nova conceituação de infração de menor potencial ofensivo, nela se enquadrariam tais

delitos, *in casu*, sobreviria a outra questão: devem ou não as infrações ser consideradas isoladamente para efeito de competência dos Juizados Especiais Criminais? Ou seja, o aumento decorrente do concurso de crimes seria computado ou não?

Como se percebe, adotam-se os dispositivos da Lei n. 9.099/95 (e por extensão os da Lei n. 10.259/01), mesmo em se tratando de concurso formal e continuidade delitiva, haja vista a aplicação analógica do artigo 119 do Código Penal, o qual prevê, em benefício do réu, o cômputo da prescrição em cada crime isoladamente, descartando, então, o aumento respectivo ao concurso de crimes.

Nesse sentido é a doutrina:

“No tocante aos crimes contínuos e à hipótese de concurso formal, não se deve considerar o acréscimo, mas somente o tempo de pena previsto para cada infração penal isoladamente, aplicando-se por analogia, na falta de disposição expressa, o art. 119 do Código Penal. Este determina que seja considerada a pena de cada infração isoladamente para ser verificada a ocorrência de extinção de punibilidade. Assim, se houver lesão corporal culposa em concurso formal por que, da ação delituosa, resultaram duas vítimas, incidirá a Lei n. 9.099/95, tendo-se em conta que, vista isoladamente, a infração cometida tem pena no máximo de um ano” (Grinover, Ada Pellegrini e outros, Juizados Especiais Criminais, RT, 2ª ed., São Paulo, 1997, pág. 60).

Damáσιο E. de Jesus, também leciona:

“(…) Deve ser desprezado, entretanto, o aumento decorrente do concurso formal e do crime continuado.

(…)

“Devem ser consideradas isoladamente para efeito de incidência da Lei n. 9.099/95, não devendo as penas ser somadas. Nesse sentido: TACrimSP, ACrim. 984.371, 7ª CâM., rel. Juiz Correia de Moraes, SEDDG, rololash 1.046/180” (*in* Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 1997, pág. 41).

Ademais, as Leis dos Juizados Especiais não prevêm norma que condicione a aplicação da majoração a título de concurso de crimes para efeito de competência, haja vista que a finalidade é, em infrações de menor potencial ofensivo, beneficiar o acusado com um procedimento mais simples. Deve-se, portanto, considerar a infração isoladamente; assim um delito, com causas de especial aumento ou qualificadoras que gerassem uma pena acima do limite legal, deixa de ser de competência do Juizado, por não mais caracterizar a pequena potencialidade lesiva que a sua figura simples assinalaria.

Por fim, ressalte-se que, ampliada a conceituação de infração de menor potencial ofensivo, trazida pelo novo dispositivo, emerge norma de competência: a de que os apelos devem ser julgados pelas Turmas Recursais pertinentes (art. 82, da Lei n. 9.099/95). Quanto a isto afirma Julio Fabbrini Mirabete:

“O princípio do efeito imediato aplica-se também à matéria de competência, seja ela regulada por leis de processo, seja pelas normas de organização judiciária. Mesmo que a lei

nova venha criar ou suprimir uma ordem de jurisdição, substituir juízes, modificar composição de tribunais etc., deve ser ela aplicada aos processos em curso” (*op. cit.*, pág. 56).

Ainda, em relação à competência, em sua célebre obra Elementos de Direito Processual Penal (Editora Bookseller, 1997, 1º vol. pág. 56), José Frederico Marques traz o ensinamento de Carlos Maximiliano (Direito intertemporal ou teoria da retroatividade da lei, 1946, pág. 312), apontando:

“A norma processual penal que entra em vigor também se aplica imediatamente nas questões de competência, quer sejam reguladas por leis processuais, quer reguladas pelas de organização judiciária. É o que ensina Carlos Maximiliano: ‘Disposições concernentes à jurisdição e competência aplicam-se imediatamente; regem o processo e julgamento de fatos anteriores à sua promulgação’”.

Portanto, com a nova conceitualização de infração de menor potencial ofensivo, a competência para julgamento da apelação interposta é da Turma de Recursos.

III — Decisão

Diante do exposto, nega-se conhecimento ao recurso interposto, determinando-se a remessa dos autos à Turma de Recursos competente.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino e Maurílio Moreira Leite, e lavrou o parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 19 de março de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.002170-1, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Torres Marques

Extorsão – Circunstâncias que não caracterizam o flagrante preparado – Nulidade afastada – Tipo penal que exige efetivo temor da vítima em relação ao réu – Intimidação justificada na falta de conhecimentos jurídicos – Vítima assistida por advogado durante todo o processo extorsivo – Delito desconfigurado – Desclassificação de ofício para o delito de exploração de prestígio – Possibilidade – Fatos narrados na inicial – Pretensão punitiva – Extinção — Prescrição na forma retroativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal n. 2001.002170-1, da comarca de

Criciúma (2ª Vara), em que é apelante João Carlos Vieira Machado, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, de ofício, desclassificar e declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

João Carlos Vieira Machado restou denunciado como incurso nas sanções do art. 158, *caput*, do CP, pois, segundo narra a exordial acusatória:

“No dia 1º de fevereiro de 1991, por volta das 8h30min, o ora denunciado dirigiu-se à empresa Cecrisa, sita nesta Cidade, onde procurou contato com um dos representantes do referido grupo industrial, mais precisamente o Senhor Ruy Hülse.

“Reservadamente, o denunciado relatou ser intermediário do Doutor Lédio Rosa de Andrade, Meritíssimo Juiz de Direito da 3ª Vara Cível desta Comarca, o qual exigia o pagamento de Cr\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de cruzeiros) em dinheiro, mais 24 (vinte e quatro) prestações mensais de Cr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros), para deferir o pedido de concordata formulado pela empresa Cesaca S.A. – Cerâmica Santa Catarina, pertencente ao aludido grupo empresarial. Caso não fosse atendido, o Juiz decretaria a falência da empresa já na semana seguinte.

“Diante da gravidade da ameaça, outros diretores foram comunicados e nova reunião foi realizada, desta feita também com a presença do advogado da empresa, ocasião em que o denunciado reiterou as exigências, bem como a ameaça. Para que os interlocutores não suspeitassem da trama, o acusado fez referência a vários fatos da vida particular do Ma-

gistrado, induzindo-os a acreditar que efetivamente a decretação da falência se concretizaria caso os valores citados não fossem pagos.

“Finalmente, foi marcado o dia 6 de fevereiro do corrente ano para o pagamento do numerário exigido, tendo como local o escritório da Lubricril de propriedade do imputado. Ficou acertado também que os Cr\$ 20.000.000,00 seriam parcelados em quatro vezes. Na data e hora combinadas, o Senhor Ruy Hülse e o Dr. Taltíbio Del Valle Y Araújo, advogado das empresas, acompanhados também do Dr. João Manoel Lipinski, Delegado do Departamento de Investigações Criminais, compareceram na firma do acusado, trazendo Cr\$ 2.000.000,00 que, muito embora não sendo o valor tratado, foi recebido por ele, após o que lhe foi dada voz de prisão”.

Concluída a instrução criminal, o acusado restou condenado à pena de 3 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e 30 (trinta) dias-multa no valor mínimo legal, como incurso nas sanções do art. 158, *caput*, do CP.

Irresignado, apelou o réu alegando a nulidade do flagrante e, no mérito, objetivando a absolvição por negativa de autoria ou por falta de elemento caracterizador da extorsão, consubstanciado na violência ou grave ameaça e, sucessivamente, pela desclassificação para o delito de estelionato.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a esta superior instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo provimento do recurso.

II – Voto

Trata-se de irrisignação acerca da sentença condenatória pelo crime de extorsão.

Preliminarmente, quanto à aventada nulidade do flagrante, sustentado como preparado, cito precedente desta Corte, da lavra do Des. Cesar Abreu:

“Acolho, no mais, as razões do douto parecerista, Dr. Maurílio Moreira Leite, que com sua peculiar sabedoria e experiência afirmou:

“Quanto à preliminar, nulidade do inquérito policial, cuida-se de assertiva sem nenhuma consistência, haja vista que os defeitos porventura existentes naquele procedimento não se transmitem à ação penal. Segundo José Frederico Marques, ‘O inquérito, como instrumento da denúncia, não está sujeito a formas indeclináveis, tanto que, a não ser para o interrogatório e para o auto de prisão em flagrante, norma alguma está traçada pelo Código de Processo Penal no tocante ao assunto. Tudo o que vem disposto sobre as atividades da autoridade policial, no texto do Código, constitui uma série de preceitos ditados em razão da eficiência investigatória da autoridade policial, e não como procedimento ou *modus faciendi* obrigatório. É contra-senso, por isso mesmo, falar em nulidade do processo por ser nulo o inquérito policial, como já vimos num *habeas corpus* impetrado ao Tribunal de São Paulo, e por este acertadamente repellido. O inquérito, como instrumento da denúncia, nunca é nulo, não estando sujeito, assim, às sanções que o Código prevê para os atos processuais’ (Elementos de Direito Processual Penal, Editora Forense, 1ª ed., pág. 159)” (Recurso Criminal n. 10.033 (88.087952-0), de Turvo).

Especificamente sobre o flagrante, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“Segundo a Súmula 145 do STF, ‘não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.’ A jurisprudência,

com fundamento nesse enunciado, tem afirmado que não pode ser autuado em flagrante o agente de crime provocado, ou seja, quando o agente é induzido à prática de um crime pela ‘pseudovítima’, por terceiro ou pela polícia, ao caso chamado de agente provocador. Tal situação não se confunde, segundo se tem decidido, com o flagrante esperado, em que a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar o mecanismo causal da infração, e que procura colher a pessoa ao executar a infração, frustrando a sua consumação, quer porque recebeu informações a respeito do provável cometimento do crime, quer porque exercia vigilância sobre o delinqüente. Na primeira hipótese haveria então um crime putativo, que não ensejaria a prisão em flagrante; na segunda, uma tentativa punível, ensejadora da captura” (Processo Penal, 4ª ed., Atlas, São Paulo, 1995, pág. 371).

Dos elementos processuais anexados ao pedido, infere-se que se trata de flagrante esperado, e não preparado, uma vez que o agente provocador do incidente foi o próprio réu, não havendo instigação policial para tanto, apenas vigilância.

Quanto ao mérito, o ato de extorquir exige, à sua caracterização, que a vítima seja forçada, obrigada, constrangida, atemorizada, e por isso levada a praticar o ato. Essa intimidação deve ser averiguada a partir das características pessoais da vítima, tendo-se como tal a idade, sexo, grau de instrução, condição social, entre outros.

A vítima, Ruy Hülse, assim justificou o seu temor em ver decretada a falência da empresa Cesaca caso não pagasse o valor pedido por João Carlos:

Quando da lavratura do flagrante: "...que o declarante tem formação em engenharia de minas, não tendo profundos conhecimentos técnicos em legislação, acreditou que se efetivamente o citado João Carlos tivesse influência com o citado magistrado, talvez pudesse prejudicar as empresas, neste, ou em outros processos; que o declarante tem certeza da mais absoluta lisura desse processo concordatário..." (fl. 10) (grifei).

Em Juízo: "...o que levou o depoente a acreditar no fato de ser o acusado portador de proposta do Magistrado foi a intimidade que aparentava este possuir com aquele, vez que relatava fatos de sua vida privada ..." (fl. 138).

Sustenta a vítima acreditar que João Carlos era portador de proposta de Magistrado que talvez pudesse prejudicar as empresas em algum processo porventura existente ou até mesmo no processo de concordata da empresa Cesaca.

Em que pese a frágil concepção da vítima, membro da diretoria do Grupo Cecrisa, acerca do funcionamento do Poder Judiciário, que não compreende um processo concordatário, como também desconhece que caso não concordasse com a fundamentação do magistrado quanto à decisão que seria prolatada, poderia recorrer a instâncias superiores, sua credulidade advém da falta de conhecimentos jurídicos, conforme confessou em seu depoimento na fase inquisitorial, embora acreditasse que apenas "talvez" suas empresas pudessem sofrer prejuízos.

Ocorre, como também se retira dos autos, que durante todo o processo de conversações entre vítima e réu, em que se discutia formas de pagamento, a vítima contava com o apoio

de Taltíbio Del Valle Y Araújo, advogado do Grupo Cecrisa "desde o ano de 1990", onde trabalhou "inicialmente para avaliar contratos bancários e, posteriormente, para impetrar ações de concordata do referido grupo empresarial, de forma contingencial" (fl. 11).

Ora, dessa feita, sanado estava o desconhecimento da vítima em relação à matéria jurídica, faltando, portanto, elemento crucial do ilícito, que seria o implacável temor de Ruy Hülse em relação a João Carlos.

A matéria foi apreendida com excelência pelo Promotor de Justiça Henrique Limongi, que, em contra-razões recursais, manifestou-se com maestria:

"Ora, a intimidação, para além de ser incompatível com *talvezes*, não se compadece, é evidente, com a sólida convicção pela pseudovítima externada – acerca da absoluta lisura (palavras suas, textuais) da concordata em curso" (fl. 506).

Na mesma linha, arrematou o douto Procurador de Justiça Hipólito Luiz Piazza, em seu parecer:

"Ora, na espécie, o agente, valendo-se do pueril argumento de ter influência sobre determinado Juiz de Direito, interferência esta capaz de provocar, no exercício da jurisdição deste, decisão prejudicial a ela vítima, exigiu, em nome daquele, determinada quantia em dinheiro. É notório que a empresa Cecrisa por sua desenvoltura industrial tem como administradores pessoas de nível intelectual de certo gabarito, sendo que, por seu turno e em contrapartida, o agente 'extorsivo' tratava-se de um mero comerciante, sem expressão de destaque. Falava ou procurou ele (agente) se utilizar de um nome de uma autoridade judiciária local, estrutura essa, consideradas as proporções da extensão da comarca, sempre do conhecimento e aferição dos comarquianos, mor-

mente os de uma projeção do quilate da vítima. A espécie não fugiu da tentativa de um estelionato, assentado num 'engodo' que, diga-se, somente plausível para os simplesmente incautos" (fl. 546).

Assim, utilizando-se das palavras dos ilustres membros do Ministério Público, verifico que a conduta de extorsão não se encontra perfectibilizada nestes autos.

De outro modo, colhe-se dos fatos, mesmo que implicitamente, a conduta descrita no artigo 357 do Código Penal, caracterizando-se a hipótese de *emendatio libelli*, perfeitamente possível em nosso ordenamento jurídico, em oposição à *mutatio libelli*, esta sim capaz de macular a validade da sentença, caso verificada.

Quanto à matéria, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

"Permite o Código que a sentença possa considerar na capitulação do delito dispositivos penais diversos dos constantes na denúncia, ainda que tenha de aplicar pena mais grave. Não há no caso uma verdadeira *mutatio libelli* mas, simplesmente, uma corrigenda da peça acusatória (*emendatio libelli*). Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal porquanto o réu se defendeu daqueles fatos e não de sua capitulação inicial. Podem ser reconhecidas então qualificadoras, causas de aumento de pena, evidentemente com aplicação de pena mais grave, ou até mesmo por outro crime, não capitulado na inicial. Não há na hipótese do artigo 383 necessidade de ser aberta vista à defesa para manifestar-se a respeito. (...)" (in "Código de Processo Penal Interpretado", 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, págs. 488/9).

No que se refere ao delito de exploração de prestígio, este restou devidamente caracterizado, conforme escólio de Julio Fabbrini Mirabete:

"A primeira conduta típica é solicitar, que significa pedir, requerer, buscar, pressupondo a iniciativa do sujeito ativo, e que se configura ainda que o pedido não seja aceito. A segunda é a ação de receber, obter, aceitar, configurando um acordo de vontades entre o sujeito ativo e o comprador do prestígio. É indispensável que o agente arrogue influência com relação ao servidor e que solicite ou receba a vantagem, não se configurando o crime com a simples gabarolice ou fanfarronada.

"O crime pressupõe fraude, pois o agente solicita ou recebe a vantagem a pretexto de influir no servidor da justiça, iludindo o interessado, pois, havendo conluio com o servidor, ocorrerá outro ilícito" (in Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, pág. 1.934).

Dessa forma, não há falar em absolvição pois o acusado, livre e conscientemente, valeu-se de sua amizade com o então Magistrado daquela Comarca, requerendo dinheiro ao grupo Cecrisa sob o argumento de poder influenciar a decisão do Juiz.

O apelante tenta eximir-se da culpa alegando ter sido do grupo empresarial a iniciativa em contatar o ora réu. O argumento não prospera pelos motivos já declinados quando da análise do delito de extorsão.

Tendo em vista a desclassificação do crime de extorsão para o de exploração de prestígio, passo a aplicar a pena.

Em consonância com a análise das circunstâncias judiciais operada na sentença, fixo a pena-base em 1 (um) ano de reclusão, em regime

aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Por derradeiro, tendo o acórdão corrigido a pena aplicada ao réu, tem-se como base, à verificação da prescrição, a sanção estabelecida no novo julgamento.

É da jurisprudência:

“Se o acórdão corrige a pena da sentença em benefício do réu, a pena a ser considerada, para efeitos prescricionais, entre a sentença e o acórdão, há de ser aquela correta e não a que veio a ser modificada” (TACrimSP – AC — Rel. Adauto Suanes – JUTACrim 78/411).

“Prescrição retroativa sumular – Base de cálculo – Reduzida a pena em segundo grau, a nova sanção imposta no acórdão é que constituirá a base de cálculo para fins prescricionais” (TACrimSP – AC – Rel. Veiga de Carvalho).

Tendo em vista o disposto no art. 109, V, do CP, verifico que decorreu lapso de tempo superior a 4 (quatro) anos entre a data do recebimento da

denúncia (15/2/91) e a data da publicação da sentença (3/6/97), pelo que, a teor do art. 61, *caput*, do CPP, deve ser decretada a prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa, em relação ao delito imputado ao apelante.

III — Decisão

Por todo o exposto, é desclassificado o delito e declarada extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição punitiva, na forma retroativa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 12 de março de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente;
Torres Marques,
Relator.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

CONFLITO DE JURISDIÇÃO N. 2002.002259-4, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Crime de menor potencial ofensivo — Vítima menor — Circunstância que não justifica a remessa do feito ao Juízo Comum — Conflito acolhido para declarar a competência do Juizado Especial Criminal.

O só fato de uma das vítimas de delito de menor potencial ofensivo ser menor de 21 anos, ainda que exija a nomeação de curador para audiência preliminar de composição de dano, em face de possível colidência de interesses com seu representante legal, não implica complexidade que justifique o deslocamento da competência do Juizado Especial para o Juízo Comum.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição n. 2002.002259-4, da comarca de Itajaí, em que é suscitante o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal, e suscitado o Dr. Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, prover o conflito para declarar competente o Juízo suscitado.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de conflito de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Itajaí, relatando que os autos de inquérito policial lhe foram remetidos pelo MM. Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal da mesma Comarca, por compreender que uma das vítimas do delito lá noticiado era adolescente, o que tornaria inviável a composição de danos a ser feita por seu próprio representante legal, no caso o agressor, o que exigiria a nomeação de curador, tornando complexa a causa e, como tal, incompatível com os princípios primordiais do Juizado Especial.

Não vê, o Juiz suscitante, razão para que o suscitado declinasse a competência para conhecimento e jul-

gamento do feito, argumentando não se tratar de questão de difícil solução jurídica a justificar o encaminhamento do feito ao Juízo Comum.

Os autos foram remetidos a este Tribunal de Justiça, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Robison Westphal, pelo conhecimento e procedência do conflito, para declarar competente o Juízo suscitado do Juizado Especial Criminal da comarca de Itajaí.

II — Voto

O inquérito policial encaminhado ao Juízo suscitante refere-se a delito de menor potencial ofensivo, nominado pela autoridade policial como ameaça e vias de fato, e teve origem em boletim de ocorrência, em que noticia a esposa que o marido a teria agredido, bem como à filha menor, quando estava sob efeito de bebida alcoólica que ingerira.

Entendeu o Dr. Juiz titular do Juizado Especial Criminal que, em função de uma das vítimas ser menor e um de seus representantes legais o agressor, poderia implicar na necessidade de nomeação de curador na fase de composição de danos que prevê o art. 72 da Lei n. 9.099/95, importando em complexidade incompatível com os princípios primordiais do Juizado, pelo que remeteu o feito ao Juízo Co-

mum, que melhor atenderia, no seu entender, aos interesses da vítima adolescente.

Sem razão, contudo, como bem expressou o Dr. Juiz suscitante.

O art. 77, §§ 2º e 3º, da Lei n. 9.099/95, prevê a possibilidade de encaminhamento de procedimento relativo a crime de menor potencial ofensivo ao Juízo Comum, quando a causa for complexa ou apresentar circunstâncias especiais.

Esse não é o caso dos autos, pois a questão jurídica é bastante singela e o fato não demanda a produção de prova de difícil obtenção.

Não há impedimento, também, para a composição de danos, já que a vítima menor deverá estar acompanhada por sua representante legal — a mãe, ou, havendo conflito de interesses, nomeia-se curador, além de que, como bem disse o suscitante, o Ministério Público atuará, também, com vistas a proteger o interesse do incapaz.

Tal circunstância não é incompatível com o princípio de celeridade e simplicidade que comanda o Juizado, pois doutrina tem defendido que em caso de o autor do fato ser maior de 18 anos e menor de 21, esteja acompanhado de representante legal, possa validamente assumir a responsabilidade de ressarcimento do dano.

A própria Lei n. 9.099/95, nos arts. 71 e 72, prevê a presença, na audiência preliminar de conciliação, do responsável civil — pais, tutor ou curador do autor do fato ou empregador, no caso de preposto — e em nenhuma dessas circunstâncias cogitou-se do deslocamento da competência para o Juízo Comum.

Acerca do tema, pertinente à lição do Promotor de Justiça Paulo de Tarso Brandão, em obra que publicou juntamente com o Des. Pedro Manoel Abreu, citada pelo suscitante em sua representação:

“Esta norma, contudo, não pode servir como abertura de um canal para o esvaziamento do Juizado Especial. É norma excepcional e como tal há de ser interpretada.

“A interpretação sobre a possibilidade de dar continuidade ao procedimento previsto para o Juizado deve ser feita sempre no sentido de afirmá-la.

“A complexidade diz respeito à lição penal — que raramente ocorre em casos de fatos de menor potencial ofensivo — e deve envolver questão de difícil solução jurídica” (Juizados Especiais Cíveis e Criminais, págs. 142/143).

Com relação à melhor defesa dos interesses da vítima menor, invocada pelo suscitado, certamente esta se refletiria na celeridade da resposta jurisdicional, própria do Juizado, e o retardo ocorrido no presente caso, em que determinada a instauração de inquérito policial, este ficou um ano aguardando a análise pelo Promotor de Justiça da Vara Criminal, comprova o equívoco da justificativa.

Dessa forma, tratando-se de delito de menor potencial ofensivo e não se enquadrando nas hipóteses legais que autorizam o deslocamento da competência para o Juízo Comum, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo suscitado.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conhece-se do conflito e julga-se-o procedente para declarar competente

o Juizado Especial Criminal da comarca de Itajaí, remetendo-se cópias do acórdão aos juízos respectivos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 5 de março de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

REPRESENTAÇÃO

REPRESENTAÇÃO N. 2002.001518-0, DE TROMBUDO CENTRAL

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Representação. Notícia crime contra Prefeito Municipal endereçada ao Dr. Promotor de Justiça, Coordenador de Defesa da Moralidade Administrativa. Ação penal originária. Inteligência do artigo 29, inciso V, da Lei n. 8.625/93. Notícia crime não conhecida. Remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação n. 2002.001518-0, da comarca de Trombudo Central, em que são representantes Osnildo Dalmarco e outros, sendo representado Hans Fritsche:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer da notícia crime, determinando a remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Custas legais.

Trata-se de notícia crime endereçada ao Dr. Promotor de Justiça, Coordenador de Defesa da Moralidade Administrativa, formulada por

Osnildo Dalmarco e outros, contra Hans Fritsche, Prefeito Municipal de Pouso Redondo. Por certo, tendo em vista o disposto no artigo 29, inciso X, da Constituição Federal, que atribui foro privilegiado aos prefeitos municipais, o noticiado, sob forma de representação, foi autuado e distribuído neste Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Cogitável, em tese, de ação penal de competência originária, de atribuição do Procurador-Geral de Justiça, nos termos do artigo 29, inciso V, da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 — Lei Orgânica do Ministério Público. E, entre os poderes atribuídos ao Chefe do Ministério Público é incluído

o de arquivar, *motu proprio*, notícia crime, sem a participação do Poder Judiciário. Leia-se: “Art. 29 — Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça: VII — determinar o arquivamento de representação, notícia crime, peças de informação, conclusão de comissões parlamentares de inquérito ou inquérito policial, nas hipóteses de suas atribuições legais”.

Por sua vez, cabe ao Colégio de Procuradores de Justiça: “rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, consoante determinado no artigo 12, inciso XI, da lei referida”.

Tendo em vista o procedimento aplicável à espécie, indaga-se da pertinência de o Poder Judiciário, tratando-se, em tese, de ação penal originária, imiscuir-se na questão suscitada, antes de ser deduzida pretensão punitiva. Ora, cabendo ao Procurador-Geral de Justiça, especificamente na hipótese tratada — ação penal originária —, repita-se, o poder de arquivar qualquer peça de informação, independente da participação do Poder Judiciário (Pedro Roberto Decomain, Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Editora Obra Jurídica, 1996, pág. 80; Hugo Nigro Mazzilli, Regime Jurídico do Ministério Público, Editora Saraiva, 1993, pág. 211), inviável torna-se sua participação em qualquer procedimento pretérito, o que se dará, tão-somente, se houver dedução de pretensão punitiva.

Além disso, competindo ao Ministério Público determinar todas as diligências que se fizerem necessárias ao esclarecimento do fato alegado (Constituição Federal, art. 129, inciso VIII), sem qualquer sentido o endereçamento ao Poder Judiciário de notícia crime, no caso de ação penal originária, salvo de se tornar mais um entrave à celeridade processual, tão almejada.

A respeito da matéria, guardadas as devidas proporções, o já decidido:

“Notícia crime apontando Prefeito Municipal como autor do crime definido no artigo 317, § 1º, do Código Penal, endereçada ao Presidente do Tribunal de Justiça. Ação Penal originária. Inteligência do artigo 29, inciso V, da Lei n. 8.625/93. Pedido não conhecido. Remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça” (Representação n. 01.024145-5, de Imbituba, julgada em 11 de dezembro de 2001, deste Relator).

Em face do exposto, a notícia crime não é conhecida, com remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, dando-se baixa na distribuição.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Sérgio Roberto Baasch Luz. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Galvani Alberton.

Florianópolis, 19 de março de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente;

Maurílio Moreira Leite,
Relator.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.496-0/DF

Relator: Ministro Moreira Alves

Requerentes: Partido Comunista do Brasil — PC do B e outros

Advogados: Paulo Machado Guimarães, Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior e outro, Jonas Duarte José da Silva e outros, Luiz Alberto dos Santos

Requerido: Presidente da República

EMENTA

Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Medida Provisória n. 1.513/96 e suas reedições. Não cabimento da ação contra ato administrativo editado sob a forma de lei. Impossibilidade de discussão, em ação dessa natureza, de fatos que não decorram objetivamente do ato impugnado.

— Não cabe ação direta de inconstitucionalidade por não configurar a Medida Provisória atacada ato normativo, mas, sim, ato administrativo que tem objeto determinado e destinatário certo, ainda que, por exigência constitucional, tenha de ser editado por medida provisória (art. 167, § 3º, da Constituição Federal).

— Não é admissível, também, discutirem-se, em ação direta de inconstitucionalidade em abstrato, fatos que não decorram objetivamente do ato impugnado.

Ação não conhecida, ficando, em consequência, prejudicado o pedido de liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal

Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taguigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer da ação, ficando, em consequência, prejudicado o pedido de medida liminar.

Brasília, 21 de novembro de 1996.

Sepúlveda Pertence, Presidente;

Moreira Alves, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Moreira Alves – (Relator): O Partido Comunista do Brasil — PC do B e outros arguem, na presente ação direta com pedido de liminar, a inconstitucionalidade de Medida Provisória n. 1.513, de 6/8/96, que vem sendo regularmente reeditada com os respectivos aditamentos a esta ação, a qual reza:

“Art. 1º — Fica o Poder Executivo autorizado a abrir ao Orçamento Fiscal da União (Lei n. 9.275, de 9/5/96), em favor do Ministério dos Transportes, crédito extraordinário até o limite de R\$ 106.000.000,00 (cento e seis milhões de reais), para atender à programação constante do Anexo I desta Medida Provisória.

“Art. 2º — Os recursos necessários à execução do disposto no artigo anterior decorrerão da Reserva de Contingência, conforme indicado no Anexo II desta Medida Provisória.

“Art. 3º — Em decorrência da abertura do presente crédito, fica alterada a receita do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, na forma do Anexo III.

“Art. 4º — Esta Medida Provisória entra em vigor na data da sua publicação”.

Alegam os requerentes que essa Medida Provisória ofende o disposto no § 3º do artigo 167 da Constituição Federal, porquanto a abertura de crédito extraordinário está condicionada à ocorrência de fatos que importem

em despesas imprevisíveis e urgentes, o que não se dá no caso, por já constar da Lei n. 9.275/96 que estima e fixa a despesa da União para o exercício de 1996 a verba de dois milhões e novecentos mil reais em classificação que tem por escopo “restabelecer as condições mínimas de tráfego e segurança em trechos rodoviários danificados ou interrompidos por situações imprevisíveis, especialmente em virtude de fatores climáticos”. Não há, pois, falar em circunstância imprevisível, até porque o estágio avançado de deterioração das estradas já era do conhecimento da Administração, tanto que havia sido prevista dotação orçamentária para obras rodoviárias emergenciais. Por outro lado, o inciso V do art. 167 da Carta Magna não admite a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes, o que não foi respeitado, já que, no caso, não havia situação imprevista, não citando a Medida Provisória impugnada sequer os trechos a ser recuperados, o que evidencia que o § 3º do artigo 167 foi usado para burlar o disposto no inciso V do mesmo artigo 167.

Requerem os autores a concessão de liminar, acentuando que, na hipótese em causa, há “risco iminente da utilização irregular de recursos públicos e mais do que isso, a consumação da usurpação do Poder Legislativo do Congresso Nacional”.

E, por fim, pedem a procedência da ação.

À fl. 49 dos autos, exarei o seguinte despacho:

“1) Solicitem-se informações no prazo legal.

“2) À vista delas, submeterei à apreciação do Plenário o pedido de liminar”.

Contra esse despacho foi interposto agravo regimental que o Plenário da Corte não conheceu.

Solicitadas informações, o Exmo. Sr. Presidente da República as prestou à fl. 79 e segs. Nelas, alega S. Exa., preliminarmente, que a presente ação teria perdido seu objeto por não ter havido o aditamento dela quando da reedição do ato impugnado, bem como que não é cabível ação direta de inconstitucionalidade contra atos estatais concretos — como o impugnado — ainda que sob a forma de lei ou de medida provisória, citando precedentes desta Corte. Ademais, ainda preliminarmente, acentua que este Plenário não tem admitido ação dessa natureza quando não se confronta a lei ou a medida provisória direta e imediatamente contra a Constituição Federal, citando, como precedente, o julgado na ADIn n. 1.428. No mérito, salienta que o § 3º do artigo 167 da Constituição, que cuida da abertura de crédito adicional extraordinário, manda expressamente observar o disposto no art. 62 da Carta Magna, o qual disciplina a medida provisória; de outra parte, os requisitos da urgência e da imprevisibilidade ocorrem, como resulta do parecer emitido no Ministério do Planejamento e Orçamento, anexo, onde se lê:

“Adstrito ao preceituado na norma constitucional e caracterizada a situação de calamidade, decorrente das fortes chuvas que danificaram diversas rodovias federais, impunha-se, por conseguinte, a adoção de medidas corretivas para as quais se exige a disponibilidade de recursos de forma imediata;

nesse contexto é que o Chefe do Poder Executivo editou a providência — abertura do crédito extraordinário, como previsto na citada Medida Provisória, ato normativo esse de efeito concreto.

“Por isso, o Ministério do Planejamento e Orçamento, ao encaminhar o pedido de abertura do mencionado crédito extraordinário ao Exmo. Senhor Presidente da República, expôs na E.M. n. 136/MPO, de 5/8/96, a necessidade de obtenção urgente do crédito assinalado para com ele adotar medidas ‘corretivas de caráter emergencial’ e, assim, ‘evitar a interrupção definitiva do trânsito’, ressaltando-se, na oportunidade, a necessidade de manter livre, na hipótese de acidente, o corredor estratégico, que é a BR 101, para escoamento emergencial da população circunvizinha à Usina Nuclear de Angra dos Reis.

“A imprevisibilidade da despesa consta, assim, afirmada como pressuposto para edição da Medida Provisória, cuja apreciação impõe a discussão de matéria de fato complexa, cuja apreciação se afigura imprópria de apreciação em sede de controle abstrato de normas.

“Por outro lado, a urgência no disciplinamento da matéria, abertura do orçamento para obtenção imediata do crédito, para adotar-se a providência reclamada, constitui pressuposto cujo juízo político cabe ao Presidente da República avaliar e dispor ante a sua ocorrência.

“A propósito, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADIn n. 293-7/600, pronunciou-se no sentido de que a justificativa para a edição da medida provisória, ‘é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao

Poder Público a adoção imediata de providência de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras de legislação, em face do próprio *periculum in mora* que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa'.

"Assim, o simples fato de constar na programação orçamentária recursos para fazer face a despesas emergenciais, não impede o chefe do Poder Executivo, ante a ocorrência de novos fatos cujas consequências são geradoras de despesas imprevisíveis, de determinar a abertura do crédito, como autorizado na mencionada Medida Provisória.

"Reunidos, pois, os pressupostos formais para edição da Medida Provisória – urgência e relevância da matéria a ser disciplinada, é que o Chefe do Poder Executivo editou a Medida Provisória n. 1.513/96 atacada, na qual, também, se reconhece o estado de calamidade nas rodovias, justificando, pois, a previsão adicional" (fls. 89/90).

E conclui S. Exa. as informações, frisando que os requisitos da urgência e da imprevisibilidade apresentam inafastável o elemento político para sua aferição, sendo, portanto, insusceptíveis de exame no âmbito do controle concentrado ou em abstrato, bem assim que a medida provisória não afasta a atuação do Congresso Nacional que pode convertê-la, ou não, em lei, inexistindo, pois, ofensa ao princípio da separação de Poderes.

Havendo pedido de liminar, trago-o à apreciação do Plenário.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Moreira Alves — (Relator)

1. Acolho a preliminar levantada nas informações de que, no caso, não cabe ação direta de inconstitucionalidade por não configurar a Medida Provisória atacada ato normativo, mas, sim, ato administrativo que tem objeto determinado e destinatário certo, ainda que, por exigência constitucional, tenha de ser editado por medida provisória (art. 167, § 3º, da Constituição Federal).

Esta Corte, ao julgar a ADIn n. 647 (RTJ 140/36), de que fui relator, dela não conheceu, porque:

"A ação direta de inconstitucionalidade é o meio pelo qual se procede, por intermédio do Poder Executivo, ao controle da constitucionalidade das normas jurídicas *in abstrato*. Não se presta ela, portanto, ao controle da constitucionalidade de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei — as leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinem relações jurídicas em abstrato".

No mesmo sentido, o eminente Ministro Celso de Mello negou seguimento à ADIn n. 203 relativa à emenda do Congresso à proposta orçamentária do Poder Executivo despacho mantido quando do julgamento do agravo regimental (RTJ 131/1001) —, salientando, com citação de precedentes relativos a representações de inconstitucionalidade sob o império da Emenda Constitucional n. 1/69, que: "não se tipificam como normativos os atos estatais desvestidos de abstra-

ção, generalidade e impessoalidade. Esta Corte, em algumas oportunidades, já proclamou, sem maiores disceptações, a impropriedade da ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto de impugnação fosse “ato concreto, despi-do de qualquer atributo de abstração, generalidade ou normatividade”.

No caso, é o que ocorre. Trata-se de Medida Provisória que abre crédito extraordinário até certo limite à órgão determinado para atender à programação certa (vêm consignados no Anexo I os programas emergenciais de recuperação rodoviária nos Estados ali indicados). Em seguida, indica que os recursos necessários decorrerão da Reserva de Contingência conforme Anexo II, e declara alterada, em consequência, a receita do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, na forma do Anexo III. Atos concretos sob forma de medida provisória, por imposição constitucional, sem nenhuma abstração, generalidade e impessoalidade.

Observo, por outro lado, que não é admissível, também, para verificar se se trata, ou não, de crédito extraordinário, discutirem-se em ação direta de inconstitucionalidade em abstrato fatos que não decorram objetivamente do ato impugnado, como o da previsibilidade, ou não, do montante necessário para atender a despe-

sas de emergência, o qual consta de outra Lei (a lei orçamentária para o exercício de 1996), cujo exame será indispensável, além da análise, também indispensável, do agravamento das situações de emergência por condições fáticas.

2. Em face do exposto, não conheço, preliminarmente, da presente ação, ficando, em consequência, prejudicado o pedido de liminar.

DECISÃO

Por votação unânime, o Tribunal não conheceu da ação, ficando, em consequência, prejudicado o pedido de medida liminar. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio. Plenário, 21/11/96.

Presidência do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Srs. Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Francisco Resek e Maurício Corrêa.

Geraldo Brindeiro,
Procurador-Geral da República;
Luiz Tomimatzu,
Secretário.

AGRAVO NO MANDADO DE SEGURANÇA

AGRAVO NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.844-5/ RJ

Relator: Min. Sydney Sanches

Agravante: Clube de Regatas do Flamengo

Advogados: Antonio Augusto Dunshee de Abranches e outros

Agravada: Mesa do Senado Federal

Agravada: Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI do Futebol)

EMENTA

Direito Constitucional e Processual Civil.

Agravo contra decisão liminar em mandado de segurança no STF: Descabimento.

1. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido do descabimento de agravo contra decisão de Relator que, nesta Corte, defere ou indefere (no todo, ou em parte) medida liminar em Mandado de Segurança e Habeas Corpus. Precedentes.

2. Ademais, mesmo que cabível fosse o agravo, deveria ter sido interposto, no prazo de cinco dias, a partir de 2 de fevereiro de 2001, quando publicada a decisão que já indeferira a suspensão dos trabalhos da CPI — e não da ora agravada, que a manteve, no ponto, publicada a 4 de abril de 2001, sendo o recurso interposto, por isso, apenas a 9 de abril de 2001.

3. De qualquer maneira, basta o descabimento do agravo, conforme a jurisprudência referida, para que se conclua por seu não conhecimento.

4. Agravo não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordados os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer do agravo. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso e Ellen Gracie. Presidiu o julgamento, sem voto, o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 20 de setembro de 2001.

*Marco Aurélio, Presidente;
Sydney Sanches, Relator.*

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Sydney Sanches — (Relator):

1. Trata-se de agravo interposto pelo Clube de Regatas do Flamengo contra a decisão que, como Relator, proferi à fl. 223, nestes termos:

"1. A medida liminar requerida na petição inicial (fl. 14, item 58, *a e b*) foi deferida, apenas em parte, pela decisão de fls. 110/112, ou seja, "apenas para suspender a quebra do sigilo bancário dos impetrantes"

Não, assim, para suspensão das atividades da CPI, porque estas têm apoio no § 3º do art. 58 da C.F., como ali também ficou expresso (fl. 111).

Nada a acrescentar, quanto a isso, em face das petições de fls. 193/195 e 208/211.

2. Se, no curso de seus trabalhos, a CPI cometer ilegalidades ou abusos de poder, os impetrantes terão as vias próprias para a defesa de seus direitos.

3. Nos presentes autos, porém, somente serão levadas em conta, no momento próprio, as alegações da inicial (fls. 2/14), sem aditamentos, porque já prestadas as informações pela Presidência da CPI (fl. 126).

4. Requistem-se informações da Presidência do Senado Federal, também apontada como órgão coator (fl. 2).

5. Fiquem os impetrantes cientes do que consta de fls. 201/202 e 204/205, que noticiam deliberações da CPI, revogadoras daquelas que lhes haviam imposto a quebra do sigilo bancário.

6. Por isso mesmo, deve ser restituído à origem, ainda lacrado, o documento que, em cumprimento ao despacho de fl. 186, se encontra sob sigilo, na Secretaria do Tribunal.

7. Com essa determinação, fica prejudicado o requerimento dos impetrantes, à fl. 190, sendo certo, ademais, que, junto aos Bancos, têm eles acesso direto às informações, que lhes disserem respeito.

8. Publique-se. Intimem-se.

9. Oportunamente os autos serão encaminhados à PGR, após a requisição referida no item deste despacho.

Brasília, 29 de março de 2001.

*Sydney Sanches,
Relator.*

2. No agravo, o impetrante alega e pleiteia o seguinte (fls. 230/237):

RELATÓRIO

1. Trata-se de mandado de segurança com duplo pedido:

a) cassar a decisão da Mesa do Senado Federal, que instalou comissão parlamentar de inquérito para “investigar fatos envolvendo associações brasileiras de futebol”;

b) cassar o ato da CPI do Futebol que decretou a quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico do impetrante e de seu presidente.

2. Na inicial, o agravante fundamentou longamente a tese de que não pode ser instalada CPI para apurar fatos internos de clubes de futebol, porque estes são pessoas jurídicas de direito privado, que gozam da proteção constitucional *de liberdade de organização e funcionamento, a teor do art. 217 da Constituição*, sendo vedado ao Estado, por nenhum dos seus longos braços, intervir na economia interna das associações e invadir os seus segredos empresariais.

3. Disse, também, que a investigação de assuntos internos de pessoa jurídica de direito privado é vedada ao Senado pelo disposto no art. 170 da Constituição, que garante neste país a *livre iniciativa, a propriedade privada* (inciso II) e a *livre concorrência* (inciso IV). Explicou que o Clube de Regatas do Flamengo é *propriedade privada* dos seus sócios, não podendo ter seus negócios expostos publicamente à curiosidade dos seus adversários, como faz a TV Senado. Uma CPI para investigar os negócios do Flamengo é o mesmo que uma CPI

para descobrir o segredo do xarope da Coca-Cola ou a fórmula do Viagra.

4. Aduziu que os nobres senadores da República que são pagos com dinheiro público para votar o Orçamento, legislar e não para se intrometer na vida de associações privadas e sustentou que a instalação daquela CPI é *manifestamente inconstitucional*, pois extrapola os limites do § 3º do art. 58 da Constituição, uma vez que a atribuição investigatória do Congresso Nacional é limitada “aos atos do Poder Executivo”, fixado no inciso X do art. 49.

5. Posta a inicial nestes termos, o agravante pediu a concessão de medida liminar, para duplo efeito:

a) suspender as investigações da CPI no que lhe diz respeito;

b) suspender os efeitos da quebra do seu sigilo bancário.

6. Como o mandado foi ajuizado no período de recesso do tribunal, os pedidos de liminar foram apreciados pelo eminente Presidente Carlos Velloso, que concluiu sua decisão nos seguintes termos, na parte que interessa a este agravo:

“Defiro, em parte, o pedido, apenas para suspender a quebra do sigilo bancário dos impetrantes”.

7. Portanto, não é verdade o que a CPI do Futebol vem apregoando, de que o pedido de liminar para suspensão das investigações sobre o íntimo do Flamengo tenha sido indeferido. Deixou de ser apreciado, o que é muito diferente; e o agravante não insistiu, durante os meses de janeiro e fevereiro, porque supôs que o inquérito havia sido suspenso administrativamente, depois do ajuizamento deste

feito e dos termos em que foram pres-tadas as informações.

8. Só no dia 16 de março últi-mo, o agravante solicitou ao eminente Relator sorteado, Ministro Sydney Sanches, através da petição de fl. 193, que concedesse a liminar de sus-pensão das investigações e divulga-ção de assuntos internos do Clube, porque a CPI passou a agir draconia-namente, como explicou.

A decisão recorrida

9. O ilustre Relator negou o pe-dido de extensão da liminar, assim fundamentando a decisão recorrida:

“A medida liminar requerida na petição inicial (...) foi deferida apenas em parte (...) para suspender a quebra do sigilo bancário dos impetrantes.

“Não, assim, para suspensão das atividades da CPI, porque estas têm apoio no § 3º do art. 58 da CF, co-mo ali também ficou expresso.

“Nada a acrescentar quanto a isso em face das petições de fls. 193/195 e 208/211”.

10. Ora, com todas as vênias, examinando-se o caso particular des-tes autos, não pode prevalecer a res-peitável decisão deste Relator. Não é exato que a *CPI do Futebol tenha apoio no § 3º do art. 58 da CF*. Só ca-beria a instalação de CPI para investi-gar atos do Executivo; ou atos do Exe-cutivo em entidades privadas, como contratos etc. Esta é a jurisprudência predominante.

Procedência deste agravo

11. No Supremo Tribunal Fede-ral, são vários os acórdãos unânimes que proclamam a impossibilidade de CPIs serem criadas para investigar entidades privadas ou simples cida-

dãos, entre os quais pode ser citado o do *Habeas Corpus* n. 71.039, de que foi relator o eminente Ministro Paulo Brossard:

“A comissão parlamentar de in-quérito se destina a apurar fatos rela-cionados com a Administração (Con-stituição, art. 49, X) com a finalidade de conhecer situações que possam ou devam ser disciplinadas em lei, ou ainda para verificar os efeitos de de-terminada legislação...”.

12. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao ser julgado o Ma-ndado de Segurança n. 179/94, impe-trado pela Federação de Futebol con-tra ato da Assembléia Legislativa, que instalara CPI para apurar fraudes nas arbitragens, o Órgão Especial, com voto condutor do Desembargador Ellis Figueira, firmou-se jurisprudência no sentido de que:

“O poder parlamentar não vai ao infinito, não é detentor das rédeas do absoluto, mas se delimita às ativi-dades que lhe são inerentes, ou seja, legislar e fiscalizar atos da adminis-tração pública em todo o seu raio de atuação e desdobramentos, mas sem romper as balizas do itinerário consti-tucional.

“A comissão parlamentar de in-quérito não pode, enfim, ter por objeto de investigação a atuação e funciona-mento de entidades de natureza priva-da, eis que tal refoge, às inteiras, ao seu poder de atuação, assim investin-do, ostensivamente, contra a garantia constitucional de livre associação”.

13. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a jurisprudência não discrepa, como se lê no acórdão do *Habeas Corpus* n. 2.796, de que

foi relator o Desembargador Décio Pelegrini:

“São investigáveis os fatos relacionados com a atividade governamental, fatos que possam ser objeto de legislação, de deliberação, de controle, de fiscalização”.

14. No aludido julgado foi esclarecido que as comissões parlamentares de inquérito só podem investigar entidades privadas indiretamente em contratos que tiverem celebrado com órgãos públicos, ou em atividades em que haja dinheiro público envolvido. O foco primário da investigação deve ser sempre o órgão público.

Outro fundamento: liberdade de iniciativa e livre concorrência

15. O agravante afirma que o seu direito é líquido e certo porque a prova documental produzida demonstra que o inquérito não se destina a investigar fato determinado.

16. Os senadores estão querendo se envolver em tudo que se refere ao Flamengo. Querem penetrar na prestação de contas da diretoria, nos contratos de trabalho dos jogadores, nos pareceres dos conselhos de administração e fiscal. Enfim, querem divulgar esses dados através da TV Senado, irresponsavelmente, esquecendo-se que podem causar sérios prejuízos à credibilidade do clube nas suas relações com outras associações.

17. O presidente do Flamengo, que assina a procuração acostada à inicial, tem o dever de “cumprir e fazer cumprir o estatuto” (*vide* texto junto com a inicial — art. 129, IV). Esta regra combina com o art. 52: “Constitui infração disciplinar, tornar público assunto de caráter interno, que provo-

que escândalo, denegrindo o nome do Flamengo”. Portanto, o clube tem que reagir contra a CPI.

18. O Senado impõe prazos para a entrega dos documentos sigilosos por sua própria natureza e faz ameaças de usar de força, caso lhe sejam negados. Coagiu testemunhas, obrigando-as a prestar compromisso, mesmo invocando o direito ao sigilo. Foi o que se viu na sessão da última quinta-feira. Nem o advogado que assina esta petição escapou da fúria investigatória da CPI: após os depoimentos foi aprovado requerimento de envio de peças à douta Procuradoria-Geral da República, para as providências cabíveis contra o patrono do agravante, que estaria obstruindo os trabalhos parlamentares com este mandado de segurança. E enviado ofício à OAB/RJ pedindo para puni-lo por ter lembrado aos sócios e empregados, arrolados como testemunhas, que são proibidos pelo estatuto de revelar assuntos internos do Flamengo.

19. Por todos esses motivos, é vital para o restabelecimento do estado de direito e da observância ao devido processo legal, que a investigação de assuntos internos do Flamengo seja imediatamente suspensa.

20. Caso, entretanto, o eg. Plenário entenda ser inoportuno, em sede de liminar, apreciar o fundamento da incompetência *ratione materiae* do Senado para investigar clubes de futebol — o que se admite só para argumentar — *resta um outro fundamento* a ser apreciado e acolhido em defesa do regime democrático. Trata-se da necessidade de o Senado respeitar a livre iniciativa, a livre concorrência (art. 170) e a liberdade de organização e

funcionamento do Flamengo (art. 217 da CF), esta última não devendo ser vista como uma garantia constitucional inútil.

21. A propósito, cumpre lembrar que a jurisprudência deste Pretório Excelso só admitiu interferência estatal em casos de invocação do direito à livre iniciativa e à livre concorrência, quando vislumbrou *interesse público a proteger*, como foi nos casos da limitação do horário de funcionamento das farmácias e fixação de preços de remédios, tudo como consta nos acórdãos da ADIQUO-319/DF e RE n. 199517/SP, relatados pelos doutos Ministros Moreira Alves e Carlos Velloso, respectivamente.

22. No caso do Flamengo, que a CPI está abusivamente acusando de enfrentar difícil situação financeira e ser mal administrado (*vide* relatório do Senador Álvaro Dias encaminhado ao jornal O Globo do dia 6 de março), qual o interesse público a justificar essa intervenção indébita de uma das Casas do Congresso Nacional na atividade privada?

23. Por fim, não pode o agravante silenciar sobre abusos que vêm sendo cometidos pelos senadores da CPI do Futebol, só justificáveis como fruto de uma desesperada caça de votos visando à eleição de 2002.

24. A CPI é um festival perdulário de gastos de dinheiro dos contribuintes; gastos em passagens aéreas e hospedagem de testemunhas chamadas para falar mal do clube onde perderam as últimas eleições; gastos com assessores regidamente remunerados e desviados de suas funções originais para prepararem perguntas sobre o porquê de a seleção brasileira ter

perdido a Copa de 94; gasto de milhares de reais em caríssimos minutos de televisão pública para divulgação das sessões em que as perguntas dos senadores nunca se referem a fatos determinados e são autênticos discursos de político em busca de voto; gastos com telefone, fax, papel e material de secretaria; tudo para ser jogado na lata do lixo, quando passarem as próximas eleições.

25. Diante do exposto, a questão em debate nestes autos justifica a concessão da medida liminar para suspender a investigação que a CPI do Futebol vem fazendo sobre os assuntos internos do Flamengo, por não ser da sua competência e porque isto viola o art. 217 da Constituição, que assegura ao clube liberdade de organização e funcionamento, não bastasse a regra de que as entidades privadas gozam também de liberdade de iniciativa e livre concorrência.

26. Espera-se, pois, *data venia*, seja reformada a decisão recorrida e deferida a extensão da liminar, nos termos em que foi requerida à fl. 211.

Justiça

Rio de Janeiro, 9 de abril de 2001.

Antonio Augusto Dunshee de Abranches, OAB/RJ n. 13.637".

É o Relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Sydney Sanches — (Relator):

1. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal, no sentido do descabimento de agravo contra decisão de relator que, nesta Corte, defere ou indefere (no todo, ou em parte) medida liminar em mandado de seguran-

ça e *habeas corpus*, como se verifica dos seguintes precedentes: Agravo no MS n. 23.596-9/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence; MS(MC) n. 23.199-8/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence; MS(MC) n. 23.902-6/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

2. Ademais, mesmo que cabível fosse o agravo, deveria ter sido interposto, no prazo de cinco dias, a partir de 2 de fevereiro de 2001, quando publicada a decisão de fls. 110/112, que já indeferira a suspensão dos trabalhos da CPI – e não da ora agravada, que a manteve, no ponto (fl. 223), publicada a 4 de abril de 2001, sendo o recurso interposto, por isso, apenas a 9 de abril de 2001 (fl. 230).

De qualquer maneira, basta o descabimento do agravo, conforme a jurisprudência referida, para que se conclua por seu não conhecimento.

Nesse sentido é meu voto.

DECISÃO

O Tribunal, por unanimidade, não conheceu do agravo. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso e Ellen Gracie. Presidiu o julgamento, sem voto, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 20/9/2001.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Ellen Gracie.

Geraldo Brindeiro,
Procurador-Geral da República;
Luiz Tomimatsu,
Coordenador.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 151.938/SC

Relator: Ministro Jorge Scartezini

Embargante: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Edith Gondin e outros

Embargada: Liria Schaefer

Advogados: Renato Melillo Filho e outro

EMENTA

Processo civil — Administrativo — Embargos de divergência em recurso especial — Mandado de segurança — Servidores públicos estaduais — Pensionistas — Ipesc — Autarquia — Ilegitimidade passiva ad causam do Sr. Governador do Estado e dos Srs. Secretários da Administração e da Fazenda reconhecida — Parágrafo 1º do art. 1º da Lei n. 1.533/51, c/c os arts. 3º e 267, VI, ambos do CPC.

1 — O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina — Ipesc, sendo uma autarquia, pessoa jurídica de direito público, autônoma e independente, tem capacidade processual para praticar atos processuais e ser parte nos processos. A capacidade processual é pressuposto de existência do processo e significa ter aptidão para realizar tais atos (legitimatio ad causam). Outrossim, a Lei Estadual n. 3.138/62 criou mencionado Instituto, dotando-o de autonomia administrativa e financeira, não havendo por que falar na legitimidade passiva ad causam do Sr. Governador do Estado e dos Srs. Secretários da Administração e da Fazenda. Inteligência dos arts. 3º e 267, VI, ambos do CPC, c/c o parágrafo 1º do art. 1º da Lei n. 1.533/51.

2 — Precedentes (REsp ns. 147.486/SC, 118.651/SC e 236.495/SC).

3 — *Embargos de divergência conhecidos e acolhidos para, reformando o v. acórdão atacado, dar provimento ao Recurso Especial, reconhecendo, com isso, a ilegitimidade passiva ad causam do Sr. Governador do Estado e dos Srs. Secretários da Fazenda e da Administração, excluindo-os da relação jurídica processual; anulando-se, em consequência, o v. aresto de origem e determinando a remessa dos autos à primeira instância, competente para processamento e julgamento deste writ.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer dos embargos e acolhê-los, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Fontes de Alencar, Vicente Leal, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp e Hamilton Carvalhido. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília, 22 de agosto de 2001.
(data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca,
Presidente;
Ministro Jorge Scartezini,
Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezini (Relator): Cuida-se de embargos de divergência em Recurso Especial opostos pelo Estado de Santa Catarina, contra o v. acórdão de fl. 208, proferido pela colenda Sexta Turma desta Corte que, à unanimidade,

não conheceu do recurso especial, por entender que o *mandamus* estava concretamente dirigido. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, *verbis*:

“Recurso especial. Mandado de segurança. Estabelecimento de teto salarial com base em norma constitucional estadual. Inviabilidade da via especial. Legitimidade passiva. Autoridade coatora.

“1. Em se cuidando de ofensa à lei local, sem qualquer repercussão na ordem federal, incabe o recurso especial (Constituição da República, artigo 105, inciso III).

“2. Autoridade coatora é aquela que pratica ou ordena, concreta e especificamente, a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas.

“3. Recurso não conhecido”.

Sustenta o embargante, nas suas razões, em síntese, que o v. aresto embargado divergiu de entendimento esposado pela eg. Quinta Turma, entendendo que o Governador e o Secretário de Estado não são partes legítimas nas ações que versam sobre benefício previdenciário, a cargo do Ipesc, consoante julgado nos REsp ns. 165.401/SC, 172.583/SC e

175.240/SC, que juntou por cópia, para confronto (fls. 215/236).

Os embargos foram admitidos à fl. 240 e não impugnados (fl. 242).

Após, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, os embargos merecem ser conhecidos e acolhidos.

Inicialmente, apenas para registro não trata o presente caso de suposta infringência ao art. 1º da Lei n. 1.533/51, onde a jurisprudência deste Tribunal é tranqüila em não conhecer do recurso especial, porquanto, na ação mandamental, a liquidez e certeza do direito devem estar amplamente caracterizadas desde a inicial, através de prova pré-constituída, sendo vedado seu reexame a teor do enunciado sumular 7, desta Corte Superior (cf. AG/RE n. 117.004/SC, rel. Ministro William Patterson, DJU de 3/2/1997; REsp n. 57.555/RS, rel. Ministro Milton Luiz Pereira, DJU de 16/10/1995 e REsp n. 41.844/SP, rel. Ministro Pádua Ribeiro, DJU de 7/10/1996 entre outros). Cuida-se sim de violação ao parágrafo 1º do referido dispositivo legal, que versa acerca do rol de autoridades que podem figurar como coatoras na relação processual mandamental, entre elas os representantes das autarquias e fundações públicas.

Hely Lopes Meirelles assim conceitua o que são as autarquias:

“A autarquia não age por delegação; age por direito próprio e com autoridade pública, na medida do *jus imperii* que lhe foi outorgado pela lei

que a criou. Como pessoa jurídica do direito público interno, a autarquia traz ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe deu vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia com a entidade estatal a que pertence, porque se isto ocorresse anularia o seu caráter autárquico” (in “Direito Administrativo Brasileiro”, RT, SP, 15ª edição, 1989, pág. 302).

Logo, sendo o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina uma autarquia, pessoa jurídica de direito público, autônoma e independente, tem capacidade processual para praticar atos processuais e ser parte nos processos. A capacidade processual é pressuposto de existência do processo e significa ter aptidão para realizar tais atos, ou seja, “é possuir *legitimatío ad causam*, afirmando e em face de quem se afirma a titularidade do direito material discutido” (Nelson Nery Júnior, in “CPC Comentado”, pág. 267, nota 9 ao art. 7º). Outrossim, a Lei Estadual n. 3.138/62 criou mencionado Instituto, dotando-o de autonomia administrativa e financeira não havendo por que falar na legitimidade passiva *ad causam* do Sr. Governador e dos Srs. Secretários de Estado da Administração e da Fazenda.

Este Tribunal já se posicionou, de forma remansosa, na mesma esteira, conforme os seguintes precedentes:

“Processual civil. Mandado de segurança. Pensionista do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina — Ipesc. Governador e Secretário de Estado. Ilegitimidade passiva.

"1. O Governador e o Secretário de Estado não são partes legítimas nas ações que visam ao recebimento de pensão a cargo do Ipesc — Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina, autarquia de previdência e assistência social, dotada de personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira, devendo o Mandado de Segurança ser dirigido ao Presidente desta, ou pessoa por ele delegada.

"2. Recurso conhecido e provido" (REsp n. 147.486/SC, rel. Ministro Edson Vidigal, DJU de 21/6/1999).

"Processual civil. Mandado de segurança. Ilegitimidade passiva *ad causam*.

"1 — Buscando as recorridas, na qualidade de pensionistas dos maridos falecidos, a percepção integral de benefício a cargo do Ipesc, Autarquia Estadual criada pela Lei n. 3.138/62 e, por isso mesmo, pessoa jurídica de direito público interno, dotada de autonomia administrativa e financeira, o mandado de segurança por elas impetrado deveria ter sido direcionado ao referido ente, razão pela qual o Estado de Santa Catarina, na pessoa do Governador e dos Secretários de Administração e Fazenda, é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda.

"2 -- Recurso conhecido por ambas as alíneas e provido" (REsp n. 118.651/SC, rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 19/4/1999).

"Processual civil. Ipesc. Legitimidade *ad causam* do Governador e do Secretário de Estado.

"— Demanda que versa sobre pensão a cargo do Ipesc — autarquia dotada de autonomia financeira e administrativa —, deve ser dirigido ao

presidente desta entidade. Ilegitimidade *ad causam* do Secretário de Estado para integrar o feito.

"— Recurso provido" (REsp n. 236.495/SC, rel. Ministro Felix Fischer, DJU de 28/2/2000).

Por tais fundamentos, conheço e acolho os embargos para, reformando o v. acórdão atacado, dar provimento ao Recurso Especial, reconhecendo, com isso, a ilegitimidade passiva *ad causam* do Sr. Governador do Estado e dos Srs. Secretários da Fazenda e da Administração, excluindo-os da relação jurídica processual; anulando-se, em consequência, o v. aresto de origem e determinando a remessa dos autos à primeira instância, competente para processamento e julgamento deste *writ*.

É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Terceira Seção ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos e os acolheu, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Fontes de Alencar, Vicente Leal, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp e Hamilton Carvalhido, votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 22 de agosto de 2001.

Clécio Alves de França,
Secretário.

RECURSO ESPECIAL

RECURSO ESPECIAL N. 150.897/SC

Relator: Ministro Jorge Scartezini

Recorrentes: Sebastião Andrade dos Santos e outro

Advogados: Rodrigo Fernandes Pereira e outro

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Constitucional — Administrativo — Recurso especial — Ação civil pública — Prefeito municipal — Nomeação de parentes — Impossibilidade — Lei orgânica do município não publicada no órgão oficial — Conhecimento de seu conteúdo através de separata legislativa — Validade — Inexistência de afronta ao art. 1º da LICC — Princípios da moralidade e improbidade da administração — Dissídio pretoriano não cotejado.

1 — A teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, para a comprovação da divergência jurisprudencial aventada com fundamento na alínea c, do permissivo constitucional, não basta a simples transcrição de ementas, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que assemelham ou identificam os casos confrontados, bem como juntada cópia integral do julgado ou citado repositório oficial de jurisprudência. Apesar de anotado de onde provêm os paradigmas colacionados, estes não foram confrontados ou seja, não houve o imprescindível cotejo, razão pela qual, sob este prisma o recurso não pode ser conhecido.

2 — O Administrador público deve pautar-se pelos princípios constitucionais rígidos da moralidade, improbidade e da impessoalidade dos atos oriundos da administração (cf. REsp n. 239.303/BA). No caso sub judice, consoante se constata do v. decisum guerreado, um dos recorridos, Prefeito Municipal, nomeou, apesar dos notórios

e basilares princípios constitucionais, seu filho como titular da Diretoria de Patrimônio e Compras do município de Fraiburgo. Desta forma, a princípio e num exame perfunctório dos autos, falar-se em falta de publicação da norma (Lei Orgânica do Município) para seu cumprimento, porquanto não feita esta em órgão oficial, seria o mesmo que fazer tábula rasa ao Texto Maior, já que de um Alcaide esperava-se, no mínimo, conhecimento da Constituição. Ademais, com a divulgação desta lei através de sua publicação em separata pelo Legislativo Municipal, a mesma passou a existir, já que a formalidade para sua notoriedade foi observada. Inteligência do art. 1º da LICC.

3 — *Recurso conhecido, nos termos acima explanados e, neste aspecto, desprovido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Felix Fischer e Gilson Dipp. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Edson Vidigal e José Arnaldo da Fonseca.

Brasília, 13 de novembro de 2001.
(data do Julgamento).

*Ministro Felix Fischer,
Presidente;
Ministro Jorge Scartezzini,
Relator.*

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Cuida-se de Recurso Especial em Apelação Cível interposto por Sebastião Andrade dos Santos e outro, com fundamento no

art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 259, proferido pela Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, à unanimidade, anulou, de ofício, a sentença a fim de que outra fosse proferida. A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, *verbis*:

“— Ação civil pública.

“— O Ministério Público é parte legítima para propositura de ação da espécie que objetiva a invalidação de ato de nomeação apontado como proibido pela Lei Orgânica do Município, sendo a ação civil pública hábil para o caso, na forma do art. 25, IV, alínea b da Lei n. 8.625/93.

“— A Lei Orgânica do município de Fraiburgo foi publicada em separata, não havendo, assim, infração ao preceito da obrigatória publicação, matéria, de resto, não alegada pelos réus.

“— O desfazimento do ato impugnado não retira o interesse de agir do autor da ação se há pedido de invalidação do ato com efeito *ex tunc*, al-

cançando, em tese pelo menos, efeitos já produzidos.

“— Provimento do apelo para anulação da sentença apelada, a fim de que outra seja proferida com exame do mérito pela Instância *ad quem* como de direito”.

Interpostos embargos declaratórios pelos ora recorrentes (fls. 266/267), foram estes rejeitados, sob o fundamento de ausência de omissão e contradição no v. aresto embargado (fls. 270/272).

Alegam os recorrentes, nas suas razões, em síntese, que o v. aresto guerreado negou vigência ao *caput* do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, tendo em vista que a Lei Orgânica do município de Fraiburgo nunca foi publicada oficialmente e que, segundo o próprio texto normativo, a publicação da lei, de forma oficial, é condição *sine qua non* para sua vigência, logo, para seu cumprimento por parte de todos. Aduz, ainda, divergência jurisprudencial (fls. 274/283).

Não foram apresentadas contra-razões.

Admitido o recurso à fl. 291, subiu ele a esta Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo não provimento do recurso, vindo-me os autos conclusos (fls. 295/298).

E o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido somente pela alínea a e, neste aspecto, desprovido.

Inicialmente, ressalto que esta Turma tem entendido, inúmeras vezes, que, a teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, para a comprovação do dissídio pretoriano aventado com fundamento na alínea c, do permissivo constitucional, não basta a simples transcrição de ementas, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que assemelham ou identificam os casos confrontados, bem como juntada cópia integral do julgado ou citado repositório oficial de jurisprudência. Apesar de anotado de onde provêm os paradigmas colacionados, estes não foram confrontados ou seja, não houve o imprescindível cotejo, razão pela qual, sob este prisma, não conheço do recurso.

Contudo, no tocante à infração ao art. 1º, da LICC, entendo-a prequestionada, motivo pelo qual afastado a incidência da Súmula 356/STF para conhecer do recurso com fulcro no art. 105, III, a, da Constituição Federal.

Passo a seu exame.

O v. aresto atacado assim abordou a questão (fl. 271):

“...Relembre-se que a decisão recorrida extinguiu o processo sem julgamento do mérito porque não foi comprovada a publicação da Lei Orgânica do município de Fraiburgo.

“Afirmo então o acórdão:

“O fundamento da douta sentença apelada, *data venia* de seu eminente prolator, não procede. Ainda que não publicada em órgão oficial ou jornal de publicação dos atos oficiais do Município, a Lei Orgânica do município de Fraiburgo foi objeto de publicação em separata pela Câmara Municipal (fl. 170) e dessa publicação,

certamente, teve conhecimento o Sr. Prefeito Municipal.

“O acórdão, embora sem referir o art. 1º da LICC, deixou implícito que o normal é a publicação da lei em órgão oficial ou em jornal de publicação de atos oficiais do Município. Entendeu, contudo, que a falta de publicação oficial restou, no caso, suprimida pela publicação em separata”.

Venho, incansavelmente, registrando que o Administrador Público deve pautar-se pelos princípios constitucionais rígidos da moralidade, improbidade e da impessoalidade dos atos oriundos da Administração (cf. REsp n. 239.303/BA). O legislador constituinte ao guindar os princípios da moralidade e impessoalidade dos atos administrativos ao *status* de norma constitucional, o fez com o intuito de ressaltar que, uma vez não observados tais preceitos, os atos irregulares poderiam ser anulados, não importando o tempo decorrido, porquanto eivados estariam de nulidade. E seus responsáveis, quais sejam, os agentes públicos que os emitiram, devem ser responsabilizados por eles. Ora, consoante se constata do *v. decisum* guereado, um dos recorridos, Prefeito Municipal, nomeou, apesar dos notórios e basilares princípios constitucionais, seu filho como Titular da Diretoria de Patrimônio e Compras do município de Fraiburgo. Desta forma, a princípio e num exame perfunctório dos autos, falar-se em falta de publicação da norma para seu cumprimento, porquanto não feita esta em órgão oficial, seria o mesmo que fazer tábula rasa ao Texto Maior, já que de um Alcaide espera-se, no mínimo, conhecimento da Constituição.

Acerca da questão da exigência da publicação (art. 1º, da LICC), o erudito Ministro Eduardo Espínola ensina-nos que:

“A publicação da lei

“...Esta é necessária para que tenham notícia do novo ato legislativo todos os habitantes do país, para que saibam o que em virtude dele lhes compete fazer; é por isso que ninguém poderá se escusar com a ignorância da lei. Executável em virtude da promulgação, torna-se a lei obrigatória pela publicação que se pode dizer *divulgatio promulgationis*. A publicação é perfeitamente distinta da promulgação; uma torna a lei conhecida, outra atesta sua existência” (*in* Sistema do Direito Civil Brasileiro, 4ª edição, págs. 96/97) — grifei.

Assim, com a promulgação pela Câmara Municipal de Fraiburgo, em 5/4/1990, da Lei Orgânica do Município, o Agente Público, que já ciente da existência dos ditames constitucionais supracitados desde 1988, teve conhecimento de seu conteúdo e esta tornou-se executável. Com a divulgação desta pela publicação em separata pelo Legislativo Municipal, passou ela a existir, já que a formalidade para sua notoriedade foi observada. Logo, irretocável a conclusão do Colegiado de origem.

Outrossim, adoto, também, como razões de decidir, aquelas expandidas pelo ilustre representante do *parquet* federal, assim vazadas (fls. 296/298):

“...A questão gira em torno do art. 77, § 7º da Lei Orgânica do município de Fraiburgo/SC, *verbis*:

“Art. 77 — A administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes do Município, obedecerá os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e também ao seguinte:

(...)

“§ 7º — Os cargos em comissão e as funções de confiança da administração pública municipal direta e indireta não poderão ser exercidas por parentes em 1º grau do Prefeito, Vice-Prefeito, Secretário Municipal ou Vereador no exercício do mandato.

“7. Antes de mais nada, é preciso ter em mente que o Ministério Público Estadual ajuizou a ação civil pública também com fulcro na Lei Federal n. 8.429/92, como consta expressamente à fl. 2. Referida norma legal, como se sabe, conhecida como ‘Lei do Enriquecimento Ilícito’ ou ‘Lei da Improbidade Administrativa’, arrola, exemplificadamente, nos seus artigos 9º, 10º e 11º, atos de improbidade administrativa que importem, respectivamente, enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios da Administração Pública.

“8. Apesar de a peça inaugural reportar-se expressamente à norma municipal que o recorrente alega não ter sido regularmente publicada, tal fato é irrelevante para a tipificação do ato praticado (nomear parente próximo para cargo em comissão) em uma das hipóteses descritas explícita ou implicitamente naquela lei federal.

“9. Isto porque o art. 11 da Lei n. 8.429/92 afirma que ‘constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de ho-

nestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente (...)’. Trata-se de ‘norma residual ou de extensão, pois, se não configurados os atos das outras duas modalidades anteriores, o fato poderá ser tipificado como atentado aos princípios da administração pública’. Ademais, a observância dos princípios da impessoalidade e moralidade públicas decorre de comando constitucional (art. 37, *caput*, CF/88).

“Como se vê, não é condição *sine qua non* para a configuração do ato de improbidade contra a Administração Pública que este tenha se dado em desconformidade com qualquer norma legal devidamente publicada. Logo não há qualquer impedimento processual para que seja analisado o mérito do pedido pelo juízo monocrático.

“11. Por outro lado, ‘a improbidade, como ilícito acentuadamente grave que é, produz, por regra geral, a nulidade do ato administrativo, com efeitos até mesmo retroativos’, o que deixa evidente o interesse processual do Ministério Público no caso em análise.

“12. Muito embora não caiba nesta ocasião tecer considerações sobre o mérito do pedido, gostaria de ressaltar que, segundo consta da peça inaugural da ação civil pública, o primeiro réu vinha nomeando para o exercício de cargos em comissão diversos parentes, ‘o que deixa consternada a população local, que fica a se perguntar se tal atitude é lícita ou se não há nenhum mecanismo capaz de frear este manifesto desrespeito ao senso de justiça do homem comum’ (fl. 3), o que está a indicar a prática reiterada de atos que ferem sobremaneira

os princípios da impessoalidade e da moralidade na Administração Pública.

“13. Ademais, o retardamento da publicação de lei devidamente promulgada também configura ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11, IV, da Lei n. 8.429/92. Não há, portanto, qualquer violação ao art. 1º da LICC”.

Por tais fundamentos, conheço do recurso, nos termos acima explanados e, neste aspecto, nego-lhe provimento.

É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quinta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento.

Os Srs. Ministros Félix Fischer e Gilson Dipp votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Edson Vidigal e José Arnaldo da Fonseca.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 13 de novembro de 2001.

Junia Oliveira C. Rosa Sousa,
Secretária.

RECURSOS ORDINÁRIOS EM HABEAS CORPUS

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 12.131/SC

Relator: Ministro Félix Fischer

Recorrente: Gerhard Horst Fritzsche

Advogados: Paulo Roberto de Borba e outros

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Gerhard Horst Fritzsche

EMENTA

Processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Lei n. 11.481 do Estado de Santa Catarina. Refis/SC. Lei Federal n. 9.964/2000 (Programa de Recuperação Fiscal instituído pela União). Recebimento da denúncia. Continuidade delitiva. Unificação.

I — A Lei n. 11.481 do Estado de Santa Catarina, em seu art. 12, dispõe que, nos crimes de que trata, fica suspensa a pretensão punitiva do Estado, “durante o período em que a pessoa jurídica relacionada como agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis/SC, ainda que tal opção se dê após o recebimento da denúncia criminal” (g.n.), e, no parágrafo único, prevê a extinção da punibilidade se efetuado o pagamento integral dos débitos provenientes da inclusão no programa, ainda que tal opção se dê após o recebimento da denúncia criminal” (g.n.). Há, percebe-se, evidente ampliação da hipótese de extinção da punibilidade prevista na Lei Federal n. 9.964/2000 (Programa de Recuperação Fiscal instituído pela União) que exige, para suspender a pretensão punitiva do Estado, a opção pela inclusão no programa antes do recebimento da denúncia. A forma estabelecida pela lei local, por divorciar-se do padrão federal, não poderia mesmo ser aplicada.

II — Não se pode confundir direito a ser reconhecido, ao final, à eventual continuidade delitiva, com pretensão direito à unificação de feitos que se encontram em fases distintas, tudo isto, a ensejar tumulto processual e inviabilização da persecutio criminis in iudicio. Inexistência de constrangimento ilegal.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Gilson Dipp e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Jorge Scartezini e Edson Vidigal.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2002.
(data do julgamento).

*Ministro Félix Fischer,
Presidente e Relator.*

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Félix Fischer:

Trata-se de recurso ordinário interposto contra v. acórdão proferido pela egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que denegou o *habeas corpus* impetrado em favor de Gerhard Horst Fritzsche, no qual se pretendia trancar as ações penais em que o paciente é acusado da prática do crime do art. 2º, I, da Lei n. 8.137/90, ou, alternativamente, a unificação dos feitos, com o reconhecimento da continuidade delitiva.

A ementa do v. acórdão recorrido é a seguinte:

“*Habeas corpus* — Trancamento de ação penal — Crime contra a ordem tributária — Parcelamento requerido no ‘Refis’ (Lei Estadual n. 11.481/00) — Suspensão da pretensão punitiva — Inadmissibilidade — Ordem denegada — Precedentes jurisprudenciais” (fl. 205).

O recorrente alega que foram recebidas duas denúncias contra o paciente, ambas com os mesmos fundamentos — falta de recolhimento de tributo estadual — com ofensa ao art. 71 do CP, uma vez que as condutas foram semelhantes e praticadas em períodos contínuos, restando atendidos os requisitos previstos no referido dispositivo para que se reconheça a continuidade delitiva.

Além disso, aduz que a empresa dirigida pelo paciente estava devidamente inscrita no Refis estadual, obteve o direito ao parcelamento dos débitos tributários e as parcelas vinham sendo pagas em dia. Assim, de acordo com o art. 12 da Lei Estadual n. 11.481/2000, a pretensão punitiva do Estado ficou suspensa até a integral quitação da dívida.

Argumenta que a legislação estadual não extrapolou os limites constitucionais de sua competência, mas apenas dispôs sobre regras tributárias pertinentes ao Estado de Santa Catarina. E, ainda que se considerasse como verdadeira essa assertiva, observa que o dispositivo continua em pleno vigor, pois não foi declarada sua inconstitucionalidade.

Afirma também que a Lei n. 9.964/2000 instituiu o Refis no âmbito federal, e que não seria justo que os

Estados não pudessem adotar as mesmas regras quanto aos tributos de sua competência, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.

A douta Subprocuradoria-Geral da República pronunciou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Félix Fischer: Cumpre, de início, asseverar que a União Federal instituiu seu programa de Recuperação Fiscal, por intermédio da Lei n. 9.964/2000, trazendo importantes implicações na área processual penal. O art. 15 desse diploma reza o seguinte:

“Art. 15 – É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

“1º — A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

“§ 2º — O disposto neste artigo aplica-se, também:

“I — a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei;

“II — aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.

“§ 3º — Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórias, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal”.

Da mesma forma, o Estado de Santa Catarina fez editar a Lei n. 11.481/2000 em que, apesar de seguir as linhas mestras do modelo federal, dela diverge em ponto fulcral, exatamente em questão que não lhe era possibilitado o dissídio.

A lei local, em seu art. 12, dispõe que, nos crimes de que trata, fica suspensa a pretensão punitiva do Estado, “durante o período em que a pessoa jurídica relacionada como agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis/SC, ainda que tal opção se dê após o recebimento da denúncia criminal” (g.n.), e, no parágrafo único do dispositivo, prevê a extinção da punibilidade se efetuado o pagamento integral dos débitos provenientes da inclusão no programa, “ainda que tal opção se dê após o recebimento da denúncia criminal” (g.n.).

Há, percebe-se, evidente ampliação da hipótese de extinção da punibilidade prevista na Lei Federal que exige, para suspender a pretensão punitiva do Estado, a opção pela inclusão no programa antes do recebimento da denúncia.

A forma estabelecida pela lei local desmerece ser aplicada. Em todos os países de certo grau de desenvolvimento, crimes tributários e assemelhados são considerados como fatos de acentuado *desvalor social*. A

pragmática neutralização da lei não encontra apoio em nenhuma ordem jurídica. Destarte, como posterior ao recebimento da denúncia a inclusão da empresa administrada pelo paciente no Refis, não se pode dar guarida à pleiteada suspensão da pretensão punitiva do Estado.

No que se refere à *unificação dos processos*, também entendo totalmente incabível, apesar do louvável esforço profissional dos impetrantes, a pretensão insculpida na prefacial do remédio heróico.

Ao paciente é imputada uma seqüência de condutas delituosas, em duas ações devidamente distribuídas e que, ainda que em princípio sejam de mesma espécie, encontram-se em fases processuais, claramente distintas. *Primo ictu oculi*, não há falar em direito do réu à unificação das ações mormente, em caso como o presente, pela via limitada do *writ*. Uma coisa é reconhecer-se, ao final, o eventual crime continuado (*in totum* ou em parte), *ex vi* do art. 71 do CP, e art. 66 da LEP, outra é admitir-se o suposto direito à unificação em situação como a proposta. Sobre o tema, muito bem pronunciou-se o Procurador Regional da República, Valdez José Barlette, em caso semelhante examinado no HC n. 15.878/RS, a saber: “Após ter sido denunciado a partir do ano de 1996, o paciente continuou a perpetrar ilícitos penais contra a ordem tributária. Seria impossível aguardar que o réu parasse de praticar crimes para denunciá-lo, pois os delitos mais antigos estariam prescritos. Ademais, não se pode unificar processos’ que tratam de delitos ocorridos em períodos diversos — os primeiros iniciam em dez./1992 e os últimos terminam

em mar./1999 — *sob pena de haver um processo sem fim, pois sempre haverá uma nova denúncia tratando de delito mais recente para complementá-lo*. Seria, portanto, *um processo infinito no tempo*, que somente seria finalizado após a aposentadoria ou o óbito do paciente.

Em outras palavras, sendo o paciente um criminoso habitual, que faz do ilícito o seu meio de vida, não há possibilidade de abarcar todos os fatos típicos numa só ação penal, pois eles continuarão ocorrendo no futuro e o processo não pode abranger um período ilimitado. Se todos os feitos fossem reunidos num só, cada vez que o paciente cometesse um novo delito, dever-se-ia aditar a denúncia, citá-lo novamente no mesmo feito, interrogá-lo novamente sobre os novos fatos trazidos aos autos, arrolarem-se novas testemunhas etc., o que seria materialmente impossível e juridicamente inviável".

Ora, a legalmente recomendada reunião dos feitos visa a um melhor desdobramento e desfecho processual. *Nunca, é claro, a inviabilização da persecutio criminis in iudicio*. Daí, porque a lei é explícita (e racional) ao excepcionar nos arts. 80 ("...ou por outro motivo relevante...") e 82 ("...salvo se já estiverem com sentença definitiva...") do CPP, as hipóteses genéricas que podem levar à reunião dos processos.

Nesse sentido tem decidido esta Corte:

"Penal e processual penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Crimes contra a ordem tributária. Unificação de processos. Cri-

me continuado. Processos em fases distintas. *Sursis* processual (art. 89 da Lei n. 9.099).

"I – Não se pode confundir direito a ser reconhecido, ao final, a eventual continuidade delitiva, com pretensão direito à unificação de feitos que se encontram em fases totalmente distintas, tudo isso, a ensejar tumulto processual e inviabilização da *persecutio criminis in iudicio*. Inexistência de constrangimento ilegal.

"II — A suspensão condicional do processo não tem aplicação a acusado que esteja sendo processado por outro crime *ex vi* do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

"*Writ* indeferido" (HC n. 13.594/ISP, 5ª Turma, DJU de 4/2/2002).

Voto, pois, pelo desprovimento do recurso.

CERTIDÃO

Certifico que a eg. Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Gilson Dipp e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Jorge Scartezini e Edson Vidigal.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 19 de fevereiro de 2002.

Junia Oliveira C. Rosa Sousa,
Secretária.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 12.112/SC**Relator: Ministro Gilson Dipp****Recorrente: Emerson Wellington Goetten****Advogado: Emerson Wellington Goetten****Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina****Paciente: Marcelo Drabczynski de Souza (preso)****EMENTA**

Criminal. RHC. Intempestividade. Exame da possibilidade de concessão de writ de ofício. Peculato. Prisão preventiva. Decreto fundamentado. Necessidade demonstrada. Ameaça à testemunha. Avaliação da ilegalidade da prova em função do que foi produzido. Improriedade do writ. Recurso não conhecido.

I. O recurso ordinário em habeas corpus interposto após o quinqüídio legal previsto pelo art. 30 da Lei n. 8.038/90 é intempestivo, porém, em homenagem ao princípio da ampla defesa e precedentes desta Corte, examina-se a possibilidade de concessão de writ de ofício.

II. Deve ser mantida a decisão que decretou a custódia cautelar do paciente, se demonstrada a necessidade da prisão, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante, sendo que a ameaça à testemunha pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da aplicação da lei penal e conveniência da instrução do feito. Precedentes.

III. É descabido o pedido de avaliação, nesta via especial, da ilegalidade da prova em função do que foi produzido e a sua relação com a denúncia, pois envolveria incabível exame do conjunto fático-probatório, vedado em sede de writ.

IV. O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para a análise de questões que exijam o reexame do conjunto fático-probatório — como as alegações da impetração no sentido de que as informações incidentais levadas aos autos da ação penal pela autoridade policial não conteriam indícios de que o paciente estaria ameaçando testemunhas, bem como não teriam qualquer relação com os fatos narrados na denúncia se não demonstradas de pronto.

V. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Félix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de dezembro de 2001.
(data de julgamento).

Ministro Félix Fischer,
Presidente;
Ministro Gilson Dipp,
Relator.

RELATÓRIO

Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp:

Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial de fls. 377/381, *in verbis*:

“Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto às fls. 358/372 em face do v. acórdão de fls. 351/355 proferido pela egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, por votação unânime, denegou a ordem impetrada e que se encontra assim ementado, *verbis*:

‘*Habeas corpus*. Crime de peculato. Impetração objetivando a revogação da prisão preventiva. Alegada prova ilícita. Impossibilidade. A análise probatória não condiz com os estreitos limites do *habeas corpus*. Decreto preventivo devidamente fundamentado com base na garantia

da ordem pública e conveniência da instrução criminal. As circunstâncias de ter o réu residência fixa e família, não são óbices à manutenção da segregação. Ordem denegada’.

“Colhe-se dos autos que o ‘(...) paciente foi denunciado pela representante do Ministério Público da Vara Única da Comarca de Santa Cecília/SC, no dia 17 de janeiro de 2001, pelo cometimento, em tese, do crime de peculato previsto no art. 312, *caput*, do Código Penal. Narra a DD. Promotora, com base no inquérito policial n. 063/2000, que em dia e hora não precisos em novembro de 2000, o paciente aproveitando-se de seu cargo de investigador policial civil, teria se dirigido à Prefeitura Municipal de Santa Cecília/SC, pedindo informações sobre o saldo de uma conta convênio existente entre a Prefeitura Municipal e a Secretaria de Segurança Pública do Estado. Em outra ocasião, o paciente teria novamente dirigido-se à tesouraria da citada Prefeitura Municipal, apresentando uma nota fiscal de despesas referentes à aquisição de produtos em uma loja de baterias, pedindo a liberação do cheque da conta convênio, sem requisição assinada, não tendo sido liberado o cheque pela funcionária responsável do Município. Narra também a Promotora na peça acusatória, que no dia 10 de novembro de 2000, o paciente teria se dirigido a estabelecimento comercial, conhecido como ‘Supermercado Duffeck’ exigindo, na condição de policial civil, que uma funcionária daquele estabelecimento emitisse uma nota fiscal e assinasse uma nota de empenho, para justificar a retirada de valores da conta convênio entre Município e Secretaria Estadual de Segurança

Pública, tendo dita funcionária atendido os pedidos do paciente. Em seguida o paciente teria retornado à Prefeitura Municipal de Santa Cecília/SC, entregando a nota fiscal emitida pela funcionária do 'Supermercado Dufleck' ao servidor municipal Fernando da Silva Pereira, exigindo deste, aproveitando do cargo que ocupava à época, de investigador policial, que lhe entregasse um cheque da dita conta convênio, no valor de R\$ 112, 75 (cento e doze reais e setenta e cinco centavos). O servidor Fernando teria pedido ao paciente para que o mesmo aguardasse o retorno da tesoureira da citada Prefeitura Municipal, de nome Célia, para que a mesma assinasse o cheque, enquanto o paciente teria pedido que lhe fosse entregue o cheque, pois ele mesmo colheria a assinatura do Prefeito Municipal e, em seguida, retornaria para colher a assinatura da Tesoureira. O servidor Fernando teria ainda dito que seria necessário além da nota fiscal uma requisição para que pudesse entregar o cheque ao paciente. Contudo este teria insistido, deixando claro sua condição de policial civil a fim de coagir o servidor, dizendo que traria a requisição, acabando por conseguir, dessa forma, a posse do cheque de n. 114, da conta convênio n. 4270-5, no valor de R\$ 112, 75 (cento e doze reais e setenta e cinco centavos), porém, ao contrário do prometido, não mais retornou àquela Prefeitura. Na mesma data de 10 de novembro de 2000, segundo ainda a versão contida na denúncia, o Paciente teria descontado o cheque da dita conta convênio e se apropriado de dinheiro público, representado pelo referido título do qual a posse lhe teria sido entregue em razão de abusos pe-

lo mesmo cometidos, na condição de ocupante do cargo de investigador policial' (fls. 360/361).

"Acrescenta ainda que o paciente encontra-se sofrendo constrangimento ilegal tendo em vista que sua prisão preventiva fora decretada com base em prova ilícita, juntada aos autos após o recebimento da denúncia e que os peritos responsáveis pela confecção de uma das provas (escuta telefônica), bem como o próprio delegado responsável pelo caso, são impedidos porque foram-lhes atribuídas atitudes que, em tese, configurariam infrações disciplinares e penais.

"Por fim, alega ter o paciente residência fixa e família na cidade de Imbituba (fl. 352).

"O feito processou-se em contra-razões".

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovemento do recurso (fl. 381).

É o relatório.

VOTO

Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator):

Trata-se de recurso ordinário contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que denegou ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de Emerson Wellington Goetten visando à revogação da custódia cautelar contra ele decretada.

O paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 312, *caput*, do Código Penal, tendo sido decretada a sua custódia preventiva em 20/7/2001 (fls. 148/157).

Em razões, requer-se a revogação da prisão do paciente, sustentando-se, em síntese, a nulidade da “formação probatória”, diante da ilicitude das provas que fundamentaram a custódia, além de que as informações incidentais levadas aos autos da ação penal pela autoridade policial não conteriam indícios de que o paciente estaria ameaçando testemunhas, bem como não teriam qualquer relação com os fatos narrados na denúncia.

Não merece prosperar a irrequisição.

Preliminarmente, tenho por reconhecer a extemporaneidade do recurso.

Com efeito, o acórdão recorrido foi publicado em 5/10/2001 (fl. 357), tendo sido protocolado o recurso ordinário constitucional somente em 15/10/2001 (fl. 359).

Dessa forma, nota-se que restou ultrapassado o quinquídio legal previsto no art. 30 da Lei n. 8.038/90, razão pela qual o recurso não merece conhecimento.

Por outro lado em homenagem ao princípio da ampla defesa e prece-dentes da Corte (RHC n. 10.798/PE, DJ de 11/6/2001; RHC n. 10.431/PR, DJ de 2/4/2001), é de ser examinada a possibilidade da concessão de *habeas corpus* de ofício.

Contudo, entendo que a hipótese dos autos não comporta a concessão de *habeas corpus* de ofício para fins de revogar a custódia cautelar do paciente, eis que os argumentos da impropriação não se sustentam.

Pela análise do decreto prisional, prolatado pelo MM. Juiz monocrático em 10 laudas (fls. 148/157), verifica-se a cuidadosa fundamentação da custódia do paciente, ressaltando-se que ele estaria ameaçando testemunhas, o que poderia causar obstáculos ao andamento do feito, eis que prejudicaria a regular instrução criminal, conforme se depreende dos seguintes trechos:

(...)

“A gravidade dos fatos não pode ser olvidada ou preterida.

“O ‘histórico do policial’ colacionado aos autos comprova o péssimo comportamento do acusado que, inclusive, diante de sua reprovável conduta profissional acarretou seu desligamento da polícia civil do Estado.

“Demonstra, assim, possuir personalidade desvirtuada dos padrões normais éticos de uma sociedade e, o que é pior, exercendo as funções de policial, exterioriza pouca adequação aos princípios de honradez, contribuindo para macular a imagem da Polícia na comunidade.

“Não bastassem tais constatações, verifico que está agindo ardilosamente durante a instrução processual, buscando alterar a verdade dos fatos, coagindo testemunhas ou tentando aliciá-las com intuito de tentar novamente desembaraçar-se das acusações que lhe foram feitas, e, mais uma vez, conseguir sair impune dos crimes que vem cometendo.

(...)

“A ordem pública diz respeito à paz, à tranquilidade no meio social.

“Partindo-se da premissa de que o réu tenha inclinada tendência para a prática de infrações, considerando-se seus antecedentes desabonadores, bem como, valendo-se de sua condição de policial, eis que seu afastamento da polícia não é de conhecimento de todos, conclui-se que a manutenção da custódia do réu exsurge como elemento que assegura a ordem pública.

“Ademais, não se pode permitir que o mesmo permaneça com sua conduta desregrada, o que pode acarretar o medo às vítimas e testemunhas, alterando a verdade fática e prejudicando a instrução processual” (fls. 148/149 e 155/156).

O egrégio Tribunal *a quo*, por sua vez, muito bem ressaltou os fundamentos da segregação do paciente, entendendo presentes os seus requisitos autorizadores (fls. 352/354).

Não vislumbro, portanto, qualquer deficiência no embasamento da custódia provisória, tendo em vista que foi procedido em conformidade com as exigências legais, atendendo aos termos do art. 312, do Código Processual Penal, e da jurisprudência dominante (STF: RT 574/461; STF: RT 558/423); sendo que a ameaça à testemunha pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da aplicação da lei penal e conveniência da instrução do feito.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte precedente da Turma:

“Processual penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Ameaça.

“I — A ameaça à testemunha justifica a segregação cautelar.

“II — Na via do *writ* é inviável o minucioso cotejo de dados componentes da *quaestio facti*.

“Recurso desprovido” (RHC n. 10.269/SP, rel. Min. Félix Fischer, DJ de 18/9/2000).

“*Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário — Paciente que ameaça testemunha — Prisão preventiva decretada — Garantia da ordem pública e da instrução processual, que se protraí até a seção de julgamento, nos casos de júri, pois ainda possível ouvir-se testemunhas. Nessa oportunidade — Encerrada a instrução. Não se há falar em excesso de prazo (Súmula 52/STJ).

“1. A ameaça à testemunha justifica a custódia *ante tempus* para a garantia da ordem pública e da instrução processual (RSTJ: 19/227).

“2. Nos casos de júri, como ainda se pode colher testemunhos na assentada de julgamento, a segregação há de se estender, no mínimo, até essa fase.

“3. Encerrada a instrução, cessa o constrangimento por excesso de prazo (Súmula 52/STJ).

“4 — Ordem parcialmente conhecida, mas denegada nessa parte” (HC n. 5371/RJ. DJ de 16/6/1997, rel. Min. Anselmo Santiago).

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. Custódia preventiva. Desfundamentação. Excesso de prazo. Inocorrência.

“1. A simples ameaça à testemunha constitui suporte bastante para a decretação da prisão preventiva.

“2. A primariedade e os bons antecedentes não têm o condão de elidir a prisão preventiva, quando presentes os pressupostos e motivos legais que a autorizam.

“3. Em inexistindo violação da lei na demora da conclusão do processo, não há falar em concessão de *habeas corpus*.

“4. Recurso improvido” (RHC n. 9588/SE, DJ de 23/10/2000, rel. Min. Hamilton Carvalhido).

“Recurso em *habeas corpus* — Processual penal — Prisão preventiva — Sentença de pronúncia — Homicídio — Fuga do acusado do distrito da culpa — Ameaça à testemunha.

“— O acusado que foge do distrito da culpa e ameaça testemunha, demonstra disposição para resistir à aplicação da lei penal, além de pôr em risco a instrução criminal. Por isso, a custódia preventiva se faz necessária.

“— Recurso desprovido” (RHC n. 9417/SP, DJ de 24/4/2000, rel. Min. Jorge Scartezzini).

Por outro lado, é descabido o pedido formulado no sentido de se avaliar, nesta via especial, a ilegalidade da prova, em função do que foi produzido e a sua relação com a denúncia, pois envolveria incabível exame do conjunto fático-probatório, vedado em sede de *writ*.

Ademais, é sabido que a via estreita do *writ* é incompatível com a investigação probatória, nos termos da previsão constitucional que o institucionalizou como o meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça

decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inc. LXVIII).

Da mesma forma, tem-se que o exame das alegações da impetração no sentido de que as informações incidentais levadas aos autos da ação penal pela autoridade policial não conteriam indícios de que o paciente estaria ameaçando testemunhas, bem como não teriam qualquer relação com os fatos narrados na denúncia — não demonstradas de pronto — implicará em análise do conjunto fático-probatório, vedada na via estreita do *habeas corpus*.

Diante do exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quinta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.

Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Félix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 4 de dezembro de 2001.

Junia Oliveira C. Rosa Sousa,
Secretária.

**VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2002.001275-0, DE BLUMENAU

Requerente: Município de Blumenau

Procurador: Dr. Carlos Alberto Peixer Vinci

Requerida: Associação de Moradores Nova Esperança

Advogado: Dr. Nilo Sérgio Quintino dos Santos

O município de Blumenau, com fundamento no art. 12, § 1º da Lei Federal n. 7.347/85, requer a suspensão de ordem liminar concedida pelo MM. Juiz de Direito Substituto em exercício na Vara dos Feitos da Fazenda Pública da comarca de Blumenau, nos autos da Ação Civil Pública n. 008.02.000541-2, proposta pela Associação de Moradores Nova Esperança.

O DD. Juiz *a quo*, deferiu a liminar, “*inaudita altera pars*, antecipando parcialmente os efeitos da tutela, e como corolário disso, a suspensão dos reajustes nos preços das tarifas para o transporte urbano de passageiros no âmbito do município de Blumenau, determinados pelos Decretos Municipais ns. 6.988 e 6.989, de 21 de dezembro de 2001, e por via de consequência, por força desta liminar, as tarifas deverão ser cobradas nos valores anteriormente praticados à entrada em vigor dos decretos em tela, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (...), no caso de transgressão e descumprimento da medida” (fl. 48).

De início, sustenta que a decisão é nula, porque a liminar foi concedida de ofício, em desrespeito ao art. 2º do CPC, tendo a autora requerido apenas a antecipação da tutela, a par de inobservado o disposto no art. 2º da Lei Federal n. 8.437/97, porque não determinou a ouvida prévia do Poder Público.

Alega que a decisão abordou o mérito da ordem administrativa, entendendo-a inconveniente, deixando de analisar sua legalidade e constitucionalidade, além de basear-se em premissas falsas, pois “se a própria decisão reconhece que o Decreto n. 6.989 faz alusão a estudos prévios e a uma planilha de preços, então não faz sentido dizer que o ato padece pela falta de motivação” (fl. 12).

Aduz que o reajuste das tarifas, requerido pelas permissionárias, foi precedido de amplo estudo pelo Serviço Autônomo Municipal de Terminais Rodoviários de Blumenau — Seterb, autarquia municipal, dando origem a uma planilha de custos, tendo a auto-

ra contestado somente o reajuste de 11,96% no preço dos combustíveis, enquanto os demais fatos geradores, como custo dos pneus, *chassis* e carrocerias dos ônibus, salários dos motoristas e dos cobradores, renovação da frota, aumento de serviços, entre outros, não foram por ela impugnados.

Diz que, ainda que se considerasse real a diminuição de 20% no preço dos combustíveis anunciada pelo Governo Federal e invocada na liminar, o dado só terá relevância em futura revisão das tarifas, a contar dos Decretos ns. 6.988 e 6.989, já que o aumento de 11,96% neles referido diz respeito ao período entre o último reajuste das tarifas e o momento da elaboração da planilha, ocorrida em 14/12/2001.

Assevera que equivocada a interpretação da decisão impugnada, de que o reajuste da tarifa, na ordem de R\$ 0,20, refere-se exclusiva ou principalmente ao aumento do preço do combustível, bastando constatar que, desconsiderado o aumento de 11,96%, como consta na planilha de custos, o valor encontrado seria de R\$ 1,195, ou seja, menos que os R\$ 1,20 fixados.

Argumenta que a decisão impede que o município de Blumenau cumpra sua obrigação constitucional de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato que mantém com as permissionárias, pondo em risco o regular funcionamento de um serviço público essencial, inclusive a suspensão dos novos serviços oferecidos à população, tais como o prolongamento e incremento de linhas e a inclusão de 176 novos horários, o que poderá causar prejuízo à ordem pública.

Por fim, sustenta, citando decisão do Órgão Especial deste Tribunal, no AI n. 97.014917-4, de Blumenau, que “o interesse público deve ser entendido como o do corpo social, ou seja, de modo geral para a sociedade, no caso, a melhora do sistema de transporte coletivo da cidade de Blumenau, e não das pessoas individualmente, que terão de desembolsar R\$ 0,15 (quinze centavos de real) a mais, sacrifício este imposto para atingir a finalidade coletiva”.

É o relatório.

A ação civil pública tem por objetivo, primeiramente, a suspensão e, ao final, a revogação dos Decretos Municipais ns. 6.988 e 6.989, de 21/12/2001, que fixaram novos valores para as tarifas de transporte coletivo urbano no município de Blumenau, elevando o preço das passagens do transporte coletivo urbano, de R\$ 1,00 para R\$ 1,20, e de R\$ 1,30 para R\$ 1,50 para o transporte executivo de passageiros.

O pedido de suspensão de liminar deferida em ação civil pública está previsto no art. 12, § 1º, da Lei Federal n. 7.347/85 e no art. 4º da Lei Federal n. 8.437/92, devendo ser deferido para evitar lesão à ordem, à segurança, à saúde ou à economia públicas.

A princípio, “impossível o exame da questão de fundo nos limites da suspensão de segurança, sob pena de supressão de instância” (STJ — Corte Especial, AGSS 632/DF, DJU 22/6/98, pág. 1). “Na estreita e drástica via de suspensão de decisão liminar, de caráter extraordinário, não há espaço para o debate de questões processuais ou meritórias, que devem ter deslinde nas vias ordinárias” (STJ—SS 878, deci-

são do Min. Paulo Costa Leite, DJU 15/2/01), pois “eventuais ilegalidades, injustiças, *errores in procedendo* ou *errores in iudicando* têm sede adequada ao seu deslinde” (STJ — AGP n. 1.055/MA, Corte Especial, DJU 14/8/00, pág. 130).

“Malgrado essa orientação, não há como não exercer um mínimo de delibação do mérito, ressalva, igualmente, Vossa Excelência (SS n. 1.877—PE, a mais recente), dado cuidar-se de contracautela (SS n. 817—PA, Min. Celso de Mello, DJ de 1º/8/1995; SS n. 1.272—RJ, Min. Carlos Velloso, DJ de 19/5/1998). Como contracautela, seria a suspensão da medida liminar inexoravelmente vinculada aos requisitos da plausibilidade jurídica e do perigo da demora” (STF — Pet. n. 2191/SP, decisão do Min. Carlos Velloso, DJU 8/2/2001, pág. 7).

Em igual sentido: “Suspensão de segurança: cuidando-se de procedimento sumário e de cognição incompleta, não se reclama para o deferimento da medida o prejudgamento em favor da entidade pública da questão de fundo, objeto do mandado de segurança, mas apenas que se verifique, em juízo de delibação, a plausibilidade das razões por ela opostas à pretensão do impetrante, somada à existência de riscos de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas que a execução provisória acarretaria” (STF — Tribunal Pleno, AGRSS n. 1015/SP, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 24/9/99, pág. 40).

Afastadas as questões processuais levantadas na petição inicial, passo a analisar, em juízo provisório e

superficial, a plausibilidade da tese do requerente.

O art. 175 da CF dispõe que:

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

“Parágrafo único. A lei disporá sobre:

“I — (...)

“II — os direitos dos usuários;

“III — política tarifária;

“IV — a obrigação de manter serviço adequado”.

A Lei Federal n. 8.987, de 13/2/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos a que se refere o art. 175 da CF, no capítulo que trata do Serviço Adequado, em seu art. 6º prevê que:

“Art. 6º — Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º — Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2º — A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 22, também estabelece que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra

forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

E quando trata da *Política Tarifária*, a aludida Lei n. 8.987/95 dispõe:

“Art. 9º — A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

“§ 2º — Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro”.

Luiz Alberto Blanchet explica que “A tarifa a ser paga pelo usuário do serviço corresponderá ao valor cotado pelo concessionário na proposta com a qual foi vencedor da licitação correspondente. O valor da tarifa não é imutável, podendo ser objeto de reajuste ou revisão.

(...)

“Como ambos, revisão e reajuste, podem ser aplicados à tarifa, e objetivam, também ambos, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, torna-se necessário discerni-los.

“O reajuste tem fundamento na variação previsível dos preços dos insumos que sempre, invariavelmente, integram a composição da tarifa. Assim, torna-se possível a previsão, no próprio contrato, de uma fórmula que contemple a variação do preço de cada insumo necessário à prestação dos serviços.

(...)

“A revisão, embora vise também à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão (no que se assemelha ao reajuste) apresenta, porém, algumas diferenças: funda-se na imprevisibilidade da ocorrência dos fatores que legitimam a sua aplicação, o que torna impossível a definição de uma fórmula que possa ser válida para qualquer situação de desequilíbrio, além do que pode a revisão tornar-se necessária em razão de outros fatores que não a oscilação inflacionária ou deflacionária dos preços dos insumos, valendo como exemplo qualquer alteração unilateral do contrato por parte do poder concedente, prevista no § 2º”.

As regras de reajuste e revisão “são obrigatórias e de aplicação imediata, isto é, verificado o desequilíbrio, o reajuste ou a revisão, tomadas as cautelas de estilo, deve ser concedido” (Direito Administrativo, Diógenes Gasparini, Saraiva, 6ª ed., 2001, pág. 556).

Ditas regras são necessárias para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, que consiste na “relação de igualdade entre os encargos do contratante particular e a correspondente remuneração a que faz jus, fixada no contrato administrativo para a justa compensação do pactuado”.

In casu, os contratos de permissão para exploração de transporte coletivo de passageiros previram que as tarifas a serem cobradas dos usuários de ônibus seriam aprovadas pelo Serviço Autônomo Municipal de Terminais Rodoviários de Blumenau — Seterb e fixadas por ato do Poder Executivo Municipal, sendo os reajustes precedidos de estudo específico, levando-se

em conta, entre outros fatores, a depreciação geral do veículo, as despesas médias de conservação e manutenção, inclusive substituição de peças e acessórios, contribuições da previdência social, custo do combustível e lubrificantes, assegurada a justa remuneração do capital.

Foi o que aconteceu.

Os Decretos ns. 6.988 e 6.989, de 21/12/2001, que fixaram novos valores para as tarifas, foram precedidos de estudo da autarquia municipal — Seterb, de acordo com as instruções sugeridas pelo Ministério dos Transportes, estampado na planilha de custos de 14/12/2001, subscrita pelo economista, Sr. Delério Anselmo Oeschler (fls. 55/83), a partir de dados concretos, e não de estimativas.

Por tal motivo, considero pertinente o argumento do Município de que o aumento do preço do combustível refere-se a período anterior à elaboração da planilha, não justificando o fundamento da decisão liminar, de que na verdade houve redução do preço dos combustíveis, o que vem ocorrendo somente a partir do início do ano em curso.

De outra parte, cumpre diferenciar motivo de motivação do ato administrativo.

Diógenes Gasparini leciona que o motivo “é a circunstância de fato ou de direito que autoriza ou impõe ao agente público a prática do ato administrativo. Consubstancia situações do mundo real que devem ser levadas em consideração para o agir da Administração Pública competente” (ob. cit., pág. 60). A motivação é a enunciação, descrição ou explicitação do mo-

tivo. É a narrativa do motivo” (ob. cit., pág. 61).

No caso, os motivos do reajuste das tarifas consistem: a) no aumento do preço dos combustíveis, dos pneus, dos *chassis*, das carrocerias, dos salários dos cobradores e motoristas; b) na oferta de novos horários e linhas; c) o prolongamento de linhas; e d) na renovação da frota com 10 novos veículos. Todos guardam relação com o objeto do contrato.

A motivação dos referidos decretos, por outro lado, foi apresentada sob a forma de considerandos, referindo-se à planilha de custos analisada pela equipe técnica da Seterb e aos motivos acima declinados, o que é admissível.

“Normalmente é a motivação apresentada sob a forma de considerandos”, não sendo “absolutamente necessário que do ato conste a explicitação do motivo. Estará atendida a disposição legal se a título de motivação for indicado que o ato é praticado em razão do que consta no processo administrativo tal ou que está calcado no parecer de folhas tais. Nesses casos, o conteúdo do processo e as conclusões do parecer constituem a motivação dos respectivos atos (RDP 34/141). Assim também decidiu o STJ (DJU 6/3/1995)” (Diógenes Gasparini, ob. cit., págs. 61/62).

Tem-se, assim, por plausíveis os argumentos do Município, de que a redução do preço dos combustíveis somente ocorreu em data posterior ao período computado para o reajuste das tarifas e que os decretos não padecem da falta de motivação, ao contrário do que consta da decisão impugnada.

Portanto, constatada a variação do preço dos insumos que integram a composição da tarifa, impunha-se o seu reajuste, não podendo a “modicidade das tarifas” prejudicar a adequação do serviço público prestado, nem comprometer o equilíbrio financeiro-econômico do contrato administrativo.

No tocante aos pressupostos específicos para o deferimento da liminar, restou configurada a alegada lesão à ordem pública, na medida em que, mantidos os atuais preços das tarifas, o funcionamento e, principalmente, a qualidade do serviço de transporte coletivo em Blumenau poderão ficar comprometidos, em detrimento dos seus usuários.

Ressalta-se, por fim, conforme argumentou o requerente, que o interesse público primário é o interesse da coletividade como um todo.

Assim, o interesse público que ora se visa resguardar diz respeito ao interesse da sociedade em utilizar-se de transporte coletivo urbano seguro e de boa qualidade, que prevalece diante de eventual lesão individual causada pelo aumento das tarifas.

Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão da liminar deferida na Ação Civil Pública n. 008.02.000541-2.

Comunique-se ao Juízo *a quo*, com urgência.

Intime-se.

Florianópolis, 31 de janeiro de 2002.

Des. Alberto Costa,
1º Vice-Presidente, e. e.

RECURSOS ESPECIAIS CÍVEIS

RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 1998.000741-0, DA CAPITAL

Recorrentes: Célio Nunes do Nascimento e Lindomar Francisco Nascimento

Advogados: Dr. Francisco May Filho e outros

Recorrida: Imobiliária J. Rimsa Ltda.

Advogado: Dr. Olavo Rigon Filho

1 — Célio Nunes do Nascimento e Lindomar Francisco Nascimento, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, interuseram recurso especial contra deci-

são da eg. Primeira Câmara Civil que, apreciando apelação cível, manteve a sentença que julgou procedente a ação de anulação de ato jurídico, refe-

rente à compra e venda de imóvel efetivada entre as partes.

Alegaram que o acórdão impugnado negou vigência ao art. 134, § 1º, do Código Civil, além dos arts. 47, parágrafo único, 82, inciso III, e 83, inciso I, todos do Diploma Processual Civil.

Requereram, assim, a admissão do presente recurso, bem como a concessão do benefício da assistência judiciária, sendo, posteriormente, apresentadas as contra-razões.

2 — Inicialmente, impende esclarecer que a interposição recursal, referente à violação ao art. 134, § 1º, do CC, não merece prosseguir, pois, diante do contido no voto atacado e pelo teor das razões do inconformismo, não conseguiram os recorrentes demonstrar em que consistiu a alegada contrariedade, eis que investem diretamente contra as formalidades da lavratura de escritura pública, quando o procedimento corresponde à anulação de ato jurídico, ante a constatação do vício de vontade de uma das partes, em virtude de conduta dolosa do primeiro recorrente, assim fundamentado no acórdão recorrido, o qual traz a seguinte ementa:

“Ato jurídico. Anulação. Apartamento. Compra e venda. Escritura raturada. Vício de consentimento existente. Procedência. *Decisum* incensurável. Confirmação. Apelo desprovido.

“A emissão da vontade válida e eficaz de ambas as partes é pressuposto de validade e eficácia dos atos jurídicos que têm por objetivo a transmissão da propriedade de bens imóveis. Defluindo dos autos, por indícios e circunstâncias que cercaram a tran-

sação negocial, ter sido a anuência da parte alienante obtida por meios escusos e reveladores de manobras fraudulentas e dolosas do pretendo adquirente, a anulação da celebração contratual é imposta pela própria lei. E mais acentuada evidencia-se a existência de fraude, dolo e ardil, quando a escritura de compra e venda retrata, consoante pericialmente apurado e como perceptível a olho nu, ter havido rasuras na identificação do imóvel vendido, para o qual foram transformados os dados correspondentes à unidade habitacional anteriormente adquirida pelo beneficiário da manobra”.

Portanto, embora a decisão tenha também se baseado na falsificação realizada na escritura pública, na verdade, observa-se que o objeto de discussão da ação é o negócio jurídico viciado celebrado entre as partes e que resultou anulado, como pretendido pela recorrida desde o ingresso da exordial. As formalidades da lavratura do referido documento foram abordadas de modo periférico, meramente para corroborar a conclusão que foi dada à lide.

Assim, ao contrário do alegado pelos recorrentes, não se entrevê no acórdão objurgado qualquer ferimento ao dispositivo suso mencionado, razão pela qual é impossível a subida do recurso, tangente a este aspecto.

3 — Quanto à ofensa aos arts. 82, III, e 83, I, ambos do CPC, também não lograram os recorrentes evidenciar em que se fundou a negativa de vigência, porquanto os preceitos indicados dispõem que compete ao Ministério Público intervir, como fiscal da lei, nas causas em que há interesse público, devendo ter vista dos au-

tos depois das partes e ser intimado de todos os atos processuais, enquanto que o acórdão deixou bem nítido que esta não é a hipótese dos autos, ao ementar que “Nas ações que têm por meta a anulação de negócios jurídicos versantes sobre a transmissão de bens imóveis, a anulação das respectivas escrituras públicas de compra e venda e o cancelamento dos pertinentes registros imobiliários revelam-se como mera decorrência do reconhecimento da ineficácia da própria negociação. Por isso mesmo, em tais hipóteses, totalmente dispensável faz-se a intervenção do Ministério Público, cuja ausência dos atos processuais não traduz-se em qualquer nulidade”.

Verifica-se, então, que a questão relacionada à escritura pública, tão atacada pelos recorrentes, é mera consequência da anulação do ato jurídico, ou seja, em tese, não reflete qualquer interesse público suficiente a exigir a atuação do Ministério Público, como aventado no recurso, sendo, desse modo, inadmissível a sua ascensão quanto a este ponto.

4 — Os recorrentes pretendem, ainda, a admissão do inconformismo, ao argumento de que violou o art. 47, parágrafo único, do CPC, quanto à não qualidade do tabelião como litisconsorte necessário, todavia razão também não lhes assiste, pois o acórdão vergastado motivou sua conclusão no fato de que “não embasando-se a sentença anulatória de transação imobiliária em vício da respectiva escritura pública e aquisição, e sendo o cancelamento do ato notarial mera consequência da anulação da negociação de compra e venda que a motivou, não detém o servidor judicial responsável pela escritu-

ração do ato, legitimidade”, ou seja, como já ressaltado, o objeto da ação é o reconhecimento do vício de vontade e não da anulação da escritura pública propriamente dita. Esta sobreveio em razão das conseqüências daquela. A discussão, destarte, girou em torno da ação ardilosa empregada pelo primeiro recorrente e não da atitude do aludido tabelião.

Nesse passo, não conseguiram os recorrentes comprovar qualquer negativa de vigência à matéria relativa ao litisconsorte, motivo por que inviável a admissão do reclamo recursal, com supedâneo no art. 105, inciso III, alínea a, da Carta Política Federal.

Não fosse isso, destaca-se que as razões expostas na irresignação indubitavelmente refletem a intenção de reexame do contexto fático-probatório, o que, *in casu*, é inadmissível no âmbito da via eleita, consoante enunciado pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

5 — Diante do exposto, nega-se seguimento ao recurso especial.

6 — Por fim, embora tenham efetuado o pagamento do preparo, requereram o benefício da assistência judiciária, afirmando que, diante dos gastos despendidos com a presente ação, da desvalorização da moeda e das despesas que têm realizado com problemas de saúde do primeiro recorrente, não têm condições de arcar com as custas judiciais e os honorários advocatícios, sem prejudicar o sustento familiar.

E a respeito da matéria, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que “A garantia do art. 5º, LXXIV — assistência jurídica integral e gra-

tuita aos que comprovarem insuficiência de recursos — não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não lhe permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infra-constitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça” (RE n. 205.746/RS, rel. Min. Carlos Velloso, publ. no DJU em 28/2/97).

Assim, tendo os recorrentes declarado a insuficiência econômica e tendo, ao contrário do asseverado pela recorrida, apresentado extratos bancários que demonstram saldos devedores, defere-se o pleito da assistência.

7 — Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 13 de março de 2002.

*Des. Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.*

RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 2000.006524-2, DE LEBON RÉGIS

Recorrente: Banco do Brasil S.A.

Advogados: Dr. Cláudio Luiz Rinaldi e outros

Recorrido: José Nelson de Souza

Advogado: Dr. Gilson Francisco Kollross

1 — Banco do Brasil S.A., por intermédio de seu procurador, com fulcro no art. 105, III, a e c, da CF, manifesta recurso especial do acórdão da Terceira Câmara Civil que, à unanimidade, manteve a extinção da ação de execução de contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente, em fase de embargos do devedor, ante o entendimento de que não é título executivo extrajudicial.

Sustenta que o *decisum* recorrido, ao rejeitar os embargos declaratórios opostos, violou o disposto no art. 535, II, do CPC, bem como negou vigência aos arts. 128, 460, 585, II, 586, 614, II, e 618, I, do Estatuto Processual, divergindo, ainda, de julgado do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná.

Intimado, o recorrido apresentou suas contra-razões.

2 — O inconformismo merece ascender somente em relação à ofensa ao art. 535, II, do CPC, porquanto a análise dos demais dispositivos dados como vulnerados ficou prejudicada, ante a ausência de questionamento.

O recorrente conseguiu, em tese, demonstrar que houve a indigitada violação, pois se depreende do aresto atacado que os embargos declaratórios foram rejeitados em razão de se estar “reexaminando questão já decidida”, mas que, na realidade, não foi apreciada completamente pelo acórdão, que se limitou a reconhecer o contrato executado como de conta corrente, sem examinar as razões de apelação

em que se alegou tratar de contrato de crédito fixo.

Não se olvida ser imprescindível o prequestionamento como um dos pressupostos à subida do recurso especial. Contudo, o julgador não deve apegar-se aos excessos de formalismo, tanto que tem se entendido que “em duas situações dispensa-se o prequestionamento: no caso de o fundamento novo aparecer exclusivamente no próprio acórdão recorrido, como, por exemplo, se o acórdão julga *extra* ou *ultra petita* sem que esse fato tenha ocorrido na sentença; e se, a despeito da interposição dos embargos de declaração, o tribunal se recusa a examinar a questão colocada”, exatamente como ocorreu na hipótese vertente (Vicente Greco Filho citado por Rodolfo de Camargo Mancuso, *in* Recurso Extraordinário e Recurso Especial, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pág. 214).

Da mesma obra, extrai-se:

“A propósito dos embargos declaratórios, vem a pêlo uma menção aos chamados embargos prequestionadores, que não visam propriamente à integração do julgado (casos de omissão, obscuridade, contradição), mas antes servem ao propósito de prequestionar o ponto a ser agitado no recurso excepcional. Nesses casos, diz Antonio Amaral Leão, ‘o embargante dirá na petição de interposição do recurso, que a finalidade é específica para prequestionar todas as questões federais’” (págs. 211/220).

No caso em apreço, constata-se que o recorrente, além de pretender que fosse sanada a contradição, deixou nítida a intenção do prequestionamento para fins do presente recur-

so, assim como fundamentou em que consistiu a contrariedade à lei federal, argumentando que o acórdão negou provimento ao recurso interposto pela instituição financeira, e que o *decisum* dos embargos declaratórios foi totalmente omissivo ao tópico controvertido, pelo que entendeu ter ofendido o disposto no art. 535, II, do CPC.

Miguel Urbano Nagib, ao dissertar a respeito da matéria, expõe que “a parte prejudicada pelo não recebimento de embargos declaratórios opostos com a finalidade de obter o prequestionamento exigido pela Súmula 282 do STF, deve abandonar os argumentos até então desenvolvidos, veiculando no extraordinário somente alegação de ofensa aos princípios constitucionais do acesso ao Poder Judiciário, ou da ampla defesa, ou, se preferir a via do especial, contrariedade ao artigo 535, II, do CPC” (*in* Prequestionamento. Análise de uma inovação introduzida pelo STF e pelo STJ, São Paulo, Revista do Centro de Estudos da PGE, n. 19, abril, 1995, pág. 11).

E, para finalizar, da Corte Superior de Justiça, colaciona-se:

“Se, apesar de provocado via embargos de declaração, o tribunal a *quo* se nega a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros, deve o recorrente especial alegar contrariedade ao art. 535 do CPC, pleiteando a anulação do acórdão proferido quando do julgamento dos embargos, ao invés de insistir na tese da violação aos dispositivos legais cujas matérias não foram apreciadas e solucionadas” (RSTJ 92/121).

Nesse passo, à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial, vê-se que a irresignação excepcional preencheu os requisitos objetivos e subjetivos, possibilitando, assim, o seu seguimento.

3 — Por outro vértice, em relação à alínea *c*, não há admitir a elevação do reclamo, porquanto a divergência apontada refere-se exatamente à parte indicada como omissa no acórdão (contrato de crédito fixo ou rotativo), ressentindo, dessa forma, do imprescindível questionamento, fato

que, aliás, deu ensejo à admissão do presente inconformismo com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional.

4 — Ante o exposto, dá-se seguimento ao recurso.

5 — Subam os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

6 — Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 21 de março de 2002.

*Des. Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.*

RECURSOS ESPECIAIS CRIMES

RECURSO ESPECIAL CRIME N. 2000.004846-1, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Recorrente: Lírio Colla

Advogados: Dr. Marco Antônio Minikoski e outro

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

1 — Lírio Colla, fundado no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, interpõe recurso especial contra o acórdão da colenda Primeira Câmara Criminal que, por votação unânime, negou provimento ao apelo que aforou da decisão que o condenou ao cumprimento de 6 (seis) anos de reclusão, por incurso no art. 121, *caput*, do Código Penal.

Alega que a decisão recorrida contrariou o disposto no art. 5º, XXXVIII, *c*, da Constituição Federal, e

nos arts. 489 e 491 do Código de Processo Penal, além de divergir de julgados de outros Tribunais.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela não admissão do reclamo.

2 — Não há como se dar seguimento ao inconformismo, relativamente à contrariedade ao art. 5º, inciso XXXVIII, *c*, da CF/88, ante a alegada afronta ao princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, eis que se trata de matéria eminentemente

constitucional e, por isso, refoge à competência da Corte Superior (REsp n. 192.094/PR — Rel. Min. Milton Luiz Pereira — T1 — DJU de 25/2/2002, pág. 210), sendo o instrumento adequado ao debate do inconformismo o recurso extraordinário e não o especial.

3 — Igualmente não merece seguimento o recurso especial, relativamente à alínea a do permissivo constitucional invocado nas razões de recurso, vez que não restou demonstrada a aventada contrariedade ao art. 489 do CPP, por não haver o MM. Juiz Presidente do Conselho de Sentença “retomado a questão, dando maiores explicações e promovendo novo questionamento” (fl. 229), ao verificar a resposta ao segundo quesito da terceira série, referente à tese de ocorrência da legítima defesa da propriedade, em que o Júri negou, por 5 votos a 2, a injustiça da agressão, na medida em que o acórdão, com base na doutrina e em julgados de outro Tribunal, rejeitou essa pretensa eiva, indo perfeitamente ao encontro do entendimento que têm manifestado as Cortes Superiores, orientando no sentido de que não há falar em nulidade ou contradição na resposta aos quesitos, se os jurados admitiram que o réu agira em legítima defesa, porém igualmente reconheceram que a agressão não era injusta, atual ou iminente. Nesse sentido tem-se, do STF, o HC n. 73.114/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, publicado no DJU de 9/2/96, pág. 2.076; e, do STJ, tem-se o HC n. 7.746/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, T5, publicado no DJU de 25/10/99, pág. 98.

Incide, portanto, no caso, o enunciado na Súmula 83 do STJ.

4 — Também não logrou o recorrente evidenciar a sustentada violação ao art. 491 do CPP, vez que o acórdão recorrido, com espeque em julgado do TJRS, entendeu que a ausência da assinatura do Juiz Presidente no termo de votação dos quesitos é mera irregularidade, e o Superior Tribunal de Justiça, julgando caso extremamente semelhante, já decidiu que “a falta de assinatura dos jurados no termo de votação é mera irregularidade que nenhum prejuízo causa, sanando-se se não argüida no momento oportuno, excedente aos termos legais de declaração de nulidade *ex officio* pelo Tribunal *a quo* nas circunstâncias enunciadas” (REsp n. 186.608/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, T6, DJU de 5/4/99, pág. 161).

5 — A alegada discrepância jurisprudencial, por seu turno, não atende ao disposto no art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, haja vista que o recorrente limitou-se à reprodução de ementas dos julgados trazidos como paradigmas, o que é insuficiente para evidenciar a notoriedade do dissídio (REsp n. 220.188/MG — Rel. Min. Hamilton Carvalhido, T6 — DJU de 4/2/2002, pág. 580), e, ademais, não procedeu ao necessário cotejo analítico entre aqueles e o aresto debatido.

6 — Pelo exposto, nega-se seguimento ao apelo especial.

7 — Publique-se e intemem-se.

Florianópolis, 26 de março de 2002.

*Des. Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.*

RECURSO ESPECIAL CRIME N. 2001.008208-0, DE LAGES**Recorrente e Recorrido: Pedro Noé de Souza Vieira****Advogada: Dra. Luci da Silva****Recorrente e Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina****Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck**

1 — Pedro Noé de Souza Vieira, fundado no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, interpõe recurso especial do acórdão da colenda Segunda Câmara Criminal que, por votação unânime, deu provimento ao apelo do Ministério Público para casar a substituição da privativa de liberdade que lhe foi fixada por restritivas de direitos, estabelecendo ainda o regime prisional integralmente fechado para o cumprimento da reprimenda que lhe foi imposta por incurso no art. 12 da Lei de Tóxicos.

Alega que a decisão recorrida contrariou o disposto no art. 44 do Código Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 9.714/98, bem como divergiu de julgados de outros Tribunais, que trouxe à colação, no sentido da possibilidade da substituição da pena nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes, delito considerado hediondo.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela não admissão do reclamo.

Igualmente inconformado com a decisão do órgão colegiado que, em sede de embargos de declaração, entendeu pela incompetência deste Tribunal para expedir mandado de prisão contra o condenado, o Ministério Público ingressou com recurso especial, embasado no art. 105, III, c, da Constituição Federal, alegando dissídio pretoriano, diante da possibilidade de expedição imediata de mandado

de prisão pelo Tribunal que confirmou a condenação exarada e agravou a pena imposta, não obstante a pendência de recurso especial ajuizado pelo condenado, posto que tal não possui efeito suspensivo, pelo que sustentou desnecessário o aguardo do trânsito em julgado para tanto.

Contra-arrazoado o apelo raro, a douta Procuradoria-Geral de Justiça ratificou o parecer anteriormente emitido.

2 — Não merece seguimento o recurso de Pedro Noé, relativamente à alínea a do permissivo constitucional em que está fundado, uma vez que não conseguiu demonstrar a alegada contrariedade ao art. 44 do CP, eis que é pacífico o entendimento no colendo Tribunal Superior no sentido de que “o art. 44, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.714/98, não se aplica aos crimes hediondos, razão pela qual o paciente, condenado por tráfico de entorpecentes, não tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos” (REsp n. 254.035/GO — rel. Min. Fernando Gonçalves — T6 — DJU de 1º/10/2001, pág. 256; REsp n. 226.804/PB — rel. Min. José Arnaldo da Fonseca — T5 — DJU de 10/9/2001, pág. 407; REsp n. 255.310/MG — rel. Min. Hamilton Carvalhido — T6 — DJU de 4/2/2002, pág. 588; HC n. 16705/MG — rel. Min. Paulo Gallotti — T6 — DJU de 18/2/2002, pág. 506, dentre outros jul-

gados recentes), incidindo, no caso, o disposto na Súmula 83 do STJ.

3 — Quanto ao dissídio jurisprudencial, igualmente não há como se dar seguimento ao especial aforado por Pedro Noé, uma vez que os julgados trazidos à colação, além de não espelharem mais a realidade jurisprudencial da Corte Superior, não se prestam à comprovação da sustentada divergência, na medida em que não foi cumprido pelo recorrente o estabelecido no § 1º e § 2º do art. 255 do Regimento Interno do STJ.

Observa-se que se limitou a transcrever as ementas dos julgados trazidos como paradigma (STJ, TJRS, TJMG e TJRJ), juntando cópia, não autenticada, e também apenas das ementas de duas decisões do TJRS, citadas nos motivos do inconformismo (a reprodução do *decisum* do STJ refere-se a outro processo, diverso do citado nas razões), o que é insuficiente para evidenciar a notoriedade do dissídio (REsp n. 220.188/MG — rel. Min. Hamilton Carvalhido — T6 — DJU de 4/2/2002, pág. 580).

Vê-se, além disso, que fez referência apenas ao Diário da Justiça no qual estaria publicada a decisão do primeiro aresto citado (do STJ), mas não da página em que se encontraria, e o Superior já assentou não constituir esse periódico repositório oficial ou autorizado para a comprovação do dissenso, visto que nele não são publicados os acórdãos em seu inteiro teor (REsp n. 171.627/GO, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 28/3/2001, pág. 273; Ag n. 244.060/RS, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 27/8/99, pág. 527 e Ag n. 423.062/PR, Min. José Delgado, DJU de 26/2/2002). Quanto aos dois

segundos (TJRS), mencionou o *site* na *Internet* onde poderiam ser localizados; e, por fim, quanto aos demais, que estariam publicados no *CD-ROM Juris Síntese Millenium*, valendo ressaltar que, consoante recentes julgados do STJ, “nem a *internet* nem outro meio eletrônico é repositório oficial de jurisprudência (AGA n. 299.360/GO, 3ª Turma, rel. em. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 9/10/2000)” (AG n. 388.873 — rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar — DJU 4/9/2001).

E, por fim, percebe-se que não procedeu ao necessário cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os tidos como divergentes.

4 — Quanto ao recurso do Ministério Público, não merece seguimento no ponto em que sustenta divergência de outros julgados trazidos à colação, dado o fato de que o acórdão atacado teria considerado indevida a expedição de mandado de prisão, posto que condicionada ao trânsito em julgado da condenação, pois do aresto recorrido vê-se que foi enfatizado que, “na sentença, foi resguardado o direito de o réu aguardar solto, tão-somente, o desfecho da apelação” (fl. 270 — o grifo é nosso), condicionando ao trânsito em julgado apenas o lançamento do nome do apenado no rol de culpados, pelo que se pode concluir exatamente o contrário do alegado, ou seja, que reconheceu a possibilidade da exequibilidade imediata do julgado, uma vez firmada a condenação em grau de apelação, indo perfeitamente ao encontro das decisões que o recorrente anexa como dissidentes.

Já no que toca à proclamada incompetência do Tribunal *a quo* para determinar a imediata expedição de

mandado de prisão contra réu cuja condenação foi confirmada, a despeito da interposição de recurso especial e/ou extraordinário, melhor sorte lhe socorre, uma vez que conseguiu o órgão ministerial demonstrar, por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal citada como paradigma (HC n. 74.396/SP — fls. 289/296) e do necessário cotejo analítico entre esse julgado e o digladiado, a sustentada divergência pretoriana.

5 — Pelo exposto, nega-se seguimento ao recurso interposto por Pedro Noé de Souza Vieira e dá-se seguimento ao do Ministério Público, nos limites das razões expostas.

6 — Subam os autos ao colendo Superior Tribunal de Justiça.

7 — Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 15 de março de 2002.

Des. Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL CRIME N. 2001.015697-0, DE BLUMENAU

Recorrente: Ivete Reiter

Advogado: Dr. Valkírio Lorenzette

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

1 — Ivete Reiter, fundada no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, interpõe recurso especial do acórdão da colenda Primeira Câmara Criminal que, por votação unânime, rejeitou as preliminares invocadas e negou provimento ao apelo que aforou da decisão que condenou-a por incurso nas penas do art. 1º, I, II e V, e art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, ambos *c/c* arts. 71 e 29, do CP.

Alega que a decisão contrariou o disposto no art. 34 da Lei n. 9.249/95, ao não reconhecer extinta a sua punibilidade pelo parcelamento do tributo devido (NF n. 50943888), assim como divergiu de julgados do próprio Superior Tribunal de Justiça, no sentido da aplicabilidade da citada norma infraconstitucional, quando

procedido o parcelamento do débito antes do recebimento da denúncia, como alega ter ocorrido no caso em apreço.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela não admissão do reclamo.

2 — Não merece seguimento o especial, relativamente à alínea *a* do permissivo constitucional invocado nas razões de recurso, uma vez que não restou demonstrada a aventada contrariedade ao art. 34 da Lei n. 9.249/95, que prevê que “extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do

recebimento da denúncia”, na medida em que o aresto atacado, motivado no fato de que o pagamento integral do tributo deu-se após o recebimento da denúncia, com suporte em jurisprudência do STF e do STJ, houve por bem afastar a incidência da referida norma federal no caso concreto.

3 — No que toca à ocorrência do sustentado dissídio pretoriano, melhor sorte lhe socorre.

O julgado trazido à colação como paradigma — HC n. 9.909/PE, relator o Ministro Edson Vidigal, de 9/11/1999 — se presta à comprovação da alegada divergência, pois, além de ter a recorrente instruído a petição recursal com cópia devidamente autenticada desta decisão, procedeu ao necessário cotejo analítico, conseguindo demonstrar, com clareza

e precisão, a similitude entre a situação debatida no aresto paragonado e aquela tratada no acórdão paradigma, logrando, assim, evidenciar a sustentada discrepância jurisprudencial sobre a questão que, consoante demonstram as recentes decisões do STJ, não se pode dizer esteja pacificada no sentido do aresto recorrido.

4 — Pelo exposto, quanto à alínea c do inciso III do art. 115 da CF/88, dá-se seguimento ao recurso.

5 — Subam os autos ao colendo Superior Tribunal de Justiça.

6 — Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 19 de março de 2002.

*Des. Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.*

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 2002.003454-1, DE JOINVILLE

Requerente: Município de Joinville

Procuradores: Drs. José Alaor Bernardes e João Arno Delitsch

Interessado: Sindicato das Empresas de Limpeza Urbana do Estado de São Paulo — Selur

Advogado: Dr. Luciano Vitor Engholm Cardoso

Interessada: Engepasa Ambiental Ltda.

Advogado: Dr. Arno Luiz Enke

Ação na origem: Mandado de Segurança n. 038.01.025083-0 (Vara da Fazenda Pública de Joinville)

O Município de Joinville, com fundamento no art. 4º da Lei n. 4.348/64, requer a suspensão dos efeitos da sentença proferida pelo DD.

Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da comarca de Joinville, Dr. Carlos Adilson Silva, que, nos autos do Mandado de Segurança n.

038.01.025083-0, impetrado pelo Sindicato das Empresas de Limpeza Urbana do Estado de São Paulo — Selur, concedeu a segurança, declarando nulo o processo licitatório deflagrado pelo edital de concorrência pública n.180/2001, que objetivava contratar empresa, em regime de concessão, para execução dos serviços de engenharia sanitária de limpeza urbana naquele Município.

Aduz, inicialmente, que se faz necessária a imediata concessão do referido serviço público a empresa privada, pois exige grandes investimentos e o domínio de técnicas operacionais complexas e sofisticadas para garantir, “por exemplo, a implantação, operação, tratamento, controle tecnológico, monitoramento e manutenção de um novo aterro sanitário e proporcionar a continuidade à correta disposição final dos resíduos domiciliares, hospitalares e outros, de acordo com as normas técnicas e legislação ambiental aplicável” (fl. 4), atendendo, assim, às diretrizes da Agenda 21 de Joinville (carta de compromisso com o meio ambiente) e o adequado cumprimento das cláusulas do termo de ajustamento de conduta firmado com o Ministério Público Estadual.

Notícia que o aterro sanitário, construído em 1979, está esgotado (mais adiante afirma que está praticamente esgotado), estando o sistema de tratamento em desacordo com as atuais exigências ambientais, problemas estes que não se resolvem com a simples prorrogação do contrato que está em vigor, a par de um novo procedimento licitatório acarretar mais prejuízos, dado o longo prazo para sua conclusão, sujeito ainda a impugnações, sendo, portanto, imprescindível, a

imediate concessão para a ampliação dos serviços.

Diz que a sentença verificou irregularidade apenas na parte do edital que trata do chamado “período de transição”, de taxa para tarifa, declarando nula a forma de remuneração da concessionária durante o ano da assinatura do contrato e no exercício imediatamente posterior, prevista nas letras a, a.1, a.2, a.3, a.4 e a.5, todas do item 10.1 do Edital n. 180/2001.

Todavia, sustenta, o período de transição teve por objetivo evitar a cobrança concomitante de taxa e de tarifa pelo mesmo serviço de limpeza urbana, o que não desnatura o regime jurídico da concessão, pois a natureza jurídica da remuneração decorre da essência da atividade realizadora, não sendo afetada pela concessão, devendo atender ao princípio da continuidade da prestação do serviço público. Além disso, a apuração do valor da tarifa continua tendo por base de cálculo o custo do serviço prestado e a disposição do usuário.

Com apoio em doutrina de Benedicto Porto Neto, contesta a afirmação da sentença de que os usuários dos serviços concedidos só estão obrigados a pagar tarifa, dizendo que “mesmo na concessão o usuário deveria pagar taxa, já que o serviço continuará sob regime de direito público”.

Invoca parecer de Marçal Justen Filho, considerando justificável o período de dois exercícios financeiros para a transferência do sistema de taxas para tarifas previsto no edital, ao argumento de que “no momento em que se promover a transferência dos encargos para um concessionário, os municípios já terão liquidado o paga-

mento das taxas de lixo correspondentes àquele exercício”, tendo, ainda, a concessionária que fazer levantamentos acerca da identidade dos municípios para a cobrança das tarifas, o que demanda muito tempo.

Aduz que não há interesse jurídico por parte do Sindicato impetrante, uma vez que não está representando os interesses das empresas sediadas em São Paulo, pois são 52 as que atuam nas atividades de limpeza urbana naquele Estado, tendo as empresas Enterpa e Intranscol desistido do certame, e a assembléia que autorizou a impetração do mandado foi composta por apenas 4 votantes que, à exceção da empresa Rek Construtora Ltda., fazem parte de um mesmo grupo econômico.

Além disso, prossegue, o referido Sindicato não possui legitimidade ativa *ad causam* para impugnar o processo licitatório, não sendo o mandado de segurança coletivo meio adequado para o Selur buscar a nulidade do edital, por não estar defendendo direito imediato seu ou de quaisquer de suas integrantes, não sendo sucedâneo de ação popular ou de ação civil pública, devendo, de ofício, ser extinto sem julgamento do mérito.

Sustenta que a decisão atacada poderá causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas do Município.

À saúde pública, porque o aterro sanitário está com sua capacidade praticamente esgotada, reclamando a urgente implantação e operação de um novo aterro, bem como de novas valas sépticas, de forma a separar o destino final dos resíduos domiciliares dos resíduos dos serviços de saúde,

podendo o acúmulo de lixo domiciliar e a falta de limpeza das vias e logradouros públicos, que se constituem em veículo e foco de moléstias e doenças, trazer riscos à saúde da população.

À economia pública, pois o Município, que já enfrenta dificuldades financeiras, estará descumprindo o termo de ajustamento de conduta, incorrendo em multa diária no valor de R\$ 1.000,00, ficando sujeito à execução pelo Ministério Público, a par de os recursos municipais serem incompatíveis com os investimentos necessários ao custeio das obras e serviços emergenciais.

À ordem pública, pois se não há ilegalidade no procedimento licitatório para a concessão dos serviços de limpeza urbana no Município, o devido exercício das funções da Administração está sendo obstaculizado.

Alega, por fim, que a manutenção da sentença também poderá causar lesão grave à segurança do município de Joinville, devido ao caos causado pelo “acúmulo indiscriminado de resíduos coletados e depositados de qualquer maneira no atual aterro sanitário, que está com sua capacidade praticamente esgotada”.

É, em síntese, o relatório.

O presente pedido impugna os seguintes pontos da sentença: o reconhecimento do interesse jurídico e da legitimidade ativa *ad causam* do Sindicato para a impetração do mandado de segurança coletivo e a declaração de nulidade do edital, na parte em que prevê um sistema de transição de cobrança pelo aludido serviço público, e que ocasionou a anulação do processo licitatório deflagrado pelo Edital de Concorrência Pública n. 180/2001.

Registre-se que, a princípio, o pedido de suspensão de sentença não é a via adequada para a análise de questões processuais e de mérito (STJ — AGSS 632/DF, SS 878, AGP 1.055/MA). Todavia, o STF tem decidido pela necessidade de se exercer um mínimo de delibação do mérito, dado cuidar-se de contracautela (SS 1.877/PE, SS 817/PA, SS 1.272/RJ), vinculada aos requisitos da plausibilidade jurídica e do perigo na demora (Pet. 2.191/SP), configurado na existência de riscos de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas que a execução provisória acarretaria (AGRSS 1.015/SP—Tribunal Pleno).

Apenas para argumentar, a legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo é extraordinária, agindo o Sindicato na qualidade de substituto processual dos seus integrantes, bastando, para o ajuizamento, “uma autorização genérica constante em seus estatutos sociais” (Direito Constitucional, Alexandre de Moraes, editora Atlas, 11ª edição, 2002, pág. 176).

O estatuto social do Sindicato das Empresas de Limpeza Urbana no Estado de São Paulo — Selur, em seu art. 4º, inciso IV (fl. 94), exige, para a interposição de mandado de segurança coletivo, a autorização expressa de suas associadas, na forma nele prevista. E o art. 29 (fl. 101) dispõe que “a Assembléia-Geral deliberará, em primeira convocação, com a presença mínima de 1/3 (um terço) das associadas e, em segunda convocação com qualquer número de associadas presentes”.

Foi o que ocorreu, sendo realizada em São Paulo, em 30/8/2001, a assembléia-geral extraordinária do Sindicato que, numa primeira convocação, não obteve quórum suficiente para votação, passando-se à segunda convocação, quando as associadas então presentes, VEGA Engenharia Ambiental S.A., CLIBA — Companhia Latino Americana de Engenharia Básica Ambiental Ltda., TdB Incineração Ltda., Teris do Brasil e REK Construtora Ltda., deliberaram autorizando o Sindicato a mover as medidas judiciais necessárias à defesa dos interesses do setor em relação à concorrência pública realizada no município de Joinville (Ata — fl. 120).

Conforme leciona Alexandre de Moraes, “Em relação aos sindicatos ou associações legitimadas, o ajuizamento do mandado de segurança coletivo exige a existência de um direito subjetivo comum aos integrantes da categoria, não necessariamente com exclusividade, mas que demonstre manifesta pertinência temática com os seus objetivos institucionais” (ob. cit., pág. 176).

No caso, o mandado de segurança impetrado pelo Sindicato tem por objetivo defender os interesses da categoria contra uma licitação pública que se reputa eivada de ilegalidades, dentre as quais, a de restringir o caráter competitivo do certame em favor da empresa Engepasa Ambiental Ltda., declarada vencedora da licitação, por constar do edital cláusula exigindo a comprovação de prestação do serviço licitado em regime de concessão, com cobrança de tarifa diretamente dos usuários dos serviços, sendo a mencionada vencedora do certame a única empresa que presta serviços

nestas condições, no município de Balneário Camboriú.

Portanto, forçoso reconhecer o interesse coletivo do sindicato, já que o procedimento licitatório, conforme se infere, teria cerceado o direito das suas integrantes de participarem do certame.

Restam, pois, configurados o interesse e a legitimidade do Sindicato impetrante.

O outro ponto da sentença impugnado pelo Município, e que redundou na anulação do processo licitatório, diz respeito à declaração de nulidade das letras a, a.1, a.2, a.3, a.4 e a.5, todas do item 10.1 do edital n. 180/2001, que dispõem:

“10.1 — A remuneração da concessionária para custeio e retorno dos investimentos na execução dos serviços objeto da presente concessão, ocorrerá através das seguintes formas:

“a) Da remuneração direta da concessionária pelo poder concedente, no ato de assinatura do contrato mais o exercício imediatamente posterior, através da cobrança da taxa de limpeza e conservação.

“a.1) O valor a ser remunerado à concessionária será aquele definido na sua proposta comercial considerando os serviços efetivamente prestados.

“a.2) O Município pagará à concessionária com os recursos efetivamente arrecadados com a Taxa de Limpeza e Conservação referente aos serviços concedidos, lançada no carnê do IPTU, limitado aos valores globais dos serviços prestados.

“a.3) No caso de haver inadimplência dos contribuintes que comprometa a completa remuneração da concessionária pelos serviços realizados,

o Município cobrará através dos instrumentos jurídicos aplicáveis os valores não arrecadados da taxa de limpeza e conservação, repassando-os à concessionária à medida que os receba.

“a.4) No caso do montante lançado na taxa de limpeza e conservação, referente aos serviços concedidos, ser inferior aos valores globais dos serviços prestados, o município utilizará de outras fontes de receita para remunerar a diferença aferida.

“a.5) O poder concedente deverá consignar nos orçamentos anuais, durante o período definido no item a acima, dotações suficientes para cumprir as obrigações pecuniárias assumidas junto à concessionária por força deste Edital e do respectivo contrato” (fl. 340).

Os argumentos do Município não abalam os fundamentos da sentença hostilizada.

Com efeito, a cobrança de taxa nos dois primeiros exercícios financeiros descaracteriza a concessão de serviço público que, segundo o mestre Diogenes Gasparini, vem a ser o “contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e exploração de certo serviço, que lhe é privativo, a terceiro que para isso manifeste interesse e *que será remunerado adequadamente mediante a cobrança, dos usuários, de tarifa previamente por ele aprovada*” (Direito Administrativo, Editora Saraiva, 6ª edição, 2001, pág. 290) (grifo nosso).

A tarifa, bem verdade, não é a única forma de remuneração admitida para as concessões de serviço público, podendo o edital de licitação prever outras fontes de receitas fruídas com ou sem exclusividade, com vistas

a favorecer a modicidade das tarifas (art. 11 da Lei n. 8.987/95). “Essas fontes podem ser alternativas, complementares ou acessórias, ou podem ser projetos associados à prestação do serviço público. São alternativas quando uma fonte substitui outra. Assim, pode ser substituída a fonte de receita decorrente da cobrança do pedágio em uma rodovia pela receita originária de implantação e exploração de projetos associados (postos de serviços automotivos, motéis, supermercados). São complementares quando uma fonte de receita, como é a tarifa no serviço de transporte coletivo de passageiros por meio de ônibus, é acrescida por outra fonte de receita, de que é exemplo a decorrente da exploração de publicidade interna e externa nos ônibus utilizados na prestação desses serviços. Acessórias são as fontes secundárias de receitas. Projetos associados são empreendimentos promovidos pelo próprio concessionário ou por terceiros, sem os quais seria inviável a prestação do serviço público por meio de concessionário” (Diogenes Gasparini, obra citada, págs. 305/306).

Todavia, a taxa em questão não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses alternativas de remuneração do concessionário, não havendo, portanto, previsão legal autorizando-a como forma de contraprestação pelos serviços públicos prestados aos usuários, pelo que não pode ser cobrada, visto que o administrador público somente pode fazer “o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitida fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera

particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proíba” (Direito Constitucional, Alexandre de Moraes, Editora Atlas, 11ª edição, 2002, pág. 311).

Ademais, o edital prevê, na alínea a.3 do item 10.1, a execução fiscal da referida taxa e repasse à concessionária, garantindo, por conseguinte, a remuneração do concessionário, o que não se coaduna com a concessão de serviço público, que envolve a transferência ao particular de todos os custos e riscos do investimento.

A partir do momento em que o Município delega a execução do serviço público ao particular, não é mais possível cobrar tributo pelo mesmo serviço, sendo atribuição do concessionário a cobrança da nova forma de remuneração, qual seja, a tarifa.

Demais disso, o Supremo Tribunal Federal decidiu, reiteradas vezes, pela inconstitucionalidade da cobrança da taxa de limpeza urbana, por não ter “por objeto serviço público divisível e referido a determinados contribuintes, não havendo possibilidade, por isso, de serem custeados senão pelo produto dos impostos gerais” (RE n. 188.391/SP, julg. em 15/6/2000, publ. no DJU de 1º/6/2001, pág. 89) (RE n. 206.777/SP e RE 253.460/SP).

Ressalte-se que não se está afirmando que a concessionária não pode ser remunerada diretamente pelo município, apenas que a cobrança da taxa de limpeza urbana pelo Município para remunerar a concessionária pela prestação dos mesmos serviços, não é admitida pela legislação.

A impossibilidade de implementação imediata da cobrança da tarifa, em razão da dificuldade burocrática e

de identificação dos usuários, não subsiste diante da ilegalidade da cobrança de taxa dos usuários do serviço público concedido, inexistindo o alegado perigo de dano à ordem pública.

Não se ignora, por outro lado, a necessidade da implantação de novo aterro sanitário para a solução do problema do lixo no município de Joinville, tendo este, no entanto, se comprometido a colocá-lo em funcionamento até março de 2003 (termo de ajustamento de conduta — fl. 484).

De qualquer modo, os acentuados riscos à saúde e à segurança públicas, de *per se*, não podem servir de fundamento para a convalidação de atos ilegais, aqui assim considerados e também na decisão objurgada, praticados pela administração pública, devendo o termo de ajustamento de conduta firmado com o Ministério Público Estadual ser cumprido, independentemente da anulação do processo de licitação, porque a este não está condicionado, por ter o Município a ele se obrigado e ser o titular do serviço público de limpeza urbana.

Por fim, a suspensão de sentença é que acarretaria grave prejuízo à economia pública, pois, caso sejam

iniciadas as obras e prestação de serviços pela vencedora do certame, e mais adiante for confirmada a sentença impugnada, extinguindo, em definitivo, a concessão do serviço, o município de Joinville terá que indenizar a concessionária pelos investimentos suportados para a concretização do negócio, dando conta as informações da autoridade coatora no mandado de segurança (cópia — fl. 289), que há “necessidade imediata de investimentos, estimados em 3,5 milhões de reais, para a urgente execução de obras e serviços destinados à ampliação e melhorias do atual Aterro Sanitário”, donde se conclui que a suspensão da sentença é que comprometerá gravemente as finanças públicas.

Nestas condições, indefiro o pedido de suspensão da sentença proferida no Mandado de Segurança coletivo n. 038.01.025083-0.

Comunique-se ao Juízo *a quo*.
Intime-se.

Florianópolis, 14 de março de 2002.

Des. Alberto Costa,
1º Vice-Presidente.

NOTICIÁRIO

DISCURSO DE POSSE DO DR. ANTONIO DO RÊGO MONTEIRO ROCHA NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Excelentíssimo Senhor Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva, DD. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado e demais Desembargadores integrantes desta Corte;

Excelentíssimo Senhor Deputado Onofre Santo Agostine, DD. Presidente da Assembléia Legislativa do Estado;

Excelentíssimo Senhor Doutor Odil Cota, DD. Procurador de Justiça e representante do Excelentíssimo Procurador-Geral da Justiça;

Excelentíssimo Senhor Doutor Dilnei Ângelo Biléssimo, MM. Juiz do Trabalho e representando, neste ato, o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região;

Excelentíssimo Senhor Doutor Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço, DD. Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses;

Excelentíssimo Senhor Doutor Luiz Mário Bratti, DD. Advogado representante da Ordem dos Advogados do Brasil/SC;

Senhores funcionários do Tribunal de Justiça e do Fórum da Comarca da Capital, parentes e amigos.

1 — Sou o 6º filho de uma família de nove irmãos, que vivia, exclusivamente, dos parcos vencimentos de um magistrado pobre, lutador e honesto, que foi meu pai.

2 — Já na adolescência pudemos perceber que somente os livros poderiam modificar nossa situação. E livros não nos faltaram. Até porque durante muito tempo eles substituíram os brinquedos e a mobília das residências em que moramos nas mais diversas comarcas do Paraná. Foram os livros que me levaram e têm-me levado ao maravilhoso espaço do Direito Civil, do Direito do Consumidor, da Filosofia, da Sociologia, da Política e da Literatura. Ainda mais, os livros têm-me proporcionado fatos tão significativos que hoje, após haver exercido as funções de Juiz convocado para atuar no Tribunal de Justiça em 1993, Juiz de Turmas de Recursos no Estado e de Juiz Efetivo do Tribunal Regio-

nal Eleitoral entre 1999/2001, estouvado posse no cargo de Desembargador da nossa mais alta Corte Judiciária do Estado.

3 — Minha mãe também gostava de livros e foi ela quem, além de me haver ensinado caligrafia, transmitiu as lições necessárias para alcançarmos nossos objetivos na vida. Contudo, o tique-taque do relógio não pára, e o que era ontem não é hoje e o que é hoje não será amanhã.

4 — Agradeço a Deus pelos filhos Antônio Júnior e Raíssa, sangue do meu sangue, e eternos amigos desta jornada terrena.

5 — Aos meus queridos pais José Virgílio e Almerinda, meu agradecimento eterno.

6 — São meus irmãos Rita de Cássia, Virgílio, Edite, Paulo, Francisco, Pedro, Edison e Nathanael, e a todos eles agradeço o bom convívio dos magros tempos que tivemos em companhia dos nossos queridos pais. O tempo passou. Estudamos. Trabalhamos. Eu e meus irmãos podemos sentir e dizer que estamos realizados e felizes, graças a Deus.

7 — Aos meus irmãos Virgílio e Marilene; Francisco de Assis e Cláudia; Paulo; Edison e Nathanael, agradeço suas presenças nesta importante página de minha vida.

8 — Agradeço igualmente a todos os amigos que ajudaram na caminhada do então jovem Juiz Substituto, oriundo de Curitiba com sua mala de roupas, e que chega, nesta data, ao importante cargo de Desembargador. São eles: Ayres Gama Ferreira de Mello, Rubem Odilon Antunes Córdova, Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho, José Nilton Machado, Jo-

sé Temístocles de Macedo Neto, Cecim El Achkar, Iran José de Chaves, Herneus De Nadal e José Nilton Pereira. Desculpem-me quaisquer omissões involuntárias, decorrentes da emoção do momento, até porque além de não podermos viver sozinhos, todos nós temos amigos visíveis e invisíveis.

9 — Tudo é saudade, principalmente a inesquecível ausência de meu pai, que foi chamado para o plano espiritual; de minha mãe, que não está presente nesta solenidade por absoluta impossibilidade; e de meus irmãos, a maioria deles presente neste ato solene.

10 — Promovido pelo critério da antigüidade pelo Órgão Especial deste egrégio Tribunal de Justiça ao honroso cargo de Desembargador, sinto-me feliz por ter alcançado o objetivo que estava na minha alma desde os bancos escolares.

11 — Chego a esta Corte de espírito aberto e amistoso, solicitando o auxílio da experiência vivida pelos eminentes colegas, aos quais peço compreensão por possíveis desacertos involuntários em minha trajetória neste Tribunal. Embora a química do tempo tenha transformado minha juventude em maturidade, vim para aprender e para somar esforços, objetivando prestações jurisdicionais adequadas aos casos concretos.

12 — Peço respeitosamente aos colegas integrantes desta Corte o apoio e a compreensão indispensáveis aos meus objetivos de auxiliar o nosso Tribunal de Justiça a manter sua dignidade longamente reconhecida.

13 — O Tribunal de Justiça do nosso Estado, ao longo de sua história, tem demonstrado, inequivoca-

mente, seu desmedido esforço para atingir suas metas no tocante à prestação jurisdicional do Estado. Essas metas têm sido alcançadas por este Tribunal, a ponto de ser considerado lá fora como um dos mais dinâmicos e qualificados do país. Tudo isso é consequência de um trabalho conjunto deste Tribunal, com os juizes e funcionários das duas instâncias, além do ordeiro e progressista povo catarinense.

14 — O alto conceito nacional desfrutado por esta Corte aumenta minha responsabilidade de bem exercer a função judicante nesta Casa de Justiça, principalmente levando em consideração que o meu antecessor é o eminente Desembargador aposentado Ruy Pedro Schneider.

15 — Meus agradecimentos aos Desembargadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que me concederam a honraria de estar neste importante cargo judicante, que ora assumo.

16 — Antes desta importante data, entretanto, e na condição de magistrado neste Estado, o pêndulo do relógio continuou trabalhando. Mudanças e mais mudanças: São Miguel do Oeste, Itapiranga, Mondai, Santo Amaro da Imperatriz, Chapecó, Maravilha, Palmitos, Porto União, Chapecó e Lages. Finalmente, Florinópolis, onde estou há quase 10 anos. O relógio do tempo não parou. Terminei meus cursos de Técnico de Ensino Universitário. Especialista. Mestre em Direito. Aulas em faculdades, congressos, Escola Superior da Magistratura e Escola Superior da Advocacia. Sofri. Calei. Trabalhei. Fiquei alegre. Compreendi. Atendi. Esperei. Sorri. Vivi e venci. Estou Desembargador.

17 — Através do laboratório de vida de quase 22 anos de judicatura pude chegar a algumas impressões que pretendo manifestar.

18 — Nenhuma lei apareceu no mundo jurídico para ser perene e imutável. A finalidade da legislação é resolver situações concretas sincronicamente determinadas no tempo e espaço social, daí o motivo pelo qual está para chegar ao nosso ordenamento jurídico o novo Código Civil Brasileiro, o verdadeiro Estatuto da Cidadania. É que a plástica mutável das relações sociais impõe a modificação constante do direito.

19 — Numa época em que as circunstâncias econômicas, sociais e tecnológicas se modificam incessantemente, a imutabilidade da lei contraria o espírito racional-científico do jurista. É que a perenidade de uma legislação sistematizada num código contraria o caráter plástico e movediço das relações sociais normatizadas pelo Direito.

20 — Neste momento histórico de grande apreensão e intranquilidade para o nosso povo, em que não há um regime político-econômico definido e em que o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito estão cada vez mais relativizados, somente o Judiciário, através de conceitos metajurídicos, poderá pacificar a sociedade com justiça.

21 — Direito, Política, Sociologia e Economia devem estar irmanados para que a interpretação do Direito possibilite uma democracia substancial, objetivando fazer com que os destinatários da lei tenham os benefícios a que ela se propôs.

22 — Passaram-se muitas ditaduras, mas capitalista persiste. Em decorrência, é apropriada neste momento a lição de Georges Ripert, *in Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*: “não será mais seguro procurar na organização jurídica atual as probabilidades da manutenção ou do declínio do regime capitalista? Pelo vigor ou pela decrepitude das instituições que o sustentam poder-se-á julgar de sua força ou fraqueza. Os economistas classificam-se em escolas; denominam suas doutrinas de liberalismo, dirigismo, corporativismo, comunismo, socialismo etc. Logo que a gama é percorrida, renovam-se as palavras por um prefixo. Se temos hoje um neoliberalismo, poderemos ter amanhã um neocomunismo”. Por que não?

23 — O fenômeno político precisa estar permanentemente alicerçado por legislação adequada ao caso concreto.

24 — A estabilidade jurídica do regime democrático depende necessariamente do contexto social, sem o qual estarão sempre presentes o artifício e a mutabilidade dos textos legislativos.

25 — É inútil acreditar no aparecimento de um novo regime econômico se não estão prontas as instituições que lhe são indispensáveis.

Toda mudança social deve ser ao mesmo tempo uma transformação jurídica, sem a qual ela não será senão vã desordem política.

26 — Se não sou favorável à politização da Ciência Jurídica, entendo que esta deva ser enfocada multidisciplinarmente, mesmo porque sendo uma ciência cultural, deve ser analisada pelo intérprete à luz de todos os aspectos que possam envolvê-las.

27 — Por outro lado, novos direitos têm aparecido em nosso ordenamento jurídico: o direito de ser diferente, do transexual; a fecundação *in vitro*; a venda de órgãos humanos de um irmão-cobaia para que possa ser salvo; os direitos decorrentes de ilícitos praticados via internet, entre muitos outros. Enfim, estamos na era dos direitos, conforme ensina Norberto Bobbio.

O Judiciário deve ficar atento, pois as decisões judiciais devem estar subordinadas a fato, valor e norma, conforme ensinança do mestre Miguel Reale.

O maior problema do Direito é o de sua interpretação e daí vem a pergunta: O juiz é só um aplicador da lei, conforme positivismo Kelseniano, ou é também um criador do direito, conforme a doutrina do ativismo judicial?

28 — Contrariando Montesquieu, que apregoou que o juiz é apenas a boca que fala a lei, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Oscar Tenório, em sua clássica Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, ensina que “O juiz não é apenas o conhecedor da lei. Mas também sociólogo e político, afeito ao conhecimento da vida sob todos os aspectos. Ainda deve ser filósofo no bom sentido, pois os fins da lei reclamam, para o seu entendimento, um olhar no presente e outro no futuro, visando dias melhores. Ser humano na alta expressão do vocábulo, a fim de que se torne guardião dos interesses coletivos”.

29 — Somente um Judiciário cômico da verdadeira atribuição de aplicar a lei com finalidade social acarretará a tão almejada juridicização dos fatos sociais, políticos e econômicos.

30 — Ao fazer justiça, o magistrado estará trabalhando por um processo que leva à democracia substancial, em que um número cada vez maior de brasileiros seja usuário de todos os benefícios sociais.

31 — Acima dos conceitos, entretanto, deve estar a ação política do magistrado em prol da justiça, mesmo porque como dizia Erich Dans, “a vida não está a serviço dos conceitos, mas estes é que estão a serviço da vida”. De que vale o conhecimento jurídico se ele não está colocado a serviço do povo?

32 — A Bíblia, o Livro dos Livros, influencia tudo e todos, independentemente de qualquer *status*, e é dela que Miguel de Cervantes Saavedra nos traz lição lapidar, que entendo aplicável nas lides forenses:

“Nunca interpretes arbitrariamente a lei;

“Achem em ti mais compaixão as lágrimas do pobre, mas não mais justiça as queixas dos ricos;

“Procura descobrir a verdade por entre as promessas do rico, como por entre os soluços e importunidades dos pobres;

“Quando se puder atender à equidade, não carregues com todo rigor da lei no delinqüente, que não é a melhor a fama do juiz rigoroso que do compassivo”.

33 — Pedindo a Deus que minha caneta de julgador objetive sempre decisões humanas e justas, conforme exemplo do meu saudoso pai, assumo o compromisso perante este Tribunal de empenhar-me na manutenção e auxílio por uma Corte de Justiça sempre dinâmica e um povo satisfeito ao ver o término da prestação oferecida pelo Estado-Juiz.

34 — Meus agradecimentos a todos os amigos aqui presentes, funcionários da Segunda Vara Cível e dos Registros Públicos desta Capital, que muito me auxiliaram por quase dez anos, colegas magistrados, advogados e representantes do Ministério Público.

Muito obrigado a todos por terem me ouvido.

Florianópolis, 6 de março de 2002.

Antonio do Rêgo Monteiro Rocha,
Desembargador.

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

1.496 — Distrito Federal (STF)	503
--------------------------------------	-----

AÇÃO RESCISÓRIA

98.017908-4 — Capital	340
-----------------------------	-----

AGRAVO INOMINADO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

01.024752-6 — Capital	320
-----------------------------	-----

AGRAVO NO MANDADO DE SEGURANÇA

23.844-5 — Rio de Janeiro (STF)	508
---------------------------------------	-----

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

00.020063-8 — Palhoça	266
01.001516-7 — Capital	275
01.006570-3 — Capital	301
01.008518-6 — Balneário Camboriú	311
01.019011-7 — Ibirama	280
01.020732-0 — Timbó	297
01.022989-7 — Chapecó	260
01.023258-8 — Tijucas	314
01.025420-4 — Barra Velha	316
02.002676-0 — Camboriú	264

AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

01.016686-0 — Itajaí	324
01.023632-0 — Blumenau	328
02.000002-7 — Blumenau	336
02.002289-6 — Capital	322

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

00.020561-3 — Balneário Camboriú	52
----------------------------------------	----

APELAÇÕES CÍVEIS

88.076511-8	— Ituporanga.....	56
88.086355-2	— Blumenau.....	62
97.003116-5	— São José.....	68
97.004869-6	— Porto União.....	183
97.012099-0	— Trombudo Central.....	138
98.003002-1	— Blumenau.....	206
98.005922-4	— Jaraguá do Sul.....	109
98.008758-9	— Sombrio.....	113
98.013037-9	— Capital.....	72
99.000798-7	— Blumenau.....	89
99.008392-6	— Criciúma.....	227
99.009687-4	— Gaspar.....	212
99.013682-5	— Joinville.....	104
99.014123-3	— Itaiópolis.....	216
99.018234-7	— Palhoça.....	165
99.019393-4	— Tijucas.....	221
99.021299-8	— Seara.....	195
00.003478-9	— Capital.....	234
00.003792-3	— Capital.....	199
00.009940-6	— Blumenau.....	245
00.009955-4	— Chapecó.....	239
00.016354-6	— Jaraguá do Sul.....	203
00.017676-1	— Biguaçu.....	142
00.021281-4	— Capinzal.....	255
00.021312-8	— Criciúma.....	122
00.025057-0	— Lages.....	151
01.000515-3	— Videira.....	242
01.005648-8	— Porto União.....	174
01.006056-6	— Lages.....	130
01.008355-8	— Ituporanga.....	134
01.008868-1	— Aranguá.....	249
01.011740-1	— Blumenau.....	155
01.014315-1	— Capital.....	159
01.022019-9	— Blumenau.....	150

APELAÇÕES CRIMINAIS

99.018980-5	— Tubarão.....	397
00.019035-7	— Içara.....	423
01.002170-1	— Criciúma.....	491
01.008638-7	— Lauro Müller.....	410
01.022100-4	— Curitibaanos.....	435
01.022350-3	— Brusque.....	484
01.023797-0	— Lages.....	468
01.024107-2	— Sombrio.....	414

01.024277-0	— Palhoça	417
01.024819-0	— Videira	401
01.025763-7	— Papanduva	406
01.025907-9	— Capital	481
02.002160-1	— Joinville	419
02.004314-1	— Camboriú	461
CONFLITO DE JURISDIÇÃO		
02.002259-4	— Itajaí	496
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO		
02.002644-1	— Jaraguá do Sul	368
EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL		
151.938	— Santa Catarina (STJ)	517
EMBARGOS INFRINGENTES		
88.028731-0	— Capital	345
00.016089-0	— Capital	351
HABEAS CORPUS		
01.013851-4	— Capital	43
01.019530-5	— Itajaí	46
01.024153-6	— Papanduva	387
02.000190-2	— São José	48
02.002693-0	— Tubarão	378
02.003666-8	— Timbó	375
MEDIDA CAUTELAR NO RECURSO ESPECIAL		
99.018602-4	— Concórdia	370
PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR		
02.001275-0	— Blumenau	539
RECURSO ESPECIAL		
150.897	— Santa Catarina (STF)	521
RECURSOS CRIMINAIS		
01.015674-1	— São Joaquim	395
02.004321-4	— Imbituba	392
RECURSOS ESPECIAIS CÍVEIS		
98.000741-0	— Capital	544
00.006524-2	— Lebon Régis	547

RECURSOS ESPECIAIS CRIMES

00.004846-1	—	Balneário Camboriú	549
01.008208-0	—	Lages	551
01.015697-0	—	Blumenau	553

RECURSOS ORDINÁRIOS EM *HABEAS CORPUS*

12.112	—	Santa Catarina (STJ)	531
12.131	—	Santa Catarina (STJ)	526

REPRESENTAÇÃO

02.001518-0	—	Trombudo Central	499
-------------	---	------------------------	-----

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA

02.003454-1	—	Joinville	554
-------------	---	-----------------	-----

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

AÇÃO ANULATÓRIA

- Ato jurídico — Imóvel. Venda de ascendente a descendente por interposta pessoa sem o consentimento dos demais. Simulação caracterizada. Pleito procedente..... 134

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

- Vide Indenização.

AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS

- Vide Prestação de contas.

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

- Vide Possessória.

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO

- Vide Responsabilidade civil.

AÇÃO DEMOLITÓRIA

- Liminar deferida — Imóvel. Construção sem licença. Obra clandestina. Processo administrativo. Dispensabilidade. Decisão mantida. 275

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

- Interposição contra medida provisória — Descabimento. Não conhecimento. 503

AÇÃO RESCISÓRIA

- Erro de fato e violação à literal disposição de lei — Inocorrência. Pleito improcedente..... 340

ACIDENTE DO TRABALHO

- Aposentadoria por invalidez — Incapacidade laboral demonstrada. Benefício devido. Marco inicial. Parcelas vencidas e juros de mora. Cabimento..... 242

- Indenização — Culpa da empregadora. Demonstração. Danos morais. Majoração. Pensão vitalícia. Cabimento. Constituição de capital. Imposição. Pleito procedente. 221

AGRAVO INOMINADO

- *Vide* Recurso.

AGRAVO REGIMENTAL

- *Vide* Recurso.

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

- Requisitos — *Fumus boni juris* e *periculum in mora*. Distinção..... 280
- Requisitos — Não demonstração. Decisão deferitória reformada. 280

ANTÔNIO DO RÊGO MONTEIRO ROCHA (Des.)

- Discurso de posse..... 563

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

- *Vide* Acidente do trabalho.

ARRENDAMENTO

- Mercantil — Cobrança antecipada do VRG. Descaracterização do contrato para compra e venda a prazo. Reconhecimento de ofício. Inadmissibilidade. Matéria não inserida como de ordem pública. 150
- Mercantil — Cobrança antecipada do VRG. Transformação do pacto para compra e venda a prazo. Reintegratória inviável. Extinção de ofício. 212

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

- Deferimento — Direito que deflui da declaração do próprio interessado. 264

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

- *Vide* Crime contra os costumes.

**ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS
TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

- Art. 25..... 113

B**BANCO**

- Caixas eletrônicos — Utilização obrigatória em lugar de atendimento pessoal. Ilegalidade. Serviço opcional. Decisão que afronta o CDC. 311

C**CERCEAMENTO DE DEFESA**

- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. Matéria exclusivamente de direito. 72

CÓDIGO CIVIL

- Art. 20..... 195
- Art. 119..... 227
- Art. 159..... 89
- Art. 177 134 e 165
- Art. 524..... 239
- Art. 820..... 138
- Art. 827, I a VIII 138
- Art. 859..... 165
- Art. 1.000..... 109
- Art. 1.043..... 155
- Art. 1.044..... 155
- Art. 1.092..... 227
- Art. 1.095..... 340
- Art. 1.097..... 227
- Art. 1.132..... 134
- Arts. 1.256 e seguintes 216
- Art. 1.262..... 216
- Art. 1.301..... 142
- Art. 1.303..... 142
- Art. 1.433..... 249
- Art. 1.444..... 155
- Art. 1.538..... 89

— Art. 1.539.....	89 e 221
— Art. 1.611, § 1º.....	151

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 2º, parágrafo único.....	266
— Art. 3º, §§ 1º e 2º.....	266
— Art. 6º, VII e VIII.....	266
— Art. 29.....	113
— Art. 42.....	130

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 3º.....	517
— Art. 6º.....	165
— Art. 20, §§ 1º, 2º e 3º, <i>a, b e c</i>	234
— Art. 20, § 4º.....	245
— Art. 21.....	56
— Art. 21, parágrafo único.....	89
— Art. 267, IV.....	150
— Art. 267, VI.....	62, 165, 199 e 517
— Art. 267, VI, § 3º.....	212
— Art. 273.....	280
— Art. 282, IV.....	89
— Art. 330, I.....	183
— Art. 333, caput.....	227
— Art. 436.....	56
— Art. 437.....	56
— Art. 438.....	56
— Art. 460.....	122
— Art. 485, §§ 1º e 2º.....	340
— Art. 500, caput.....	203
— Art. 511.....	336
— Art. 527, II.....	316
— Art. 535.....	368
— Art. 538, parágrafo único.....	368
— Art. 557, § 1º.....	320, 322, 324 e 336
— Art. 558.....	316
— Art. 602.....	221
— Art. 669, parágrafo único.....	199
— Art. 792, parágrafo único.....	46
— Art. 800.....	370
— Art. 804.....	280
— Arts. 867 a 873.....	227
— Art. 1.046, § 3º.....	199
— Art. 1.051.....	316

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 41.....	378 e 414
— Art. 61.....	392
— Art. 312.....	378 e 531
— Art. 310, parágrafo único.....	48
— Art. 315.....	48
— Art. 392, § 1º.....	417
— Art. 593, § 3º, <i>in fine</i>	397
— Art. 594.....	435
— Art. 798, § 3º.....	395

CÓDIGO PENAL

— Art. 26.....	401
— Art. 29.....	435
— Art. 44, I.....	397
— Art. 61, II, <i>b, c e d</i>	401
— Art. 61, II, <i>c</i>	435
— Art. 61, II, <i>e</i>	397
— Art. 69, <i>caput</i>	401 e 423
— Art. 69.....	461
— Art. 71.....	414, 435 e 461
— Art. 103.....	392
— Art. 107, IV.....	392 e 468
— Art. 109, VI, §§ 1º e 2º.....	468
— Art. 115.....	468
— Art. 119.....	484
— Art. 121, § 1º.....	397
— Art. 139.....	392
— Art. 148, <i>caput</i>	401
— Art. 157, § 2º, I e II.....	387
— Art. 157, § 2º, II.....	48
— Art. 157, § 3º.....	401 e 435
— Art. 158, <i>caput</i>	491
— Art. 159, § 3º.....	423
— Art. 213.....	414 e 461
— Art. 214.....	414 e 461
— Art. 224, <i>a</i>	435 e 461
— Art. 225, II.....	414
— Art. 226, II.....	414
— Art. 226, II e III.....	461
— Art. 242.....	410
— Art. 288.....	423
— Art. 299, parágrafo único.....	410

— Art. 316.....	375
— Art. 329.....	484
— Art. 330.....	43
— Art. 331.....	484

CÓDIGO PENAL MILITAR (Decreto-Lei n. 1.001/1969)

— Art. 79.....	481
— Art. 88, II, <i>b</i>	481
— Art. 160.....	481
— Art. 298, <i>caput</i>	481
— Art. 301.....	481

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

— Art. 82, § 2º.....	56
----------------------	----

COMPETÊNCIA

— Mandado de segurança — Estabelecimento de ensino superior. Indeferimento de matrícula. Competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento.....	324
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

COMPETÊNCIA (matéria penal)

— Concussão — Médico do SUS. Cobrança indevida pelos serviços prestados. Competência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento.....	375
— Conflito de jurisdição — Crime de menor potencial ofensivo. Competência do Juizado Especial Criminal para o conhecimento e julgamento.....	496
— Crime contra a honra — Difamação. Infração penal de menor potencial ofensivo. Competência das Turmas de Recursos para o processamento e julgamento.....	392
— Crime contra a saúde pública — Maconha. Uso próprio. Delito de menor potencial ofensivo. Competência das Turmas de Recursos Criminais para o processamento e julgamento.....	419
— Desacato e resistência — Infrações penais de menor potencial ofensivo. Competência das Turmas de Recursos para o processamento e julgamento.....	484
— Incompetência jurisdicional — Rejeição pelo juízo <i>a quo</i> . Preclusão. Ocorrência. Reexame da questão. Inadmissibilidade.....	414
— Representação — Prefeito municipal. Peça distribuída ao Tribunal de Justiça. Não conhecimento. Competência originária da Procuradoria-Geral de Justiça.....	499

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

— <i>Vide</i> Competência.	
----------------------------	--

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

— 1988 — Art. 5º, XII.....	297
— Art. 5º, LXI.....	48
— Art. 7º, XXVIII.....	221
— Art. 93, IX.....	48
— Art. 29, X.....	499
— Art. 37, § 6º.....	260
— Art. 48, XIII.....	113
— Art. 68, § 1º.....	113
— Art. 109, IV.....	375
— Art. 127.....	183
— Art. 129, III.....	183
— Art. 167, § 3º.....	503
— Art. 192.....	113
— Art. 192, § 3º.....	206 e 216
— Art. 208, § 1º.....	301
— Art. 211, § 2º.....	301

CONTRATO

— Bancário — Revisão. CDC. Aplicabilidade. Juros reais. Limitação. Capitalização. Inadmissibilidade. Comissão de permanência. Incabimento. Cláusula abusiva. Apelo provido.	113
— Bancário — Revisão. Discussão do débito. Inclusão do nome do devedor no Serasa. Impossibilidade. Pacto sub judice. Precedentes do STJ.	370
— Incorporação imobiliária — Aumento do número de prestações convencionadas. Impossibilidade. Ausência de respaldo da assembleia de condôminos. Ação ordinária procedente.	72
— Promessa de compra e venda — Imóvel. Medida Provisória n. 542/94. Aplicabilidade em pactos anteriores ao Plano Real. Possibilidade. Norma de ordem pública, eficácia plena e imediata.	68
— Rescisão — Cumulação com perdas e danos. Quitação da avença. Não comprovação. Pleito procedente. Arras. Perda. Determinação. Aplicação do art. 1.097 do CC.	227

CORREÇÃO MONETÁRIA

— Arrendamento mercantil — Aplicação da TR como índice de atualização. Impossibilidade. Substituição pelo INPC.	206
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

— Sonegação fiscal — Supressão de ICMS. Prova documental e testemunhal conclusiva. Dolo comprovado. Condenação.	468
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

- Maconha — Uso próprio. Delito de menor potencial ofensivo. Competência das Turmas de Recursos Criminais para o processamento e julgamento. 419

CRIME CONTRA O ESTADO DE FILIAÇÃO

- Registro de filho alheio como próprio — Criança desamparada. Nobreza do ato. Reconhecimento. Perdão judicial. Concessão. 410

CRIME CONTRA OS COSTUMES

- Estupro e atentado violento ao pudor — Delitos caracterizados. Declarações das vítimas firmes e coerentes. Condenação. Pena. Adequação. Apelo parcialmente provido. 461
- Estupro e atentado violento ao pudor — Depoimento da vítima e exame de conjunção carnal. Autoria e materialidade demonstradas. Condenação mantida. 414

CRIME MILITAR

- Desrespeito a superior hierárquico — Delito caracterizado. Condenação mantida. *Sursis*. Impossibilidade. 481

D**DANO MORAL**

- Banco — Depósito. Crédito não efetuado na conta de cliente. Devolução de cheques. Inserção de correntista em cadastro restritivo de talonários. Indenização devida. 104
- Indenização — Débito. Cobrança de forma gravosa e vexatória. Ofensa caracterizada. Verba devida. *Quantum*. Majoração. 130
- Indenização — Inexistência de prova do dolo ou culpa do agente. Pleito improcedente. 203

DECADÊNCIA

- Queixa-crime — Prazo decadencial. Regra insculpida no art. 798, § 3º, do CPP. Inaplicabilidade. 395

DENÚNCIA

- Inépcia — Inocorrência. Peça que, embora sucinta, descreve pormenorizadamente a conduta dos pacientes. 378
- Inépcia — Reconhecimento de ofício. Possibilidade. 375

DESAPROPRIAÇÃO

- Imóvel — Decretação pela municipalidade. Bem localizado em município diverso. Impossibilidade. Ilegitimidade reconhecida. Extinção do feito. 62

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

- Indenização — Ilegitimidade ativa *ad causam* da autora. Reconhecimento. Extinção do feito. Aplicação do art. 267, VI, do CPC. 165
- Indenização — Município. Imóvel parcialmente inserido em plano de urbanização. Aposseamento administrativo caracterizado. Verba devida. 351

DESPACHO DA VICE-PRESIDÊNCIA

- Mandado de segurança coletivo — Município. Processo licitatório. Irregularidades. Anulação. Decisão mantida. 554
- Mandado de prisão — Expedição pelo Tribunal na pendência de recurso especial. Possibilidade. Divergência jurisprudencial. Demonstração. Seguimento ao apelo ministerial. 551
- Município — Transporte coletivo. Tarifa. Reajuste. Deferimento. Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo e adequação do serviço prestado. 539
- Recurso especial — Contrariedade ao art. 134, § 1º, do CC e violação aos arts. 47, parágrafo único, 82, III, e 83, I, todos do CPC. Não demonstração. Seguimento ao apelo negado. 544
- Recurso especial — Contrariedade ao art. 5º, XXXVIII, letra c, da CF e arts. 489 e 491 do CPP, além de divergência jurisprudencial. Não demonstração. Seguimento ao apelo negado. 549
- Recurso especial — Contrariedade ao art. 34 da Lei n. 9.249/95. Não demonstração. Divergência jurisprudencial. Configuração. Seguimento ao apelo determinado. 553
- Recurso especial — Contrariedade ao art. 44 do CP com a redação dada pela Lei n. 9.714/98 e divergência jurisprudencial. Não demonstração. Seguimento ao apelo negado. 551
- Recurso especial — Violação ao art. 535, II, do CPC. Demonstração. Negativa de vigência aos arts. 128, 460, 585, 614, II, e 618, I, do Estatuto Processual. Ausência de prequestionamento. Análise prejudicada. Seguimento ao apelo pela primeira argumentação..... 547

DOCTRINA

- Ética e justiça — Volnei Ivo Carlin, Desembargador e Professor. 3
- O estado de direito brasileiro e a quebra no princípio da tripartição dos poderes — Dr. Marcelo Harger, Advogado e Professor..... 33

- Questões de direito bancário na recente jurisprudência do TJSC
- João José Ramos Schaefer, Desembargador..... 21

E

EMBARGOS À EXECUÇÃO

- Vide Execução.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

- Vide Recurso.

EMBARGOS DE TERCEIRO

- Bem penhorado — Liberação. Inviabilidade. Posse não comprovada pelo embargante. Exegese do art. 1.051 do CPC. Liminar indeferida. 316

EMBARGOS DO DEVEDOR

- Oferecimento por mulher casada na execução movida contra o marido — Legitimidade ativa. Reconhecimento..... 199

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

- Art. 148, IV 301

ESTUPRO

- Vide Crime contra os costumes.

EXECUÇÃO

- Contrato de crédito rotativo — Título executivo extrajudicial não configurado. Extinção do feito. Exegese da Súmula 14 do TJSC. 245
- Conversão em ação monitória ou ordinária — Impossibilidade. Procedimentos próprios e inconciliáveis. 245
- Embargos — Contrato. Renegociação de dívida. Novação. Inocorrência. Confirmação da obrigação anterior. Ausência do pacto originário. Título executivo descaracterizado. Extinção do feito. 109
- Embargos do devedor — Cheques. Emissão para garantia de empréstimo. Juros abusivos. Agiotagem configurada. Nulidade dos títulos. Decisão confirmada. 216
- Nota de crédito rural — Assinatura do emitente falsa. Comprovação. Prosseguimento da execucional contra os avalistas..... 255

EXECUÇÃO FISCAL

- Penhora — Bens não localizados em nome do devedor. Requisição de informações ao Banco Central. Admissibilidade. 297

EXTORSÃO

- Delito não tipificado — Vítima assistida por advogado durante todo o processo extorsivo. Desclassificação, de ofício, para o crime de exploração de prestígio. 491

F**FALSIDADE IDEOLÓGICA**

- Delito caracterizado — Autoria e materialidade demonstradas. Condenação mantida. 410

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

- Nomeação irregular — Ato lesivo ao patrimônio público. Invalidação. Condenação dos responsáveis e dos beneficiários por perdas e danos. 345

H**HABEAS CORPUS**

- Excesso de prazo na formação da culpa — Demora justificada pelo número de réus e precatórias expedidas. Ordem denegada. .. 387
- Peculato — Prisão preventiva. Decretação. Requisitos do art. 312 do CPP presentes. Segregação mantida. Reexame probatório. Impossibilidade na via estreita do *writ*. 531
- Preventivo — Banco. Mandado de pagamento com ameaça de prisão de funcionários por crime de desobediência. Ilegalidade. Pessoas que não figuram na relação obrigacional. Ordem concedida. 43
- Preventivo — Execução. Depositário. Entrega do bem arrematado ou o equivalente em dinheiro, sob pena de prisão. Constrangimento ilegal. Inexistência. Decisão mantida. Ordem denegada. .. 46

- Prisão em flagrante — Decretação. Requisitos presentes. Decisão mantida. Ordem denegada..... 387
- Prisão em flagrante — Liberdade provisória. Descabimento. Garantia da ordem pública e da instrução criminal. Excesso de prazo na formação da culpa. Inocorrência. Ordem denegada. 48
- Trancamento da ação penal — Crime contra a ordem tributária. Parcelamento do imposto por meio do Refis. Suspensão da prisão punitiva do Estado. Inadmissibilidade. Ordem denegada. 526

HIPOTECA

- Imóvel — Substituição por títulos da dívida pública. Impossibilidade. Inaplicabilidade do art. 820 do CC. 138

HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Adequação — Sucumbência recíproca. Aplicação do art. 21 do CPC. 56

I

INDENIZAÇÃO

- Ato ilícito — Acidente do trabalho. Redução na capacidade laborativa. Culpa do empregador. Caracterização. Pleito procedente..... 89

INTIMAÇÃO (matéria penal)

- Edital — Prazo inferior ao previsto no art. 392, § 1º, do CPP. Inadmissibilidade. Conversão do julgamento em diligência para renovação do ato. 417

INVENTÁRIO

- Partilha — Cônjuge supérstite. Regime da separação total de bens. Concessão de usufruto da quarta parte dos bens do falecido. Possibilidade. Exegese do art. 1.611, § 1º, do CC. 151

J

JOÃO JOSÉ RAMOS SCHAEFER (Des.)

- Questões de direito bancário na recente jurisprudência do TJSC. 21

JUROS

- Capitalização — Descabimento. 206
- Capitalização — Inadmissibilidade. Vedação pela Súmula 121 do STJ. 113
- Reais — Limitação constitucional. Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF. 206

L**LATROCÍNIO**

- Cumulação com cárcere privado — Delitos caracterizados. Autoria e materialidade comprovadas. Semi-imputabilidade. Reconhecimento. Condenação mantida. 435
- Cumulação com quadrilha armada — Delitos caracterizados. Confissão extrajudicial confortada pela prova testemunhal e apreensão da res furtiva. Condenação mantida. 423
- Delito caracterizado — Pluralidade de vítimas. Concurso formal configurado. Autoria e materialidade comprovadas. Participação de menor importância. Inocorrência. Condenação mantida. 435

LEGISLAÇÃO ESTADUAL**LEIS**

- N. 652/1904..... 165
- N. 3.138/1962..... 517
- N. 6.063/1982 — Art. 8º, III 52
- N. 11.481/2000 — Art. 12..... 526

LEGISLAÇÃO FEDERAL**DECRETOS**

- N. 22.626/1933 — Vide Lei de Usura.
- N. 30.443/1952..... 165
- N. 57.663/1966 — Vide Lei Cambial.
- N. 81.240/1978..... 159

DECRETOS-LEIS

— N. 167/1967	— Art. 60.....	255
— N. 1.001/1969	— Vide Código Penal Militar.	
— N. 3.365/1941	— Vide Leis das Desapropriações.	
— N. 4.657/1942	— Vide Lei de Introdução ao Código Civil.	
— N. 7.036/1944	— Art. 31.....	89

LEIS

— N. 1.060/1950	— Vide Lei da Assistência Judiciária.	
— N. 1.533/1951	— Vide Lei do Mandado de Segurança.	
— N. 4.132/1962	— Vide Leis das Desapropriações.	
— N. 4.591/1964	— Vide Lei de Condomínio.	
— N. 4.595/1964.....		113, 142 e 297
— N. 4.717/1965	— Art. 9º	345
	— Art. 11.....	345
— N. 4.771/1965.....		52
— N. 5.172/1966	— Vide Código Tributário Nacional.	
— N. 6.367/1976	— Vide Lei de Acidentes do Trabalho.	
— N. 6.368/1976	— Vide Lei Antitóxicos.	
— N. 6.435/1977.....		159
— N. 7.347/1985	— Art. 1º, IV.....	183
	— Art. 3º, II.....	183
	— Art. 12.....	280
	— Art. 13.....	183
— N. 7.357/1985	— Art. 13, parágrafo único.....	255
— N. 8.038/1990	— Art. 30.....	531
	— Art. 39.....	328
— N. 8.069/1990	— Vide Estatuto da Criança e do Adolescente.	
— N. 8.072/1990	— Vide Lei dos Crimes Hediondos.	
— N. 8.078/1990	— Vide Código de Defesa do Consumidor.	
— N. 8.137/1990	— Art. 1º, II.....	468
	— Art. 11.....	468
— N. 8.213/1991	— Art. 41.....	242
	— Art. 42.....	242
— N. 8.429/1992	— Art. 3º	174
	— Art. 17.....	183
	— Art. 18.....	183
— N. 8.625/1993	— Vide Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.	
— N. 9.069/1995.....		68
— N. 9.099/1995	— Art. 61	392, 419 e 484
	— Art. 71.....	496
	— Art. 72.....	496

	— Art. 77, §§ 2º e 3º.....	496
— N. 9.139/1995.....		301, 324 e 328
— N. 9.437/1997	— Art. 10, caput, e § 1º, III	406
	— Art. 10, caput.....	401
	— Art. 10.....	387
— N. 9.455/1997.....		435
— N. 9.964/2000.....		526
— N. 10.259/2001.....		392
	— Art. 2º	484
	— Art. 20, última parte.....	419

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

LEIS

— N. 1.465/1995 (Balneário Camboriú)	— Art. 1º.....	52
— N. 2.193/1985 (Florianópolis).....		351
— N. 3.709/1992 (Florianópolis)	— Art. 3º	351
— N. 3.711/1992 (Florianópolis).....		351

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 12.....	417
— Art. 16.....	417 e 419

LEI CAMBIAL (Decreto n. 57.663/1966)

— Art. 7º	255
-----------------	-----

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— Art. 4º, § 1º	264
-----------------------	-----

LEI DE ACIDENTES DO TRABALHO (Lei n. 6.367/1976)

—	89
---------	----

LEI DE CONDOMÍNIO (Lei n. 4.591/1964)

— Art. 43.....	72
----------------	----

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-Lei n. 4.657/1942)

— Art. 1º	521
— Art. 6º, §§ 1º e 2º.....	68

LEI DE USURA (Decreto n. 22.626/1933)

—	216
— Art. 4º	113

LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)

— Art. 1º, § 1º	517
— Art. 7º, II	280
— Art. 18	320

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

— Art. 2º, § 1º	435
— Art. 8º	423

LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Lei n. 8.625/1993)

— Art. 25	183
— Art. 26	183
— Art. 29, V	499

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 70/1991 (Federal) — Art. 12	297
— N. 156/1997 (Estadual)	336
— Art. 35, i	52
— N. 161/1997 (Estadual)	336

LEIS DAS DESAPROPRIAÇÕES

— Decreto-Lei n. 3.365/1941 — Art. 10	351
— Lei n. 4.132/1962 — Art. 3º	351

M**MACONHA**

- *Vide* Crime contra a saúde pública.

MANDADO DE SEGURANÇA

— Creche municipal — Liminar. Obrigação de matrícula. Incabimento. Ausência de direito líquido e certo. Atendimento na medida de suas possibilidades. Decisão cassada.	301
— Extinção de ofício — Possibilidade. Prazo decadencial decorrido. Exegese do art. 18 da Lei n. 1.533/51.	320
— Liminar — Interposição de agravo de instrumento. Cabimento. ...	301

MARCELO HARGER (Dr.)

- O estado de direito brasileiro e a quebra no princípio da tripartição dos poderes..... 33

MEDIDAS PROVISÓRIAS

- N. 542/1994..... 68
- N. 1.513/1996..... 503

MINISTÉRIO PÚBLICO

- Ação civil pública — Defesa do patrimônio público. Legitimidade caracterizada. Inteligência do art. 129, III, da CF. 183

MUNICÍPIO

- Vide Pessoa jurídica de direito público.

N**NOTICIÁRIO**

- Posse do Desembargador Antônio do Rêgo Monteiro Rocha. 563

P**PENA CRIMINAL**

- Redução — Fixação. Critério do magistrado. 397

PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

- Município — Terreno. Área de preservação permanente. Inscrição nos cadastros da municipalidade. Indeferimento. Ilegalidade do ato. Atendimento. 52

PORTE ILEGAL DE ARMA

- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. 406

POSSESSÓRIA

- Reintegração — Arrendamento mercantil. Cobrança antecipada do VRG. Transformação do pacto para compra e venda a prazo. Reintegratória inviável. Extinção de ofício. 212

PREFEITO MUNICIPAL

- Improbidade administrativa — Comprovação. Ressarcimento ao erário público. 183
- Licitação — Irregularidade. Comprovação. Improbidade administrativa caracterizada. Ação civil pública procedente. 174

PRESTAÇÃO DE CONTAS

- Administradora de cartão de crédito — Apresentação dos critérios e índices dos encargos computados nos extratos, bem como das condições de financiamentos obtidos pelo titular. Obrigatoriedade. Pleito procedente. 142

PREVIDÊNCIA SOCIAL

- Privada — Aposentadoria. Complementação. Limitação para contribuição e idade. Ilegalidade. Restabelecimento do adicional nos moldes pactuado. 159

PRISÃO PREVENTIVA

- Decretação — Índícios suficientes da autoria e materialidade delitiva. Requisitos do art. 312 do CPP devidamente fundamentados. Inviabilidade da revogação..... 378

PROVA

- Pericial — Ônus. Inversão. Deferimento. Exegese do art. 6º, VIII, do CDC..... 266

PROVIMENTO DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA/TJSC

- N. 4/1989..... 297

R**RECURSO**

- Agravo inominado — Ausência de preparo. Deserção. Não conhecimento. 336

- Agravo inominado — Interposição contra decisão que concedeu efeito suspensivo a agravo de instrumento. Inadmissibilidade. Não conhecimento. 324
- Agravo regimental — Interposição contra decisão que nega seguimento ao agravo de instrumento. Descabimento. Não conhecimento. 322
- Agravo regimental — Interposição contra despacho que nega efeito suspensivo a agravo de instrumento. Descabimento. Não conhecimento. 328
- Embargos de declaração — Omissão, contradição e obscuridade. Inexistência. Rejeição. 368

RECURSO ESPECIAL

- Ação civil pública — Prefeito municipal. Nomeação de parentes. Impossibilidade. Violação dos princípios constitucionais da moralidade e improbidade administrativa. Apelo desprovido. 521
- Mandado de segurança — Ipsc. Autarquia com capacidade processual. Ação impetrada contra o Governador e o Secretário de Estado. Ilegitimidade ad causam. Reconhecimento. Exclusão da lide. 517

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Agravo regimental — Interposição contra liminar em mandado de segurança. Descabimento. Não conhecimento. 508

REGIMENTO DE CUSTAS E EMOLUMENTOS DO ESTADO DE SANTA CATARINA

- Art. 33. 56
- Art. 33, parágrafo único. 242

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

- Art. 43, § 2º. 336

REIVINDICATÓRIA

- Imóvel rural — Prova do domínio. Não demonstração. Pleito improcedente. 239

RESPONSABILIDADE CIVIL

- Ação de reparação de dano — Acidente de trânsito em rodovia estadual sem acostamento. Culpa parcial do DER/SC. Inocorrência. Nexo causal não configurado. Ilegitimidade reconhecida. Exclusão da lide. 260

- Apartamentos — Construção. Defeitos. Recuperação. Obrigatoriedade. Atraso na entrega da obra. Aluguéis. Verba devida e corrigida. Despesas com assistentes técnicos. Ressarcimento. Apelo dos autores provido. 234

S

SEGURO

- Seguro de vida — Negativa da cobertura. Alegação de doença preexistente e má-fé do segurado na proposta securitária. Não comprovação. Obrigação devida. 155
- Veículo — Alteração do bem segurado e renovação do pacto antes do vencimento da apólice primitiva. Cobertura securitária mantida. Indenização devida. 249

SENTENÇA

- Decisão extra petita — Inocorrência. Julgamento sem alteração do pedido. 122
- Decisão ultra petita — Ocorrência. Adequação aos limites do pedido. 56

SOCIEDADE

- Comercial — Cotas de responsabilidade limitada. Constituição por marido e mulher. Admissibilidade. Penhora de bem da sociedade por dívida de um dos sócios. Impossibilidade. Exegese do art. 20 do CC. 195

SONEGAÇÃO FISCAL

- Vide Crime contra a ordem tributária.

SÚMULA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

- N. 14. 245

SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- N. 111. 242
- N. 263. 212

SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- N. 121. 113
- N. 299. 89

U**USUCAPIÃO**

- Extraordinário — Requisitos. Preenchimento. Domínio dos possuidores reconhecido. Pleito procedente. 122

V**VALOR DA CAUSA**

- Insolvência civil — Equivalência com o total do crédito perseguido pelo credor. 314

VOLNEI IVO CARLIN (Des.)

- Ética e justiça. 3

Composição, revisão e paginação executadas
pela Seção de Revisão
da Divisão de Documentação
da Diretoria de Documentação e Informações
do Tribunal de Justiça.

Chefe de Divisão

Léa dos Santos Sousa

Chefe da Seção de Revisão

José Tadeu de Miranda

Composição

José Tadeu de Miranda

Revisores

Cleusa Maria de Souza
Christiane Monique Callado Silva
Eliane Cardoso de Melo
Idalete Souza
Inge Ignez Ruschel Horn
João Paulo da Silva
Mária Fernandes Bez
Sandra Mello Bottaro Vieira
Valmecir José de Souza
Wânia Mara Valentim da Silva

Índice Numérico e Legislativo

Jorge Silveira

Índice por Assunto

Juvenaldo Zangelini

Montagem, impressão, diagramação e acabamento
realizados pela Divisão de Artes Gráficas,
da Diretoria de Infra-Estrutura
do Tribunal de Justiça.