

# **JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE**



# JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

*ANO XXIV — 3º e 4º Trimestres 1998 — N. 83/84*  
*Florianópolis — SC*  
*1999*

## JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

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

Diretor: Des. João Martins

Comissão de Jurisprudência:

Des. Wilson Guarany Vieira — *Presidente*

Des. Anselmo Cerello

Des. Pedro Manoel Abreu

Des. José Trindade dos Santos

Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi

(de acordo com a Portaria n. 171/96)

Diretor de Infra-Estrutura:

Antônio Henrique Faraco

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

Praça da Bandeira, n. 208

Caixa Postal n. 427

88 020-901 — Florianópolis — SC

Telefone (048) 221 1213

Fax (048) 221 1200

Telex 481108/482610

E-mail: sj@tj.sc.gov.br

Tiragem: 3.000 exemplares

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Tribunal de Justiça.

Florianópolis, SC, 1973 —

Trim.

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

periodicidade irregular de 1891 a 1972

CDU — 340.142 (816.4) (05)

CDD — 34005

## SUMÁRIO

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

### **DOCTRINA**

Ação negatória de paternidade aforada por pai registral ou reconhecido judicialmente — Jorge Luis Costa Beber, Juiz de Direito .....	3
As novas penas alternativas e sua aplicação — Julio Fabbrini Mirabete, Doutrinador .....	13
Resgate da enfiteuse (Aforamento) — Rodolfo Hans Geller e Miguel Borghezan, Advogados .....	23
O anti-semitismo por Jean-Paul Sartre — Fabiano Augusto Martins Silveira, Bacharel em Direito pela UFMG .....	39

### **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL**

Mandados de Segurança .....	51
Apelações Cíveis em Mandados de Segurança .....	76
Apelações Cíveis .....	132
Agravos de Instrumento .....	409
Ação Rescisória .....	438
Conflito de Competência .....	442
Agravo Regimental no Mandado de Segurança .....	444
Ação Direta de Inconstitucionalidade .....	450
Exceção de Suspeição .....	456

### **JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL**

Habeas Corpus .....	461
---------------------	-----

Recurso Criminal .....	488
Apelações Criminais .....	491
Recursos de Agravo .....	739
Revisão Criminal .....	745
<b>JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA</b>	
Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	753
<b>JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	
Agravo de Instrumento .....	761
Recurso Extraordinário .....	764
<b>JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>	
Recursos Especiais.....	769
<b>VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>	
Recursos Especiais.....	777
Recursos Extraordinários.....	780
<b>LEGISLAÇÃO FEDERAL</b>	
Lei.....	785
<b>ÍNDICE NUMÉRICO</b> .....	789
<b>ÍNDICE POR ASSUNTO</b> .....	795

**COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**(maio de 1999)**

**TRIBUNAL PLENO**

**Presidente**

Des. JOÃO MARTINS

**Vice-Presidente**

Des. WILSON GUARANY Vieira

**Corregedor-Geral da Justiça**

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. NAPOLEÃO Xavier do AMARANTE

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Des. Wilson EDER GRAF

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. JOSÉ ROBERGE

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ÁLVARO WANDELLI Filho

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. FRANCISCO BORGES

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. PAULO Benjamin Fragoso GALLOTTI

Des. José GASPAR RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

## ÓRGÃO ESPECIAL

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

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**

Des. WILSON GUARANY Vieira — **Vice-Presidente**

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — **Corregedor-Geral da Justiça**

Des. NAPOLEÃO Xavier do AMARANTE

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Des. Wilson EDER GRAF

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. JOSÉ ROBERGE

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ÁLVARO WANDELLI Filho

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

## CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

Des. JOÃO MARTINS

Des. WILSON GUARANY Vieira

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

## SEÇÃO CIVIL

Sessões: 1ª segunda-feira do mês — Horário: 14h — Local: 10º andar

Des. WILSON GUARANY Vieira — **Presidente**

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Des. Wilson EDER GRAF

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. ANSELMO CERELLO

Des. FRANCISCO BORGES

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAS RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO



## **PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS**

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 14h — Local: 10º andar

Des. ANSELMO CERELLO — **Presidente**  
Des. CARLOS PRUDÊNCIO  
Des. José GASPAS RUBIK  
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES  
Des. José TRINDADE DOS SANTOS  
Des. NEWTON TRISOTTO  
Des. VANDERLEI ROMER\*  
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU\*

## **SEGUNDO GRUPO DE CÂMARAS**

Sessões: 2ª segunda-feira do mês — Horário: 14h — Local: 10º andar

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER — **Presidente**  
Des. Wilson EDER GRAF  
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR  
Des. FRANCISCO BORGES  
Des. PEDRO MANOEL ABREU  
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI  
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA  
Des. SÉRGIO Torres PALADINO

## **PRIMEIRA CÂMARA CIVIL**

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — **Presidente**  
Des. ORLI RODRIGUES  
Des. José TRINDADE DOS SANTOS  
Des. NEWTON TRISOTTO

## **SEGUNDA CÂMARA CIVIL**

Sessões: quintas-feiras — Horário: 9h30min às 12h, com reinício às 14h —  
Local: 2º andar

Des. ANSELMO CERELLO — **Presidente**  
Des. José GASPAS RUBIK  
Des. VANDERLEI ROMER\*  
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU\*

## **TERCEIRA CÂMARA CIVIL**

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

Des. Wilson EDER GRAF — **Presidente**  
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI  
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA  
Des. SÉRGIO Torres PALADINO

## QUARTA CÂMARA CIVIL

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

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER — **Presidente**  
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR  
Des. FRANCISCO BORGES  
Des. PEDRO MANOEL ABREU  
Des. NILTON MACEDO MACHADO\*

## CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

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

Des. JOSÉ ROBERGE — **Presidente**  
Des. ALBERTO Luiz da COSTA  
Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA  
Des. GENÉSIO NOLLI  
Des. JORGE MUSSI  
Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA  
Des. NILTON João de MACEDO MACHADO\*  
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU\*

## PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA — **Presidente**  
Des. GENÉSIO NOLLI  
Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

## SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

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

Des. JOSÉ ROBERGE — **Presidente**  
Des. ALBERTO Luiz da COSTA  
Des. JORGE MUSSI  
Des. NILTON João de MACEDO MACHADO\*  
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU\*

## CÂMARA CÍVEL ESPECIAL

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

Dr. SOLON D'ÊÇA NEVES — **Presidente**  
Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA  
Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

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

Dr. VANDERLEI ROMER  
Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO  
Dr. SOLON D'EÇA NEVES  
Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA  
Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS  
Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

## **JUÍZES CORREGEDORES**

Dr. NICANOR Calírio da SILVEIRA  
Dr. RICARDO Orofino da Luz FONTES  
Dr. HENRY Goy PETRY Júnior

## **SECRETÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Dr. CLEVERSON OLIVEIRA

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

Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU — Mesma vaga do Des.  
ALBERTO Luiz da COSTA  
Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO — Des. ÁLVARO WANDELLI  
Filho  
Dr. VANDERLEI ROMER — Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA



**DOCTRINA**



# AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE AFORADA POR PAI REGISTRAL OU RECONHECIDO JUDICIALMENTE

**Jorge Luis Costa Beber**

**Juiz de Direito em Criciúma, Santa Catarina**

É inegável que o Direito de Família é um dos ramos da ciência jurídica com maior evolução desde a promulgação do vigente Código Civil Brasileiro, sendo certo que a partir de 1º de janeiro de 1917, data em que entrou em vigor o referido Código, tanto o legislador ordinário como o constituinte sentiram a necessidade de modificar aquela primitiva codificação, adaptando o regramento substantivo às mudanças sociais. E nem poderia ser diferente, pois não se pode conceber que um ordenamento de tamanha envergadura não esteja afinado com a realidade social em curso, cuja gênese dimana justamente do comportamento dos indivíduos coletivamente agrupados em sociedade.

A ordem jurídica necessita estar em constante transformação, amoldando-se aos anseios sociais. Não se pode imaginar uma legislação criada para se prolongar no tempo de forma hermética, excluída de qualquer alteração na sua incolumidade, ou, ainda, de interpretações mais avançadas, liberais e construtivas, decorrentes da própria e natural evolução da humanidade.

Não foi outra, aliás, a manifestação do Presidente do Tribunal de Cassação da França, por ocasião das comemorações do centenário do Código Civil daquele país, ao salientar que “*o juiz não deve dedicar-se obs-*

*tinadamente a investigar qual foi, há cem anos, o pensamento dos autores do Código..., deve tratar de ver o que seria esse pensamento se o artigo fosse hoje redigido por eles”<sup>1</sup>.*

Nesse contexto, por intermédio de um escorço histórico, é possível relacionar, dentre outras, as seguintes modificações na matéria familiar prevista no Código inicialmente editado: a Emenda Constitucional de 1977, que ensejou a publicação da Lei n. 6.515/77, instituindo o divórcio no Brasil, rechaçando o primitivo conceito do vínculo matrimonial indissolúvel, insculpido nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967; a emancipação feminina e sua paridade jurídica no âmbito conjugal; a igualdade entre os filhos, qualquer que seja a origem; o reconhecimento da sociedade conjugal de fato como entidade familiar; a Lei n. 7.841/89, que afastou as exceções previstas pelo art. 358 do Código Civil, facultando aos filhos incestuosos e adúlteros o ingresso da respectiva ação perquiritória; o Estatuto da Criança e do Adolescente, criado pela Lei n. 8.069/90, acarretando profundas e viscerais modificações na matéria pertinente à infância e juventude; e, finalmente, a Lei n. 8.560/92, que passou a disciplinar formas diversas de reconhecimento da paternidade.

Não obstante a inocultável morosidade para o amadurecimento e posterior alteração legislativa de muitos dos institutos acima referidos, é certo que o Brasil vem procurando adequar as normas do Direito de Família aos avanços sociais, sendo lícito concluir que em pouco tempo deverá o Congresso Nacional enfrentar temas ainda obscuros na seara jurídica, como a alteração de sexo e modificação do respectivo registro civil, ou, ainda, a união entre pessoas do mesmo sexo.

Mas, se é certo que não se pode negar a tendência natural e necessária de ajustamento da lei à realidade dos fatos e às necessidades sociais, não é menos correto afirmar que a norma também deve estar afinada com os avanços científicos envolvendo a matéria familiar, não só no tocante à bioética, tema ainda incipiente, mas sobretudo na questão genética, envolvendo as ações de investigação de paternidade e maternidade.

Nesse diapasão, duas questões merecem ser enfrentadas, ou seja, a ação negatória de paternidade proposta pelo pai registral e, por outro lado, a possibilidade de idêntica demanda ser aforada pelo pai reconhecido judicialmente, independentemente do prazo para respectiva pretensão rescisória.

---

1 RJTJSP 151/15.



Com efeito, o exame sanguíneo pelo sistema DNA, sem qualquer sombra de dúvidas, facilitou sobremaneira a solução das ações perquiritórias, sendo meio eficaz para clarificar os meandros que cercaram o co-núbio sexual responsável pela concepção.

Ayush Morad Amar<sup>2</sup>, discorrendo sobre a eficácia do exame ora em comento, assevera que, “...em face da viabilidade da determinação do DNA, os métodos de identificação empregados até hoje não têm mais razão de prosseguir”, arrematando, logo em seguida: “Para muitos, a investigação de paternidade pelos métodos ainda em vigor é até ofensiva diante do que representa a identificação pelo DNA”.

Fernando Simas Filho<sup>3</sup>, no mesmo sentido, comentando o grau de confiabilidade da citada espécie de prova científica (DNA), observa que tal exame “é definitivo, porque não deixa qualquer margem de dúvida. Ele é a resposta positiva aos sonhos de LANDSTEINER, e às manifestações nesse sentido por autores como AFRÂNIO PEIXOTO, ARNALDO AMADO FERREIRA, BARBIER, RACE, BREWER, OSWALDO PATARO MOREIRA e outros”.

E prossegue: “Esse exame pode ser efetuado determinando as seqüências de aminoácidos, em um par de alelos (locus simples), ou em diversos pontos e regiões dos cromossomos (locus múltiplo). No primeiro caso, é necessária a análise de diversos locus simples, para atingir a mesma potencialidade de dois loci múltiplos”.

“Em qualquer dos casos, o resultado é a exclusão ou a confirmação da paternidade, com 100% de certeza. A única diferença, é que no primeiro caso — locus simples — o resultado é fornecido em probabilidade de paternidade, com freqüência acima de 99%; no segundo caso, o resultado afirma ou nega a paternidade!”

Derradeiramente, proclama o citado geneticista: “Freqüência acima de 99% (noventa e nove por cento), em se tratando de exame feito no DNA, é considerada universalmente como certeza científica!”

O Tribunal de Justiça deste Estado, em várias decisões, já consignou a importância da prova obtida pelo Sistema DNA, impendendo transcrever, como ilustração, as seguintes passagens:

“A perícia do DNA (sistema de determinação de seqüência de aminoácidos codificados do DNA) e da tipagem HLA (antígenos leucocitá-

---

2 Investigação de Paternidade e Maternidade do ABO ao DNA. Cone Editora, pág. 169.

3 A Prova na Investigação de Paternidade. 4ª ed., Juruá, 1995, pág. 113.

*rios de histocompatibilidade) é reconhecida de confiabilidade absoluta na determinação da paternidade mesmo após a morte do suposto pai...”<sup>4</sup>.*

E mais:

*“A identificação digital genética do DNA constitui valiosíssimo recurso na distribuição da justiça, rápida e justa, possibilitando considerável economia de tempo e dinheiro”<sup>5</sup>.*

Destarte, diante da certeza que dimana do exame científico pelo sistema DNA, reconhecida tanto na doutrina como na jurisprudência, não vejo como manter, em sede de ações declaratórias negativas, tanto da paternidade como da maternidade, o pensamento jurídico vigente mais de oitenta anos atrás, época em que foi promulgado o vetusto Código Civil brasileiro.

Reputo, pois, despidos de eficácia os artigos 338, 339 e 340 da lei substantiva vigente entre nós, máxime para impedir a declaração negativa almejada pelo pai registral, nos termos da primeira formulação acima expandida.

É que, na verdade, seja pelo desenvolvimento social, seja pela evolução jurídica, seja pelos avanços da ciência em matéria de hereditariedade genética, não há como continuar sustentando uma aparente verdade, decorrente de simples presunções legais, diga-se, relativas, como aquelas insculpidas nos artigos 338, 339 e 340 do Código Civil, em desfavor de uma prevalente verdade biológica.

Com efeito, a redação do art. 338 suso referido inicia-se com a expressão “*Presumem-se*”, ou seja, “*imagina-se*”, “*acha-se*”, “*supõe-se*”, o que evidencia não existir certeza absoluta acerca da concepção tutelada pela referida norma, admitindo prova em sentido contrário, mormente em matéria de tamanha relevância, envolvendo direitos fundamentais de proteção à família e à filiação.

Não bastasse isso, existe, atualmente, expresso comando legal que admite a investigação irrestrita do estado de filiação. Ele está previsto no art. 27 da Lei n. 8.069/90, sendo ainda de gizar que o art. 8º da Lei n. 8.560/92 estabelece que os registros anteriores à data de sua vigência poderão ser retificados por decisão judicial.

---

4 Ap. Cív. n. 48.433, de Sombrio, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJE n. 9.244, de 30/5/95, pág. 9.

5 Ap. Cív. n. 36.643, de Anchieta, rel. Des. Napoleão Amarante, DJE n. 8.347, de 27/9/91, pág. 12.

Parece-me, então, diante das colocações até aqui expendidas, que a conjugação das normas constitucionais com as leis ordinárias que regulam o Direito de Família vigente afasta qualquer normativo pretérito com feição restritiva acerca da possibilidade de investigação plena da verdadeira paternidade. Logo, estimo que não só os artigos 338, 339 e 340 do Código Civil estariam revogados, mas também os artigos 344, 364 e 178, §§ 3º e 4º, inc. I, do mesmo Código, impendendo enfatizar que, não sendo admitida qualquer espécie de restrição ao estado de filiação, não há suporte jurídico para manutenção de prazos excessivamente reduzidos para obviar a respectiva negatória, que deve ser tida como imprescritível.

Seria justo, diante dos avanços da ciência, após comprovada cientificamente a falsidade do pretérito registro de nascimento, serem mantidas as declarações nele contidas? Interessa ao Estado manter uma formalidade registral falsa em detrimento de uma verdade biológica?

Penso que não.

A lei deve prestigiar a verdadeira paternidade, independentemente dos motivos que levaram os pais registrais a fazer declarações falsas, razão por que antigos conceitos sobre a irrevogabilidade do ato de reconhecimento, a partir da vigência das Leis ns. 8.069/90 e 8.560/92, devem ser revistos.

Destarte, se o pai registral, por força da aparente estabilidade do relacionamento que mantinha com a mãe biológica, cõnjuge ou companheira, supõe que o filho gerado por ela é seu, e, nesta contingência, o registra em seu nome, poderá, segundo penso, pugnar pela respectiva anulação do assento, dès que cientificamente comprovado não ser ele o verdadeiro pai do rebento.

O que houve, desenganadamente, foi uma declaração de vontade não correspondente ao verdadeiro ato volitivo do pai registral, pois agiu de modo contrário ao que certamente agiria se conhecesse, na época do registro, a verdade sobre a concepção.

Ressalte-se, ainda, que o reconhecimento de filho nada mais é do que um ato jurídico *stricto sensu*, sendo certo que, partindo a respectiva declaração de uma verdade viciada, estaria ela sujeita a competente desconstituição por vício de consentimento, incidindo, no particular, a norma inculpada no art. 88 do Código Civil, independentemente do prazo decadencial, conforme já referido.

Gize-se, ainda, que a matéria ora em exame encontra respaldo no Direito Comparado, pois tanto o Direito Positivo francês (art. 399, 1ª parte) como o italiano (art. 263, 1ª alínea) reconhecem a legitimação do pai

registral para impugnar o respectivo reconhecimento, efetuado com base em vício de consentimento.

Assim, na hipótese por primeiro aventada, ou seja, a ação negatória aforada pelo próprio pai registral, não existe, atualmente, óbice que impeça sua propositura e conseqüente acatamento jurisdicional, dès que comprovado que o caráter declaratório do reconhecimento efetuado não condiz com a verdade biológica da respectiva concepção, o que necessariamente deverá ocorrer mediante prova científica (DNA).

Problema mais sério decorre da segunda questão suscitada, ou seja, a possibilidade jurídica da pretensão declaratória inversa detonada por quem foi judicialmente reconhecido como pai biológico.

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 107.248, figurando como relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por unanimidade de votos, decidiu que, julgada a ação de investigação, reconhecendo a paternidade, não poderá o posterior exame pelo sistema DNA reabrir a questão, por meio de uma ação declaratória negativa, mesmo que o respectivo laudo científico demonstre a falsidade biológica da paternidade judicialmente declarada.

A referida decisão arrimou-se, fundamentalmente, no instituto da coisa julgada, reputando insuscetível de modificação a certeza jurídica da paternidade por primeiro proclamada e alcançada pelo respectivo trânsito.

Sob o aspecto ortodoxo, diga-se, meramente processual, outra não poderia ser a decisão prolatada. As decisões judiciais, salvante as situações admitidas pela via rescisória e aquelas que não fazem coisa julgada material, devem ser tidas como imutáveis, sob pena de nefasta insegurança dos jurisdicionados e fragilização do próprio Poder Judiciário.

A questão, todavia, com a máxima concessão outorgada, merece ser abordada sob outro ângulo, constituindo, quiçá, a exceção que confirma a regra.

Com efeito, a causa de pedir de toda ação perquiritória deverá estar centrada na coincidência da concepção do investigante com o relacionamento sexual da mãe biológica e o suposto pai.

É imprescindível, pois, nos termos do art. 363 do Código Civil, que o investigante faça prova do relacionamento sexual, bem como da coincidência deste relacionamento com a concepção e, ainda, da exclusividade do envolvimento sexual da mãe biológica com o indigitado pai.

Sucede que, em muitos casos, dependendo das circunstâncias, o conúbio sexual entre um homem e uma mulher se torna de difícil compro-

vação, máxime quando ambos tomam precauções para manter tal relacionamento na clandestinidade, evitando que outras pessoas dele tomem conhecimento ou mesmo presumam que ele exista.

Não é por outro motivo que tanto a doutrina como a jurisprudência passaram a aceitar a simples conjugação de indícios e presunções para investigar a paternidade.

Washington Barros Monteiro<sup>6</sup>, examinando esta questão, anota que o juiz não deve exigir prova direta das relações sexuais, pois ela é, na maior parte dos casos, absolutamente impossível. Deverá o julgador, então, “*se contentar com indícios e presunções, mais ou menos certos e seguros*”.

Na prática, mesmo diante da inexistência de qualquer exame sanguíneo, seja por ABO, HLA ou DNA, não havendo qualquer prova que configure a exceção *plurium concumbentium* e estando mais ou menos evidenciado o relacionamento afetivo da mãe biológica com o investigado na época da concepção, costuma-se acatar a pretensão perquiritória detonada.

Ora, mas se por via de regra a prova nas ações deste jaez é sempre indireta, circunstancial e indiciária, despida de excessivo rigor, calcada numa certeza relativa e não numa verdade absoluta, não se pode descartar a possibilidade de equívocos, com o reconhecimento de uma verdade jurídica em detrimento de uma verdade biológica.

Sabe-se, e isso é uma realidade para toda a magistratura, que o exame pelo sistema DNA, infelizmente, ainda é de difícil acesso para a maior parte das pessoas envolvidas nas ações de investigação de paternidade, sendo ainda de convir que o Estado pouco ou quase nada está fazendo para garantir a gratuidade do mencionado exame.

Suponha-se, então, que determinado investigado, litigando sob o manto da assistência judiciária, após transitada em julgado a decisão que lhe foi desfavorável, mediante a melhoria das suas condições financeiras ou mesmo mediante empréstimos, alcance a quantia necessária para realização do exame pelo sistema DNA, obtendo, cientificamente, um resultado negativo acerca da paternidade judicialmente declarada.

Não obstante já obtido o selo da coisa julgada, não me parece que aquela primitiva decisão deva permanecer incólume, pois não se pode conceber que as normas adjetivas se sobreponham à justa dicção do Direito, que não pode ser contra os fatos, marchando na contramão da ciência.

---

6 Curso de Direito Civil. 2º vol., 9ª ed., pág. 264.

Haveria verdadeira Justiça na hipótese suso referida? Seria moralmente aceitável compelir alguém a pagar alimentos e dividir os seus bens em favor de alguém cuja paternidade cientificamente foi excluída? Como compreender essa espécie de paternidade, cuja concepção não ocorreu por força de um ato sexual, mas através da “coisa julgada”?

Não tenho o menor receio em afirmar que também nesta hipótese, assim como em tantas outras ojerizadas no passado pelo legislador civil (divórcio, concubinato, igualdade de filiação, emancipação da mulher e paridade dos cônjuges), impõe-se a urgente adaptação do Direito de Família aos avanços da ciência genética.

Se não existe exceção na regra que orienta a coisa julgada, salvente nas hipóteses já referidas (ação rescisória e sentenças de natureza formal), então deve ser ela criada por legislação específica, reconhecendo a prova genética como absoluta nas ações declaratórias, positivas ou negativas, de paternidade ou maternidade, independentemente do trânsito da primitiva decisão, sendo tal comprovação isenta de qualquer prazo.

Não se está proclamando a falência do instituto da coisa julgada. Longe disto. Todavia, não se pode desconsiderar que a demanda declaratória, positiva ou negativa, para apuração da paternidade ou maternidade, ostenta uma singularidade inexistente em qualquer outra espécie de ação. É que, inegavelmente, somente nela (ação perquiritória), diante dos avanços científicos alcançados, é possível reconhecer a certeza absoluta da prova, sem margem de erros, como uma equação matemática, cujo resultado não poderá ser desprezado pelo julgador.

Não existe, no universo das ações judiciais conhecidas, nenhuma outra que possa ser decidida com a mesma certeza e confiabilidade. Toda a prova, como regra, é relativa. O exame sangüíneo por DNA, ao revés, proclama um resultado absoluto, inafastável, imutável por qualquer outra espécie probatória.

Esta particularidade, só por si, segundo estimo, seria suficiente para arrimar a exceção legal destinada a reverter a verdade jurídica equivocadamente alcançada, diga-se, mediante a conjugação de provas com peso infinitamente inferior ao exame genético.

Existe, entretanto, uma outra circunstância igualmente crucial para fortalecer o pensamento ora expandido, ou seja, a preponderância da matéria objeto da lide, envolvendo a própria personalidade, com reflexos no direito sucessório, além de outras formas de obrigação, dentre elas a alimentar.

Se o fim supremo do Direito, segundo Ihering<sup>7</sup>, é a paz social, será impossível a obtenção de tal desiderato com base numa verdade jurídica falsa, contrária a uma prevalente verdade biológica, tudo em homenagem ao que se convencionou chamar de coisa julgada, ainda que proclamando uma gritante injustiça.

O regramento jurídico da família, segundo Sérgio Gischkow Pereira<sup>8</sup>, citando Miguel Reale, “*não pode insistir, em pernicioso teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações consuetudinárias, culturais e científicas; petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, sofrerá do mal da ineficácia*”.

É necessário, pois, que a legislação processual atinente à espécie seja urgentemente revista, evitando, assim, a manutenção de decisões judiciais que aberram contra o bom senso e contra a natureza da existência humana, chancelando verdadeiras imoralidades.

O juiz, como se sabe, não deve subserviência à lei, mormente àquelas que se lhe afiguram injustas, incidindo, no particular, o pensamento de Viktor Cathrein<sup>9</sup>, expoente da concepção tomista do Direito Natural, para quem o conteúdo moral da norma de Direito é essencial, não podendo ela (a lei) prevalecer contra o valor ético apenas e tão-somente por razões de vigência técnico-normativas ou injunções fáticas. Daí as ponderações que realizou sobre a ação do juiz: “*Se a justiça da lei é apenas duvidosa, o juiz pode, em regra, decidir segundo a lei; se, ao contrário, a injustiça da lei é manifesta, não pode cooperar em sua execução. A ordem jurídica natural constitui o limite intransponível da ordem positiva*”.

---

7 A Evolução do Direito, trad. de Abel d’Azevedo; A Luta pelo Direito, trad. de Tavares Bastos.

8 Tendências Modernas do Direito de Família. RT 628/19.

9 Filosofia do Direito, Miguel Reale, 11ª ed., 1986, Saraiva, pág. 484.





# AS NOVAS PENAS ALTERNATIVAS E SUA APLICAÇÃO

Julio Fabbrini Mirabete  
Doutrinador

## 1. As novas penas alternativas

De acordo com a nova redação dada a vários dispositivos do Código Penal, foi aumentado o número de penas alternativas, com caráter de substituição da pena privativa de liberdade, e extremamente alargadas as possibilidades de incidência no caso concreto. Além da *prestação pecuniária* e da perda de *bens e valores*, criou-se, entre as penas de interdição temporária de direitos, a *proibição de freqüentar determinados lugares*. A prestação de serviços à comunidade passou a ser denominada de *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas*. Previa ainda o projeto que deu origem à Lei n. 9.714, de 25/11/98, as penas de *recolhimento domiciliar*, de *admoestação verbal* e de *compromisso de freqüência a curso ou submissão a tratamento*, mas os dispositivos que as previam foram vetados pelo Executivo pelo entendimento de que eram elas totalmente desprovidas da capacidade de prevenir nova prática delituosa, carentes do indispensável substrato coercitivo e, portanto, contrários ao interesse público.

## 2. Prestação pecuniária

A prestação pecuniária, pena restritiva de direitos já prevista no art. 12 da Lei n. 9.605, de 12/2/98, que dispõe sobre as sanções penais derivadas de atividades lesivas ao meio ambiente, consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz da condenação. Por disposição expressa, não pode ser ela inferior a 1 salário mínimo nem superior a 360 vezes esse salário. Assim, de forma sumária, deve o juiz fixar o *quantum* da reprimenda com base apenas nos dados disponíveis no processo, uma vez que não existe previsão legal específica de procedimento para calcular-se o prejuízo resultante da prática do crime. Não obstante a invasão da esfera civil, com a instituição dessa pena, como, aliás, ocorre em outros países, não há inconstitucionalidade no dispositivo. A Carta Magna permite não só a pena de multa, como também a de perda de bens (art. 5º, XLVI, da CF), e a sanção criada é, indiscutivelmente, um misto de ambas. Ademais, não incide a sua institucionalização nas normas de proibição previstas expressamente pela Constituição Federal (art. 5º, XLVII). O dispositivo legal, aliás, fixa expressamente os limites da sanção penal pecuniária, atendendo o princípio da legalidade previsto no art. 5º, XXXIX, da Carta Constitucional.

Não se confunde a pena de prestação pecuniária com a *multa reparatória*, cominada no art. 297 da Lei n. 9.503, de 23/9/97 (Código de Trânsito Brasileiro), uma vez que esta somente é cabível quando houver dano material ao ofendido causado pelo ilícito, enquanto aquela é admissível ainda na ausência de prejuízo individual. Entretanto, havendo dano à vítima, a quantia apurada será a ela destinada ou, na sua falta, a seus dependentes; caso contrário o produto irá para entidade pública ou privada com destinação social, por decisão do juiz encarregado da execução. Caso o ofendido venha a propor a ação de reparação civil, ou a execução civil da sentença condenatória penal transitada em julgado, o valor referente à prestação pecuniária pago ao ofendido será descontado do total da condenação civil ou penal.

Dispõe ainda a lei, no novel art. 45, § 2º, do Código Penal, que, se houver aceitação do beneficiário, ou seja, do ofendido ou da entidade pública ou privada com destinação social, a prestação pecuniária poderá constituir-se, por decisão do juiz, em prestação de outra natureza, como, por exemplo, o fornecimento de cestas básicas. É obrigatória, pois, a

consulta ao beneficiário, pelo juiz da execução, para que se efetue a referida substituição.

### 3. Perda de bens e valores

Também instituída pela nova lei, que alterou o art. 44 do Código Penal, passou a ser pena restritiva de direitos a perda de bens e valores pertencentes ao condenado, sanção autorizada pelo art. 5º, XLVI, *b*, da Constituição Federal. Constitui ela, nos termos do art. 45, § 3º, o confisco em favor do Fundo Penitenciário Nacional de quantia que pode atingir até o valor referente ao prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime, prevalecendo aquele que for maior. Ressalva a lei a destinação diversa que lhe for dada pela legislação especial, como, por exemplo, os previstos no art. 41 da Lei n. 6.368, de 21/10/76, e no art. 1º e seu parágrafo único, da Lei n. 8.257, de 26/11/91. Evidentemente, também fica ressalvado que tais bens e valores serão destinados, com preferência, ao lesado ou a terceiro de boa-fé, conforme dispõe o art. 91, II, do CP, ao tratar do confisco como efeito da condenação.

### 4. Proibição de freqüentar determinados lugares

Uma nova espécie de interdição de direitos é a de proibição de freqüentar determinados lugares, já inscrita no Código Penal como uma das condições obrigatórias do *sursis* especial (art. 78, § 2º). No caso concreto, a pena não pode ser aplicada de forma genérica ou imprecisa e o juiz deve especificar expressamente na sentença quais os lugares que o sentenciado não pode freqüentar. Além disso, é evidente que essa fixação deve guardar relação com o delito praticado e com a pessoa do agente, como forma de prevenir a prática de novos crimes pelo condenado. Não teria sentido, beirando ou mesmo invadindo a faixa de inconstitucionalidade, decisão do magistrado em proibir a freqüência a lugares aleatórios, por ele escolhidos, uma vez que a proibição não se adequaria à prevenção penal, nem possibilitaria a integração social do condenado, finalidade da execução de qualquer sanção penal (art. 1º da LEP). O tempo de duração da pena de proibição de freqüentar determinados lugares é o mesmo da pena privativa de liberdade fixada inicialmente.

## 5. Requisitos objetivos para a substituição por pena alternativa

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou de multa depende da existência dos requisitos mencionados no art. 44, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.714/98.

Em primeiro lugar, como pressuposto objetivo, o juiz só poderá proceder à substituição se a pena privativa de liberdade aplicada inicialmente, por crime doloso, não for superior a 4 anos, com exceção da prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, em que ela só é admitida quando a condenação for superior a 6 meses (art. 46, *caput*). Tratando-se, porém, de condenação igual ou inferior a um ano, por crime doloso ou culposo, permite-se a substituição por pena de multa. No caso de crime culposo, permite-se a substituição por pena restritiva de direitos qualquer que seja a quantidade da pena aplicada.

Havendo concurso de crimes, a substituição é possível quando o total das penas não ultrapassa os limites mencionados, de 4 anos (com exceção dos crimes culposos). Quando se trata de concurso formal ou crime continuado em ilícitos dolosos, a substituição, como regra, deve ser feita por uma só pena restritiva de direitos ou multa, mas, no caso de concurso material, poderá ser efetuada por duas ou mais penas alternativas idênticas (quando os crimes forem da mesma espécie), ou mesmo por penas substitutivas diversas (se não o forem). Quando, porém, tiver sido aplicada a pena privativa de liberdade sem a concessão do *sursis*, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição (art. 69, § 1º).

Um segundo requisito objetivo foi inserido pela nova lei, ao proibir a substituição da pena quando se tratar de crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, qualquer que seja a quantidade da pena privativa de liberdade imposta (art. 44, I). Não é possível, portanto, em princípio a aplicação do disposto no art. 44 aos crimes de roubo, extorsão, estupro, rapto etc., ainda que tentados. Em tese, porém, alguns desses crimes podem ser cometidos sem grave ameaça ou violência contra a pessoa, como o roubo executado tendo como meio outro recurso (narcótico, por exemplo), o rapto com fraude etc., admitindo-se, assim, o benefício se preenchidos os requisitos subjetivos.

Também é de se considerar que a expressão crime que “não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa” não exclui a possibilidade de substituição no caso de delitos em que estas modalidades são, não meios, mas constitutivas do próprio ilícito, como os de lesão corporal (art. 129) e ameaça (art. 147). De outro lado, embora não haja vedação

expressa no Código Penal, não é possível a substituição quando se tratar de crimes hediondos ou a eles equiparados, ainda que não cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Isto porque, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072, de 25/7/90, exige-se que seja cumprida integralmente em regime fechado a pena privativa de liberdade imposta. Seria paradoxal que, impedindo a lei que a pena imposta por um desses crimes não possa ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto, se permitisse que a sanção privativa de liberdade fosse substituída por pena alternativa.

## 6. Requisitos subjetivos para a substituição por pena alternativa

Não basta, porém, o requisito referente à quantidade da pena privativa de liberdade imposta para que se permita a substituição pela pena restritiva de direitos. Indispensáveis são também os requisitos subjetivos previstos no art. 44, incisos II e III, do CP, que se referem às condições pessoais do condenado.

O primeiro deles é não ser o condenado reincidente em crime doloso, ou seja, que na época do crime não fora condenado em sentença transitada em julgado por outro crime doloso, no país ou no estrangeiro (art. 63). Referindo-se a lei ao “não reincidente em crime doloso”, evidentemente podem ser beneficiados não só aqueles que, embora condenados anteriormente, praticaram o crime antes do trânsito em julgado da sentença condenatória pelo delito precedente, como também os reincidentes em que um dos crimes, pelo menos, seja culposo. Também possibilita-se a substituição àquele que praticou o crime após cinco anos contados da data do cumprimento ou extinção da pena da condenação anterior, computado nesse prazo o período de prova da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional se não ocorreu revogação desses benefícios (art. 64, I).

Caso o condenado seja reincidente, mas não em crime doloso, e desde que os crimes antecedentes e posterior não sejam idênticos, ou seja, previstos no mesmo tipo penal, a substituição da pena privativa de liberdade só deve ser concebida se a medida for socialmente recomendável (art. 44, § 3º). Essa aferição do juiz a respeito da suficiência da substituição deve ser fundamentada nas circunstâncias, não só do crime a ser apenado, como do precedente (art. 44, § 2º).

Por fim, é necessário também que esteja presente o último pressuposto, ou seja, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias,

indiquem que a substituição é suficiente (art. 44, III). Essas circunstâncias pessoais, que também devem ser observadas na fixação da pena privativa de liberdade, é que vão dar a medida de conveniência da substituição. Não têm direito à substituição, portanto, os condenados que, pelos elementos colhidos na instrução criminal, demonstrarem incompatibilidade com a convivência social harmônica, que tiverem antecedentes comprometedores, ainda que não tenham sido condenados anteriormente, que apresentem conduta marcada por fatos anti-sociais ou que não tenham profissão definida, emprego fixo ou residência determinada e, ainda, quando os próprios motivos e as circunstâncias de caráter pessoal indicarem que a substituição não servirá de prevenção penal. Não há sentido na substituição quando, desde logo, verifica-se, diante de sua situação pessoal revelada na instrução criminal, que o sentenciado não irá cumprir com as condições e deveres impostos pela condenação à pena restritiva de direitos.

Assim, se as condições pessoais forem favoráveis ao condenado, deve o juiz efetuar a substituição. Se, entretanto, demonstrarem incompatibilidade com a convivência social harmônica, deve ser denegada. Como a nova lei permite a substituição da pena privativa de liberdade até 4 anos, inclusive, inclui nessa possibilidade crimes graves, ainda que não cometidos com grave ameaça ou violência, como os de colarinho branco, quadrilha ou bando, contrabando, moeda falsa, racismo etc., é dever do juiz que faça uma rigorosa apreciação dos requisitos subjetivos no sentido de verificar se, realmente, a pena substituta é suficiente para a reparação e prevenção penais, assegurando a necessária defesa social.

## **7. Opções do juiz na substituição por penas alternativas**

Preenchidos os pressupostos subjetivos, se entender suficiente a substituição pelas penas alternativas, deverá o juiz, após aplicar a pena privativa de liberdade, observar qual a espécie de sanção a ser imposta definitivamente, obedecendo às complexas regras que a lei prevê para a escolha da pena substituta diante da espécie de crime e da quantidade da pena a ser substituída.

Continuam em vigor as regras quanto à substituição das penas de interdição temporária de direitos previstas no art. 47, incisos I e II, que só se aplicam ao crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhe são inerentes (art. 56). Já quanto à pena de suspensão de autorização ou de

habilitação para dirigir veículo, prevista no inciso III do artigo citado e que, em princípio, é destinada à aplicação nos crimes culposos de trânsito, há que se fazer uma observação. Com a entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro, que passou a tipificar os crimes de trânsito na condução de veículos automotores, esses delitos passaram a ser apenados com a suspensão ou proibição de obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor como penalidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades (privativa de liberdade ou multa), conforme dispõe expressamente o art. 292 da Lei n. 9.503, de 23/9/97. Assim, a pena substitutiva prevista no art. 47, III, do CP, só pode substituir a pena privativa de liberdade aplicada no crime de trânsito que não estiver tipificado no CTB, ou seja, nos casos em que o agente estava na condução de veículo não classificado como automotor (ônibus elétrico, por exemplo), incluídos os de tração humana ou animal (bicicleta, carroça etc.). A pena prevista no art. 47, III, do CP, porém, é mantida também na hipótese de crimes cometidos antes do início da vigência do Código de Trânsito Brasileiro, lei mais severa que os dispositivos do Código Penal referentes à matéria.

Deve também ser considerada nova regra inserida no Código Penal, que permite a substituição por uma única pena quando a condenação for igual ou inferior a um ano, e exige a aplicação de duas sanções quando o decreto condenatório impõe pena superior a esse limite (art. 44, § 2º).

Observadas as regras acima citadas, podem ser fixadas as opções que detém o juiz para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No caso de *crime doloso*, são as seguintes as opções conferidas ao juiz:

1. se aplicada pena privativa de liberdade igual ou inferior a um ano, permite-se, como regra geral, a sua substituição por multa ou por uma restritiva de direitos (art. 44, § 2º, 1ª parte);

2. se aplicada pena privativa de liberdade igual ou inferior a um ano e tendo sido praticado o crime no exercício de cargo ou função pública, permite-se a substituição pela pena prevista no art. 47, I (arts. 44, § 2º, primeira parte, e 56);

3. se aplicada pena privativa de liberdade igual ou inferior a um ano e tendo sido praticado o crime no exercício de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização

do poder público, permite-se a substituição pela pena prevista no art. 47, II (arts. 44, § 2º, primeira parte, e 56);

4. se aplicada pena privativa de liberdade superior a seis meses e não excedente a quatro anos, permite-se a substituição pela pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 46);

5. se aplicada pena privativa de liberdade superior a um e não excedente a quatro anos, permite-se, como regra geral, a substituição por uma restritiva de direitos e multa, ou por duas restritivas de direitos (art. 44, § 2º, segunda parte), desde que a soma delas não ultrapasse a duração da pena originalmente fixada (art. 55);

6. se aplicada pena privativa de liberdade superior a um e não excedente a quatro anos e tendo sido praticado o crime no exercício de cargo ou função pública, permite-se a substituição pela interdição prevista no art. 47, I, e multa, ou por essa interdição e outra pena restritiva de direitos (art. 44, § 2º, segunda parte), desde que a soma delas não ultrapasse a duração da pena originalmente fixada (art. 55);

7. se aplicada pena privativa de liberdade superior a um e não excedente a quatro anos e tendo sido praticado o crime no exercício de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, permite-se a substituição pela interdição prevista no art. 47, II, e multa, ou por essa interdição e outra pena restritiva de direitos (art. 44, § 2º, segunda parte), desde que a soma delas não ultrapasse a duração da pena originalmente fixada (art. 55).

No caso de *crime culposo*, excluída pela Lei n. 9.714/98 a regra anteriormente prevista no parágrafo único do art. 44, são as seguintes as opções conferidas ao juiz:

1. não se tratando de crime de trânsito, como regra geral a pena privativa de liberdade imposta a crime culposo pode ser substituída de acordo com os mesmos parâmetros previstos para o crime doloso;

2. se se tratar de crime culposo de trânsito, desde que não cometido na direção de veículos automotores, permite-se a substituição de acordo com essas mesmas regras, ou, se o agente for habilitado para dirigir veículo, a pena de suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículos (arts. 47, III, e 57);

3. se se tratar de crime culposo de trânsito cometido na direção de veículo automotor, aplicam-se as regras previstas no Código de Trânsito Brasileiro, sendo que a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta como pena-



lidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades (art. 292 do CTB).

## 8. Consideração final

A amplitude conferida pela nova lei sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade exigirá, mais do que nunca, as providências do Estado para que efetivamente sejam cumpridas as penas restritivas de direitos, evitando-se a prática costumeira de relegá-las a segundo plano ao se dar preferência à concessão da suspensão condicional. Trata-se, agora, da necessidade de providências imposteráveis, uma vez que, em grande parte dos casos, diante da quantidade da pena privativa de liberdade aplicada originalmente, não é cabível o *sursis*, mas, sim, a sua substituição por penas restritivas de direitos. A falta de infra-estrutura para a execução dessas sanções acarretará, certamente, a desmoralização da iniciativa do alargamento das possibilidades de substituição da pena privativa de liberdade de menor duração por sanções modernas, adequadas e isentas das conseqüências deletérias causadas pelo recolhimento de condenados não perigosos aos estabelecimentos penais que, infelizmente, não possibilitam a integração social do sentenciado como determina a lei e exige um direito penal humanitário dos novos tempos.



# RESGATE DA ENFITEUSE (AFORAMENTO)

Rodolfo Hans Geller e Miguel Borghezan  
Advogados

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Enfiteuse: conceito e características. 3. Direitos do enfiteuta e do senhorio direto. 4. A pena de comisso. 5. O resgate da enfiteuse (aforamento). 6. Processo administrativo ou judicial. 7. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

De algum tempo intencionávamos escrever acerca da enfiteuse, também conhecida por aforamento, emprazamento ou aprazamento, e, principalmente, sobre o resgate da enfiteuse. O regime legal de regularização das terras no Brasil é a propriedade legítima ou a enfiteuse. Na região de Santarém, Pará, e no Baixo e Médio Amazonas, predomina a regularização enfiteuticada em razão de fatores diversos, sendo preponderantes a dificuldade de titulação legítima e a constituição das glebas patrimoniais urbanas municipais por terras públicas, tituladas aos particulares sob o regime da enfiteuse. Com isto, a tendência natural propende, em tese, para o aumento do número de aforamentos nos municípios localizados nesta região, inobstante existir titulação de propriedades legítimas, mas ainda em número bem menor. O INCRA — Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e o ITERPA — Instituto de Terras do Pará titulam propriedades legítimas na área rural e, na zona urbana, a

aquisição de propriedade plena dá-se hoje, em regra, nos rateamentos municipais com a venda de terras públicas.

Via de conseqüência, tendem a crescer os problemas relativos à titulação dos imóveis nas áreas urbanas, visto que a enfiteuse exige maior formalismo e maiores custos nas transferências *inter vivos* e *mortis causa*. Oportuno discutir-se o estancamento desse tipo de titulação, vez que a enfiteuse constitui-se em modo arcaico e ultrapassado de documentação de terras. A tendência moderna é no sentido de extinção do regime da enfiteuse, nascido da necessidade de ocupação e aproveitamento das terras da coroa portuguesa, mantendo-se o controle reinol. Hoje atribui-se ao poder público ofícios bem mais nobres que a exploração econômica ou o controle de propriedades de terras. Em última análise, o resgate da enfiteuse quando o senhorio direto for o poder público é exigência do bem comum, e vem ao encontro da visão moderna do Estado, que a cada dia mais está deixando de ser agente direto do poder econômico.

## 2. ENFITEUSE: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Para conceituar a enfiteuse, de cujo resgate se cogita neste artigo, mister primeiro esclarecer que não se trata de instituto jurídico permitido só ao poder público. Também entre particulares poderá ser instituída a enfiteuse, porém, essa prática é restrita e de pouca incidência. A regulação dos arts. 678 *usque* 694 do Código Civil Brasileiro, a par de ter mais de oito décadas de existência, não logrou difundir-se plenamente entre nós. Quicá o fato da regularização de terras no Brasil dar-se preferencialmente através da propriedade legítima tenha contribuído para essa estagnação. Nem mesmo os debates na constituinte de 1988, que trouxeram as recentes prescrições do art. 49, §§ 1º a 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, cuidando mais especificadamente dos aforamentos nas terras de marinha, acenderam discussões mais amplas e profundas sobre o tema.

Não interessa ao presente trabalho entrar em debates meramente teóricos para ver eventuais diferenças conceituais entre enfiteuse, aforamento e aprazamento ou emprazamento. Ficamos com a arguta observação de J. M. Carvalho Santos, *verbis*: “Poucos, porém, hoje em dia sustentam e atribuem ao aforamento feição própria e individualidade distinta da enfiteuse. E, na verdade, de há muito que, mesmo em doutrina, os mestres equiparam os dois institutos, confundem-nos, dando-lhes indistintamente outra denominação. Não havendo também quem sustente caracte-

res diferenciais entre a enfiteuse e o aprazamento. De sorte, que todos eles — enfiteuse, aforamento e emprazamento — são, geralmente, admitidos como significando um e mesmo contrato, à vista da identidade deles” (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. IX, pág. 39, 13ª edição, Freitas Bastos).

Pontes de Miranda, após registrar que a enfiteuse “é o direito real limitado mais extenso que já se concebeu” (Tratado de Direito Privado, Tomo XVIII, pág. 61, 3ª edição, 2ª reimpressão, Ed. RT), assim a conceitua: “A enfiteuse é o direito real, alienável e hereditário, que atribui ao seu titular o uso, o fruto e a disposição da coisa imóvel, respeitado o domínio do senhorio” (*idem, ibidem*, pág. 68).

Observando com atenção o conceito do saudoso mestre, encontramos inúmeros pontos de contato entre o usufruto (arts. 713/741, CC) e a enfiteuse. Porém, é visível a amplitude superior da enfiteuse que, a par de atribuir o uso e o fruto ao seu titular, ainda lhe permite a alienação *inter vivos* e a transmissão *mortis causa*. A enfiteuse é direito real garantido indefinidamente pela lei ou contrato, ao seu titular e sucessores, tendo, portanto, caráter de perpetuidade. Por outro lado, o usufruto é direito real limitado à vida do usufrutuário, com a restrição de que não pode ser alienado *inter vivos* nem transmitido *mortis causa*, apenas usufruído pelo beneficiário. Em síntese, enquanto o usufruto é vidual e limitado e intransferível, a enfiteuse é perpétua, ilimitada e transferível *inter vivos* e *mortis causa*.

As características mais importantes do direito real de enfiteuse já foram indicadas: perpetuidade na duração; transferibilidade *inter vivos* e *mortis causa*, e ilimitabilidade de uso e fruição. O caráter perpétuo diz respeito à duração da validade e eficácia da enfiteuse que, salvo restrição em contrário no título, é concedida para todo o sempre. Se fosse revogável e temporário o direito, teríamos a figura do arrendamento, da locação, jamais a enfiteuse. A permissão legal de transferência do direito real é o ponto de maior relevo, visto que confere ao titular a possibilidade de negociação vantajosa, ou alienação por qualquer modo jurídico. Há exigência legal de prévia oferta ao senhorio direto, ao titular do domínio de fundo, a quem é assegurado o direito de preferência, tanto por tanto (art. 683, CC). Porém, essa formalidade só é exigível nas transmissões onerosas, ficando livres da prelação do senhorio as alheações a título gratuito. Assim entendemos porque a prelação do senhorio é restrição imposta na lei nas hipóteses em que o foreiro pretender “vender” ou “dar em pagamento” o domínio útil. Consabido que no âmbito do direito privado tudo o que não

for expressamente vedado é permitido, temos que a previsão legal deve ser interpretada restritivamente, pois não se pode deduzir que a lei quisesse dar maior direito ao senhorio, ou pretendesse conceder-lhe mais do que efetivamente deu. A estipulação de outras restrições ou direitos foi deixada para o contrato, gravitando em torno do princípio fundamental da autonomia da vontade, respeitados a ordem pública e os bons costumes. A amplitude ilimitada do direito real de enfiteuse não é absoluta. Se assim o fosse, a enfiteuse converter-se-ia em propriedade. O enfiteuta pode usar e fruir da coisa como melhor lhe aprouver, observadas as restrições impostas na lei e no título. Não necessita de autorização do senhorio para edificar ou construir no imóvel, nem mesmo para ceder-lhe o uso ou fruição, gratuita ou onerosamente, a quem quer que seja. Porém, não pode destruir a coisa sem prévia autorização do senhorio. Sendo concedido em aforamento um edifício de apartamentos, não pode o enfiteuta demolir a edificação sem prévia concordância do senhorio. Noutras palavras, as providências que importem redução drástica do valor da coisa enfiteuticada, ou que lhe atinjam a essência, não podem ser tomadas pelo foreiro sem prévio consentimento do senhorio direto. De difícil ocorrência essa hipótese, pois, via de regra, nenhum foreiro pretende diminuir o valor do seu patrimônio, ao reverso, deseja aumentá-lo e consolidá-lo para uso e fruição pessoal e da família. O foreiro pode inclusive constituir hipoteca sobre a enfiteuse sem consentimento do senhorio. Há exigência legal de prévia intimação do senhorio apenas no caso de execução da hipoteca, quando a Justiça determinar o praxeamento do bem enfiteuticado, com antecedência mínima de 10 (dez) dias da realização da praça (art. 698, CPC).

### 3. DIREITOS DO ENFITEUTA E DO SENHORIO

Os direitos básicos do enfiteuta são o uso e fruição do objeto da enfiteuse, bem como a alheação do direito real *inter vivos* e a transmissão *mortis causa*. Dentro do uso temos a possibilidade de pessoal ocupação da coisa ou sua cessão a terceiros, gratuita ou onerosamente. O uso pode ser singular ou coletivo, com ou sem a presença do enfiteuta. No âmbito da fruição, anotamos a possibilidade de obtenção de rendimentos com a coisa enfiteuticada, mediante cessão contratual onerosa. Nenhum óbice há para instalação de comércio ou indústria sobre o bem enfiteuticado, pelo foreiro ou terceiro autorizado. O bem objeto da enfiteuse pode ainda ser utilizado para integralização de cotas de capital social de sociedade

civil ou comercial, sem necessidade de autorização do senhorio. Dizemos que o enfiteuta é titular do domínio útil, isto é, da parte visível da propriedade, enquanto que o senhorio é titular do domínio de fundo, ou seja, numa comparação com o usufruto, diríamos que o senhorio é titular da nua-propriedade. Em conseqüência, anotamos também como direito do enfiteuta a possibilidade de edificar no imóvel aforado, quando e como lhe convier, observadas as posturas municipais e as eventuais restrições do contrato. Por derradeiro, destacamos ainda como direitos do enfiteuta a possibilidade de utilização de ações e exceções, possessórias ou petitórias, em defesa da posse ou do domínio útil, inclusive contra o próprio senhorio, quando este violar a lei ou os termos do título de enfiteuticação.

Em relação ao senhorio, os direitos básicos são a cobrança dos foros ajustados expressamente no contrato e do laudêmio previsto no título ou na lei para as transferências *inter vivos*. Inscreve-se também entre os direitos do senhorio a prelação na alienação onerosa *inter vivos*, tanto por tanto com terceiro. O objetivo do direito de preferência é a consolidação da propriedade útil e plena nas mãos do senhorio, extinguindo o direito real de enfiteuse. Para todos os efeitos legais é de razão registrar que o enfiteuta não é o dono da coisa, mas, só e só, titular do direito real de uso e fruição. *Ipsa facto*, a coisa, *in concreto*, embora utilizável e fruível pelo foreiro, pertence de fato ao senhorio, com todos os melhoramentos e acrescidos. Com isto, queremos dizer que o foreiro é titular de um direito real especial, mas não da propriedade da coisa objeto da enfiteuse. Numa demanda com o senhorio o enfiteuta só terá direito de ficar com a coisa se o permitir a lei ou o contrato. Do contrário, seus direitos converter-se-ão em indenização e eventuais perdas e danos, assegurando-se-lhe o direito de retenção por benfeitorias, construções e acessões feitas de boa-fé, na forma do art. 516 do Código Civil. Caso o senhorio seja o poder público, fica-lhe reservado ainda o direito previsto na legislação de ordem pública, sendo relevante destacar a possibilidade de desapropriação do imóvel enfiteuticado, desde que presentes os requisitos e atendidas as exigências legais.

Especificadamente aos terrenos de marinha, é direito do senhorio utilizar-se deles no caso de guerra ou comoção intestina, quando lho exigir a necessidade objetiva, visível e constatável. Mera ameaça ou suposição infundada não autoriza o poder público a entrincheirar-se em imóveis enfiteuticados, expulsando transitoriamente os foreiros ou legítimos ocupantes. Quando muito, somente os imóveis de posição estratégica privilegiada poderiam ser utilizados logo para defesa da pátria e da legalidade,

desde que houvesse fundado receio da eclosão de guerra ou superveniência segura da comoção intestina. Em situações emergenciais de catástrofe, o interesse público permite a utilização temporária das terras de marinha, no âmbito e na duração estritamente necessários para remediar o mal incontrolável e grave. Em todos os casos de utilização dos bens enfiteuticados pelo poder público, é necessária a composição integral dos prejuízos causados, inclusive das despesas de locação de outro imóvel pelo enfiteuta ou legítimo ocupante, independentemente da existência ou não de culpa, vez que não são obrigados a pagar, pessoal e individualmente, os custos e ônus para a defesa e integridade dos bens e interesses coletivos. No caso de indevida ocupação do bem enfiteuticado, o poder público é obrigado ainda a pagar perdas e danos, na forma da lei.

#### 4. A PENA DE COMISSO

Prevê o art. 692, inciso II, do Código Civil, que a enfiteuse extingue-se “pelo comisso, deixando o foreiro de pagar as pensões devidas, por três anos consecutivos, caso em que o senhorio o indenizará das benfeitorias necessárias”. Em conseqüência, conclui-se que o comisso é penalidade civil violenta, de efeitos drásticos. A previsão legal de indenizar somente as “benfeitorias necessárias”, faz presumir que a extinção da enfiteuse pelo comisso pressupõe culpa exclusiva do foreiro. Contudo, tal presunção é *juris tantum*, admitindo prova em sentido contrário. É relevante examinar os termos do contrato para conferir se há ou não outras hipóteses de extinção da enfiteuse, além do comisso. O comisso é decorrência da lei, e não precisa constar expressamente do contrato para ter aplicação. Porém, não pode ser decretado pelo senhorio, ainda que este seja o poder público. Somente via judicial a pena de comisso pode ser aplicada. Nesse sentido é pacífica a jurisprudência pátria, hoje consolidada na Súmula 169 do colendo Supremo Tribunal Federal, *ipsis verbis*: “Depende de sentença a aplicação da pena de comisso”.

A súmula citada já conta com mais de três décadas de vigência, sendo resposta pronta a qualquer indagação acerca do tema. Mesmo depois de requerida judicialmente pelo senhorio a aplicação da pena de comisso, pode o foreiro evitar sua decretação, apresentando-se para purgar a mora na defesa que apresentar, após regular citação. Esta conduta do foreiro pode mesmo ser requerida depois do prazo da defesa, em caráter excepcional, mas sempre antes da sentença que decretar o comisso. É nessa direção o sentir da jurisprudência, consoante lapidar orientação da Súmu-



la 122 do colendo Supremo Tribunal Federal, assim lavrada: “O enfiteuta pode purgar a mora enquanto não decretado o comisso por sentença”. O raciocínio ínsito nas Súmulas 169 e 122 do colendo STF beneficia o foreiro, visto que, em regra, não se caracteriza a pena de comisso antes de decretada por sentença. Contudo, é relevante não perder de vista a idéia de que a enfiteuse é instituto em extinção, vetusto, sem defensores atuais. No direito lusitano, estava regulada nos arts. 1.491 *usque* 1.523 do Código Civil Português de 1966 (aprovado pelo Decreto-Lei n. 47.344, de 25/11/66), porém, foi abolida no ano de 1976 (Decretos-Leis ns. 195-A e 233). Em consequência, a tendência natural na legislação e na jurisprudência brasileiras será facilitar a extinção da enfiteuse, caminhando na direção de Portugal, fonte inspiradora do instituto no Brasil (Por importante, queremos destacar artigo do saudoso Professor da UFPA, Silvio A. B. Meira, publicado na Revista Forense, vol. 243, pág. 370 *usque* 382, onde faz contundente defesa do instituto da enfiteuse. Destacamos trecho: “não nos enfileiramos entre os que, neste país, combatem o instituto da enfiteuse, considerando-o ultrapassado, ‘encanecido e que precisa ser retirado do nosso direito positivo’. Em nosso entender há um erro grave por parte daqueles que o querem extinguir: esquecem a sua verdadeira finalidade social, apontando apenas as falhas que possam apresentar em zonas urbanas. Consideramo-la um excelente instrumento para o desenvolvimento de nossas imensas áreas inexploradas do sertão brasileiro, objeto da cobiça internacional e das negociatas dos comerciantes de terras. Se aplicarmos o aforamento, cessarão os negócios que o Governo em vão tem procurado combater: o enfiteuta terá apenas o domínio útil, não poderá alienar sem oferecer a preferência ao poder público; rescindir-se-á o contrato se o foreiro não beneficiar as áreas aforadas em zona rural, estabelecer-se-ão os limites de metragem, de acordo com a finalidade e localização”). Amostragem bastante desse direcionamento é a manifestação do augusto Superior Tribunal de Justiça, decidindo que não se aplicam aos aforamentos de bens da União as Súmulas 169 e 122 do colendo STF (RSTJ 19/112). Com isto, faz parecer que pode ser possível a extinção da enfiteuse via administrativa quando o senhorio for o poder público, pois, se a União pode fazê-lo, os Estados e Municípios também poderão, fulcrados no mesmo paradigma e à míngua de óbice legal. Entretanto, a decretação administrativa do comisso, se possível, deverá obrigatoriamente ser promovida em processo administrativo próprio, com a necessária notificação do foreiro para defender-se. Do contrário, resultará afrontada a Constituição Federal no título dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, especificamente no seu art.

5º, incisos LIV e LV, *verbis*: “LIV — Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; “LV — Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. E mesmo que venha a ser possível a decretação do comisso via administrativa quando o senhorio for o poder público, é disponível ainda assim a via judicial ao foreiro, em razão de outra garantia constitucional do cidadão, prevista no art. 5º, inciso XXXV, *verbis*: “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. Consideradas estas previsões, parece-nos que nenhum prejuízo sobrevirá aos foreiros na extinção da enfiteuse por comisso, ainda que o senhorio seja o poder público, desde que observado o devido processo legal.

Cabe nesta oportunidade discutir ainda a possibilidade ou não de, contratualmente, diminuir o período de três anos previstos na lei, para caracterização do comisso. Antes, mister responder se o art. 692, II, do Código Civil, é cogente, é *jus dispositivum* ou não. A resposta está na própria lei civil, no art. 693, *in fine*, que de modo expresso refere às “disposições imperativas deste capítulo”. Sendo imperativas as disposições do Capítulo II do Título III do Livro II do *Codex Civilis* (arts. 678 *usque* 694), não se poderá dispor em contrato contra mencionadas prescrições. Entenda-se, é vedado diminuir o prazo de três anos estabelecido na lei, porém, nada impede possa ser aumentado para quatro ou mais anos a previsão para caracterização do comisso, visto que as disposições legais relativas à enfiteuse devem ser interpretadas “a favor do enfiteuta” (Pontes de Miranda, *op. e vol. cit.*, pág. 145, n. 3). Ressaltamos, por importante, que a pena de comisso não é direcionada ao foreiro, mas sim ao imóvel enfiteuticado. Por isso, não importa que o titular do domínio útil seja menor, ausente, interdito ou incapaz, absoluta ou relativamente. Basta o transcurso de três anos sem pagamento dos foros para caracterização do comisso, dando azo à instalação do processo respectivo, judicial ou administrativo, onde se permita ampla defesa do foreiro, inclusive com purgação da mora, dada a proteção especial dispensada no Código Civil em favor do mesmo. Embora a lei não o diga de expresso, o comisso não é penalidade impositiva, cogente e de interesse público. O contrato de enfiteuticação poderá tratá-la livremente, aumentando as situações em que pode ter cabimento ou até excluindo-a, remetendo o senhorio apenas para a ação de cobrança dos foros estabelecidos no título e não pagos. Tam-

bém na ocorrência desta hipótese, terá o foreiro direito de purgar a mora, na forma da lei.

## 5. O RESGATE DA ENFITEUSE (AFORAMENTO)

Esta permissão legal foi o que mais nos incentivou a escrever este artigo. Até aqui verificamos que a enfiteuse é modo complexo de titulação da propriedade, visto que exige duas regularizações, a administrativa e a comum para os imóveis em geral. Para muitos doutos a enfiteuse é apenas um direito real limitado. De nossa parte, entendemos que a enfiteuse contém, na prática, todos os direitos e utilidades da propriedade plena, facultado ao foreiro o uso, fruição e disposição da coisa enfiteuticada. Anuímos que o pleno domínio é expressão mais ampla juridicamente, haja vista que o foreiro é obrigado a ofertar a preferência ao senhorio nos casos de alheação onerosa do imóvel, enquanto que o proprietário não tem essa restrição. Contudo, a parte visível, utilizável e fruível do direito de propriedade está presente no aforamento na mesma intensidade que no domínio pleno. A pessoa comum não consegue enxergar diferenças entre a enfiteuse e a propriedade plena. Os institutos ostentam a mesma valoração no âmbito da circulação dos bens. Em regra, um imóvel sob enfiteuse vale tanto quanto uma propriedade legítima no momento da alienação *inter vivos*, bem como, na estimação para tributação e partilha na transmissão *mortis causa*. *Ipsa facto*, não há distinção extrínseca no valor econômico, elemento importantíssimo para a proteção jurídica que o Estado deve garantir e assegurar.

Poderíamos indagar: se assim o é, por que resgatar a enfiteuse (aforamento)? A vantagem econômica seria nenhuma? Não é o pensamento nosso. O resgate do aforamento tem significado jurídico e econômico, ao que nos parece, e atende ainda a uma finalidade social. Juridicamente, a consolidação do domínio útil e do domínio de fundo nas mãos de uma só pessoa consolida a propriedade e põe termo às restrições (quase não aparentes) existentes. É inegável a vantagem legal e jurídica, não apenas no conteúdo conceitual, institucional ou obrigacional, mas no conteúdo real e fundamental. As obrigações passarão a ter consequência só para o proprietário, os riscos serão integralmente do proprietário, e as titulações únicas, sem desdobramento do domínio. Estas consequências são perceptíveis quase que exclusivamente pelos profissionais do direito, pois têm conteúdo intrínseco, dizem respeito à parte dita materialmente invisível do domínio. As pessoas leigas só enxergariam o significado e o

resultado dessas qualidades em situações de litígio, de perda ou de discussões mais aprofundadas sobre o instituto da propriedade. Em suma, a consolidação do domínio útil e do domínio de fundo — divisão que muitos juristas criticam mas que tem significado prático, pedagógico e funcional importante, por isso, aceitável e admissível, *venia concessa* — nas mãos de uma só pessoa é objetivo legal e juridicamente desejável.

Do ponto de vista econômico, o resgate do aforamento traz objetivos e significativos ganhos para o interessado. São extintos os pagamentos dos foros anuais ao senhorio. Não se devem mais os laudêmios nas alienações onerosas *inter vivos*. Acaba a prelação do senhorio nas alheações onerosas *inter vivos*. Descabe a titulação administrativa-contratual, típica e formal perante o senhorio, que caracteriza o instituto da enfiteuse. Fim da necessidade de regularização administrativa das transferências *mortis causa*, e das alienações gratuitas *inter vivos* junto ao senhorio. Todos esses atos jurídicos trazem dispêndios ao enfiteuta, que não mais os terá com o resgate do aforamento. Acrescente-se o bem de suma valia nestes tempos de agilidade e mobilidade computadorizada — o tempo. As transferências de bens enfiteuticados demoram muito mais tempo que as de imóveis propriedades legítimas. Estes dependem apenas do pagamento da sisa (imposto de transmissão *inter vivos*), escritura pública e registro nos termos da Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73). Os enfiteuticados exigem a oferta do direito de preferência ao senhorio, a espera do prazo de 30 (trinta) dias para o seu exercício, a formal renúncia ou desistência da prelação, a formalização e realização do traspasse, com registro em livro próprio, além do pagamento da sisa, escritura e registro de acordo com a Lei de Registros Públicos. Via de conseqüência, o tempo gasto para a regularização de um imóvel sob enfiteuse é grandemente maior que o despendido com a documentação de uma propriedade legítima, o que torna o regime de enfiteuticação oneroso e lento. O instituto da enfiteuse não consegue acompanhar a versatilidade e agilidade do mundo moderno, apresentando-se como pesado fardo nas transações imobiliárias, *inter vivos* ou *mortis causa*. As pessoas lutam por benefícios prontos, expeditos e ágeis na circulação das economias. Segue essa lógica a transmissão de direitos sobre bens imóveis. *Time is money*, não cansam de repetir os norte-americanos, e, queiramos ou não, hoje o mundo vai para onde for a América do Norte. O capitalismo, de mercado aparentemente livre, domina a maioria das economias dos países. Criam-se ligas econômicas fortes, caindo no ostracismo as outrora vigorosas uniões políticas. Paradoxalmente, a pecha de conservadores é agora lançada contra os en-

tão progressistas, partidários do modelo soviético, que pregava a manutenção do *status quo* sob o argumento irresistível da força e da opressão. A derrubada do muro de Berlim foi a nova queda da bastilha, símbolo de liberdade e de perspectiva de melhora de vida para tantos cidadãos (Registramos nossos respeitos aos partidários e simpatizantes do regime capitaneado pela extinta União Soviética sob a ótica idealista e filosófica, mas nenhuma consideração merecem os que podaram e sufocaram os sonhos das pessoas com muros e cercas de arame farpado, rasgando na prática maior parte do sentido criativo-teórico de uma nova realidade de convivência). No fundo, o resgate do aforamento significa liberdade para o proprietário, não importando como foi a enfiteuse instituída. Maior ainda a liberdade no âmbito de circulação dos bens imóveis, que são libertos de peias contratuais e amarras jurídicas.

Acreditamos que o resgate do aforamento constitui um ganho social relevante para o foreiro, pois afirma-lhe a cidadania, dá-lhe paz de espírito e tranquiliza sua família. Nestes novos tempos onde o lucro, o ganho é a mola motriz da sociedade capitalista, sói-nos ser necessário que o Estado proteja o cidadão comum contra as malvadezas, os riscos e armadilhas arquitetados por pessoas “espertas”, contra humildes cidadãos comuns, de boa-fé incomensurável. Considerando os termos da Lei n. 8.009/90, que protege o bem de família, parece-nos recomendável a consolidação do domínio útil e do domínio de fundo, com extinção da enfiteuse. A preservação do bem de família seria mais eficaz nesse caso, pois independeria da vontade do senhorio sua integral proteção. Entre outras razões, queremos registrar que o senhorio não está sujeito a conceder o direito de preferência ao foreiro, no caso de pretender alienar o domínio de fundo. Não está também o senhorio impedido de alienar ou onerar o domínio de fundo, mesmo vigente a enfiteuse, salvo previsão em contrário no contrato ou na lei. De sorte que o domínio de fundo pode vir a responder por dívidas do senhorio, quando este não for o poder público. *Ipsa facto*, é inegável a vantagem resultante do resgate da enfiteuse para o contexto social, convertendo-se, ainda que indiretamente, em mais um meio de promoção da paz pública.

## 6. PROCESSO ADMINISTRATIVO OU JUDICIAL

O *modus operandi* para o resgate do aforamento pode ser via administrativa ou judicial, e é relativamente simples. Prescreve o art. 693 do Código Civil: “Todos os aforamentos, inclusive os constituídos anterior-

mente a este código, salvo acordo entre as partes, são resgatáveis 10 (dez) anos depois de constituídos, mediante pagamento de um laudêmio, que será de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o valor atual da propriedade plena, e 10 (dez) pensões anuais pelo foreiro, que não poderá no seu contrato renunciar ao direito de resgate, nem contrariar as disposições imperativas deste capítulo”. Tratando-se de aforamento constituído sobre imóvel do poder público, passados dez anos, o foreiro deverá primeiro avaliar o objeto do contrato, de preferência por avaliador indicado de comum acordo com o senhorio. Se atual, poder-se-á utilizar o valor venal destacado para fins de lançamento do Imposto Predial e Territorial Urbano — IPTU. De posse da avaliação, o foreiro formula requerimento diretamente ao senhorio para resgate do aforamento, onde pede para pagar o laudêmio de 2,5% (dois e meio por cento) e as 10 (dez) pensões (foros) anuais, nos termos do art. 693 do Código Civil. Pago o laudêmio e foros, o senhorio concede o resgate do aforamento, outorgando ao foreiro documento hábil que comprove a remição. De posse desse documento, o foreiro comparecerá ao Cartório de Notas para fazer a escritura pública do resgate do aforamento, e, em seguida, leva a registro no Cartório de Registro de Imóveis. Feito o registro, estará consolidada a propriedade plena, deixando o foreiro de chamar-se tal passando a ser designado simplesmente proprietário. Caso o senhorio recuse o resgate pedido, o foreiro poderá requerê-lo judicialmente, logo apresentando a avaliação e depositando os valores do laudêmio e foros por meio de pagamento por consignação. O procedimento está previsto no art. 900 do Código de Processo Civil. Se o motivo da recusa for o valor, o interessado requererá judicialmente a avaliação atual do bem objeto da enfiteuse, para fins de resgate, na falta de consenso extrajudicial. Desnecessária a intervenção do Ministério Público no pedido judicial de resgate, à míngua de interesse público ou de incapazes a proteger. Não poderá haver renúncia prévia do foreiro ao resgate, nem valerá a cláusula contratual que obstacularize a remição. Como se confere, não demanda muitas formalidades o resgate do aforamento. Não há necessidade de pagamento do imposto de transmissão *inter vivos*, visto inexistir alienação, dação em pagamento, compra e venda, cessão ou promessa delas, mas simples resgate do aforamento. Somente quando a lei municipal determinar a incidência do *inter vivos* no resgate do aforamento, caberá cobrar o imposto. Isto porque o resgate do aforamento é figura jurídica própria, especial e típica, que não deve ser confundida com a cessão onerosa da propriedade imobiliária via contratos. O resgate do aforamento não é procedimento convencional, mas, sim, direito do foreiro garantido por lei, ainda que não conste do título de enfiteuti-

cação. Não vigoram no resgate os princípios da autonomia da vontade e do consensualismo. Mesmo contra a vontade do senhorio é permitido e possível o resgate do aforamento, atendidas as exigências legais e as convencionais que não se choquem com o objetivo da lei. Caso o senhorio fosse transferir o domínio de fundo para terceiro caberia o pagamento da sisa, como ocorre se o foreiro for alhear onerosamente o domínio útil. Necessário o atendimento das posturas municipais e demais disposições legais pertinentes para o resgate do aforamento quando o senhorio for o poder público. O espólio e os herdeiros possuem o mesmo direito que o foreiro, ainda que pendente o inventário, em vista da transmissão *mortis causa* dos direitos consubstanciados no contrato de aforamento. O resgate requerido por um herdeiro a todos aproveitará, ressarcindo-se-lhe proporcionalmente os gastos feitos. As pessoas jurídicas têm os mesmos direitos que as pessoas físicas floreas, relativamente ao bem enfiteutico. Se entre particulares a enfiteuse, o procedimento do resgate dar-se-á mediante requerimento ao senhorio por parte do interessado, pleiteando logo a avaliação para fins de pagamento do laudêmio e das dez pensões (foros) anuais. Chegando num acordo em relação aos valores, as partes dirigir-se-ão ao Cartório de Notas para escrituração, seguindo-se imediato registro no Cartório Imobiliário para consolidação da propriedade. Não havendo acordo, seguir-se-á a via judicial antes mencionada. Neste caso, é imprescindível a citação da mulher do senhorio para o processo de resgate da enfiteuse. Em todos os procedimentos de resgate, judiciais ou administrativos, não é necessária a presença do cônjuge. Só é exigida a presença do cônjuge do foreiro nos termos do art. 10 do Código de Processo Civil. Por medida de economia e celeridade processual, para que não se perca tempo discutindo se o marido tem ou não legitimação ativa para pleitear sozinho o resgate do aforamento, recomendável a presença de ambos os cônjuges no pólo ativo. Em termos práticos, é preferível assim proceder, embora entendemos que pode o foreiro, marido ou mulher, isoladamente vindicar o resgate do aforamento. Assim concluímos porque o marido ou a mulher pode, sem o concurso do outro cônjuge, adquirir um imóvel, aforado ou não. *Ipsa facto*, se pode o mais também pode o menos, e o resgate do aforamento é um *minus* em relação à aquisição de um bem de raiz. De igual modo o companheiro ou a companheira protegidos pelas Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96.

A inscrição da regra do art. 49 do ato das disposições constitucionais transitórias é um indicativo de que o legislador objetiva extinguir a enfiteuse no direito brasileiro, principalmente no âmbito urbano. Po-

der-se-á questionar se cabe ou não o resgate dos imóveis aforados no Departamento de Patrimônio da União — DPU, os terrenos de marinha. Ao nosso ver, salvo previsão de lei em contrário, não há impedimento contratual que possa evitar a possibilidade jurídica de resgate do aforamento, cumpridas as exigências de lei. Nesse caso, mesmo após consolidada a propriedade, o imóvel continuará sujeito a atender as exigências do poder público. Não há necessidade do bem ser enfiteutico para ser reconhecido como terreno de marinha, nem o tipo de titulação importa para utilização pelo poder público no caso de guerra ou comoção intestina. *Ipsa facto*, se não houver impedimento de ordem legal, nada obsta o resgate dos aforamentos nos chamados terrenos de marinha, que continuarão a assim ser nominados, porém, com a propriedade consolidada. O procedimento a seguir é o já mencionado acima, com a diferença de que o juízo competente para apreciar os pedidos de resgate é a justiça federal. Em abono desse raciocínio, anotamos jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, *verbis*: “Enfiteuse — Bem do Estado — Resgate. O resgate de bem enfiteutico do Estado se regula pelo art. 693 do Código Civil. Não cabe ao Estado legislar supletivamente a respeito do instituto, desatendendo às normas imperativas da lei civil” (RE n. 84.974—RJ, STF, 1976, 1ª Turma, *in* Revista Forense 265/192). Nessa idêntica direção veja-se julgado *in* RTJ 77/323, também do Excelso Pretório. Acreditamos mesmo que todos estão interessados no resgate da enfiteuse, inclusive o senhorio, visto que sobrevirão vantagens recíprocas. Por consequência lógica, somos de parecer que a enfiteuse efetivamente deve ser extinta no âmbito do solo urbano, vez que não se compatibiliza com as exigências dos novos tempos de modernidade, cidadania e paz social.

## 7. CONCLUSÃO

Estamos convencidos de que o instituto da enfiteuse não se compatibiliza com a dinâmica, a agilidade e a funcionalidade do mundo moderno. Inobstante ser um instituto civil que também serve ao poder público na titulação das terras de marinha, impõe-se considerar a realidade dos novos tempos e enxergar que a enfiteuse está ultrapassada, nomeadamente nas zonas urbanas. Cumpriu historicamente sua função, teve importância para o período reinol e esgotou seu conteúdo como instrumento de controle das terras pelo poder público. Aqui e ali ainda se justificaria temporariamente, mas propende a ser um entrave, um ônus e um encargo formal burocrático na circulação dos bens imóveis. Não se quer fazer



apologia contrária ao instituto como criação jurídica. O objetivo é evidenciar que a enfiteuse encarece, retarda e dificulta a pronta titulação e circulação das terras.

Necessário anotar que, em regra, o senhorio, o titular do domínio de fundo na enfiteuse é o poder público. *Ipsa facto*, impõe-se manter livros, servidores qualificados e departamentos para controle e expedição da necessária documentação (títulos de aforamento e traspases), além da verificação de cumprimento dos encargos (pagamento dos foros anuais). Esses procedimentos não se enquadram nas novas funções do Estado, desbordam das finalidades modernas atribuídas ao poder público.

Por fim, acreditamos que o resgate da enfiteuse converte-se efetivamente em medida de interesse social. Impõe-se cada vez mais resgatar e promover a cidadania, destacar os valores morais e éticos. Procura-se resguardar a dignidade da pessoa humana, buscando amparar a família, fortalecer o cidadão e a nação. A proteção do bem de família vem ao encontro desses anseios, mas ela somente será integral e completa quando recair sobre a propriedade plena. Dúvida e intranquilidade ainda subsistirão enquanto os direitos derivados dessa proteção estiverem também sujeitos à vontade do senhorio, por força de constituição da enfiteuse. Assim, há interesse público recomendando, de modo claro e incontroverso, o resgate da enfiteuse. O fato de a enfiteuse já haver sido extinta em Portugal há mais de vinte anos, fonte que inspirou a nossa legislação sobre o instituto, também é fator relevante para promover-se-lhe o resgate. Melhor seria a edição de lei federal extinguindo a enfiteuse, com simplificação da forma e regulação do procedimento administrativo de averbação da extinção. Mas isto é objetivo para o futuro. Hoje, o resgate da enfiteuse exsurge como único meio jurídico disponível para a consolidação da propriedade em favor do enfiteuta. Em conseqüência, transcorrido o prazo decenal de vigência previsto em lei, é de todo recomendável promover-se o resgate da enfiteuse.



# O ANTI-SEMITISMO POR JEAN-PAUL SARTRE

Fabiano Augusto Martins Silveira\*

1. Intróito. 2. Traço de irracionalidade. 3. Classes sociais. 4. A leitura psicanalítica. 5. A universalidade do ser *versus* o ser em situação. 6. O judeu autêntico. 7. Considerações finais. 8. Fontes bibliográficas.

## 1. Intróito

À luz do texto constitucional de 1988 parece plausível identificar o racismo como um conjunto de práticas discriminatórias, mais ou menos duradouras e sofisticadas conforme o modelo estudado, dotadas de considerável repercussão social, cujo suposto é a pretensa superioridade biológica e cultural de determinado agrupamento humano sobre outros. Ademais, também perfilam-se no racismo as teorias, os dogmas, as narrações místicas ou míticas, as propagandas, as crenças, enfim, os discursos que preguem tal superioridade.

Como “fato social complexo”, o preconceito racial comporta diversas análises, conforme a natureza do instrumental teórico manuseado na investigação (filosófica, política, sociológica, psicológica etc.).

No plano jurídico-formal, a expressão “racismo” significa: (a) em sentido amplo, a violação ao princípio constitucional da igualdade, to-

---

\* *Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Ex-bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Mestrando em Ciências Penais na Faculdade de Direito da UFMG.*

mando-se os fatores *raça* e *cor*; (b) em sentido restrito, o conjunto dos crimes delineados na Lei n. 7.716/89, considerando-se, a rigor, os fatores *raça*, *cor* e *etnia*.

Sobretudo a partir da Constituição de 1988, o racismo revestiu-se de forte conteúdo ilícito-penal, ascendendo ao estatuto de crime imprescritível e inafiançável (art. 5º, inciso XLII). Com a edição da Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, posteriormente alterada pela Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997 (definindo os crimes resultantes de preconceito de *raça*, *cor*, *etnia*, *religião* ou *procedência nacional*), espera-se uma adequada reflexão do operador jurídico — intérprete e aplicador da lei — acerca da complexidade do racismo, de suas nuances e peculiaridades.

Em *A questão judaica*, Jean-Paul Sartre (1905-1980) traz à luz profundas reflexões sobre o anti-semitismo presente na sociedade francesa à época da invasão nazista.<sup>1</sup>

Em que pese centrar o problema dos judeus franceses, sua crítica permeia caráter universal à discriminação racial, a despeito de sua multiformidade. Por essa razão, as conclusões esboçadas pelo autor são substanciais referências ao estudo criminológico do tema.

## 2. Traço de irracionalidade

Em tópicos gerais procuramos reunir as idéias centrais desenvolvidas ao longo do texto *sub examine*.

A formação de psicólogo permite a Sartre adentrar, incomparavelmente, no universo íntimo do anti-semita e do próprio judeu. Não cabe supor, entretanto, que o pensamento sartriano concebe o anti-semitismo como manifestação estritamente psicológica. No último capítulo de seu trabalho, escreve o filósofo francês:

“o anti-semitismo é uma representação mítica e burguesa da luta de classes e não poderia existir numa sociedade sem classes. Ele evidencia a *separação* e o isolamento dos homens na comunidade, o conflito de interesses, o fracionamento de paixões; só poderia existir nas coletivida-

---

1 *A questão judaica* foi publicada originalmente em 1946. Os “semitas” são grupos originários da Ásia ocidental, compreendidos pelos hebreus, árabes, assírios, aramaicos e fenícios. A palavra “anti-semitismo” popularizou-se, principalmente a partir das últimas décadas do séc. XIX, por sintetizar o preconceito contra os judeus.

des em que uma solidariedade bastante fraca une pluralidades fortemente estruturadas; é um fenômeno de pluralismo social”<sup>2</sup>.

A inteligência da construção de Sartre está em elucidar as seguintes asserções, sob as quais passa a considerar o anti-semitismo:

“se o judeu não existisse, o anti-semita o inventaria [...] é o anti-semita quem faz o judeu [...] o judeu está numa situação de judeu porque vive numa coletividade que o considera judeu [...] criamos essa espécie de homem que só tem sentido como produto artificial de uma sociedade capitalista (ou feudal) e cuja única razão de ser está em servir de bode expiatório para uma coletividade ainda pré-lógica [...] não é o caráter judaico que provoca o anti-semitismo; ao invés disso, é o anti-semita que cria o judeu. O fenômeno inicial é, portanto, o anti-semitismo, estrutura social regressiva e concepção de mundo pré-lógica”<sup>3</sup>.

O anti-semitismo pode ser comparado a uma paixão. O anti-semita escolheu viver passionadamente em detrimento de uma vida racional:

“o homem racional busca angustiosamente a verdade, está ciente de que seus raciocínios são apenas prováveis [...] Mas há pessoas que são atraídas pela constância das pedras. Querem ser maciças e impenetráveis, não querem mudar — pois aonde as mudanças as levariam? Trata-se de um medo primordial de si mesmas e um medo da verdade”<sup>4</sup>.

### 3. Classes sociais

A maioria dos anti-semitas pertenciam à pequena burguesia urbana francesa (classe média: funcionários públicos, assalariados, pequenos comerciantes etc.). Ao exclamarem “odeio os judeus”, pensam valorizar uma identidade e tradição francesas, dando vazão a um *status* da propriedade hereditária (quando, na verdade, são pessoas de escassas posses).

Logo, restava caricaturar o judeu como abjeto a tudo que seja verdadeiramente *francês*:

“ao se indisporem contra o judeu, eles de súbito tomam consciência de ser proprietários: ao descreverem o israelita como ladrão, colocam-se na invejável posição de gente passível de ser roubada; se o judeu quer roubar-lhes a França, é porque a França lhes pertence [...] O an-

---

2 P. 94.

3 Trechos excertos, respectivamente, das p. 12, 46, 48, 86 e 90.

4 P. 15.

ti-semitismo não consiste apenas no prazer de odiar; acarreta também prazeres positivos: tratando o judeu como ser inferior e pernicioso, estou também afirmando que pertença a uma elite [...] Não preciso fazer nada para merecer minha superioridade, e não há como perdê-la. É dada para sempre — é uma coisa”<sup>5</sup>.

Percebe-se, nessa ótica, que o anti-semitismo não representa uma simples ou desprezível *opinião*; ao contrário, diz Sartre, implica toda a pessoa do anti-semita. Isso quer dizer:

“é em face do judeu, e do judeu apenas, que o anti-semita se realiza como sujeito por direito. Se por milagre todos os israelitas fossem exterminados tal como ele quer, o anti-semita tornaria a ver-se como porteiro ou lojista numa sociedade fortemente hierarquizada em que a qualidade de ‘verdadeiro francês’ valeria bem pouco, pois todo mundo a possuiria”<sup>6</sup>.

Não havia praticamente anti-semitismo na classe operária francesa. Recorrendo ao pensamento marxista, Sartre explica que o operário julga a história como produto de realidades sintéticas (burguesia, camponato, cartéis, partidos, sindicatos etc.), segundo um *materialismo dialético*. Ao revés, o anti-semita encara o mundo social como a resultante das vontades individuais:

“o anti-semitismo é primordialmente um maniqueísmo; explica o curso do mundo mediante a luta do princípio do Bem contra o Mal. Entre esses dois, não há acordo possível: é preciso que um deles triunfe e que o outro seja aniquilado”<sup>7</sup>.

Os argumentos fundados na raça e na hereditariedade são, nas palavras de Sartre, mero “verniz científico” a escamotear uma convicção primitiva.

---

5 P. 19-20. O racismo contemporâneo, na análise de Nicola Matteucci, resulta da fusão de três diferentes correntes de pensamentos: o estudo científico das raças (a crescente associação entre fatores genéticos e comportamentais, acompanhada da livre interpretação da teoria da evolução e seleção natural de Darwin); o nacionalismo, onde o “povo” dá lugar à “raça” na idéia de nação; e, finalmente, uma atitude mística e irracional em política, quando o racismo migra para o Estado, introjetando-se nas políticas de governo (*in*: Bobbio, Matteucci e Pasquino. *Dicionário de Política*, v. 2, p. 1.059 *et seq.*).

6 P. 21.

7 P. 28. Hannah Arendt confirma que “a única classe que demonstrou ser quase imune à propaganda anti-semita foram os trabalhadores que, absolvidos pela luta de classes e equipados com a explicação marxista da história, nunca entram em conflito direto com o Estado, mas só com outra classe social, a burguesia, que os judeus certamente não representavam e da qual nunca haviam sido parte importante” (*Origens do totalitarismo*. P. 45/46).

## 4. A leitura psicanalítica

Na seara da Psicanálise, Sartre interpreta o maniqueísmo do anti-semita como uma sedução pelo Mal. Nas profundezas de seu ódio residiria uma intrigante afeição sexual pelo judeu:

“a atração sádica do anti-semita pelo judeu é tão forte que não é raro ver um desses inimigos jurados de Israel cercar-se de amigos judeus [...] Conheci uma que mantinha relações íntimas com um judeu polonês. Às vezes se deitava com ele e o deixava acariciar seus seios e seus ombros, mas nada além disso. Ela se deliciava vendo-o respeitoso e submisso, imaginando seu violento desejo reprimido e humilhado”<sup>8</sup>.

Ainda, na percepção do autor, a expressão “uma bela judia” comporta um forte significado sexual, exalando “cheiro de estupro e de massacre”<sup>9</sup>.

Lançando-se na pessoa do judeu, Sartre estima o sentimento da criança judia ao descobrir a discriminação que se lhe pesa:

“Sentem-se separados, excluídos da sociedade das crianças normais que correm e brincam tranqüilamente ao redor e que não têm nome especial. Ao voltarem para casa, olham o pai e pensam: ‘Então ele também é judeu?’, e o respeito que sentem por ele fica comprometido. Como esperar que não carreguem por toda a vida as marcas dessa revelação?”<sup>10</sup>

Sartre acaba por desenhar um perfil bastante curioso do anti-semita, um “destruidor por ofício, sádico de coração puro, o anti-semita é, no fundo do coração, um criminoso. O que ele deseja, o que ele prepara, é a morte do judeu”<sup>11</sup>.

---

8 P. 32-33.

9 O *Manifesto das Mulheres Negras* de 1975 nos chama a atenção: “as mulheres negras brasileiras receberam uma herança cruel: ser o objeto de prazer dos colonizadores. O fruto deste covarde cruzamento de sangue é o que agora é aclamado e proclamado como ‘o único produto nacional que merece ser exportado: a mulata brasileira’. Mas se a qualidade do ‘produto’ é dita ser alta, o tratamento que ela recebe é extremamente degradante, sujo e desrespeitoso” (in: Nascimento. *O genocídio do negro brasileiro*, p. 61-62).

10 P. 50. A historiógrafa Jussara Marilda França, em recente pesquisa realizada nas escolas públicas de Belo Horizonte, anotou que, na maioria das vezes, “o professor estabelece um quadro preconcebido quanto ao desempenho do aluno negro: o vê como oriundo de família problemática, pais desempregados, mal-alimentados, não acredita na sua capacidade e acha que não vale a pena investir nele [...] o aluno negro tem sua imagem carregada de pessimismo na escola e, a não ser que faça um grande esforço, tudo concorrerá contra o seu bom desempenho” (Racismo na escola: a linguagem do fracasso. *Análise & Conjuntura*, p. 126-127).

11 P. 33.

## 5. A universalidade do ser *versus* o ser em situação

Todo o pensamento sartriano parte do seguinte suposto: o homem é uma *liberdade em situação*. Essa situação (uma situação biológica, econômica, política, cultural etc.) restringe as possibilidades do homem, mas, ao mesmo tempo, é o “homem que dá sentido a sua situação escolhendo-se nela e por meio dela”<sup>12</sup>.

Esse dado permite compreender uma sutil manifestação do anti-semitismo no momento em que Sartre descreve a figura do *democrata*. Defensor da igualdade entre os homens, para o democrata o indivíduo é um somatório de traços universais. Receando despertar uma “consciência judaica”, desprezando o *singular*, sua defesa apenas “salva o judeu enquanto homem e o aniquila enquanto judeu”<sup>13</sup>. Assim conclui:

“para um judeu consciente e orgulhoso de ser judeu, que assume sua vinculação à comunidade judaica, sem por isso menosprezar os laços que o unem a uma coletividade nacional, não há tanta diferença entre o anti-semita e o democrata. Aquele quer destruí-lo enquanto homem para que reste apenas o judeu, o pária, o intocável; este quer destruí-lo enquanto judeu para que se conserve apenas o homem, o sujeito abstrato e universal dos direitos do homem e do cidadão [...] O anti-semita condena o judeu por ser *judeu*; o democrata facilmente o condena por *considerar-se judeu*”<sup>14</sup>.

Como se vê, essa pretensa *universalidade do ser* opõe-se radicalmente à premissa inicial, ou seja, à premissa do *ser em situação*: onde o psíquico, o físico, o social, o religioso interagem. Mais adiante, Sartre sublinha que os caracteres somáticos pertencentes à “raça judaica” constituem apenas um fator entre tantos outros ligados à *situação* do judeu, jamais uma condição determinante de sua natureza.<sup>15</sup>

## 6. O judeu autêntico

Dois caminhos, diametralmente opostos, abrir-se-iam ao judeu: a *autenticidade* e a *inautenticidade*. Seguir pelo primeiro caminho, pela autenticidade, significa viver e assumir plenamente a condição de judeu.

---

12 P. 40.

13 P. 38.

14 P. 39.

15 Cf. p. 43.



A opção pela inautenticidade, ao contrário, representa o rechaço dessa mesma condição.

No entender de Sartre, a maior parte dos judeus escolheram a inautenticidade. Ao negarem a existência de uma realidade judaica, aflorou-se-lhes um *complexo de inferioridade*: “deixaram-se envenenar por determinada representação que os outros têm deles e vivem com medo de que seus atos a confirmem”<sup>16</sup>.

O desejo de assimilação, isto é, o de ser reconhecido enquanto *homem*, gera uma tensão permanente para o judeu inautêntico, porque, mesmo galgando posição social elevada, está ciente de que sempre e irremediavelmente referir-se-ão a ele como um *judeu*. Resultado: na medida em que renega as características imutáveis que lhe atribuem, se convence a ver essas características noutros judeus, vendo-as, na verdade, indiretamente em si mesmo. Isso seria o masoquismo e o anti-semitismo do próprio judeu. Contudo, como adianta Sartre, trata-se de uma manifestação conflituosa:

“é anti-semita para romper todos os laços com a comunidade judaica, mas torna a encontrá-la no fundo do coração, pois sente na própria carne as humilhações a que os anti-semitas submetem os outros judeus. E o que constitui uma das características do judeu inautêntico é precisamente essa eterna oscilação entre o orgulho e o sentimento de inferioridade, entre a rejeição voluntária e apaixonada dos traços de sua raça e a participação mística e carnal na realidade judaica”<sup>17</sup>.

---

16 P. 62. Para Joel Rufino dos Santos o chamado *complexo de cor* é também uma invenção racista: “seria uma espécie de complexo de inferioridade dos não-brancos diante da vida: ela dava oportunidade a todos que tivessem força de vontade, mas os não-brancos tinham um inexplicável medo de tentar; largassem o medo e tentassem, estudando, trabalhando firme, cumprindo as regras sociais...Acabariam premiados. A invenção deste ‘complexo de cor’ teve um objetivo: jogar em cima dos não-brancos a culpa das suas dificuldades. *Você não vence porque tem complexo de cor. A sociedade brasileira não é absolutamente racista*” (*op. cit.*, p. 56).

17 P. 69. A expressão “assimilação” é empregada no sentido de integração social. Joel Rufino dos Santos também percebe o ímpeto de *assimilação* nos negros: “os brancos não o aceitam, mas o negro força a aceitação — comportando-se como os brancos desejam que ele se comporte. Este *comportamento adaptativo* do negro, comum em toda a América, que acaba lhe conferindo dupla personalidade, tem sido bastante estudado por psicólogos e sociólogos” (*op. cit.*, p. 71). Parece-nos, sem a menor censura, não bastar aos negros, digamos, aos negros inautênticos, refutarem uma consciência negra; hão de falsear o traço evidente da discriminação: a cor. Nesse sentido, o mencionado historiador brasileiro diz que “embranquecer se tornou, por consequência, uma obsessão para as pessoas humildes de cor. ‘Não sou racista. Mas gostaria que minha filha casasse com alguém menos escuro,

Por caminho oposto, o judeu autêntico *faz-se* judeu por sua própria vontade. Afastando-se do mito do homem universal, escolheu levar adiante sua consciência judaica:

“conhece a si mesmo e se reconhece na história como criatura histórica e maldita; deixou de fugir de si próprio e de envergonhar-se dos seus. Compreendeu que a sociedade é má; substitui o monismo ingênuo do judeu inautêntico por um pluralismo social; sabe que está à parte, intocável, maldito, proscrito, e assume-se como tal”<sup>18</sup>.

Longe de sugerir a solução do problema social judaico, a autenticidade, ao menos, reduz o poder do anti-semita, que não mais encontra passividade em seu interlocutor, antes a assunção dos valores, do nome, dos traços físicos, enfim, da realidade que o circunda.

## 7. Considerações finais

Discutindo soluções que abrandem o sofrimento judaico, entre as quais a propaganda, a educação, a conscientização de que o problema é *nosso* (dos não-judeus), Sartre questiona seriamente a eficácia das leis para minimizar o anti-semitismo:

“não se deve ter medo de proibir com leis permanentes as declarações e os atos que tendam a difamar uma categoria de franceses. Mas não tenhamos ilusões sobre a eficácia dessas medidas: as leis nunca tolheram e nunca tolherão o anti-semita, convicto de pertencer a uma sociedade mística que está além da legalidade. Podem se acumular decretos e proi-

---

para ir limpando o sangue’ [...] Os negros que ficam ricos de alguma forma procuram sempre mulheres brancas [...] Conheci, na minha infância de subúrbio, inúmeros pretos que se esfregavam à noite com água sanitária (a ‘cândida’ dos paulistas) e, ainda hoje, muitos deles ‘esticam’ o cabelo para disfarçar sua ‘ruindade’ [...] *o racismo tem essa peculiaridade: acaba se introjetando nas suas vítimas, tornando-as, também, racistas*” (*op. cit.*, p. 68 *et seq.*).

- 18 P. 86-87. Para Hannah Arendt, os judeus encontraram no anti-semitismo, paradoxalmente, um elemento aglutinador de um povo sem vínculo nacional, fadado à assimilação. De fato, o crescimento do anti-semitismo ameaçava o povo judeu de extermínio físico. Só que, nessas condições, os judeus “descobriram a idéia consoladora de que o anti-semitismo, afinal de contas, podia ser um excelente meio de manter o povo unido, de sorte que na existência de anti-semitismo ‘eterno’ estaria a eterna garantia da existência judaica. Essa atitude decerto supersticiosa, relacionada com a fé em sua ‘eleição’ por Deus e com a esperança messiânica, era fortalecida pelo real fato de ter sido a hostilidade cristã, para os judeus, autêntico fator que, durante muitos séculos, desempenhava o papel do poderoso agente preservador, espiritual e político” (*op. cit.*, p. 27).

bições — estes provirão sempre da França legal, e o anti-semita afirma esperar representar a França real”<sup>19</sup>.

Como inicialmente sustentamos, a revisão do anti-semitismo por Sartre constitui portentoso espectro de estudo criminológico do racismo, principalmente se estivermos conscientes da complexa realidade brasileira, da recente herança escravagista, da fragilidade democrática, da situação econômico-social da população negra, assim evitando comparações precipitadas.

A teoria sartriana, ademais, sofre críticas por colocar o judeu na posição de um mero “bode expiatório”. Apresenta deficiências no que diz respeito à perspectiva histórica da investigação, não abordando a estrutura geral de desenvolvimento do Estado-Nação europeu ou as repercussões políticas das atividades financeiras desempenhadas pelos judeus nos últimos séculos.

No entanto, o estilo e agressividade de Sartre impressionam. Convida-nos a refletir. Abre nossos olhos. Mostra “preconceitos” onde víamos “naturalidade”. É uma tentativa de redimensionar a responsabilidade pela discriminação racial. Nesse sentido, a liberdade humana dependerá da experiência plural e, mais ainda, de que as parcelas discriminadas alcancem a plenitude de seus direitos.

## 8. Fontes bibliográficas

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. (Tradução de: *The origins of totalitarianism*).

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 8.ed. Brasília: UNB, 1995. v. 2.

FRANÇA, Jussara Marilda. Racismo na escola: a linguagem do silêncio. *Análise & Conjuntura*, Belo Horizonte, Fundação João Pinheiro, v. 6, n. 1, 124-136, jan./abr. 1991.

NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. 184p. (Estudos brasileiros, 30).

---

19 P. 93.

SANTOS, Joel Rufino dos. *O que é racismo*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. 82p. (Primeiros Passos, 8).

SARTRE, Jean Paul. *A questão judaica*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Ática, 1995. 96p. (Tradução de: *Réflexions sur la question juive*).





# **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL**





## MANDADOS DE SEGURANÇA

### MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.007294-8, DA CAPITAL

Relator: Des. José Roberge

*Mandado de segurança — Magistrados inativos — Contribuição para o custeio da previdência social — Incidência sobre seus vencimentos — Competência concorrente dos Estados para legislar sobre a matéria (arts. 24, XII, e 195, § 4º, da CF) — Ato impugnado que se encontra amparado pela Lei Complementar Estadual n. 129/94 — Ausência de direito líquido e certo — Segurança denegada.*

*A Constituição Federal, em seus arts. 24, XII, e 195, § 4º, estabeleceu competência concorrente aos Estados para legislar sobre matéria previdenciária, o que isenta a Lei Complementar n. 129/94 de qualquer vício de inconstitucionalidade.*

*Estando o ato atacado amparado por Lei Complementar Estadual, incorre o direito líquido e certo necessário à concessão da segurança.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 98.007294-8, da comarca da Capital, em que são impetrantes Ernani Palma Ribeiro e outros, sendo impetrado o Exmo. Sr. Des. Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Sessão do Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, afastar as preliminares e denegar a segurança.

Custas legais.

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, afora-

do por Ernani Palma Ribeiro, Aloysio de Almeida Gonçalves, José Temístocles de Macedo Neto, Ayres Gama Ferreira de Mello, Leonardo Alves Nunes, Milton de Marco, Sálvio de Oliveira, Joachim Hans Werner Joesting, Rogério Domingos Farias Lemos, Eloi Luiz Dadam, Emery Oscar Valentim, Fernando Olavo São Thiago, Dalmo Bastos Silva, Sílvio Venzon Filho, Alberto Causs, Ilson Carlos Calvet, José Geraldo Pereira da Silva, Waldemiro Simões de Almeida, Paulo Roberto Tzelikis e Nazareno Knabben, contra ato do Exmo. Sr. Des. Presidente desta egrégia Corte.

Alegam na inicial que todos são magistrados inativos do Poder Judiciário catarinense e, com a edição da Lei Complementar n. 129, de 7/11/94, em seu artigo 16, seus proventos de aposentadoria vêm sofrendo desconto variável de 8 a 12%, a título de contribuição social para o Ipsc. Tal desconto, segundo eles, afronta o princípio constitucional vigente, previsto no art. 195, II, da CF.

Sustentam ainda que não se enquadram na definição de servidor da Lei n. 8.112/90, que estabelece, em seu art. 2º, ser “a pessoa legalmente investida em cargo público”. Inativo ou aposentado não é servidor, segundo o conceito legal. Também não se enquadram na expressão “outras fontes de custeio”, de que trata o § 4º do art. 195 da Carta Magna.

Requerem, assim, a citação do Ipsc, na pessoa de seu Presidente, como litisconsorte passivo necessário, e, após, a concessão da segurança para que a autoridade impetrada se abstenha de efetuar o desconto previdenciário em favor do

Ipsc na folha de pagamento dos impetrantes, a contar da impetração, em face da inconstitucionalidade da lei que o criou.

Instada, a autoridade impetrada prestou as informações de estilo, onde alegou a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei em sede de mandado de segurança, além de defender a constitucionalidade da contribuição previdenciária dos inativos como fonte de custeio da previdência social, pois a Constituição Federal estabeleceu competência concorrente com os Estados para legislar sobre a matéria previdenciária (art. 195, § 4º). Sustenta, ainda, que não houve redução nos proventos dos impetrantes e que há isonomia constitucional entre ativos e inativos. Por fim, salienta que incorre o direito líquido e certo, necessário para a concessão da ordem.

Após a denegação da liminar, o Estado de Santa Catarina, por seu Procurador, apresentou petição, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, requerendo a extinção do feito em relação à autoridade impetrada, em face da sua ilegitimidade passiva, e também com referência ao Ipsc. Por fim, requer a denegação da segurança por inexistência de direito líquido e certo, eis que os impetrantes, na qualidade de magistrados aposentados, percebem seus proventos diretamente pelo Estado de Santa Catarina, à conta da dotação orçamentária do Tribunal de Justiça, não havendo qualquer liame entre a contribuição paga ao Ipsc e o pagamento das aposentadorias.

Com vista dos autos, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de

Justiça pela citação do Ipesc e, no mérito, pela denegação da segurança.

Citado, o Presidente do Ipesc alegou, em preliminar, a impossibilidade de impetração de mandado de segurança quando se tratar de matéria de índole controvertida, demandando exame de provas não pré-constituídas, como é o caso dos autos. Argüiu, também, a ilegitimidade passiva do Presidente desta Corte, pelo que requereu a extinção do feito com relação a ele. No mérito, pugnou pela denegação da segurança.

É o relatório.

2. Malgrado o interesse mediato que os membros desta Corte poderiam ter na decisão desta ação, como de resto todos os magistrados do Estado, tal decisão somente poderia afetá-los de forma mediata ou reflexa, posto que dependeriam de alcançar a aposentadoria que, em verdade, é o desejo de cada um, ainda que pela compulsoriedade e por decisão em processos de aposentados de outros Poderes.

Por essa razão, o colendo Supremo Tribunal Federal não tem admitido a incidência do art. 102, I, n, da Constituição Federal.

Neste sentido, são várias as decisões do Pretório Excelso.

“O simples reflexo da pretensão, sobre a situação de magistrados federais (nenhum dos quais é parte na ação), não basta para acarretar a competência originária do Supremo Tribunal, de acordo com o art. 102, I, n, da Constituição” (AOE 11-3-Q.O.-DF, rel. Min. Octávio Gallotti, DJ de 2/6/89, pág. 9.599).

A orientação da Corte Suprema é no sentido de que a competência originária determinada no artigo e dispositivos citados somente tem cabimento quando a matéria versada diz respeito a privativo interesse da magistratura como tal. Se a decisão aproveita também a outras categorias, ou outros servidores, não tem aplicação a questionada competência originária.

Neste sentido:

“Já se firmou a jurisprudência do STF no sentido de que a letra n do inciso I do art. 102 da Constituição Federal só se aplica quando a matéria versada na causa diz respeito a privativo interesse da magistratura como tal, e não quando também interessa a outros servidores” (AO 33-5-SP, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 13/11/92, pág. 20.848).

A presente ação, embora aproveite a magistrados aposentados e mediatamente àqueles que se aposentarem, aproveita, também, de maneira genérica, aos servidores públicos catarinenses, de todos os Poderes, o que faz excluir a competência originária do STF, nos termos do art. 102, I, n, da Constituição Federal (RTJ 164/9). A mais, a Emenda Constitucional n. 20, de 1998, deu nova redação ao artigo 195, II, da Constituição Federal, pondo fim a futuras isenções decorrentes da aposentadoria.

3. A preliminar de ilegitimidade passiva ad causam fica superada diante das informações prestadas pela autoridade impetrada, encampando o ato impugnado, defendendo-o com rigor. Verifica-se que esta

rebateu todos os pontos levantados pelos impetrantes. Dessa forma, ao entendimento pacífico dessa Corte, há a legitimidade passiva do aludido impetrado, eis que, ao se manifestar acerca do mérito, encampou o ato, tornando-se coator.

4. Da mesma forma, a preliminar levantada em plenário pelos impetrantes, no sentido de que a segurança encontra-se prejudicada em face da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, devendo ser apreciada tão-somente com relação ao tempo compreendido entre a impetração e sua vigência, também não procede.

De fato, a Emenda Constitucional n. 20, que modificou o sistema de previdência social, estabelecendo normas de transição e dando outras providências, só veio fortificar a falta de amparo legal da impetração, amparo que, na verdade, os impetrantes nunca tiveram.

O art. 195, inciso II, da Constituição Federal, ficou com a seguinte redação:

"Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

"...

"II — do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201".

Contudo, ainda quando a redação previa apenas a expressão "trabalhador", no referido dispositivo, em seu inciso II, não subsistiria qualquer direito, como será mais bem esclarecido a seguir.

5. No mérito, razão não assiste aos impetrantes.

A Constituição Federal, em seus arts. 24, XII, e 195, § 4º, estabeleceu competência concorrente aos Estados para legislar sobre matéria previdenciária, o que isenta a Lei Complementar n. 129/94 de qualquer vício de inconstitucionalidade. E seu artigo 16, ora atacado, é claro ao abranger a contribuição por parte dos inativos.

Além disso, nunca é demais lembrar que o mandado de segurança não é o meio adequado para declarar inconstitucionalidade de lei, como pretendem, de certa forma, os impetrantes.

Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Processual — Mandado de segurança — Declaração de inconstitucionalidade de lei. Impetração contra a lei em tese encontra obstáculo na Súmula 266 de nossa Corte maior. O mandado de segurança não é meio próprio para substituir a ação direta da Constituição Federal, artigo 102, I, a, nem para compelir o Governador do Estado a enviar mensagem à Assembléia Legislativa. Nego provimento" (ROMS 0000426, RJ, rel. Min. Garcia Vieira, j. em 18/2/91, RSTJ 19/278).

Portanto, por ora, os descontos sofridos, desde o ingresso na carreira, diga-se de passagem, estão amparados em lei, não se vislumbrando qual-

quer irregularidade no ato da autoridade de impetrada em efetua-los.

Esta Corte, em caso semelhante, assim já se pronunciou sobre o tema:

“Mandado de segurança. Servidor público estadual inativo. Contribuição previdenciária. Exegese dos arts. 40, § 6º, e 195, da Constituição Federal, da Lei n. 3.138/62 e da Lei Complementar n. 129/94. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada.

“Os servidores inativos, após a rescisão do contrato de trabalho pela aposentadoria, preservam um remarcado vínculo de ordem financeira, com a pessoa jurídica de direito público para que hajam trabalhado.

“Diante da atual legislação, insculpida nos arts. 40, § 6º, e 195, ambos da Constituição Federal, e Lei n. 3.138/62, que instituiu o salário-de-contribuição sobre os proventos, não há como se negar que o servidor inativo se inclui no rol de contribuintes da seguridade social.

“Contribuição social é um tributo fundado na solidariedade social de todos para financiar uma atividade estatal complexa e universal, como é a da Seguridade (Min. Sepúlveda Pertence, ADIn. n. 1.441-2-DF).

“Os descontos efetuados mensalmente, a título de contribuição previdenciária, tem como fundamento dispositivo legal expresso que autoriza a Administração a assim proceder (Lei n. 3.138/62, que instituiu o salário-de-contribuição sobre os proventos, e Lei Complementar n. 129/94, que manteve o desconto)” (MS n. 97.014461-0, da Capital, rel. Des. Pe-

dro Manoel Abreu, Segundo Grupo de Câmaras, j. em 8/6/98).

O Supremo Tribunal Federal também já se pronunciou sobre o assunto, deixando assente a legalidade dos descontos ora atacados:

“Servidor Público — Contribuição para o custeio da Previdência Social — Incidência sobre os proventos dos servidores inativos — Voto vencido.

“Extensão, aos proventos dos servidores públicos inativos, da incidência de contribuição para o custeio da Previdência Social.

“Insuficiente relevância, em juízo provisório e para fins de suspensão liminar, de arguição de sua incompatibilidade com os arts. 67; 195, II; 40, § 6º; 194, IV; e 195, §§ 5º e 6º, todos da CF” (ADIn. n. 1.441-2-DF — Tribunal Pleno — j. 28/6/96 — rel. Min. Octávio Gallotti — DJU 18/10/96 — RT 735/193).

Do aresto se extrai o sucinto e esclarecedor voto do Min. Sepúlveda Pertence:

“No fundo, as discussões sobre a chamada crise na Previdência e da Seguridade Social têm sido prejudicadas, de um lado e de outro, por uma argumentação oportunística de ambas as partes: a de tomar-se a Seguridade Social ora como se tratasse de um contrato, ora como se tratasse, e efetivamente se trata, de uma ação estatal independente de cálculos e considerações atuariais.

“Assim como não aceito considerações puramente atuariais na discussão dos direitos previdenciários, também não as aceito para fundamentar o argumento básico contra a

contribuição dos inativos, ou seja, a de que já cumpriram o quanto lhes competia para obter o benefício da aposentadoria.

“Contribuição social é um tributo fundado na solidariedade social de todos para financiar uma atividade estatal complexa e universal, como é a da Seguridade”.

No mesmo sentido o julgamento do pedido de liminar na ADIn. n. 1.430—BA, relator o Ministro Moreira Alves.

Por fim, cita-se o seguinte julgado, a fim de afastar qualquer dúvida ainda persistente:

“Constitucional. Magistrados. Previdência Social. Decisão que considerou inviável a pretensão de afastar a aplicabilidade, aos aposentados, do parágrafo único do art. 32 da Loman, a estabelecer que a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados não impede os descontos fixados em lei, em base igual à estabelecida para os servidores públicos, para fins

previdenciários. Recurso extraordinário denegado. Confirmação” (STF — rel. Min. Décio Miranda, v. u., DJ 2/3/84).

Portanto, diante de todo o exposto, conclui-se que razão alguma assiste aos impetrantes, mesmo porque nenhuma redução sofreram em seus vencimentos.

Assim, denega-se a segurança.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alberto Costa, Amaral e Silva, Anselmo Cerello, Genésio Noll, Jorge Mussi, Francisco Borges, João José Schaefer e Alcides Aguiar. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Rosa Maria Garcia.

Florianópolis, 17 de fevereiro de 1999.

*Wilson Guarany,*  
*Presidente com voto;*  
*José Roberge,*  
*Relator.*

## **MANDADO DE SEGURANÇA N. 6.330 (88.060127-2), DA CAPITAL**

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Mandado de segurança. Servidores públicos. Exoneração voluntária incentivada. Lei n. 8.473/91. Tribunal de Contas do Estado. Autonomia limitada aos poderes previstos na legislação pertinente. Princípio da legalidade.*

*O Tribunal de Contas é órgão da administração pública, pois é mantido pelo Estado como instrumento para a consecução de seus fins. A natureza jurídica sui generis não lhe retira a sujeição ao império da lei, estando ela isenta de vícios que a conduzam à ineficácia.*

*Aos órgãos da administração não incumbe dissentir, mas tão-somente executar, mesmo a contragosto, as ordens de quem está legitimamente investido de poder decisório, sob pena de quebra de hierarquização, que configura a contrariedade maior dos fins precípuos do Estado.*

*O princípio da legalidade exige a positivação norteadora dos atos administrativos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 6.330 (88.060127-2), da comarca da Capital em que são impetrantes Fernando Luiz Gomes de Mattos e outros, sendo impetrado o Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Segundo Grupo de Câmaras, por decisão unânime, conceder a segurança aos impetrantes Fernando Luís Gomes de Mattos e Sônia Mendes Brito e considerar Marcelo Lazzari carecedor da ação.

Custas de lei.

Fernando Luiz Gomes de Mattos, Sônia Mendes Brito e Marcelo Lazzari impetraram mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, consistente na denegação de pagamento indenizatório requerido com lastro na Lei Estadual n. 8.473 de 12 de dezembro de 1991, que estabeleceu o programa de incentivo à exoneração voluntária dos servidores públicos civis da administração direta.

O ato denegatório ancorou-se em parecer da Consultoria Geral daquele órgão, que expressou entendimento da inaplicabilidade da Lei n. 8.473/91 aos servidores do Tribunal

de Contas, interpretando restritivamente a alusão que o diploma faz aos servidores da administração direta, remetendo-o aos ocupantes de cargos do Poder Executivo, exclusivamente, em vista da autonomia administrativa da entidade solicitada.

Alegam os dois primeiros impetrantes que, na condição de servidores concursados ocupantes de cargos de provimento efetivo, observaram o procedimento administrativo previsto no aludido diploma, requerendo a feitura dos cálculos indenizatórios e, após, formularam pedido de exoneração, que foi deferido sem, contudo, terem percebido as verbas correspondentes.

Quanto ao terceiro impetrante, Marcelo Lazzari, sua situação é diferenciada dos demais, porque, ante o indeferimento, não aperfeiçoou o pedido de exoneração, permanecendo em efetivo exercício das funções inerentes a seu cargo, merecendo análise distinta.

Sem pedido de liminar em face da natureza da impetração, foi processado o feito, informando a autoridade impetrada que a independência dos poderes não autoriza a intromissão do Poder Executivo na implantação de políticas públicas inadequadas ao funcionamento dos demais, não sendo consultado o Tribunal de Contas ou

mesmo consentido no pretense enxugamento da máquina administrativa, ressaltando a escassez de pessoal em seus quadros.

Aduz, ainda, que a excepcionalidade do edito legal que ampara a pretensão dos impetrantes, impõe-lhe exegese circunscrita pelo momento histórico a indicar-lhe a finalidade, específica do Poder Executivo, ao qual deve limitar-se a sua incidência, acrescentando que a redação legislativa é omissa em indicar quais os poderes abrangidos pela norma, restando subentendida a restrição da aplicabilidade.

Sustenta que o pedido dos dois primeiros impetrantes deu-se em razão de aprovação de ambos em outro concurso público para cargo inacumulável, circunstância que torna descabida a indenização, pois a exoneração era previsível, independentemente da Lei n. 8.473/91, conhecendo dos atos praticados segundo o art. 169 da Lei n. 6.745/85 (Estatuto do Servidores Públicos do Estado).

Quanto ao terceiro impetrante, argumenta que ele mantém vínculo funcional com a Corte de Contas, encontrando-se em licença para tratar de interesses particulares desde a data de 9/10/92.

Invoca o princípio da razoabilidade e ressalta que o pagamento indenizatório seria contrário ao interesse público, pela necessidade de imediato preenchimento dos cargos, em face da imprescindibilidade das funções que os impetrantes exerciam, além de inexistir dotação orçamentária específica para tal pagamento, no repasse do Órgão.

Instada a manifestar-se, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança.

É o relatório.

Trata-se de ação mandamental proposta por dois ex-servidores do Tribunal de Contas exonerados a pedido, que visam a aplicação da Lei n. 8.473/91, almejando serem agraciados com a indenização que o diploma prevê.

Integra ainda o pólo ativo, terceiro servidor, integrante dos quadros do Órgão em foco, em que, embora tenha iniciado o procedimento de exoneração incentivada, não aperfeiçoou o pedido exoneratório, em face do indeferimento da verba indenizatória postulada.

Com efeito, dispõe o art. 1º da refalada Lei n. 8.473/91:

“Ao servidor público civil da administração direta, autárquica e fundacional, ocupante de cargo de provimento efetivo, submetido ao regime jurídico de natureza estatutária, que, voluntariamente, requerer exoneração, é assegurado o pagamento de indenização em dinheiro”.

A precisão dos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, na identificação das qualidades inerentes aos beneficiários da norma em tela, indica que “os servidores públicos constituem subespécies dos agentes públicos administrativos” — que, por sua vez — “são todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico único da entidade estatal a que servem” (Direito Administrativo Bra-



sileiro, Malheiros, 18<sup>a</sup> ed., 1993, págs. 358 e 74).

O Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado, Lei n. 6.745/85, estende seus efeitos aos funcionários do Tribunal de Contas, sujeitando-os ao regime jurídico único dos servidores dos três poderes do Estado, reconhecendo-os equiparados na dicção do art 1º, verbis:

"Art. 1º — Este Estatuto estabelece o Regime Jurídico dos funcionários públicos civis dos três poderes do Estado e do Tribunal de Contas".

Assim, mesmo em dedução superficial pode-se dizer que se sujeitam os servidores daquele Órgão aos comandos genéricos lançados aos agentes estatutários da administração pública.

Todavia, para exame do mandamus, impende averiguar-se as peculiaridades inerentes ao Tribunal de Contas, enquanto órgão da administração, aferindo-se a linha divisória entre sua subordinação e sua autonomia, delimitando a extensão dos efeitos legais da norma invocada na impetração.

Dispõe a Constituição Estadual:

"Art. 61 — O Tribunal de Contas do Estado, integrado por sete Conselheiros, tem sede na cidade de Florianópolis, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território estadual, exercendo, no que couber, a competência prevista no art 83" (grifo).

A organização e o funcionamento do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina é disciplinada

na LC n. 31/90, de cujo texto destaca-se:

"Art. 21 — O Tribunal de Contas do Estado disporá de quadro próprio de pessoal, em regime jurídico único, com a estrutura orgânica e suas atribuições de apoio técnico e administrativo estabelecidas em provimento próprio".

E, ainda :

"Art. 25 — O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência".

Da competência instituída, arrola-se:

"Art. 28 — Compete, ainda, ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina:

"omissis

"V — organizar seu quadro de pessoal na forma estabelecida no Regimento Interno e prover-lhe os cargos observada a legislação pertinente;

"VI — propor ao Poder Legislativo a criação, transformação e extinção de cargos e funções do quadro de pessoal, bem como a fixação da respectiva remuneração, observados os limites orçamentários fixados, os níveis de remuneração adotados para os servidores do Poder Legislativo e, no que couber, os princípios reguladores do Sistema de Pessoal Civil do Estado de Santa Catarina" (grifos).

Quanto aos dois primeiros impetrantes, efetivamente exonerados, analisando-se os argumentos deduzidos pela autoridade impetrada para

afastar a incidência do permissivo legal à espécie, tem-se por irrelevante o fato de os ex-servidores requerentes do benefício haverem sido aprovados em outro concurso público, pois inexistia a compulsoriedade da exoneração no momento da formulação do pedido, resguardado o direito de opção que teriam em permanecer no cargo primitivo, se assim lhes aprovesse.

Ademais, o incentivo à exoneração não veda ao beneficiado a readmissão no serviço público, quanto mais em outra esfera administrativa, como no caso, ainda mais quando o cargo assumido posteriormente pertence à administração federal.

A alegada falta de previsão no orçamento para pagar o reclamado não atribui plausibilidade à denegação da ordem, uma vez que a responsabilidade pela proposta orçamentária anual é competência exclusiva do próprio Tribunal de Contas, segundo o art. 87 da LC n. 31/90.

Assim, verificando-se a formulação do pedido em âmbito administrativo, incumbia ao Órgão requerido acrescentar o item na proposta orçamentária para fazer face às despesas extraordinárias eventualmente geradas.

O argumento maior, da autonomia administrativa do Tribunal em tela, que estaria a impor seu assentimento na legislação cujos efeitos são aqui debatidos, desde que compartilhasse dos propósitos do Governo do Estado no enxugamento da máquina, revela-se limitado nos dispositivos supratranscritos.

Com efeito, detém a Corte de Contas atribuições conferidas em lei complementar, que a distingue de

outros órgãos da administração pública. Não obstante, a própria LC n. 31/90 impõe sua subordinação aos princípios reguladores do "sistema de pessoal civil do Estado de Santa Catarina", na exata dicção do art 28, VI, in fine.

Por sistema, entende-se o conjunto de normas relativas a determinada espécie de fatores interligados por nexo de homogeneidade quanto aos aspectos comuns dos elementos componentes.

Portanto, o Órgão detém poderes para autogestionar seus servidores, seu quadro e outros que tais; no entanto, as normas propostas pelo Tribunal de Contas ficam vinculadas ao sistema vigente, que é aplicável aos servidores públicos em geral e, principalmente, não excluem as determinações genéricas lançadas pelo Governo do Estado, detentor de iguais poderes, por disposição constitucional, com espectro de abrangência ampliado.

Complementando a construção, poder-se-ia dizer que toda a matéria que não estiver expressamente prevista como competência privativa do TCE, nela concorrerá o Governador do Estado, sendo este detentor, ainda, de competência exclusiva para as iniciativas não contidas explicitamente no rol de atribuições daquele.

Sendo incontestado a prerrogativa governamental exclusiva para editar norma com tal conteúdo que, em face de suas peculiaridades, não se integram exatamente nas competências definidas na Lei Complementar de regência do Órgão, por absoluta falta de previsão e, tendo o Governador do Estado, em princípio, autoridade

de sobre todos os órgãos da administração, a todos submete o império da lei por ele criada, como corolário lógico do Estado de Direito.

O caráter temporário do diploma em nada o diferencia das leis editadas sem esta característica, exceto pela vigência determinada, sem implicações quanto a sua aplicabilidade no interstício em que vigorou.

Saliente-se, em diversos casos, esta Corte tem equiparado os servidores do Tribunal de Contas aos dos demais poderes, com destaque para as pensões integrais, gratificações, teto remuneratório, onde sequer se cogitou a distinção da natureza do órgão a que pertencem, para excepcionar a regra geral.

Quanto à especificidade da intenção legis, restrita ao Poder Executivo, sem que houvesse anuência da autoridade impetrada, que legitimasse a incidência em sua esfera, oportuna a observação de Hely Lopes Meirelles, quando discorre sobre a diferença entre o Governo e a Administração, assim reproduzida:

“Comparativamente, podemos dizer que Governo é atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. Governo é conduta independente; administração é conduta hierarquizada. O Governo comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução; a Administração executa sem responsabilidade constitucional ou política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução. A administração

é o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo. Isto não quer dizer que a administração não tenha poder de decisão. Tem. Mas o tem somente na área de suas atribuições e nos limites legais de sua competência executiva, só podendo opinar e decidir sobre assuntos jurídicos, técnicos, financeiros ou de conveniência e oportunidade administrativas, sem qualquer faculdade de opção política sobre a matéria” (op. cit., pág. 61).

Destarte, o Governo realizou opção política ao editar a norma, esteja ela compatível ou não aos interesses dos administrados. Não foi provocado o controle, quer difuso ou concentrado, quanto à lei discutida. Aos órgãos da administração não incumbe dissentir, mas tão-somente executar, mesmo a contragosto, as ordens de quem está legitimamente investido de poder decisório, sob pena de quebra da hierarquização, que configura a contrariedade maior dos fins precípuos do Estado.

Enquanto órgão da administração, o Tribunal de Contas sujeita-se às políticas públicas adotadas pelos governantes, a menos que se lhe negue tal condição, pois, a par de sua autonomia limitada, como já dito, é entidade mantida pelo próprio Estado, como instrumento de realização de seus objetivos.

Destaque-se, finalmente, o fato de a norma ter sido regulamentada através do Decreto n. 1.395, de 29 de janeiro de 1992, que excluiu expressamente de sua incidência determinadas categorias funcionais, sem prevalência extensiva do preceito a outras

hipóteses e sem atribuição discricionária à administração neste particular.

A própria lei é omissa na distinção que se quer dar e também na reserva de discricionariedade à administração, deixando totalmente ao alvitre do servidor a voluntariedade da exoneração indenizada.

O princípio da legalidade impõe a positivação para legitimação dos atos administrativos, ou seja, em matéria de direito público exige-se mais do que a mera falta de vedação, sendo mister a expressa previsão legal, ausente na espécie, para afastar o direito reclamado.

Considera-se, portanto, violado o direito líquido e certo dos impetrantes Fernando Luís e Sônia, sendo pertinente o writ.

Quanto ao terceiro impetrante, não se lhe aplicam as disposições da Lei n. 8.473/91.

O fato de não ter aperfeiçoado, com o pedido exoneratório, o procedimento administrativo, para poder fazer jus ao benefício postulado (art 2º do Decreto 1.395/92), como também a formulação fora do prazo de noventa dias, interregno estipulado no decreto regulamentador suso mencionado

(art. 5º), deixam nítida a inobservância do procedimento específico, que torna legítimo o indeferimento da proposição sem implicar em violação a direito, revelando-se totalmente descabida a impetração, pois, indemonstradas, de plano, a liquidez e a certeza, caracterizando-o como carecedor da ação, por absoluta falta de condição própria.

Pelas razões supra, concede-se a segurança em favor dos impetrantes Fernando Luiz Gomes de Mattos e Sônia Mendes Brito, e declara-se o impetrante Marcello Lazzeri carecedor da ação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eder Graf, Alcides Aguiar, Pedro Manoel Abreu, Silveira Lenzi, Cláudio Barreto Dutra e Vanderlei Romer. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Wlaumar Alves da Silva.

Florianópolis, 11 de maio de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

## **MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.003179-6, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Mandado de segurança — Viúvas pensionistas — Direito à percepção integral dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. Inteligência do art. 40, § 5º, da atual Carta Magna e art. 159 da Carta Estadual — Norma auto-aplicável.*

*Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a pretensão à integralidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, a título de pensão, tem amparo no art. 40, § 5º, da atual Constituição Federal e art. 159 de sua congênere estadual, constituindo-se em norma auto-aplicável.*

*Adicional por tempo de serviço — Teto salarial — Redução ou supressão — Impossibilidade.*

*Como é cediço, para efeitos de cálculo do teto de remuneração dos servidores públicos previsto constitucionalmente, não se computam as vantagens de caráter pessoal dentre elas incluído o adicional por tempo de serviço, não sendo possível permitir-se eventual redução ou supressão da vantagem a este, ou a qualquer pretexto.*

*Com efeito, reduzida ou suprimida a vantagem atinente ao respectivo adicional, cabível o mandado de segurança como remediador a afastar a violação do direito, que se apresenta líquido e certo, tornando-se imperiosa a concessão do mandamus.*

*Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Mandado de Segurança n. 98.003179-6, da comarca da Capital, em que são impetrantes Aida Nardi de Souza Menezes e outra, sendo impetrados os Srs. Secretário de Estado da Administração e Presidente do Ipesc — Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Primeiro Grupo de Câmaras, à unanimidade de votos, conceder a segurança.

Custas legais.

## **I — Relatório**

Aida Nardi de Souza Menezes e Zilda Maria da Silva impetram mandado de segurança contra a Sra. Secretária de Estado da Administração e contra o Sr. Presidente do Ipesc, ale-

gando serem pensionistas da autarquia, porquanto seus finados maridos exerceram, respectivamente, os cargos de Fiscal de Tributos Estaduais e Diretor de Patrimônio do Estado, os quais, além do vencimento, recebiam o adicional trienal no percentual de 72% e 48%. Aduzem estar sendo violado o art. 40, § 5º, da Constituição Federal, já que o Governo estaria desconsiderando os vencimentos que fariam jus os servidores falecidos e assim elas também fariam jus como pensionistas, além de suprimir-lhes, literalmente, o valor correspondente ao “adicional de tempo de serviço” antes referido, que seria vantagem “extrateito”.

Requerem, pois, a concessão da segurança em confirmação à liminar, para que lhes seja devidamente paga a pensão integral a que dizem ter direito, inclusive sendo ob-

servada eventual evolução remuneratória, respeitando-se o acréscimo do adicional de tempo de serviço, em razão de constituir-se em vantagem pessoal excluída dos efeitos do teto remuneratório.

A liminar foi deferida a fls. 24.

Prestadas as informações, o Sr. Presidente do Ipesc suscitou, em preliminar, a) inviabilidade do mandamus ante a controvérsia da matéria; b) impossibilidade de concessão da liminar; no mérito, disse, em síntese, inexistir qualquer direito a ser protegido, pelo que postulou a cassação da liminar, bem assim, a denegação da ordem. A Sra. Secretária de Estado da Administração, por sua vez, arguiu, em preliminar, ilegitimidade passiva ad causam e, no mérito, em síntese, disse constituir-se o pleito em violação não somente à lei, bem como à Constituição Federal, sendo vedado aos servidores públicos auferirem remuneração superior à percebida por Secretário de Estado, estejam estes servidores na ativa ou desfrutando de aposentadoria. Desse modo, postulou a extinção do feito em razão da preliminar aventada, ou, alternativamente, a revogação da liminar com sua confirmação a final, oportunidade em que se fará imperiosa a denegação do writ.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, manifestando-se por intermédio do Dr. José Galvani Alberton, opinou pela concessão da ordem.

É o breve relatório.

## II — Voto

### 1 — Preliminares

Imerecem acolhida as prefaciais suscitadas, senão vejamos:

a) Inviabilidade da impetração em razão de tratar-se de matéria controvertida — afasta-se esta prefacial, eis que a prova carreada ao feito é suficiente para o deslinde da causa, não necessitando maiores elucidações. Além disso, valiosa neste ponto a lembrança do que se vem proclamando nos tribunais pátrios em torno do assunto, onde se tem afirmado reiteradamente que, uma vez constatada a existência de direito líquido e certo, por mais difícil que se apresente a matéria, esta encontra sempre desate em mandado de segurança.

b) a segunda preliminar resta prejudicada em face do teor do despacho de fls. 24/6.

c) Ilegitimidade passiva ad causam da Sra. Secretária de Estado da Administração — igualmente imerece acolhida, eis que, nesta condição, é ordenador das remunerações dos servidores e se encarrega do controle dos pagamentos aos servidores públicos da administração direta, indireta e também autárquica do Estado, com poderes para determinar que sejam sanados erros de interpretações atinentes à matéria remuneratória.

A Lei n. 9.831/95, dispondo acerca da organização da Administração Pública, estabelecendo diretrizes para a reforma administrativa do Poder Executivo e organizando os serviços e as atividades públicas em "sistemas", deixou assente em

seu art. 40 que “À Secretaria de Estado da Administração, como órgão central do Sistema de Administração de Pessoal Civil e do Sistema de Serviços Gerais, compete desenvolver as atividades de: I — legislação e administração do pessoal civil” (art. 40, inc. I, Lei n. 9.831/95). Posteriormente, a Lei n. 9.904/95, art. 2º, alterando a referida Lei n. 9.831/95, incumbiu ao responsável pela pasta da Secretaria de Estado da Administração a participação direta na definição e controle da remuneração dos servidores civis e militares, o que impõe a presença do Sr. Secretário de Estado da Administração no presente feito.

## 2 — Mérito

O direito ao recebimento da totalidade dos vencimentos que aufeririam seus maridos se vivos estivessem é indiscutível em face do art. 40, § 5º, da Constituição Federal e os reiterados julgamentos deste Tribunal só o confirmam, a exemplo do Mandado de Segurança n. 97.007760-2, da Capital, relator Des. Francisco Oliveira Filho, o qual, estribando-se em julgado proferido pelo Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva, muito bem observou in verbis:

“O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, ‘até o limite estabelecido em lei’ (art. 40, § 5º, da Constituição Federal), o que significa que os pensionistas recebem integralmente, pois, ‘o limite ali mencionado não é para a pensão em si mesma. É para os vencimentos ou proventos’ (art. 37, XI). O § 5º do art. 40 da Carta Magna é de

aplicação imediata, nada obstando o direito dos beneficiários à falta de fonte de custeio prevista no § 5º do art. 195, eis que tal determinação é dirigida aos responsáveis pela seguridade social’ (MS n. 7.538 da Capital)”.

Nesse mesmo sentido:

“A imediata incidência do art. 40, § 5º, da Constituição Federal, preceito esse reproduzido no art. 159 da Carta Estadual, é tema que, hodiernamente, não encontra qualquer resistência na doutrina e na jurisprudência pátrias, sendo entendimento pacificado que as pensões previdenciárias devem corresponder, exatamente, à totalidade dos vencimentos ou proventos a que faria jus o servidor falecido, acaso em atividade estivesse ele.

“— A locução ‘até o limite previsto em lei’, constante do art. 40, § 5º, da Lei Maior, não diz respeito à pensão por morte em si e sim aos vencimentos máximos previstos, pela legislação específica, para cada um dos Poderes constituídos. São esses vencimentos máximos que balizam a limitação constitucionalmente acentuada” (Ap. Cív. n. 97.004812-2, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

E ainda:

“A pretensão à equivalência da pensão com a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido tem amparo nas disposições constitucionais de aplicabilidade imediata” (Ap. Cív. n. 97.007720-3, da Capital, rel. Des. Orli Rodrigues).

Com efeito, as impetrantes fazem jus à integralidade de suas pensões, o que não está sendo obser-

vado por parte das autoridades impetradas, eis que, por meio dos respectivos contracheques anexados, observa-se que não lhes está sendo pago o valor do adicional de tempo de serviço, vantagem adquirida pelos seus finados maridos, porque limitada a remuneração ao teto fixado pelo Poder Executivo.

Todavia, esta Corte de Justiça, em inúmeros precedentes, forte no art. 1º, § 3º, da Lei Complementar n. 150/96, em harmonia com o texto constitucional, tem decidido pela exclusão de referida vantagem do limite remuneratório.

A propósito, no MS n. 97.004234-5, da Capital, publicado no DJE de 30/3/98, o eminente Des. Eder Graf deixou ementado:

“Não está incluído no cálculo da redução salarial para fins de aplicação do art. 37, XI, da CF, o adicional por tempo de serviço’ (STJ)”.

A Corte Superior, no RMS n. 7.539/PB, Min. José Arnaldo, DJU n. 147, 4/8/97, pág. 34.792, a seu turno decidiu:

“Segundo jurisprudência absolutamente pacificada na Suprema Corte e também neste STJ, firmou-se entendimento de que as verbas que tenham caráter pessoal, bem como aquelas que são da natureza do trabalho, devem ser excluídas do ‘teto’”.

Outrossim, nos Mandados de Segurança ns. 97.004249-3 e 97.003180-0, ambos da Capital, os eminentes Des. Alcides Aguiar e Orli Rodrigues, respectivamente, concederam liminar em favor dos impetrantes que expuseram semelhante direito.

Este Primeiro Grupo de Câmaras, aliás, por votação unânime, já deixou assente que:

“Não se computam as vantagens de caráter pessoal para o cálculo do teto de remuneração previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal” (LC n. 150/96) (Mandado de Segurança n. 97.004233-7, da Capital).

Assim, firma-se o entendimento no sentido de que, para efeitos de cálculo do teto de remuneração dos servidores públicos previsto constitucionalmente, não se computam as vantagens de caráter pessoal dentre elas incluído o adicional por tempo de serviço, não sendo possível permitir-se eventual redução ou supressão da vantagem a este, ou a qualquer pretexto.

Com efeito, reduzida ou suprimida a vantagem atinente ao respectivo adicional, cabível o mandado de segurança como remediador a afastar a violação do direito, que se apresenta líquido e certo, tornando-se imperiosa a concessão do mandamus.

### III — Decisão

Ante o exposto, decide este colegiado, à unanimidade de votos, conceder a ordem, a partir da impetração.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Newton Trisotto, Sérgio Paladino e Anselmo Cerello. Deu-se por impedido o Exmo. Sr. Des. Xavier Vieira. Lavrou pare-



cer, pela douta Procuradoria de Justiça, o Sr. Dr. José Galvani Alberton.

Florianópolis, 11 de novembro de 1998.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente com voto;*  
*Carlos Prudêncio,*  
*Relator.*

## MANDADO DE SEGURANÇA N. 96.003893-0, DA CAPITAL

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Mandado de segurança. Servidor público. Concessão de liminar. Posterior denegação da segurança. Restituição. Desconto em folha de pagamento. Possibilidade, desde que observado o devido processo legal. Ordem concedida.*

*O servidor que percebeu diferença de vencimentos, por força de liminar em mandado de segurança, que posteriormente veio a ser denegado, é obrigado à reposição. Porém, para a administração reaver os valores que pagou indevidamente, é obrigatória a instauração do prévio processo administrativo.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 96.003893-0, da comarca da Capital, em que são impetrantes Cleuza Regina Costa Martins, Adílson de Souza, Lucemar Terezinha de Melo, Manoel Paulo Silveira Filho, Marli Antônia Pires e Walmor Wessler, sendo impetrado o Secretário de Estado da Administração:*

ACORDAM, em Segundo Grupo de Câmaras, por votação unânime, conceder a segurança.

Custas legais.

Cleuza Regina Costa Martins e outros, todos servidores públicos estaduais, impetram mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Secretário de Estado da Administração, aduzindo que inte-

graram os Mandados de Segurança ns. 5.701/92, 5.751/92, 5.884/92, 5.956/92 e 5.962/92, tendo obtido medidas liminares que, no entanto, restaram parcialmente cassadas por ocasião do julgamento final.

Aduzem que a autoridade coatora indevidamente está procedendo o desconto em folha das quantias percebidas durante o período em que a decisão liminar vigorou, o que não é permitido pois implica em penhora de vencimentos ou proventos.

Sustentam que está havendo abuso de poder por parte da autoridade administrativa, eis que não permitiu aos interessados — como condição de validade do ato administrativo — o prévio processo administrativo, com a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa.

A apreciação da liminar foi postergada para após a apresentação das informações.

Informa a autoridade, apontada como coatora, que o estatuto dos servidores públicos do estado estabelece que as reposições e indenizações devidas por aquelas à Fazenda Pública serão efetuadas mensalmente em parcelas não excedentes à décima parte dos vencimentos, exceto quando se tratar de ajuda de custo e diárias. Sustenta que, se não houver a devolução das quantias pagas indevidamente, haverá enriquecimento sem causa dos impetrantes.

Concedida a liminar, os autos foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que se manifestou pela concessão em definitivo da segurança.

É o relatório.

Buscam os impetrantes o acolhimento da pretensão para evitar que os valores que perceberam sob amparo de decisão liminar em mandado de segurança seja descontado mensalmente de seus salários.

A medida liminar no mandado de segurança não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, pois como bem colocou Hely Lopes Meirelles:

“A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa em prejuízo

mento; não afirma direito; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas, o impetrante de lesão irreparável, sustentando provisoriamente os efeitos do ato impugnado” (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data. Malheiros, 17ª ed., 1996, pág. 59).

Assim, com a concessão da liminar nos mandados de segurança, não foi reconhecido aos impetrantes o direito ao recebimento das vantagens, mas sim cautelarmente foi determinado o seu pagamento, tendo em vista o caráter alimentar das verbas (*periculum in mora*) e a relevância da argumentação, o que vislumbrou um aparente direito (*fumus boni juris*). Com a concessão em parte da segurança, automaticamente, tais quantias pagas, e que não vieram a ser reconhecidas como direito líquido e certo dos impetrantes, devem ser restituídas, sob pena de enriquecimento ilícito destes.

O Supremo Tribunal Federal já assentou na Súmula 405:

“Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.

Não é admissível que se determine em sede liminar em mandado de segurança a percepção de uma vantagem, tendo em vista o caráter alimentar das verbas e a provável existência de direito a sua percepção, sacrificando os cofres públicos com mais uma despesa e, ao final, reconhecida a ausência de direito à percepção destes

valores, se impeça a administração de reavê-los através do meio adequado, previsto no próprio Estatuto dos Servidores Públicos (art. 95). Observa-se, novamente, que com a concessão das liminares não foram criados atos gerados de direito subjetivo, muito menos consumadas situações definitivas.

O Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado, art. 95, prescreve:

“Art. 95 — As reposições e indenizações à Fazenda Pública Estadual devidas pelo funcionário serão descontadas em parcelas mensais não excedentes à décima parte dos vencimentos, exceto quando se tratar de ajuda de custo e diárias.

“Parágrafo único — Não haverá desconto parcelado quando o funcionário solicitar exoneração, for demitido ou abandonar o cargo”.

A Lei n. 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das funções públicas federais, no tocante às reposições ao erário público, discorre da mesma forma que o Estatuto dos Servidores Públicos Catarinenses, senão veja-mos:

“As reposições e indenizações ao erário público serão descontadas em parcelas mensais não excedentes à décima parte da remuneração ou provento, em valores atualizados” (art. 46).

Ressalte-se, no entanto, que esta possibilidade não desamparou totalmente os servidores públicos,

pois, logicamente, o desconto não poderá ultrapassar a décima parte dos vencimentos. E nem poderia ser diferente, justamente em decorrência do caráter alimentar destes.

No entanto, assiste razão aos impetrantes quando sustentam que seria necessária a observância do devido processo legal, para que os descontos fossem efetuados, exigência que, in casu, não foi respeitada.

Ora o prévio processo administrativo é indispensável para a apuração do quantum a ser reposto pelo servidor, possibilitando assim o exercício de ampla defesa e a impugnação de eventual excesso no desconto.

Diante do exposto, concede-se a segurança.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra, João José Schaefer, Eder Graf, Alcides Aguiar, Francisco Borges, Pedro Manoel Abreu. Vencidos, em parte, os Exmos. Srs. Des. João José Schaefer e Wilson Guarany, que concediam a segurança por entenderem que o desconto não é possível, mesmo observado o devido processo legal. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 9 de junho de 1997.

*Wilson Guarany,*  
*Presidente com voto;*  
*Silveira Lenzi,*  
*Relator.*

**MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.009280-9, DA CAPITAL****Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Ministério Público. Remoção. Candidato que, na mesma sessão do Conselho Superior do Ministério Público, foi removido de Joinville para Chapecó, por permuta, e em seguida indicado pelo referido órgão para ser removido, por merecimento, para a Capital, o que, posteriormente, veio a efetivar-se. Candidato que em razão da permuta deixou de preencher os requisitos à indicação. Ilegalidade. Nulidade caracterizada. Inteligência da atual redação do art. 150 da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Complementar n. 17, de 5 de julho de 1982).*

*“Art. 150 — No concurso de remoção, o Conselho Superior do Ministério Público somente poderá indicar candidatos que tenham completado 1 (um) ano de exercício na respectiva Comarca.”*

*Legitimidade e interesse dos impetrantes demonstrados.*

*A remoção é um ato complexo. Havendo ilegalidade na votação e elaboração da lista pelo Conselho Superior do Ministério Público (indicação), contaminada está a posterior remoção.*

*Os impetrantes têm interesse em anular a indicação, sendo o que pretendem com a concessão da segurança, pois o acolhimento do pedido levará a uma nova votação e não à simples remoção do outro candidato indicado.*

*Segurança concedida.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 98.009280-9, da comarca da Capital, em que são impetrantes Francisco Bissoli Filho, Ricardo Francisco da Silveira e Fábio Strecker Schmitt, sendo impetrados o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina e o Procurador-Geral de Justiça:*

ACORDAM, em Segundo Grupo de Câmaras, por votação unânime, conceder a segurança.

Custas na forma da lei.

Francisco Bissoli Filho, Ricardo Francisco da Silveira e Fábio Strecker Schmitt impetram mandado de segurança contra ato do Conselho Superior do Ministério Público e do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Alegam que, no dia 21 de maio de 1998, foi aberto concurso de remoção, por merecimento, para o cargo de 11º Promotor de Justiça da Capital, no qual se inscreveram os impetrantes, juntamente com outros candida-

tos, entre eles Sidney Eloy Dalabrida, à época ocupante do cargo de 1º Promotor de Justiça da comarca de Joinville.

Informam que, no dia 3 junho de 1998, reuniu-se o órgão impetrado para apontar, em lista tríplice, os candidatos ao mencionado cargo, ocorrendo, porém, a indicação de somente dois candidatos — Sidney Eloy Dalabrida e Francisco José Fabiano — sendo o primeiro removido, conforme o Ato n. 78/MP/98.

Sustentam, ainda, que a escolha de somente dois candidatos foi ilegal, pois a legislação exige lista tríplice. Igualmente, a indicação e a remoção de Sidney Eloy Dalabrida feriram direito líquido e certo dos impetrantes, pois este teria sido removido — por permuta com César Augusto Grubba — para a comarca de Chapecó, em 10 de junho de 1998 (Ato n. 76/MP/98). Alegam, também, que Sidney Eloy Dalabrida não cumpriu com o requisito exigido para a indicação pelo Conselho Superior do Ministério Público, qual seja, o interstício de 1 (um) ano na comarca, porquanto, a partir da permuta, há que, necessariamente, recomeçar a contagem do prazo de interstício para nova movimentação.

Dizendo que a elaboração da lista e o ato de remoção foram ilegais, criando sério precedente, pedem a liminar para suspender as futuras promoções, em razão da vacância do referido cargo na comarca de Chapecó, anteriormente ocupado por Sidney Eloy Dalabrida.

Finalmente, pleiteiam a concessão da segurança, a fim de que se-

ja declarada nula a lista organizada pelo órgão impetrado.

O pedido de liminar foi postergado para após a apreciação das informações.

Antes da apresentação dessas, os impetrantes peticionaram, informando que foi publicado no Diário da Justiça o Ato n. 101/MP/98, promovendo, por merecimento, Cid Luiz Ribeiro Schmitz, para o cargo de 4º Promotor de Justiça da comarca de Chapecó, enquanto que, pelo Ato n. 104/MP/98, foi removido Carlos Henrique Fernandes, ocupante da 7ª Promotoria de Justiça da comarca de Chapecó, para o cargo de 8º Promotor de Justiça da comarca de Itajaí. Requereram, então, a citação de Cid Luiz Ribeiro Schmitz, na condição de litisconsorte passivo necessário.

Foram prestadas informações pelo Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, Procurador-Geral de Justiça e Presidente do Conselho Superior do Ministério Público, alegando, preliminarmente, que os impetrantes são carecedores de ação, porque não poderiam integrar a lista tríplice, mesmo diante da ausência de candidatos, já que não obtiveram maioria de votos, ou melhor, sequer obtiveram votos, assim, falta-lhes interesse processual e legitimidade ativa ad causam.

No mérito, defende o ato dizendo que “não há dúvida que a permuta é modalidade de remoção, sujeita, contudo, à disciplina totalmente diversa da remoção propriamente dita”, tanto é verdade, que a Lei Orgânica Estadual do Ministério Público (LC n.

17/82), em seu capítulo VIII, faz esta distinção, ao tratar, separadamente, “da remoção, da permuta, e da promoção”. Alega que a Lei Complementar n. 145/95, que conferiu nova redação a vários artigos da Lei Complementar n. 17/82, não alterou a disciplina da permuta.

Sustenta que, não tendo o legislador submetido a permuta às restrições próprias da remoção, em função de elementar regra de hermenêutica, não poderá o intérprete fazê-lo, razão pela qual torna-se incabível a impetração.

Termina dizendo que a impetração tem motivação política, pois os impetrantes pretendem, lançando mão da impugnação, manchar a promoção de um colega e “atingir o atual chefe da instituição, credenciando-se desta forma a saborear de benesses de uma administração adversária, a cujos eventuais integrantes desde já servem a qualquer preço...”.

Concedida a liminar, foi determinada a citação dos litisconsortes necessários.

Sidney Eloy Dalabrida alega que nenhum dos impetrantes obteve votos que os habilitassem a integrar a lista; que não se pode exigir a formação de lista tríplice, diante da inexistência de candidatos que preencham o requisito estabelecido legalmente como necessário, qual seja, a obtenção de maioria de votos; que falta aos impetrantes interesse e legitimidade, já que o mandado de segurança destina-se à proteção de direito subjetivo próprio, e, no caso em apreço, a anulação acabará por beneficiar terceiro, não assegurando aos impetrantes o direito ao referido cargo. No mérito,

defende o ato, repisando as argumentações da autoridade coatora.

José Eduardo Orofino da Luz Fontes, Robison Westlphal, Raul Schaefer Filho e Paulo Antônio Günther, membros do Conselho Superior do Ministério Público de Santa Catarina, oferecem contestação, alegando, inicialmente, que não são litisconsortes passivos necessários. Quanto ao mérito, defendem a remoção que reputam legal, ratificando as informações apresentadas pelas autoridades apontadas como coadoras.

Cid Luiz Ribeiro Schmitz e Francisco Fabiano apresentam contestação, em separado, alegando que o concurso para promoção de Sidney Eloy Dalabrida obedeceu rigorosamente todos os procedimentos legais e que os impetrantes são carecedores de ação.

Os autos foram remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra do Dr. Raulino Jacó Brüning, manifestou-se pela extinção do processo, sem o julgamento do mérito, com base no art. 267, inc. IV, do CPC, e, alternativamente, pela denegação da segurança, frente à legalidade da remoção.

O Procurador-Geral de Justiça peticionou informando a impossibilidade do cumprimento da liminar, pois quando da concessão desta, a vaga ocupada por Sidney Eloy Dalabrida já havia sido preenchida.

É o relatório.

Inicialmente deve-se apontar que, com relação ao mandado de segurança, o art. 5º, LXIX, da CF/88, determina, para a sua concessão, a existência de direito líquido e certo,

não amparado por habeas corpus e habeas data, ocorrendo ato ilegal ou abuso de poder, de autoridade pública ou agente prestador de serviço público.

Contudo, como leciona José da Silva Pacheco:

“Para obter essa prestação jurisdicional, é necessário provocá-la e pleiteá-la, através da demanda, nela inserindo: a) o pedido de tutela jurisdicional, no exercício de sua pretensão à mesma; b) o pedido contra o ato ilegal ou abusivo, violador ou ameaçador da autoridade pública do agente, para escoimá-lo e proteger o direito subjetivo, que, sem óbice, deve prevalecer. Para fazê-lo, basta a possibilidade jurídica do pedido de tutela jurisdicional, o interesse de agir (*legitimatío ad causam*), ou seja, a titularidade para a ação (Liebman, *ob. cit.*, n. 14, pág. 42; e Buzaid, *ob. cit.*, n. 39, pág. 89)” (O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas, 3ª edição revista, atualizada e ampliada, RT, pág. 162).

Assim, para se conhecer da ação, é necessário ser comprovado o fato da ilegalidade ou abuso de poder da autoridade ou agente, e havendo ofensa ao direito líquido e certo do impetrante, então, o direito será protegido com a concessão da segurança.

No caso em apreço, restou demonstrada a ilegalidade dos atos praticados pelos impetrados, pois, objetivamente, a permuta é uma forma de remoção, já que se trata de ato por meio do qual o membro do Ministério Público movimenta-se horizontalmente na carreira, a pedido,

mediante requerimento conjunto dos interessados.

Porém, diante da clareza da lei invocada, esta discussão torna-se semântica, perdendo até mesmo o sentido.

A Lei Orgânica do Ministério Público Estadual, na atual redação do art. 150, dispõe:

“Art. 150 — No concurso de remoção, o Conselho Superior do Ministério Público somente poderá indicar candidatos que tenham completado 1 (um) ano de exercício na respectiva Comarca.

“§ 1º — Quando a remoção for por merecimento, a lista, se assim viabilizar o número de inscritos, será formada com os nomes dos 3 (três) candidatos mais votados, desde que obtida maioria dos votos.

“(…)”

“§ 4º — Para inscrever-se em novo concurso de remoção, o Promotor de Justiça deverá ter completado 1 (um) ano de exercício na Comarca para a qual foi removido” (grifo nosso).

Note-se, que a atual redação dada ao art. 150 estabelece 1 (um) ano de exercício na Comarca, enquanto as redações anteriores prescreviam, respectivamente, 1 (um) e 2 (dois) anos de exercício no grau. Vejamos:

“Art. 150 — Somente após o interstício de 1 (um) ano no grau, o membro do Ministério Público poderá inscrever-se no concurso de remoção” (Lei Complementar n. 17, de 5 de julho de 1982).

“Art. 150 — Somente após o interstício de 2 (dois) anos no grau, o membro do Ministério Público poderá

inscrever-se no concurso de remoção” (Lei Complementar n. 115, de 30 de março de 1994).

Outra alteração importante efetuada pelo legislador estadual, que merece ser destacada, é a relativa ao momento em que o candidato deverá comprovar o interstício. Pela redação original, seria com a inscrição, contudo, pela atual previsão, é por ocasião da indicação.

Essas alterações, certamente possuem um significado. Não são somente modificações gramaticais. O sentido teleológico das alterações da norma é impedir ocorrências como as constatadas nos presentes autos.

Verifica-se, assim, que o Conselho Superior do Ministério Público, ao elaborar a lista de remoção por merecimento, não poderia considerar a inscrição de Sidney Eloy Dalabrida, e, muito menos, indicá-lo no mesmo dia em que, conforme a Súmula 601, havia deliberado sobre sua remoção, por permuta, para a comarca de Chapecó, pois, com a troca, ele perdeu o requisito indispensável à indicação pelo órgão impetrado, qual seja, o interstício de um ano na Comarca (art. 150 da Lei Orgânica do Ministério Público Estadual).

Agindo assim, os impetrados desrespeitaram o princípio da legalidade, que deve orientar a administração pública.

Ora, todo administrador e agente público, de um modo geral, sujeita-se aos princípios básicos da legalidade, moralidade, finalidade e publicidade. Segundo José da Silva Pacheco:

“O primeiro consiste em sujeição inafastável aos mandamentos da

lei e do direito. Enquanto o particular pode fazer tudo que a lei não proíbe, o administrador e a autoridade pública só podem fazer o que a lei autoriza e dentro do que a lei lhes define como suas atribuições e no círculo de suas competências. Assim, não podem praticar ato ou omitir-se na prática dele, em contrário ao que determina a lei. Não podem, também, ultrapassar os limites de suas atribuições ou desviar-se das finalidades próprias da administração ou do próprio cargo ou função exercida” (O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas, 3ª ed., RT, 1998, pág. 115).

Necessário observar que, no direito administrativo, o conceito de legalidade contém em si, não só a lei, mas, também, o interesse público e o da moralidade, sendo que estes princípios também se aplicam aos atos praticados pelos membros do Ministério Público.

Configurada a flagrante ilegalidade dos atos praticados, resta-nos verificar se estes feriram direito líquido e certo dos impetrantes, para, então, se for o caso, protegê-lo.

Importante frisar que o ato administrativo em apreço é um ato complexo, e, a respeito, oportuna a colação do entendimento de Lucia Valle Figueiredo, apontando que o vício na elaboração da lista já configura lesão ao direito individual, podendo ser atacado por ação judicial.

“Atos complexos são os que dependem do concurso de vontade de duas autoridades. Portanto, à diferença dos atos de controle, somente serão aperfeiçoados com a conjugação de duas vontades.



"Sirva de exemplo lista tríplice para provimento do cargo de juizes dos Tribunais Regionais Federais, de desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, de Ministros dos Tribunais Superiores.

"A lista por merecimento deverá observar, consoante pensamos, os requisitos constitucionais, também observados no quinto constitucional, tais sejam: ilibada reputação e o saber jurídico.

"Ora, a confecção da lista, e seu envio ao Chefe do Executivo, faz com que termine a competência dos Tribunais e se inicie a competência do Executivo.

"Deveras, se a lista não for enviada, não poderá o Executivo utilizar sua competência e expedir o ato de nomeação. E, de outra parte, com o envio da lista exaure-se a competência do Tribunal que tiver vaga a ser provida.

"Curioso é afirmar-se que, confeccionada a lista, embora o ato, por ser complexo, não esteja disponível a seus efeitos típicos, já poderia ser passível de impugnação, caso tivesse vício. Suponha-se que um dos candidatos não tenha a ilibada reputação ou não mais tenha saber jurídico, ou, ainda, que não implemente os requisitos constitucionais da presteza e segurança das decisões (art. 93, II, c, do texto constitucional).

"Em tese, poderá, consoante pensamos, ser proposta alguma medida judicial, pois o ato da indicação seria eivado de vício.

"Lembramo-nos, para exemplificar, quando da primeira vaga a

ser provida por merecimento em nosso Tribunal, entendeu-se que deveria ser aplicado o art. 93, II, d, da Constituição Federal, na verdade aplicável apenas aos Tribunais estaduais. Assim, delimitou-se indevidamente o âmbito de abrangência dos possíveis escolhidos.

"Haveria, pois, teoricamente, naquela ocasião, já da própria composição da lista, fundamento para impugnação de todos os outros que também se encontravam com possibilidade de vir a ser incluídos.

"Portanto, em tese, não é, apenas, do último ato que se poderá dar impugnação judicial. Embora, é bem verdade, somente este último deflagrará os efeitos típicos, efeitos, esses, aos quais está preordenado.

"De conseguinte, atos complexos são os que produzem seus efeitos, e, portanto, são eficazes após a declaração da segunda autoridade. A primeira declaração servirá de suporte de validade da segunda" (Mandado de Segurança, Malheiros, 1996, pág. 85).

Os ensinamentos e o exemplo trazidos pela ilustre jurista aplicam-se, *mutatis mutandis*, ao caso em apreço e servem de fundamento para justificar a legitimidade e o interesse dos impetrantes.

A votação e a elaboração da lista, incluindo um candidato que não possuía o interstício de 1 (um) ano na comarca, já foram ilegais, contaminando a posterior remoção, razão pela qual os impetrantes têm interesse em anulá-la. É o que pretendem com a concessão da segurança.

Ora, o acolhimento do pedido levará a uma nova votação e não à

simples remoção do segundo colocado, o Promotor Francisco José Fabiano.

Urge observar que, no caso em apreço, as condições da ação, ou seja, a legitimidade e o interesse, devem ser analisadas levando-se em consideração dois aspectos: o pedido realizado, que é a declaração de nulidade da lista formulada pelo órgão impetrado, uma vez que esta incluiu candidato que não possuía interstício necessário à remoção, bem como, porque a referida lista não está completa; e a consequência da declaração de sua nulidade, que é a realização de nova votação, e não a simples remoção do segundo colocado.

Portanto, os impetrantes são partes legítimas, pois, na condição de Promotores de Justiça, habilitaram-se na disputa pela vaga em discussão. Por outro lado, possuem interesse, já que não buscam apenas declarar nula a remoção de Sidney Eloy Dalabrida, mas sim a nulidade de ato prévio, qual seja, a elaboração da própria lista pe-

lo Conselho Superior do Ministério Público, o que, caso procedente, levará a uma nova votação para a indicação da lista dos promotores candidatos à remoção por merecimento.

Diante do exposto, concede-se a segurança, para declarar nula a indicação realizada pelo Conselho Superior do Ministério Público, e, como consequência, a remoção do Promotor Sidney Eloy Dalabrida da comarca de Chapecó para a Capital.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eder Graf, Alcides Aguiar, Cláudio Barreto Dutra, Francisco Borges, Pedro Manoel Abreu e Vanderlei Romer; tendo lavrado parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Bruning.

Florianópolis, 14 de dezembro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Silveira Lenzi,*  
*Relator.*

## **APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA**

### **APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 97.012878-9, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Xavier Vieira**

*Apelação cível em mandado de segurança.*

*Pensão por morte. Direito ao equivalente à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. Aplicação imediata.*

*Recurso desprovido.*

— *O benefício enfocado, previsto no art. 40, § 5º, do Pergaminho Fundamental, reproduzido no art. 159 da Carta Estadual, deve ser aplicado sem qualquer postergação, sem perquirir-se da existência ou não de fonte de custeio ou previsão orçamentária.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 97.012878-9, da comarca da Capital, em que é apelante o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina — Ipesc, sendo apelada Margarete da Silva:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, sem voto discrepante, desprover o recurso.

Custas ex lege.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Margarete da Silva contra ato do Presidente do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina — Ipesc, que negou o pagamento integral do benefício de pensão por morte de seu companheiro Gurupi Joaquim Tasca.

Concedida a segurança, os autos ascenderam a esta Instância, por força do duplo grau de jurisdição e, também, em virtude do recurso voluntário interposto pelo Ipesc, em cujas razões sustenta não merecer a impetrante o benefício em sua integralidade.

Sem contra-razões, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça que opinou pela confirmação do decism.

É o relatório, no seu essencial.

A hipótese dispensa maiores indagações, uma vez que a matéria

encontra-se consolidada em reiteradas decisões deste Areópago.

Aplica-se ao caso o artigo 40, § 5º, da Carta Magna, reproduzido no artigo 159 da Constituição Estadual.

Com efeito, o benefício da pensão por morte corresponde à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. O preceito é auto-aplicável e o limite é o do artigo 37, XI, da Constituição Federal, como já assentado pelo STF.

"A norma inserta na CF sobre o cálculo de pensão, levando-se em conta a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido tem aplicação imediata, não dependendo, assim, de regulamentação. A expressão contida no § 5º do artigo 40 do Diploma Maior 'até o limite estabelecido em lei' refere-se aos tetos também impostos aos proventos e vencimentos dos servidores" (STF — Min. Marco Aurélio).

Cumpra observar, por derradeiro, que a falta de fonte de custeio ou previsão orçamentária não exime a Administração do imediato cumprimento da disposição constitucional.

Evidenciada a ilegalidade do ato reconhecendo-se o acerto do veredicto hostilizado, nega-se provimento à remessa e ao recurso.

Participaram do julgamento com votos vencedores os Exmos. Sr. Des. Anselmo Cerello e Gaspar Rubik e lavrou parecer, pela douta Procura-

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

*Xavier Vieira,*  
*Presidente e Relator.*

Florianópolis, 25 de março de 1999.

## **APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.015175-9, DE BARRA VELHA**

**Relator: Des. Eder Graf**

*Mandado de segurança (reexame necessário) — Código de Trânsito Brasileiro — Embriaguez ao volante — Apreensão da carteira nacional de habilitação — Processo administrativo — Imprescindibilidade — Segurança confirmada.*

*O motorista que teve sua carteira de habilitação apreendida, por ser flagrado conduzindo veículo em estado de embriaguez, conserva o direito de tê-la restituída quando recuperar a sobriedade.*

*Nova apreensão pela mesma ocorrência, agora para fins de suspensão do direito de dirigir ou cassação do documento de habilitação, só pode ser procedida após decisão em regular processo administrativo, observados os princípios da ampla defesa e do contraditório.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 98.015175-9, remetidos pelo MM. Juiz de Direito da comarca de Barra Velha, em que é impetrante Eli João de Aviz, sendo impetrado o Delegado de Polícia da comarca:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento à remessa.

Custas na forma da lei.

Eli João de Aviz impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Delegado de Polí-

cia da comarca de Barra Velha que se negou a restituir sua carteira nacional de habilitação apreendida ao argumento de que o impetrante estava dirigindo embriagado. Sustentou que a retenção de sua CNH é ilegal porquanto não houve a instauração do devido processo legal, com garantia ao direito do exercício à ampla defesa.

A liminar foi concedida.

Nas informações, o impetrado sustentou a legalidade do ato impugnado, alegando que procedeu de acordo com o que determina o art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, e que foi devidamente elaborado o termo circunstanciado em virtude do visí-

vel estado de embriaguez do impe-trante.

O representante do Ministério Público manifestou-se pela concessão da ordem.

Concedida a segurança e decorrido in albis o prazo para a interposição de recurso voluntário, vieram os autos por força do reexame necessário.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovisionamento da remessa.

É o relatório.

A circunstância de estar o impe-trante dirigindo veículo em via pública em estado de embriaguez representa, sem dúvida, gravíssima infração, pelo risco potencial para terceiros e para si próprio.

Ora, é curial que as penas devem ser aplicadas sem laxismos ou contemporizações, mas dentro da lei, como ocorreu quando da lavratura do termo circunstanciado (fls. 13).

Quanto à carteira nacional de habilitação, foi apreendida administrativamente no momento do fato (fls. 11) e não mais restituída, como se observa pelo termo de fls. 12.

Ora, a apreensão punitiva deve ser precedida do regular processo administrativo, assegurado o direito de defesa.

Apesar de anteriores à nova legislação regente do trânsito, os seguintes precedentes são inteiramente aplicáveis à espécie retratada nos autos:

“Mandado de segurança (re-exame) — Carteira nacional de habilitação de motorista — Apreensão su-

mária sem prévio procedimento administrativo — Ilegalidade — Segurança concedida — Remessa desprovida.

“Para apreensão de carteira nacional de habilitação de motorista, a autoridade de trânsito deverá assegurar ampla defesa ao infrator e decidir fundamentadamente, em regular processo administrativo; não se admite apreensão sumária do documento” (ACMS n. 97.002732-0, de Canoinhas, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 19/6/97).

Ou mais:

“Mandado de segurança (reexame) — Carteira nacional de habilitação de motorista — Apreensão sumária sem prévio procedimento administrativo — Alegação de embriaguez ao volante — Sentença confirmada — Remessa desprovida.

“A autoridade de trânsito não pode apreender sumariamente carteira nacional de habilitação; a providência deve ser precedida de regular processo administrativo, onde se assegure defesa e decisão fundamentada” (ACMS n. 96.012050-5, de Joaçaba, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 25/2/97).

Ou então:

“A apreensão automática e sumária da carteira nacional de habilitação, sem oportunidade de defesa prévia específica, em procedimento próprio, é ato ilegal, que viola direito líquido e certo do condutor, reparável pela via do mandado de segurança” (ACMS n. 5.334, de Fraiburgo, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 25/5/95).

A respeito do princípio do devido processo legal, Hely Lopes Meirelles comenta:

“O princípio da garantia de defesa, entre nós, está assegurado no inc. LV do art. 5º da CF, juntamente com a obrigatoriedade do contraditório, como decorrência do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), que tem origem no *due process of law* do Direito anglo-norte-americano” (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 19ª ed., 1994, pág. 590).

Por sua vez, Ilson Idalécio Marques Krigger ensina:

“A ampla defesa e o contraditório, como decorrência do devido processo legal, que tem origem no *due process of law* do direito anglo-norte-americano, que garantem não só a observância do rito adequado, com a cientificação do processo ao interessado, como a oportunidade para contestar e produzir prova de seu direito, acompanhar os atos de instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis” (Processo Administrativo e Defesa do Infrator no Novo Código de Trânsito Brasileiro, Síntese, 1998, pág. 65).

E acrescenta:

“Ficam pendentes as penalidades de suspensão do direito de dirigir e cassação do documento de habilitação, que somente serão aplicadas após realizado o devido processo administrativo de trânsito, que poderá ser presidido pela própria autoridade de trânsito ou por comissão designada em portaria para tal” (ob. cit, pág. 106).

Finalmente, vale citar o entendimento de Arnaldo Rizzardo:

“Incidem, também, as medidas administrativas de retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação, que será restituído somente depois de decorrido o lapso da suspensão. A rigor, porém, devendo ser notificado da autuação, para o exercício de defesa, unicamente depois de aplicada pela autoridade de trânsito a penalidade é que a suspensão será cumprida. Nestas circunstâncias, verificado o recolhimento, restitui-se a habilitação tão logo superado o estado de embriaguez. Somente depois da aplicação da pena e de seu trânsito em julgado recolhe-se novamente o documento, agora para o cumprimento da sanção” (Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, 1998, RT, pág. 482).

Como visto, a ordem foi acertadamente deferida, sem prejuízo de que, ao final do processo administrativo, se concretize regular apreensão.

Nega-se, pois, provimento à remessa.

Participaram do julgamento com votos vencedores os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 22 de dezembro de 1998.

*Eder Graf,*  
*Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.013671-7, DA CAPITAL****Relator: Des. Anselmo Cerello**

*ICMS — Aparelho de ressonância magnética nuclear — Maquinário importado — Arrendamento mercantil — Leasing — Fato gerador inócurren-te — Tributo indevido — Inteligência do disposto nos arts. 3º, VIII, e 2º, § 1º, da Lei Complementar n. 87/96.*

*A lei que regulamenta o arrendamento mercantil (leasing) determina que a integração do bem lisado, quer se trate de produto nacional ou estrangeiro, só se opera após a opção de compra pelo arrendatário. Enquanto isso inócurre, o bem importado não será ativado e, por conseguinte, ainda não se efetiva o fato gerador, o ICMS.*

*Nem mesmo referido fato imponível ocorre pela simples entrada do bem lisado importado no estabelecimento da arrendatária, a teor do enunciado Sumular n. 577 do STF, bem como precedentes do STJ (REsp. n. 91.787, 1ª T., rel. Min. Milton Pereira, in DJ de 6/12/93, pág. 26.467 e REsp. n. 19.720, 2ª T., rel. Min. Américo Luz, in DJ de 3/8/92, pág. 26.467) e do TRF (Súmula 7, 2ª Região; Súmulas 3 e 4, da 6ª Região).*

*Isso decorre porque, no arrendamento mercantil, a “entrada” não significa o momento exclusivo e fundamental a caracterizar o fato tributário, mas sim a operação mercantil que não se confunde com o trânsito físico da mercadoria.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 98.013671-7, da comarca da Capital, em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelado Imagem Centro de Diagnóstico Médico Ltda.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover a remessa e o recurso voluntário.

Custas legais.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Imagem Centro

de Diagnóstico Ltda., contra ato do Gerente Regional da Fazenda Estadual, objetivando a obtenção por parte da autoridade impetrada do visto fiscal que possibilita a entrada no país de equipamento de ressonância magnética nuclear, objeto de arrendamento mercantil, sem a incidência de ICMS, conforme o art. 3º, VIII, da Lei Complementar n. 87/96.

Alegou que a Fazenda Estadual vem omitindo-se na apreciação do requerimento protocolado com este fito, requerendo por fim o deferimento da

medida liminar e a concessão definitiva da ordem.

Foi deferida a liminar (fls. 73/4).

Nas contra-razões a dita autoridade coatora sustentou que no caso de arrendamento mercantil de produto importado do exterior há a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, conforme o art. 2º, § 1º, I, da Lei n. 87/96.

Asseverou que o preceito em tela não faz distinção entre mercadorias adquiridas ou não por meio de arrendamento mercantil, requerendo assim a denegação da via mandamental.

O Ministério Público de Primeiro Grau opinou pela concessão da ordem.

O MM. Juiz de Direito concedeu a segurança, condenando o impetrado ao pagamento do ônus da sucumbência, deixando de condenar nos honorários advocatícios, posto que são incabíveis.

Irresignado o Estado de Santa Catarina apelou reeditando seus argumentos, postulando a reforma da decisão insistindo inexistir direito líquido e certo.

O Ministério Público de Primeiro Grau opinou pelo improvimento do recurso.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso e da remessa.

É o relatório.

A manifestação inconformista do apelante reside em dois pontos.

1 — O ICMS é devido no desembaraço aduaneiro, em razão de

convenção da impetrante/arrendatária com o arrendante mercantil.

2 — Que a não incidência do art. 3º, VIII, da Lei Complementar n. 87/96 não abrange mercadoria importada, a teor do art. 2º, § 1º, da mesma Lei.

O primeiro argumento cede ante a inaplicabilidade dos pactos particulares no âmbito tributário, cujas relações são de ordem pública.

O segundo argumento também não pode, data venia, vingar, conforme entendimento do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

“ICMS — Forno elétrico para recuperar lâminas de vidro plano, com sistema de transporte horizontal — Importação por meio de contrato de leasing — Permanência da res no ativo fixo do arrendador — Incidência do tributo estadual somente no caso de o bem arrendado vir a ser adquirido, ao final do contrato, pelo arrendatário — Recurso não provido.

“A mera transparência da posse não é fator apto a deflagrar a incidência do imposto estadual. Necessário, portanto, que ocorra a transferência da disponibilidade jurídica, ou transferência de propriedade do bem” (rel. Ferreira Conti — Apelação Cível n. 223.524-2/SP — 24/10/94).

O art. 3º da Lei Complementar n. 87/96 é muito claro quando define os casos de não incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Segundo a norma em exame:

“Art. 3º — O imposto não incide sobre:



"...

"VIII — operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário".

Nada mais natural, já que pelo arrendamento mercantil apenas a posse do bem é transferida. Não há operação de circulação de mercadoria, venda ou fornecimento de produto, circunstância que impede a ocorrência do ato gerador do ICMS. Somente com a aquisição final do objeto do contrato poderá haver a cobrança do tributo, momento em que se aperfeiçoa a transação mercantil.

No mesmo diapasão, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

"ICMS — Equipamento importado — Arrendamento mercantil (leasing) — Fato gerador — Contribuinte — Não aquisição.

"No contrato de arrendamento mercantil (leasing), não se caracteriza o fato gerador do ICMS, não se dando saída jurídica a venda da mercadoria. Recurso improvido" (STJ — REsp. n. 67.421-2/SP, ac. da 1ª T., rel. Min. Garcia Vieira, j. em 2/8/95, DJU de 4/9/95).

Nem mesmo o art. 2º, § 1º, I, da Lei Complementar n. 87/96 é capaz de elidir o desiderato acima traduzido. Não se olvida que sobre a entrada de mercadoria importada do exterior há a incidência de ICMS. Mas também não pode ser esquecido que, como norma tributária basilar, para o aperfeiçoamento da exigência fiscal é necessário que o fato gerador do tributo haja ocorrido. Se o fato gerador não se verificou não há imposto a ser cobrado.

Destacamos, ainda, os seguintes julgados: Apelação Cível n. 209.646-2/SP, rel. Nigro Conceição, 22/2/94; Apelação Cível n. 262.843-2/SP, 19ª CC, rel. Oliveira Santos, 2/10/95, v. u. e AC n. 211.529-2/SP, CCIV 19, rel. Ferreira Conti, 8/11/93).

O professor José Eduardo Soares de Melo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, também julgador do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, em estudo realizado acerca do assunto em tela, publicado no Repertório de Jurisprudência IOB 17/96, pág. 413, afirmou:

"De início, cumpre salientar que não se cogita de importação de uma autêntica 'mercadoria', uma vez que o destinatário nacional não recebe o bem arrendado na qualidade de proprietário. Em conseqüência, não terá condição jurídica de efetuar circulação (também jurídica) de modo pleno, por lhe carecer o atributo de titular de seu domínio.

"Não se trata de mercadoria pelo fato do bem corpóreo não se compreender no objeto social da empresa, sendo estranho ao seu ativo circulante.

"Importante ressaltar que encontra-se impossibilitada juridicamente de praticar efetiva operação relativa à circulação de mercadorias, porque se ressentida da ausência da indispensável disponibilidade do produto, o que somente poderá se verificar se e quando optar por sua aquisição.

"No que pertine à circunstância do bem arrendado vir a se destinar a 'consumo ou ativo fixo do estabelecimento', há que se considerar a situa-

ção que o bem ingressa no estabelecimento da arrendatária.

“Realmente, como o leasing lhe faculta um espectro significativo de opções, inclusive com a renovação do contrato ou a devolução do bem, do não é crível admitir-se que seja consumido (gasto ou inutilizado), muito menos objeto de incorporação ao ativo permanente, como parte incontestável de seu patrimônio.

“A legislação do leasing só cogita da integração do bem (nacional ou importado) após ser exercitado o direito (contratual) de opção de compra; a contrario sensu, se e enquanto incurrer a efetiva aquisição, o bem importado não será ativado, não se implementando a dicção constitucional que tenha virtude complementar a incidência do ICM.

“Nem mesmo o fato gerador do ICMS ocorrerá na simples ‘entrada’ do bem importado no estabelecimento da arrendatária, nos termos do preceito constitucional invocado da Súmula 577, jurisprudências do STJ (REsp. n. 31.782, 1ª T., rel. Min. Milton Pereira, j. em 17/11/93, DJ de 6/12/93, pág. 26.467 e REsp. n. 19.750, 2ª T., rel. Min. Américo Luz, j. em 10/6/92, DJ de 3/8/92) e dos TFR’s da 2ª (Súmula 7), 3ª (Súmula 3) e 4ª (Súmula 6) Regiões.

“Com efeito, a ‘entrada’ não representa como momento exclusivo e fundamental para a concretização do fato tributário, pois é indispensável que tenha-se verificado anterior operação (jurídico-mercantil) e não apenas trânsitos físicos de coisas materiais.

“Outrossim, torna-se oportuno levar em conta que a importação do bem decorre de operação de arrendamento, estando sujeita ao âmbito de tributação dos Municípios, em razão de sua tipificação como ‘serviços de qualquer natureza’, face o que não se vislumbra na Constituição a competência tributária dos Estados”.

No âmbito estadual, o próprio Conselho de Contribuintes já se posicionou sobre a questão, no mesmo sentido das decisões do STJ, conforme acórdão em anexo (doc. 6), com a seguinte ementa:

“ICMS. Deixar de recolher o ICMS referente ao recebimento de mercadoria importada do exterior do país, por ocasião do desembarço aduaneiro ocorrido aos 11/8/93. A aquisição de aeronave, através do contrato de leasing, não constitui circulação de mercadorias, ocorrendo mera transferência de posse, não havendo que se falar em ICMS, pois tal contrato, nada mais é do que o nosso arrendamento mercantil, sujeito ao imposto de competência municipal. O fato gerador do ICMS ocorre apenas quando da eventual compra do bem pelo arrendatário, ao final da locação. Infração caracterizada. Notificação cancelada. Decisão confirmada”.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 3 de dezembro de 1998.

*Anselmo Cerello,  
Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 97.006369-5, DE PIÇARRAS

**Relator: Des. Orli Rodrigues**

*Mandado de segurança — Autuação — Lançamento de resíduos em curso de água — Ausência de necessária licença ambiental — Impetrante que não nega o dano que causa ao meio ambiente, sustentando sua irresignação apenas na alegativa de que das demais empresas do ramo não estaria a Fatma exigindo as mesmas providências — Apelo com evidente intuito procrastinatório — Reclamo desprovido.*

*“A instalação e a expansão de atividades empresariais, públicas ou privadas dependem da apreciação e licença do órgão competente do Estado responsável pela proteção e melhoria do meio ambiente, ao qual serão submetidos os projetos acompanhados dos relatórios de impacto ambiental” (Art. 3º, § 2º, da Lei Estadual n. 5.793/80).*

*Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 97.006369-5, da comarca de Piçarras (Vara Única), em que é apelante Costa Sul Pescados Ltda., sendo apelados Hélio Vieira e outros:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

### I — Relatório

A pessoa jurídica de direito privado Costa Sul Pescados Ltda., sediada no município de Penha neste Estado, aforou ação mandamental contra atos que considera abusivos e ilegais, praticados por agentes públicos lotados na Fundação de Amparo à Tecnologia e ao Meio Ambiente — Fatma, Sr. Hélio Vieira e Marta Souza Kracik,

o primeiro Coordenador Regional e esta, Técnica, responsáveis por sua Autuação, porque, em razão de sua atividade, estaria lançando resíduos em curso de água e não possui a necessária licença ambiental, quando empresas do mesmo ramo não passaram por tal desconforto.

Requeru e obteve liminar.

Prestando informações, os apontados coatores alegaram, verbis:

“A impetrante foi autuada por lançamento irregular de efluentes líquidos da atividade de descasque de camarão sem o devido tratamento no rio, por sua unidade produtiva de Penha, como também por expelir odor fora de sua propriedade além dos padrões e não obter o necessário Licenciamento junto ao órgão Ambiental do Estado, na conformidade da Legislação.

"...é defeso à impetrante como qualquer outra atividade poluidora invocar a seu favor o descumprimento de Legislação por outras empresas para safar-se de suas obrigações legais. Igualmente, não pode condicionar o cumprimento dessas obrigações a que outras empresas o façam antes. A ninguém é dado alegar em causa própria situações alheias. A impetrante é confessa quanto a matéria de fato. Não há, portanto, qualquer violação a direitos nos atos praticados pelos impetrados" (excertos de fls. 26 a 29).

O Ministério Público, com munus no Primeiro Grau de jurisdição, apresentou parecer, opinando pela denegação da ordem almejada, com a conseqüente revogação da liminar concedida em favor da postulante.

Sentenciando, o Togado singular negou a segurança pretendida na exordial, ensejando a interposição de recurso por parte da inconformada, colimando a reforma do julgado monocrático para atendimento do pleito formulado na peça basilar.

Há registro do preparo.

Os impetrados apresentaram resposta ao apelo interposto, pleiteando a manutenção do decisum vergado.

O Ministério Público manifestou-se sobre o ataque à sentença, nas duas instâncias, opinando, sem discrepância, pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Esta é a sinopse da matéria autuada.

## II — Voto

Sem razão a apelante.

Conforme se infere do conteúdo dos autos, colima a recorrente, por meio da via mandamental, abster-se do necessário licenciamento junto à Fundação de Amparo à Tecnologia e ao Meio Ambiente — Fatma.

Para tanto, sustenta sua pretensão no argumento de que tal órgão fiscalizador não está por fornecer tratamento igualitário às demais empresas do ramo instaladas na mesma área.

Não nega, entretanto, em qualquer momento, sua conduta lesiva ao meio ambiente.

O caderno processual aninha prova idônea no sentido de que a Fatma manteve incessantes contatos com a empresa impetrante, para que providenciasse o devido licenciamento, tendo esta postergado por inúmeras vezes a tomada de tal medida, pleiteando a dilação do prazo para tanto.

Após diversas tentativas amigáveis, sobreveio a autuação realizada pelo competente órgão fiscalizador, com o seguinte fundamento: "lançamento de efluentes líquidos da atividade de descasque de camarão no Rio Iriri, funcionamento da atividade sem as licenças ambientais necessárias e emissão de odor perceptível fora da área de propriedade da empresa" (auto de infração n. 05404, fls. 9).

Portanto, plenamente legítima a autuação efetuada pelos agentes da Fundação do Meio Ambiente, cuja intervenção objetivou a cessação de da-

no causado continuamente ao meio ambiente.

Nesses termos, dispõe a Lei Estadual n. 5.793/80:

“Art. 3º — As diretrizes para proteção e melhoria da qualidade ambiental serão formuladas em normas e planos administrativos, destinados a orientar a ação dos Governos do Estado e dos Municípios.

“(…)

“Parágrafo 2º — A instalação e a expansão de atividades empresariais, públicas ou privadas dependem da apreciação e licença do órgão competente do Estado responsável pela proteção e melhoria do meio ambiente, ao qual serão submetidos os projetos acompanhados dos relatórios de impacto ambiental”.

No mesmo sentido dispõe o Decreto Estadual n. 14.250/81:

“Art. 65 — A instalação e a expansão de atividades empresariais inseridas na listagem das atividades consideradas potencialmente causadoras de degradação ambiental, dependem da apreciação e aprovação dos projetos, acompanhados dos relatórios de impacto ambiental, e de licença prévia, de instalação e de operação”.

E este Pretório, analisando hipótese semelhante, assim se posicionou:

“Infrações às normas ambientais — Penalidades impostas pela ‘Fatma’ — Ente público detentor de poder de polícia — Segurança denegada.

“A Fatma — Fundação de Amparo à Tecnologia e ao Meio Ambiente, como órgão executor do

controle ambiental do Estado de Santa Catarina, exerce o poder de polícia previsto na legislação específica e detém competência para aplicar as penalidades decorrentes de infrações às normas ambientais” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 5.081, de Criciúma, relator Des. Nilton Macedo Machado, j. 11/10/94).

Por fim, as alegações formuladas pelo recorrente de descumprimento da legislação por outras empresas não possuem o condão de eximi-la de suas obrigações junto à Fatma.

Ademais, a impetrada trouxe aos autos farta documentação comprovando que as aludidas empresas concorrentes, das quais a apelante sustenta não estarem sendo realizadas as mesmas exigências que lhes estariam sendo feitas, já foram autuadas, fiscalizadas, notificadas para que procedessem os licenciamentos ou possuem a licença ambiental.

Pelo exposto, não havendo qualquer ilegalidade na autuação da impetrante, e contendo nítido caráter procrastinatório o reclamo, mantém-se na íntegra o decisório guerreado.

### III — Decisão

A Câmara, após debates, por unanimidade de votos, decidiu negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Newton Trisotto. Lavrou parecer pela doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 15 de dezembro de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente;*  
*Orli Rodrigues,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 4.010 (88.086812-6), DA CAPITAL**

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Mandado de segurança. Concessão de serviço público. Ferry boat. Travessia do Rio Itajaí-Açu. Lei n. 8.209, de 2/1/91. Gratuitidade do serviço para pedestres e ciclistas. Alegada quebra, pela lei instituidora do benefício, do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Prova insegura a respeito. Necessidade de produção de substratos probatórios a respeito. Inviabilidade de solução de litígio complexo pela via estreita do mandado de segurança. Apelo provido.*

*“O mandado de segurança requer, como pressuposto constitucional de sua admissibilidade, a existência de direito líquido e certo a ampará-lo. Não havendo prova pré-constituída do direito dos impetrantes e sendo a matéria complexa cuja demonstração exige dilação probatória, não pode, por meio da estrita via do writ of mandamus, ser deferido o pedido” (Mandado de Segurança n. 6.802, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio).*

*Sendo assim, se a questão a deslindar, por irrecusavelmente complexa, exige a produção de prova segura e inequívoca acerca da quebra, pelo poder concedente, do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público, a via estreita do mandado de segurança não é a ação adequada a tal desiderato.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 4.010 (88.086812-6), da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 1º Cartório), em que é apelante Departamento de*

*Transportes e Terminais — Deter, sendo apelada Empresa de Navegação Santa Catarina Ltda.:*

ACORDAM, em sessão da Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, prover o apelo e cassar a segurança.

Custas de lei.

## I — Relatório

No Juízo de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho (1º Cartório) da comarca da Capital, a Empresa de Navegação Santa Catarina Ltda. ajuizou mandado de segurança contra o Diretor-Geral do Deter — Departamento de Transportes e Terminais, colimando, em suma, a suspensão liminar da aplicação da Lei Estadual n. 8.209, de 2 de janeiro de 1991, que concedeu gratuidade aos ciclistas e pedestres na travessia do Rio Itajaí-Açu através do denominado Ferry Boat entre as cidades de Itajaí e Navegantes, negócio este explorado pela impetrante.

Concedida a liminar pleiteada, foram prestadas as informações pelo impetrado, manifestando-se o Ministério Público, na seqüência, pela admissão da ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora. Seguindo este entendimento, sentenciou o Magistrado a quo, extinguindo o feito sem julgamento do mérito.

Inconformada, apelou a impetrante, pelo que, nesta Corte, a colenda Segunda Câmara Civil, em acórdão lavrado pelo eminente Desembargador Genésio Nolli, deu pelo provimento do apelo afastando a alegada ilegitimidade passiva do impetrado, determinando, em consequência, a remessa dos autos à origem para julgamento do mérito.

O Ministério Público, instado a se manifestar sobre o mérito da cau-

sa, opinou pela concessão da pretensão, sobrevindo, a seguir, a prestação jurisdicional monocrática, cujo relatório fica adotado, a qual concedeu a segurança, determinando a suspensão definitiva dos atos administrativos do impetrado no que concerne à aplicação da Lei n. 8.209/91.

Irresignado com o teor do decisório adverso, a tempo e modo apela o vencido, argumentando que a Lei n. 8.209/91 fora julgada constitucional, cabendo ao apelante, assim, cumprir-la.

Requer, por fim, a reforma da sentença, para o fim de não se conceder a segurança colimada, e, assim, pela aplicação da lei que instituiu a gratuidade da refalada travessia fluvial.

A apelada aplaude, na resposta ao apelo, a sentença concessiva da segurança, pleiteando, assim, a sua manutenção, reprisando, basicamente, os seus primitivos argumentos.

O Ministério Público manifesta-se, em ambas Instâncias, pelo desprovimento do recurso.

Ao receber o feito, via redistribuição, despachei, às fls. 162, suspendendo-o, em face da ADIn. n. 59 em relação à Lei n. 8.209/91 que, após ser julgada constitucional pelo Órgão Especial desta Casa, subiu ao egrégio Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n. 77.383-SC), em função de recurso especial interposto pela Federação das Empresas de Transporte de Passageiros dos Estados do Paraná e Santa Catarina.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão lavrado pelo Mi-

nistro Peçanha Martins em 3 de fevereiro de 1998, não conheceu do Recurso Especial interposto, transitando em julgado, em consequência, o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que inacolheu o pedido de inconstitucionalidade do suso referido diploma legal.

É o sucinto relatório.

## II — Voto

Antes de adentrar no exame da matéria posta a debate, cumpre esboçar um breve histórico dos aspectos que margeiam a contenda, até como forma de tentar dar-lhe melhor compreensão.

Conforme se depreende dos autos, os serviços de navegação interior são regulamentados em face de competência circunscrita à União Federal, dado que esses serviços são de utilidade pública de toda a nação brasileira.

Assim é que, pelo Decreto-Lei n. 3.100, de 7 de março de 1941, a Superintendência Nacional da Marinha Mercante — Sunamam, autarquia federal criada em 1941, foi incumbida dos poderes referentes à concessão dos serviços, fixação das tarifas e fiscalização da execução destes em face da empresa concessionária.

Ao depois, mais precisamente em 4 de junho de 1985, a Sunamam e o Governo do Estado de Santa Catarina celebraram convênio sobre a navegação interior de travessia dentro desta Unidade Federativa, restando transferidas ao Estado as prerrogativas que competiam à Sunamam, inclusive, conforme se observa na cláusula primeira, item 2, a prerrogativa de

fixar e reajustar tarifas a serem cobradas pelas empresas que realizem a travessia (fls. 33).

O Estado de Santa Catarina, por sua vez, em processo de descentralização, repassou tais prerrogativas à Emcater, por meio do Decreto n. 26.191, de 21/6/85 (fls. 40/44).

A Emcater, de seu turno, em 16/6/86, foi transformada na autarquia estadual Deter, que assumiu as funções que a Emcater havia recebido do Estado de Santa Catarina em relação à navegação interior, inclusive o controle das tarifas, como se comprova pelo documento de fls. 55.

Assim, indiscutivelmente, compete ao Deter cumprir as determinações instituídas por lei federal e estadual atinentes ao serviço de navegação interior de travessia, bem como deliberar sobre preços e tarifas deste.

De tal sorte é que a Lei Estadual n. 8.209/91, que instituiu a gratuidade na travessia no Ferry Boat que liga Itajaí a Navegantes para ciclistas e pedestres, acabou por ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade que neste Tribunal tomou o n. 59, ajuizada em 29 de janeiro de 1992, ou seja, isso sucedido após a lavratura da primitiva sentença monocrática que, neste feito, admitindo a ilegitimidade passiva suso relatada, extinguiu-o sem julgamento do mérito.

Posteriormente, após procedida a sua instrução, o colendo Órgão Especial desta Corte de Justiça concluiu, à unanimidade de seus membros, por entender improcedente o pedido de inconstitucionalidade da



refalada Lei Estadual, sob o duplícipe argumento de inexistência de violação ao princípio da isonomia e carência de ação em relação à afronta ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deliberando, ainda, quanto a esta última circunstância, não ser a ADIn. o meio próprio para discussão da matéria, restando assim consignada a ementa daquele v. aresto:

“— Ação direta de inconstitucionalidade.

“— O Órgão Especial do Tribunal de Justiça é competente para apreciar e julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual frente a dispositivos da Constituição Estadual.

“— Caráter genérico da Lei Estadual n. 8.209/91, estabelecendo a gratuidade para pedestres e ciclistas na travessia por ferry boat do Rio Itajaí-Açu.

“— Vulneração inexistente ao princípio da isonomia, se não há tratamento desigual a iguais, mas tratamento desigual a desiguais, na medida da respectiva desigualdade, na quase secular fórmula de Rui Barbosa.

“— Carência de ação quanto à alegação de afronta ao preceito assecuratório do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois incabível no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade o exame de situações concretas atingidas pela lei.

“— Liminar cassada” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 59, da Capital, rel. Des. João José Schaefer).

Assim é que, ao abordar, em face da Lei institutiva daquela gratuidade, o tema referente à quebra de

equilíbrio econômico-financeiro dos contratantes, asseverou o eminente relator no corpo do v. acórdão:

“Não fosse isto, é de ver-se ser lícito ao Poder Público fixar, por lei, as condições por que se rege a concessão do serviço público.

“Hely Lopes Meirelles escreveu que toda concessão fica submetida a duas categorias de normas: as de natureza regulamentar e as de ordem contratual. As primeiras disciplinam o modo e forma de prestação do serviço; as segundas fixam as condições de remuneração do concessionário; por isso, aquelas são denominadas leis de serviços e estas, cláusulas econômicas ou financeiras. Como as leis, aquelas são alteráveis unilateralmente pelo Poder Público segundo as exigências da comunidade; como cláusulas contratuais, estas são fixas, só podendo ser modificadas por acordo entre as partes (Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed., pág. 341).

“No caso, está-se diante de uma lei, alterável unilateralmente pelo Poder Público.

“Se da execução da lei resultam feridos direitos do concessionário, é esta matéria a ser reclamada e decidida em ação própria”.

Assim, como bem salientou a decisão desta Corte, não há na refalada Lei n. 8.209/91 ofensa ao princípio da isonomia, e se porventura houve, com a sua edição, lesão ao equilíbrio econômico-financeiro estabelecido em contrato entre os pactuantes, a questão há de ser examinada em ação própria, onde seja possível produzir prova adequada ao seguro deslinde do litígio.

De indagar, pois: é o mandado de segurança o meio procedimental apropriado à demonstração segura e incontroversa desse alegado desequilíbrio trazido a partir da vigência da prefalada lei instituidora da gratuidade enfocada?

A resposta é não. O remédio constitucional escolhido pela apelada, em face de sua estreita via, não é o meio procedimental apto à adequada solução do impasse gerado em torno da complexidade da liça focalizada.

De efeito, o mandado de segurança, como cediço, até por previsão expressa da Lei n. 1.533/51, que o trouxe ao mundo jurídico, visa proteger direito líquido e certo em face da existência de prova pré-constituída, ou seja, inadmitindo-se, pois, na sua estreita via, a dilação probatória comum em outros procedimentos.

E este tem sido, aliás, remanescente entendimento desta Corte, como ficou patenteado no precedente cuja ementa transcrevo:

“Mandado de segurança. Inicial desacompanhada de prova da ilegalidade do ato atacado. Ordem denegada.

“O mandado de segurança, por não comportar dilação probatória, requer que as situações e fatos embasadores da impetração sejam comprovados de plano, sob pena de denegação da ordem” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 5.713, de Tubarão, rel. Des. Eder Graf).

Ou, ainda, como se lê em aresto tratando de matéria similar:

“O mandado de segurança requer, como pressuposto constitucional de sua admissibilidade, a existência de direito líquido e certo a ampará-lo. Não havendo prova pré-constituída do direito dos impetrantes e sendo a matéria complexa cuja demonstração exige dilação probatória, não pode, por meio da estrita via do writ of mandamus, ser deferido o pedido” (Mandado de Segurança n. 6.802, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio).

E esta é, não há negar, também a hipótese dos autos.

Ora, a apelada alega que, com a instituição da gratuidade da travessia fluvial, terá uma redução na ordem de 28,75% sobre sua arrecadação bruta e junta, para fins probatórios, o documento de fls. 58, visto que, apesar da origem, tomou por base os dados fornecidos por ela própria.

Destarte, necessário propiciar, às partes, a produção do mais amplo leque de prova à apuração da efetiva redução de faturamento da apelada, e até da constatação da alegada inviabilidade econômica do negócio concessionado, em face dos efeitos da prefalada Lei n. 8.209/91.

Por isso mesmo é que, para essa segura e firme constatação a respeito do pretense desequilíbrio econômico-financeiro entre os contratantes, há que viabilizar, provavelmente por meio de perícia técnica, a demonstração inequívoca a respeito dos custos e das receitas do serviço público prestado pela concessionária, dimensionando-se, com exatidão, a viabilidade ou não do serviço tornado gratuito.

E tal discussão é inviável, inegavelmente, no âmbito restrito do mandado de segurança.

Ressalte-se, ainda, que, conforme dimana do exame dos documentos acostados, em 1º/7/85 a Emcater e a apelada firmaram convênio de subvenção, no qual a Emcater subsidiaria o transporte gratuito para ciclistas e pedestres na travessia, tendo sido tal convênio firmado por prazo indeterminado (fls. 51/54).

Essa avença bilateral, segundo afirma a apelada na peça exordial, cessara de produzir efeitos a partir de março de 1987, alegadamente por falta de recursos do Governo do Estado à continuidade do subsidiamento do aludido transporte gratuito naquela travessia.

Não há nos autos, entretanto, nenhum documento que prove haver cessado a eficácia desse convênio de subvenção, de sorte que, segundo o não infirmado documento de fls. 51/54, a subvenção primitiva está ainda em vigor, sendo, assim, um motivo a mais para que não possa prosperar o pedido de segurança focalizado.

Assim, entendo que o mandado de segurança está a carecer de prova do direito líquido e certo da apelada, pelo que deve ser provido o apelo, para, em consequência, cassar a segurança concedida no juízo monocrático, restabelecendo, pois, plenamente, os efeitos da Lei. 8.209, de 2/1/91.

É como voto.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, proveu o recurso e cassou a segurança.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Ruy Olympio de Oliveira.

Florianópolis, 23 de setembro de 1998.

*Solon d'Eça Neves,*  
*Presidente com voto;*  
*Eládio Torret Rocha,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 5.709 (88.086996-8), DA CAPITAL**

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Mandado de segurança. Policial militar punido com prisão e transferência, com base em sindicância que lhe negou direito a defesa. Segurança concedida. Recurso desprovido.*

*A sindicância constituída com o fito de apurar irregularidade cometida por policial militar tem o dever de, em atentando para o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da CF), opor-*

*tunizar-lhe adequada participação na sua instrução, sob pena de, em assim não sucedendo, ser inválida, por inteiramente nula, a punição alvitrada, passível de correção pela via do mandado de segurança.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 5.709 (88.086996-8), da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública — 1º Cartório), em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelado Amilto Martins:*

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, desprover o recurso voluntário e a remessa.

Custas de lei.

## **I — Relatório**

No Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho (1º Cartório) da comarca da Capital, Amilto Martins impetrou mandado de segurança contra ato do Comandante da Companhia de Polícia Rodoviária Estadual que, baseado em sindicância que lhe negou amplo direito de defesa, puniu-o com oito dias de prisão e transferência para outra unidade.

Aduz, com a exordial, servir há mais de seis anos à Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, sendo que nos últimos cinco anos comandou o 11º Grupo de Polícia Rodoviária Estadual, com sede na localidade denominada Palmeira, município de Otacílio Costa, e que, após desentender-se com o comandante interino do pelotão, teve contra si instaurada uma sindicância e em face dela acabou afas-

tado das funções além de punido com oito dias de prisão.

Acrescentou, ainda, que, ao depor, solicitou a ouvida de testemunhas e prazo para juntada de documentos comprobatórios de suas declarações defensivas, sem sucesso, todavia.

Refere, de outra parte, que, após cumprida a punição imposta, interpôs recurso administrativo, em tempo hábil, que foi indeferido, sem que ao menos sucedesse a publicação dessa decisão.

Menciona, ademais, que tais fatos repercutiram negativamente em sua vida funcional, quer no aspecto financeiro e pessoal, quer no tocante às promoções, das quais passou a ser preterido.

Sendo assim, por lhe haver sido cerceado o direito de defesa pediu e obteve, liminarmente, a suspensão da transferência.

A autoridade coatora prestou, na seqüência, as suas informações, defendendo, em suma, a legalidade do ato impugnado, enfatizando que a transferência do impetrante ocorreu em face da perda de confiança do Comando, e que, consoante alegado, não houve perda financeira para o impetrante, tendo em vista que as suas diárias foram substituídas por ajuda alimentar, em gênero. Finalmente, obtempera que a sindicância obedeceu aos ditames legais pertinentes, franqueada ao impetrante ampla defesa, tendo a punição de prisão dela decor-

rido, com repercussão previsível, no tocante à promoção.

Após a manifestação ministerial, opinativa pelo acolhimento do pleito, sobreveio a prestação jurisdicional monocrática concessiva da segurança, no sentido de anular a sindicância, com a conseqüente reintegração do impetrante no comando do qual fora afastado.

Inconformado, a tempo e modo, recorreu o Estado de Santa Catarina, reprisando, basicamente, os argumentos trazidos com as informações, pleiteando, em suma, a reforma do decisório com a conseqüente rejeição da ordem.

Em resposta, o impetrante pleiteia a confirmação do decisum.

Os autos ascenderam a este Tribunal e o Ministério Público, em ambas as Instâncias, opina no sentido do desprovimento do recurso.

É o sucinto relatório.

## II — Voto

O apelo, todavia, não merece prosperar.

A sindicância aberta com a finalidade de apurar irregularidades atribuídas ao 3º Sargento da Polícia Militar Amilto Martins, Comandante do 11º Grupo de Polícia Rodoviária Estadual, apresenta vícios insanáveis, concernentes ao visível cerceamento do exercício de sua defesa.

De fato, constata-se, pelo exame da documentação capeada, que ao apelado, enquanto sindicado, não lhe foi permitida senão uma simples tomada de depoimento pessoal, ocorrida em 1º/12/1994 (fls. 116/121).

Já no dia seguinte, o sargento encarregado da sindicância entendeu por concluí-la, por meio de parecer terminativo (fls. 122/126), sugerindo punição e encaminhando-a ao Comandante da Polícia Rodoviária Estadual que, como base no documento, aplicou ao apelado a pena de 8 (oito) dias de prisão e transferência para outra unidade, afastando-o, de conseqüente, do Comando da Polícia Rodoviária de Lages (fls. 128).

Ora, em momento algum permitiu-se a produção das provas pretendidas pelo apelado, sobretudo a testemunhal, argumentando-se, naquela oportunidade, serem elas desnecessárias.

Inexistentes, na hipótese, o contraditório e a ampla defesa, cláusula pétrea insculpida no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, viciados mostram-se, de conseqüente, os atos que culminaram com a punição do apelado.

Esta Corte de Justiça tem inúmeros precedentes a respeito, como o que vem disposto na ementa que abaixo transcrevo:

“Polícia Militar — Licenciamento sumário — Violação do princípio da garantia de defesa — Aplicação do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal — Direito líquido e certo ferido — Concessão da segurança — Recurso provido.

“...omissis...”

“A constituição vigente instituiu, em prol dos acusados em geral, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Assim, qualquer ato punitivo da Administração com violação

dessa garantia é visceralmente nulo” (ACMS n. 3.072, Capital, rel. Des. Nestor Silveira).

Ao referir-se ao sobredito artigo 5º, inciso LV, da Carta Política Federal, o eminente relator assim enfocou a matéria, apoiado em doutrinadores pátrios cujos ensinamentos amoldam-se inteiramente ao caso enfocado:

“Celso Ribeiro Bastos (Comentários à Constituição do Brasil, Saraiwa, 2º vol., 1989, pág. 268), interpretando o dispositivo referido, observa:

‘No que diz respeito aos destinatários, impõe-se reconhecer que o dispositivo procurou ser de extrema abrangência.

‘Com efeito, além de tornar certo que o preceptivo se volta aos litigantes em processo judicial, conferiu igual destinação aos envolvidos em processos administrativos. Esta inclusão foi extremamente oportuna porque veio consagrar uma tendência que já se materializava no nosso direito, qual seja: a de não despertar estas garantias aos indiciados em processos administrativos. Embora saibamos que as decisões proferidas no âmbito administrativo não se revestem do caráter de coisa julgada, sendo passíveis portanto de uma revisão pelo Poder Judiciário, não é menos certo, por outro lado, que já dentro da instância administrativa podem perpetrar-se graves lesões a direitos individuais cuja reparação é muitas vezes de difícil operacionalização perante o Judiciário’.

“Linhas adiante, adverte o acaudado constitucionalista:

‘De outra forma, nada obstante o fato de o procedimento administrati-

vo disciplinar não ser guiado nos seus atos da mesma forma que o é o processo penal, algumas fases, contudo, são inafastáveis. Por exemplo, a ciência inicial da imputação ao acusado, a sua audiência e a produção de provas e contraprovas, dentre outras.

‘Uma palavra deve ser dita a propósito da sindicância. A administração, quando não em condições de instaurar imediatamente o procedimento cabível, dispõe do instrumento da sindicância, que tem por propósito a averiguação ou a apuração de um fato. A sindicância não implica, num primeiro momento ao menos, a existência de culpados.

Daí por que dispensar o contraditório e a ampla defesa. A mera condição de sindicato não confere ao servidor as prerrogativas em pauta.

‘Acontece, entretanto, que o Estatuto dos Servidores de alguns Estados prevê a possibilidade da aplicação de sanções, uma vez apurado o ilícito administrativo e a respectiva autoria. Há como que uma autêntica conversão da sindicância em processo administrativo. Em assim acontecendo, obviamente abrem-se ao acusado todas as possibilidades da defesa, ampla e contraditória’.

“Analisando a expressão ‘aos acusados em geral’, contida na disposição constitucional invocada, alerta Wolgran Junqueira Ferreira (Comentários à Constituição de 1988, 1ª edição, Julex, vol. 1, 1989, pág. 217):

‘A justiça militar terá que mudar seus conceitos. O acusado perante ela não poderá mais sentir-se previamente condenado como era dantes. Não basta mais o simples libelo da promotoria para que a sentença já

pronta e sem levar em consideração a defesa, condene o acusado, como acontecia nas Auditorias de Guerra'.

"Julgado recente da Segunda Câmara Civil do colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, relator o ilustre Desembargador Fortes Barbosa, decidiu, por maioria de votos, que 'não há distinção para tais fins entre funcionários ou servidor civil ou militar para os efeitos do devido processo legal e agora de maneira clara, até porque a Constituição refere-se aos acusados em geral' (Apelação Cível n. 112.280-1, da comarca de São Paulo, julgada em 5 de dezembro de 1989, in Repertório IOB de Jurisprudência, n. 12.90, pág. 213).

"Já na vigência da Carta anterior, escreveu a excelente Professora Ada Pellegrini Grinover (Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil, Edição José Buschatsky, 1975, pág. 13):

'Cumpre notar que quando afirma que a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, a constituição não se refere à defesa no processo civil: a interpretação sistemática dos textos constitucionais não pode levar a outra conclusão, de vez que várias constituições se referiram, concomitantemente à ampla defesa, à nota de culpa. É bem de ver, porém, que dentre a estreita esfera que a constituição lhe atribui, o princípio do direito à ampla defesa não deve sofrer outras limitações; assim é que abrange não só os processos para apuração e punição de ilícitos penais, mas todo e qualquer processo em que haja acusação e possibi-

lidade de aplicação de pena: vale dizer, os procedimentos disciplinares e administrativos (inclusive as sindicâncias e os processos fiscais)'."

Os tribunais de outros Estados também seguem na mesma esteira, como se denota do precedente que cito:

"Servidor público — Punição administrativa — Omissão de constituição de comissão de sindicância para apuração do fato a ser punido — Cerceamento de defesa — Anulação de ato punitivo.

"Funcionário público. Punição administrativa. Omissão de constituição de comissão de sindicância para apuração do fato a ser punido é cerceamento de defesa. Segurança concedida, em parte, para anular o ato punitivo, cancelar as anotações respectivas na ficha funcional do imputante e determinar a retificação da portaria que lhe aplicou a pena e sua publicação no diário oficial do Estado. — Para a imposição de pena a funcionário público, impõe-se a constituição de Comissão de Sindicância (art. 306 da Lei Estadual n. 6.174/70) a garantir-lhe o direito de defesa, previsto tanto na Lei Estadual, como no ordenamento constitucional" (art. 5º, LV, da CF) (TJPR — MS n. 0018096-1 — comarca de Curitiba, DJPR, 24/4/92, págs. 9/10).

Ou, ainda:

"Funcionário público — Polícia Militar — Procedimento administrativo — Ampla defesa — Art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal.

"A ampla defesa e o contraditório aos acusados são assegurados pela Constituição, entendendo-se co-

mo exigíveis tais requisitos, também, na apuração de falta grave de praça de menos de 10 (dez) anos de serviço (sem estabilidade assegurada), como p. exemplo a sindicância prévia, para a aplicação de pena disciplinar. Apelo provido" (TJPR — Ap. Cível n. 6.259-7 — comarca de Curitiba).

Ou, por fim:

"Sindicância — Aplicação de pena de suspensão a servidor público municipal — Necessidade da ampla defesa e do contraditório.

"Administrativo. Servidor Público Municipal. Pena de suspensão. Sindicância. A sindicância, dada a sua natureza sumária, constitui-se em fase preliminar do processo administrativo, sendo inadequada para servir de base para aplicação de penalidade, qualquer que seja, ao servidor implicado. A aplicação de pena imprescindível da efetiva oportunidade de ampla defesa e contraditório, garantias constitucionalmente previstas, não preenchendo estes requisitos a sindicância em que apenas é interrogado o servidor. Sentença concessiva da segurança mantida. Apelação desprovida"

(TJRS — Ap. Cível n. 595183526 — 3ª Câm. Cív. — DJRS, 27/9/96, pág. 19).

Assim, visceral e formalmente viciado o ato punitivo focalizado, andou com inegável correção o decisório monocrático concessivo da segurança, pelo que, pelo meu voto, improvejo o recurso e a remessa.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, sem discrepância de votos, conheceu do recurso e da remessa e os desproveu.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Ruy Olympio de Oliveira.

Florianópolis, 25 de novembro de 1998.

*Solon d'Eça Neves,*  
*Presidente com voto;*  
*Eládio Torret Rocha,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 96.002605-3, DE CHAPECÓ

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Mandado de segurança. Servidor público municipal comissionado. Estudante de ensino superior. Transferência não compulsória. Unoesc. Fundação educacional de direito privado. Documentação inidônea.*

*1 — Mesmo ocupando cargo em comissão, o servidor público estudante, se removido ou transferido por interesse da administra-*



*ção pública, tem direito à transferência compulsória de estabelecimento de ensino, público ou privado, independentemente de vaga.*

2 — *Entretanto, se, pela documentação capeada, puder ser constatado que a mudança de local de trabalho sucede em face de próprio interesse do servidor, desaparece o pressuposto da obrigatoriedade da transferência laboral, inexistindo, via de consequência, violação a direito líquido e certo do estudante, passível, pois, de correção pela via do mandado de segurança.*

3 — *A Fundação Educacional Unificada do Oeste de Santa Catarina — Unoesc é pessoa jurídica de direito privado, pelo que não colhe o benefício trazido pelo artigo 10 da Lei n. 9.469, de 10/7/97, no tocante ao reexame necessário.*

*Processual civil. Ausência de manifestação, acerca do recurso, do promotor de justiça. Suprimento pela participação da Procuradoria-Geral de Justiça.*

*“A não-intervenção do Ministério Público em Primeiro Grau de jurisdição pode ser suprida pela intervenção da Procuradoria de Justiça perante o colegiado de Segundo Grau, em parecer cuidando do mérito da causa sem argüir prejuízo nem alegar nulidade” (STJ, 4ª Turma, REsp. n. 2.903—MA, rel. Min. Athos Carneiro, j. em 7/5/91, DJU 10/6/91, pág. 7.852).*

*Remessa não conhecida. Apelo provido. Segurança denegada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 96.002605-3, da comarca de Chapecó (1ª Vara), em que é apelante Fundação Educacional Unificada do Oeste de Santa Catarina — Unoesc, sendo apelado Anacleto Listoni:*

ACORDAM, em sessão da Câmara Cível Especial, afastar, por maioria de votos, a prefacial agitada pela Procuradoria-Geral de Justiça, e, à unanimidade de votos, prover o recurso voluntário, não conhecendo da remessa, por incabível na espécie.

Custas de lei.

## I – Relatório

No Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Chapecó, Anacleto Listoni impetrou mandado de segurança contra ato da Fundação Educacional Unificada do Oeste de Santa Catarina — Unoesc, praticado por Helenice A. Dambrós Braun e Idir Canzi, membros da Coordenação do Curso de Direito, por terem indeferido seu pedido de transferência compulsória do campus de Videira para o de Chapecó.

Alega que é aluno do curso de Direito do campus de Videira, cursando a 5ª fase no campus de Chapecó, na condição de aluno especial, e requereu transferência compulsória por ser funcionário público comissionado do município de Xanxerê (fls. 9), cedido, mediante convênio, à Celesc, para prestar serviços na Agência Regional de Chapecó (fls. 10).

O pedido restou indeferido sob a alegação de tratar-se de funcionário comissionado e não concursado, tendo tal ato ferido direito líquido e certo do impetrante, assegurado pela CF no art. 208, combinado com o art. 99 da Lei n. 8.112/90.

A liminar não foi deferida.

Prestando informações, as autoridades coatoras defenderam o ato impugnado, por entenderem que a transferência compulsória, prevista no art. 100, § 1º, da Lei n. 4.024/61, com a redação da Lei n. 7.037/82, só é possível para funcionário efetivo. Referem, ainda, que os pareceres ns. 810/70 e 634/92 do Conselho Federal de Educação impedem a transferência do impetrante.

Após manifestar-se o Ministério Público pela concessão da segurança, adveio a prestação jurisdicional concedendo a ordem, assegurando, de conseguinte, a transferência do impetrante, independentemente de vaga.

Inconformada com a sentença que lhe foi adversa, apela a impetrada alegando julgamento extra pe-

tita e reafirmando que a orientação do Conselho Federal de Educação é totalmente contrária à outorga do benefício com as peculiaridades do impetrante, além de inexistir norma legal que o ampare.

Em resposta, o impetrante pleiteia a confirmação da sentença.

Os autos subiram e, nesta Instância, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo retorno dos autos à origem para a manifestação ministerial sobre o recurso.

É este, em síntese, o relatório.

## II — Voto

Analisando, prefacialmente, a necessidade de diligenciar à comarca de origem, para que o representante ministerial lance manifestação sobre o recurso, como sugere o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça.

Os tribunais, sobre o tema, têm afirmado que a intervenção da Procuradoria-Geral de Justiça, em Segundo Grau, evita a anulação do processo do qual o Promotor de Justiça não haja sido intimado, em Primeiro Grau, desde que não demonstrado prejuízo ao interesse do tutelado.

Do Superior Tribunal de Justiça colhe-se o seguinte precedente:

“A não-intervenção do Ministério Público em Primeiro Grau de jurisdição pode ser suprida pela intervenção da Procuradoria de Justiça perante o colegiado de Segundo Grau, em parecer cuidando do mérito da causa sem arguir prejuízo nem alegar nulidade” (STJ, 4ª Turma, REsp. n.

2.903—MA, rel. Min. Athos Carneiro, j. em 7/5/91, DJU 10/6/91, pág. 7.852).

Enfatizo, de outro lado, que à douta Procuradoria-Geral de Justiça, nesta Instância, foi oportunizado ensejo à manifestação sobre o mérito, e isso porém não sucedeu.

Não vislumbro, não obstante, nesse aspecto, prejuízo para os interesses dos litigantes, na medida em que a causa de nulidade do processo é não a falta de manifestação do órgão ministerial, e sim a não-viabilização, pelo poder jurisdicional, dessa oportunidade opinativa.

De se aplicar, pois, à espécie, o regramento previsto no parágrafo único do artigo 250 do CPC, até porque a sentença acabou por deslindar o feito palmilhando o mesmo caminho indicado no parecer ministerial que a precedeu (fls. 32/35).

Desnecessário e contraproducente, assim, concessa maxima venia, o retorno dos autos à origem para a sobredita diligência.

No tocante ao mérito, buscou e obteve o impetrante, no juízo monocrático, viabilização no sentido de ser transferido do curso de Direito da Unoesc, campus de Videira, para o de Chapecó, em face da negativa deliberada pela aludida entidade de ensino superior, através dos membros da coordenação do aludido curso, ao argumento de não ser o apelado servidor efetivo.

A segurança é mesmo de ser indeferida, não, porém, por este fundamento.

De fato, o agente nomeado, como o apelado, para exercer um cargo em comissão, é irrecusavel-

mente servidor público, ainda que de provimento em caráter provisório, conforme o magistério do inolvidável Hely Lopes Meirelles (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 15 ed., RT, pág. 356).

Nada obstante omissis, a respeito, o Estatuto dos Funcionários Públicos deste Estado, de se aplicar subsidiariamente, todavia, o disposto no artigo 100 da Lei n. 4.024, de 20/12/61, com a nova redação que lhe atribuiu a Lei n. 7.037, de 5/10/82, além de, por outro ângulo, o artigo 99 da Lei n. 8.112, de 11/12/90, os quais admitem a transferência de matrícula de uma entidade de ensino a outra, seja pública ou privada, mas, em qualquer dos casos, na presença do pressuposto de que o estudante ou pais ou responsáveis por ele hajam sido removidos ou transferidos compulsoriamente de seu local de trabalho por interesse da administração pública.

Assim também vem entendendo a jurisprudência, cuja ementa exemplificativa cito:

"Ensino superior. Administrativo. Servidor público. Mudança de sede. Garantia de matrícula de universidade. Alcance da norma. Lei n. 8.112/90.

"Nos termos do artigo 99 da Lei n. 8.112/90, ao servidor estudante que mudar de sede no interesse da administração é assegurada, na localidade da nova residência ou na mais próxima, matrícula em instituição de ensino congênere, em qualquer época, independentemente de vaga. O que garante a norma é a transferência independentemente

de vaga para instituição do mesmo gênero e não ensino gratuito, livre de concurso. Os estabelecimentos oficiais, em razão da acirrada disputa pela gratuidade, não pertencem ao mesmo gênero das instituições de ensino particular. Tal preceito se encontra em harmonia com o princípio de igualdade de condições para o acesso ao ensino público exigido pelo art. 206, I, da CF/88" (TFR- 4 Região, Apelação em Mandado de Segurança n. 95.04.02197-2/RS, DJU de 11/10/95, pág. 69.769).

No mesmo sentido o aresto desta Corte, relatado pelo eminente Des. Xavier Vieira:

"Transferência funcional compulsória.

"(omissis)

"O deslocamento compulsório de servidor público ou membro das Forças Armadas, desde que acarrete mudança de residência, estabelece, paralelamente, o direito de matrícula, independentemente de vaga, por transferência, em instituição vinculada a qualquer sistema de ensino, inclusive para seus dependentes" (ACMS n. 2.547, da Capital).

Não é o que sucedeu, entretanto, com o apelado.

Consoante a documentação capeada, constata-se haver sido ele nomeado, em 18/10/95, para exercer o cargo em comissão de diretor técnico da Secretaria Municipal de Obras de Xanxerê (portaria de fls. 9).

Curiosamente, porém, foi cedido, a título precário e oneroso, a Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A — Celesc, agência regional da cidade Chapecó, por um convênio sintomati-

camente firmado dois dias antes, ou seja, 16/10/95 (fls. 10/11).

Melhor explicando: dois dias antes de ser nomeado para o refaldado cargo em comissão, o apelado já estava sendo colocado à disposição de outra repartição, a evidenciar o caráter engenhoso da manobra, que, a toda evidência, colimava, quem sabe exclusivamente, à obtenção da transferência ora enfocada, na medida em que era aluno originário do campus de Videira.

E tem mais um aspecto que chama a atenção do julgador recursal. É que, a demonstrar a natureza no mínimo consentida do apelado, há, no aludido convênio, a sua participação expressa, dado que firmou pessoalmente o ajuste (fls. 11).

Não se pretende afirmar, por evidente, que a nomeação do apelado para o aludido cargo em comissão visou exclusivamente o engendramento da viabilização documental da futura pretensão transferitória. O que se quer demonstrar é o caráter consentido da transferência do apelado, a inviabilizar, de conseguinte, o reconhecimento de violação ao alegado direito líquido e certo, pela nítida e irrecusável ausência da compulsoriedade do seu deslocamento laboral.

Sendo assim, inexistente direito líquido e certo, dou provimento ao apelo a fim de denegar a segurança.

Assinalo, ainda, que, em face de a Fundação Educacional Unificada do Oeste de Santa Catarina — Unoesc ser pessoa jurídica de direito privado, não colhe o benefício trazido pelo artigo 10 da Lei n. 9.469, de 10/7/97, no tocante ao reexame ne-

cessário, pelo que, de conseguinte, não conheço da remessa.

É como voto.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por maioria de votos, afastou a prefacial argüida pela Procuradoria-Geral de Justiça, vencido o eminente Des. Nelson Schaefer Martins, que, pelo seu voto, convertia o julgamento em diligência, e, ao depois, sem discrepância de votos, proveu o recurso voluntário, e, derradeiramente,

te, por incabível na espécie, não conheceu da remessa.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins; lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Joel Rogério Furtado.

Florianópolis, 18 de novembro de 1998.

*Solon d'Eça Neves,*  
*Presidente com voto;*  
*Eládio Torret Rocha,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 96.004378-0, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Mandado de segurança. Concessão de habite-se negado. Desrespeito, pelo construtor, ao projeto anteriormente aprovado pela municipalidade. Excesso de área construída. Ausência de direito líquido e certo. Impossibilidade de convalidação da ilegalidade por meio da via mandamental eleita, sob pena de proteger-se o ato ilegal praticado, irrecusavelmente, pelo infrator do código de edificações do município. Ordem concedida. Apelo voluntário e remessa providos.*

1 — *Se, concluída a obra, ficar constatado que o projeto originalmente aprovado pela municipalidade foi desrespeitado pelo responsável pela edificação, sobretudo tendo por isso sido notificado embora ignorando esse ato de polícia no transcorrer da edificação, inexistente direito líquido e certo do construtor em caso de negativa do denominado habite-se, porque se assim não fosse estar-se-ia entendendo válido lançar-se mão do mandado de segurança como meio convalidador de atos irregulares e até ilegais.*

2 — *“É incontestável que o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, respeitados os direitos dos vizinhos e os regulamentos administrativos, mas a edificação em de-*

*sacordo com a autorização municipal, reiteradamente embargada administrativamente, dá ao Poder Público o direito de recusar o habite-se, ou seja, a licença de utilização do prédio, exercendo assim o poder de polícia que lhe é inerente” (ACMS n. 88.065749-8 (4.462), de Blumenau, rel. Des. Vanderlei Romer).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 96.004378-0, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante o município de Blumenau, sendo apelada Tayer Engenharia Ltda.:*

ACORDAM, em sessão da Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, prover o apelo voluntário e a remessa.

Custas de lei.

## **I — Relatório**

No Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Blumenau, Tayer Engenharia Ltda. impetrou mandado de segurança contra o Assessor de Planejamento do município de Blumenau, colimando, em suma, em caráter liminar e definitivo, a concessão de alvará de habite-se do Edifício Centro Empresarial Classic, localizado no centro daquela Comuna, o qual fora negado pela Municipalidade porquanto a obra desrespeitara o projeto por ela aprovado, posto que edificado com excesso de metragem.

Negada a liminar, e prestadas as informações pelo impetrado, replicou a impetrante, manifestando-se o Ministério Público pela denegação da segurança, sobrevindo, em seqüência, a prestação jurisdicional monocrática, cujo relatório fica adotado, a

qual concedeu a segurança, determinando ao município de Blumenau a expedição do competente habite-se do prédio descrito na inicial.

Irresignado com o teor do decisório adverso, a tempo e modo apela o Município, postulando, em síntese, a reforma da sentença, sob os argumentos segundo os quais o projeto originalmente aprovado foi desrespeitado pela apelada, que construiu mais de 700m<sup>2</sup> (setecentos metros quadrados) de área acima do aprovado e que não houve convivência por parte da Prefeitura Municipal.

A apelada, devidamente intimada, não ofereceu contra-razões.

O Ministério Público, em ambas as Instâncias, opina pelo provimento do recurso, denegando-se a segurança.

É o sucinto relatório.

## **II — Voto**

Insurge-se o município de Blumenau contra a sentença que, em sede de mandado de segurança, determinou a expedição de habite-se ao Edifício Classic, construído e incorporado pela impetrante, Tayer Engenharia Ltda., naquela cidade.

Há que ser destacado, de pronto, que a negativa do Poder Público em conceder o suso aludido alvará deveu-se ao fato de a obra haver sido edificada com excesso

de área construída, logo, em claro e até confessado desrespeito ao projeto primitivamente aprovado pela Municipalidade.

Ressalte-se, por isso mesmo, ser incontroverso nestes autos que, durante a execução da obra, a apelada construiu aproximadamente 700m<sup>2</sup> (setecentos metros quadrados) a mais do que o previsto no último projeto aprovado, representando esse excesso, aliás, mais um andar no sobredito edifício, além de acréscimo em suas áreas comuns.

O documento de fls. 108, notificação de embargo, expedido por fiscal da Prefeitura de Blumenau em 8/4/94, bem demonstra essa circunstância, ou seja, a irregularidade da edificação, nada obstante a apelada haver ignorado olímpicamente esse ato de polícia, tanto que a obra foi concluída com essa anomalia.

Tal documento demonstra, ainda, de forma irrecusável, que a Prefeitura de Blumenau não se mostrou omissa e mesmo conivente com essa circunstância, ou seja, com construção à margem do Código de Edificações do Município, demonstrando haver agido dentro do poder que lhe competia e dos recursos que dispunha.

Ora, como cediço, as edificações, sobretudo as urbanas, devem ater-se às normas técnicas usuais de construção, cuja regulamentação dá-se através das normas elencadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Devem atender, ademais disso, às normas do direito civil que tratam do direito de vizinhança, e, bem assim, de perfeita adequação à sua função social, estas últimas

dispostas nos códigos de edificações do município.

A apelada, e isso é incontroverso, construiu em desacordo com as normas do Município apelante, viu-se por isso mesmo privada do alvará de habite-se, permitiu a ocupação do prédio sem esse documento, e vem ao Poder Judiciário alegar estar sendo alvo de violação a direito líquido e certo seu.

Entendo, contudo, que razão não lhe assiste.

De se indagar, a propósito: onde encontrar direito líquido e certo promanado de ato praticado à margem da lei? Ou, ainda: é moral e eticamente defensável poder convalidar a ilegalidade por meio de mandado de segurança?

A resposta há de ser necessariamente negativa a esta última, até porque parece curial inexistir direito líquido e certo da impetrante, ora apelada, em exigir habite-se de obra construída de forma inegavelmente irregular.

Ora, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXIX, prescreve a possibilidade de concessão de mandado de segurança para proteger direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de autoridade pública. No caso em tela, entretantes, não se pode falar em direito líquido e certo pelo simples fato de que não há direito oponível contra a lei.

Não há, também, como se falar em ato ilegal ou abuso de poder por parte da autoridade tida como coatora, porquanto esta apenas fez cumprir a norma legal regedora da matéria. Sendo assim, não se poderia esperar outro procedimento do apelante se-

não a negativa da autorização formal para a utilização do prédio.

Não se pode argumentar, ademais, com o fato de o apelante não haver ajuizado, após o embargo administrativo (fls. 108), a ação judicial adequada. É que, como evidente, o fato de não ter agido de forma mais rigorosa não tem o condão de convalidar a ilegalidade cometida pela apelada, sobretudo porque não foi ele quem lhe deu causa.

A aprovação do projeto é exigência do município para o início da obra, dentro dos padrões normativos da municipalidade. Sendo assim, no seu final, se a edificação não atende as primitivas especificações, age com correção o agente municipal que, após certificar-se disso, indefere o alvará de habite-se.

O construtor, sobretudo aquele que edifica e incorpora grandes obras, tem a obrigação profissional de conhecer o projeto aprovado e segui-lo com precisão. Se assim não age, corre um risco calculado, posto sabido o seu deslize, e por isso mesmo deve responder pela sua falta.

Ressalte-se uma vez mais, por relevante, que a fiscalização municipal esteve na obra, constatou a irregularidade e emitiu, em abril de 1994, notificação de embargo, o qual foi inobstante desconsiderado pela construtora, ora apelada.

Nesse sentido decidiu esta colenda Câmara, em caso análogo, também da comarca de Blumenau, cujo julgado ostenta a seguinte ementa:

“Construção. Alvará de habite-se. Inobservância dos procedimentos administrativos. É incontestável que o proprietário pode levantar em

seu terreno as construções que lhe aprouver, respeitados os direitos dos vizinhos e os regulamentos administrativos, mas a edificação em desacordo com a autorização municipal, reiteradamente embargada administrativamente, dá ao Poder Público o direito de recusar o habite-se, ou seja, a licença de utilização do prédio, exercendo assim o poder de polícia que lhe é inerente” (ACMS n. 88.065749-8 (4.462), de Blumenau, rel. Des. Vanderlei Romer).

Portanto, caso a Prefeitura concedesse o alvará à apelada, estaria incorrendo em grave e censurável desídia administrativa, porquanto estaria aceitando a infração e o desrespeito às normas coletivas de urbanização.

A pressão da apelada, afirmando que 80% (oitenta por cento) do edifício está ocupado, demonstra atitude incoerente e insusceptível de convalidar aquilo já consabidamente irregular, sobretudo para uma empresa que, na conformidade do que afirmado na inicial, já realizou grandes obras naquele mesmo Município, além de outras nas vizinhanças.

Consoante lição do inexcedível Hely Lopes Meirelles,

“A construção civil como atividade técnico-econômica está sujeita a duas ordens de normas, bem diferenciadas entre si, mas conjugadas na sua atuação para o conseguimento de um duplo fim: o aprimoramento da obra e sua adequação ao meio ambiente. Tais os objetivos das normas técnicas e das normas legais da construção”.

E, adiante, continua o mestre:



“Normas legais da construção dizem-se todas as prescrições expressas em lei, ou regulamento, visando à ordenação individual da obra ou à sua adequação ao meio social. Estas normas bipartem-se em civis e administrativas. As normas civis regulam o direito de construir nas suas relações entre vizinhos, daí por que são chamadas restrições de vizinhança. As normas administrativas destinam-se a proteger os interesses da coletividade, condicionando o direito de construir e o uso da propriedade à sua função social (Constituição Federal, arts. 5º, XXIII, e 182, § 2º), motivo por que são conhecidas por limitações administrativas. As restrições de vizinhança, como preceitos de ordem privada, estão consubstanciadas no Código Civil (arts. 554 e 588); as limitações administrativas, como imposições de ordem pública, encontram-se dispersas na legislação protetora da comunidade, notadamente no Código Sanitário e no Código de Obras”.

Mais além, arremata o insigne administrativista pátrio:

“O licenciamento administrativo das obras é o meio de que o Poder Público lança mão para impor e controlar a observância das normas técnico-legais da construção. Desde a elaboração do projeto até a conclusão da obra, a construção fica sujeita à fiscalização da autoridade competente, que, para o início da edificação, expede o alvará de construção e, para o início de uso da obra concluída, expede o alvará de ocupação ou auto de vistoria, vulgarmente conhecido por ‘habite-se’. Esse policiamento da construção tanto pode alcançar as obras urbanas como as edificações rurais, vis-

to que umas e outras têm profundas implicações com o bem-estar do indivíduo e da coletividade; mas, por incúria das Administrações, até hoje só se tem legislado para as construções urbanas. A inobservância ou desatendimento das normas técnico-legais da construção ou da regulamentação profissional sujeita o infrator a penalidades diversas, que podem variar desde a aplicação de multas até a interdição e demolição da obra, com suspensão ou mesmo cassação do exercício profissional ou da empresa construtora responsável pela ilegalidade.

“O policiamento administrativo das construções é da competência concorrente das três entidades estatais — União, Estado-membro e Município —, porque a todas elas incumbe o dever de velar pelo bem-estar social, nos limites de suas atribuições institucionais. Ocorre, porém, que a construção afeta mais de perto os interesses locais, e, por isso mesmo, a maioria de suas normas provém do Município, que regulamenta as obras em seu território e sobre elas exerce intensa fiscalização. Além disso, a União e o Estado-membro geralmente delegam poderes ao Município para a inspeção das habitações, no que tangere à observância das normas sanitárias federais e estaduais. Daí por que, na prática, aparece o Município como entidade preponderantemente policiadora da construção” (Direito de Construir, 7ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1996, págs. 306/310).

Destarte, entendo, por todos estes argumentos, que o recurso e a remessa não que ser providos, reformando-se a sentença hostilizada, para denegar a segurança pleiteada.

É como voto.

cer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Wlaumar Alves da Silva.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, à unanimidade de votos, proveu o recurso e a remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins; lavrando pare-

Florianópolis, 25 de novembro de 1998.

*Solon d'Eça Neves,*  
*Presidente com voto;*  
*Eládio Torret Rocha,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 96.001130-7, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

**Relator: Des. Nelson Schaefer Martins**

*Mandado de segurança. Servidor público municipal. Decadência. Inocorrência. Demissão. Procedimento administrativo encerrado após sua exoneração por extinção do cargo. Direito líquido e certo. Segurança deferida. Recurso e remessa desprovidos.*

*Em tema de mandado de segurança, não é o início do procedimento administrativo que dá ensejo ao termo a quo para a impetração mas o ato final, que define a lesão e que pode permitir a executoriedade da medida. O prazo de cento e vinte dias conta-se da ciência inequívoca do ato impugnado pelo interessado ou seu patrono nos termos do art. 18 da Lei n. 1.533/51.*

*Encontrando-se o impetrante formalmente exonerado em razão da extinção do cargo por lei municipal, não pode a autoridade coatora demiti-lo do quadro com aplicação da lei estatutária, pois não mais se encontra investido na função pública.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 96.001130-7, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), em que é apelante o município de Balneário Camboriú e apelado Rubens Sérgio Borba:*

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, negar

provimento ao recurso voluntário e à remessa.

Custas de lei.

Perante o Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú, Rubens Sérgio Borba impetrou mandado de segurança contra ato dito ilegal praticado pelo Sr. Prefeito Municipal de Balneário

Camboriú, consistente em sua demissão decorrente de instauração de procedimento administrativo contra o impetrante quando este já não mais detinha a condição de funcionário público.

Alegou que fora aprovado em concurso público, tomando posse no cargo de Engenheiro de Segurança do Trabalho, e que em razão da extinção de cargos do quadro de servidores foi exonerado a partir de 22/10/93, o que ensejou a impetração de outro mandamus.

Ocorre que pela autoridade impetrada foi determinada a formação de comissão disciplinar para apuração de fatos pretensamente irregulares que teriam sido cometidos pelo impetrante, inaugurando-se o processo administrativo em 30/12/93.

Por força de lei municipal o prazo para sua conclusão seria de 60 dias e no entanto seu término se operara após o termo legal, caracterizando-se a prescrição administrativa.

Asseverou que não infringiu nenhum preceito legal e que inexistiria prova de fato desabonador à sua conduta funcional e que se prevalecesse a situação apontada disso resultariam sérios e graves prejuízos de ordem material e moral.

Requeru a exibição dos originais do Processo n. 9.603/93 e a concessão de liminar com a suspensão dos efeitos do prefalado ato administrativo com a final declaração de sua nulidade.

A liminar não foi deferida.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações alegando em

preliminares a ausência de direito líquido e certo, de ilegalidade e de abuso de poder e a decadência.

No mérito, aduziu que o impetrante vinculou seu suposto direito líquido e certo a eventual reforma da sentença em outro mandado de segurança à época em grau de recurso.

Afirmou a legalidade do procedimento administrativo atacado e requereu a extinção do mandamus ou a denegação da segurança.

Ao impetrante foi oportunizado a vista dos originais do processo administrativo, o que ensejou manifestação e ratificação da circunstância de que apenas em 14/12/94 é que veio a ter conhecimento da decisão proferida, sendo o writ interposto por conseguinte dentro do prazo de 120 dias.

O Dr. Promotor de Justiça opinou pela extinção do processo em razão da decadência.

A sentença rejeitou as prefaciais de carência de ação e de decadência para deferir em parte a segurança, reconhecendo a ilegalidade e arbitrariedade no ato praticado, reconhecendo que o impetrante não poderia ser demitido pois já se encontrava exonerado.

Irresignado, o município de Balneário Camboriú apelou tempestivamente insistindo nas teses de carência de ação por ausência de direito líquido e certo e de decadência.

No mérito ratificou que os princípios constitucionais foram respeitados no procedimento que deu ensejo ao resultado impugnado.

O recurso foi contra-arrazoado, dispensado o preparo a teor do dis-

posto no art. 511, parágrafo único, do CPC.

Os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça e o Ministério Público em ambos os graus de jurisdição opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

I. Afasta-se a tese de decadência.

O prazo de impetração de cento e vinte dias conta-se da ciência do ato impugnado pelo interessado nos termos do art. 18 da Lei n. 1.533/51.

Ora, com a juntada do Processo Administrativo n. 9.603/93 (fls. 140/216) ficou inequivocamente demonstrado que o impetrante até 14/12/94 — data em que o patrono do apelado teve acesso aos respectivos autos (fls. 216/verso) — não fora intimado da decisão de fls. 211/212 que decretou a sua demissão com fundamento nos arts. 198, inc. XI, e 214, inc. XIII, da Lei Municipal n. 1.069/91 (Estatuto dos Funcionários Públicos de Balneário Camboriú).

Isso deu-se inclusive pelo fato de que não foi expedida a portaria de demissão, pois, conforme justificou o assessor parlamentar João José Correa, o impetrante já tinha sido exonerado em face da extinção de seu cargo pela Lei n. 1.278, de 18/10/93 (fls. 213).

A propósito da decadência em tema de mandado de segurança, decidiu o colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, no MS n. 19.544-0, rel. Des. Bueno Magano, j. 27/10/93, RTJESP 152/221, que não é o início do procedimento ad-

ministrativo que dá ensejo ao termo a quo para a impetração, mas o ato final que define a lesão.

Portanto, mesmo que o procedimento administrativo tenha-se iniciado por ato desde logo passível de ser declarado nulo, não prevalece para a contagem do prazo decadencial a data pretérita.

Para efeito do decurso do termo previsto no art. 18 da LMS, é da data de intimação do ato final que define a lesão e que pode permitir a executoriedade da medida que se contam os cento e vinte dias.

Assim, considerando que a intimação deu-se em 14/12/94 e o protocolo da inicial operou-se em 21/2/95, não há que se cogitar de decadência.

II. A preliminar de carência de ação de fato embute tema de mérito, pois trata de pretensa ausência de direito líquido e certo.

Imerece acolhida a tese, devendo ser transcrita nesta parte a sentença da lavra do Juiz de Direito Dr. Vicente Luiz Stefanello Carginin:

“Estando o impetrante já formalmente exonerado, e apesar de estar pendente de julgamento o Mandado de Segurança, mas que não obteve liminar de reintegração no quadro, impetrado em 22/11/93, não poderia a autoridade apontada coatora demitir do quadro de funcionários a pessoa que por lei já se encontrava fora do quadro, por ter sido exonerado, ainda que em decorrência da extinção do cargo, por se encontrar no período do estágio probatório. Existe a ilegalidade, no fundamento e conteúdo da decisão, bem como a arbitrariedade e abuso

estampados no referido ato, pois que uma vez excluído, ainda que fosse reconhecida qualquer irregularidade ou infração, a conclusão jamais poderia ser pela demissão daquele que já não se encontrava no quadro e nem investido na função pública. Aplicada que foi a lei estatutária, contra quem já não se encontrava sob as regras da referida lei, constitui-se em ato arbitrário e ilegal, ferindo cristalinamente o direito líquido e certo do impetrante e não ter contra si a decisão de demissão, com efeitos e repercussões negativas, no exercício de sua função profissional liberal de cidadão liberado das normas estatutárias, merecen-

do, pois, ser contra este ato concedida a segurança" (fls. 233).

Isto posto, nega-se provimento ao recurso voluntário e à remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu, convocado diante do impedimento justificado do Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves, e emitiu parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 23 de dezembro de 1998.

*Eládio Torret Rocha,*  
*Presidente com voto;*  
*Nelson Schaefer Martins,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 96.009182-3, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Nelson Schaefer Martins**

*Mandado de segurança. Importação de veículo por particular para uso próprio. CF, art. 155, inc. I, alínea b, e inc. IX, alínea a. Recurso provido. Segurança concedida.*

*A importação de veículo por particular para uso próprio não conduz à incidência do disposto no art. 155, § 2º, inciso IX, a, da Carta Magna, pois o dispositivo constitucional vincula o fato gerador à existência de estabelecimento comercial ou industrial bem como do requisito da habitualidade por previsão extensiva do Convênio do ICMS n. 66, de 1988, do Decreto-Lei n. 406/68 e do art. 1º do Decreto n. 3.017, de 28 de fevereiro de 1989, que aprovou o Regulamento do ICMS do Estado de Santa Catarina.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 96.009182-3, da comarca da Capital (Vara dos*

*Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho), em que é apelante Paulo Gil Alves Filho e apelado o Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por maioria, vencido o Des. Eládio Torret Rocha, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho da comarca da Capital, Paulo Gil Alves Filho impetrou mandado de segurança contra ato dos Srs. Gerentes da Fazenda Estadual da 1ª Região e de Arrecadação e Crédito Tributário, pretendendo que as autoridades ditas coatoras se abstivessem de exigir-lhe o pagamento de ICMS relativo a operação de importação de veículo dos Estados Unidos, marca Ford Ranger, Splash Pick-Up — ano e modelo 1995, para uso próprio, por entender que na hipótese não incidiria o tributo.

Acrescentou que não é importador de veículos para comercialização ou para utilização em atividade econômica ou ainda para consumo ou ativo fixo de estabelecimento comercial, nos termos do art. 155, inc. IX, alínea a, da Constituição Federal.

Notificadas, as autoridades impetradas prestaram informações sustentando a legalidade da incidência do ICMS sobre a entrada de toda e qualquer mercadoria importada, mesmo que destinada a consumo ou a ativo fixo do estabelecimento importador, sendo que o fato gerador do tributo ocorre tanto na entrada no território nacional (quando o importador recebe a mercadoria) como na entrada no estabelecimento destinatário, elegen-

do-se como contribuinte o importador, seja ele pessoa física ou jurídica.

Afirmaram também que a legislação tributária não faz qualquer distinção entre operação de importação de mercadoria com destino à comercialização ou industrialização e operação de importação de bem para uso próprio.

O Dr. Promotor de Justiça opinou pelo indeferimento da ordem e a sentença denegou a segurança amparando-se nas disposições dos arts. 155, § 2º, inc. IX, a, da CF, 34, § 8º, do ADCT, e 21, parágrafo único, inc. I, do Convênio ICMS 66/88.

Irresignado, o vencido apelou tempestivamente insistindo nas teses de que não poderia ser compelido ao pagamento do ICMS por não pertencer à categoria de contribuintes indicada no texto constitucional.

Invocou a inconstitucionalidade do Convênio 66/88 aduzindo que é a lei complementar que poderia estabelecer normas gerais sobre fato gerador e base de cálculo de tributo, não sendo possível ampliar a relação de contribuintes não previstos pela Constituição.

O recurso foi contra-arrazoado e preparado.

O Ministério Público de Primeiro Grau em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo de Tarso Brandão opinou pelo provimento do recurso, porém a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se através do Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota pelo seu desprovimento.

É o relatório.

Dispõe a Constituição Federal:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

“I — impostos sobre:

“(…) b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

“(…) § 2º. O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte:

“(…) IX — incidirá também:

“a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço”.

A irrisignação funda-se na circunstância de que o dispositivo constitucional que regula a matéria não prevê a hipótese de incidência do ICMS sobre a mercadoria importada do exterior destinada a uso próprio de pessoa física.

A propósito do tema, traz-se à colação precedente da Décima Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo in Apelação Cível n. 252.076-2, rel. Des. Viana Santos, j. 11/4/95, LEX JTJ 170/94:

“Imposto — Circulação de mercadorias e serviços — Veículo — Importação por particular para uso próprio — Não incidência — Artigo 155, § 2º, inciso IX, a, da Constituição da República — Inexistência de estabelecimento comer-

cial ou industrial que integra o fato gerador, bem como do requisito da habitualidade — Previsão extensiva do Convênio do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços n. 66, de 1988, e da Lei n. 6.374, de 1989, que extrapola o regramento constitucional — Repetição de indébito procedente — Recurso provido.

“A pessoa natural quando importa bens para seu uso ou consumo não se enquadra como contribuinte do ICMS”.

Trecho do v. acórdão:

“Em que pesem venerandos acórdãos em sentido contrário, a pessoa natural, quando importa bens para seu uso ou consumo não se enquadra como contribuinte do ICMS; porque o estabelecimento integra o fato gerador do ICMS, na importação, como dito expressamente no Texto Constitucional transcrito, e não faz parte da personalidade jurídica da pessoa natural o estabelecimento, que é característica do produtor, do comerciante ou do industrial, sendo da pessoa natural o domicílio, que não consta do aludido artigo 155, § 2º, inciso IX, a.

“O Convênio ICMS n. 66, de 1988, e a Lei Estadual n. 6.374, de 1989, extrapolaram o regramento Constitucional.

“Quanto ao Convênio ICMS n. 66, de 1988.

“Não se discute mais que os Convênios seriam editados, na falta de Lei Complementar, em razão do artigo 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

"No entanto, o Convênio ICMS n. 66, de 1988, em seu artigo 2º, inciso I, ampliou o mandamento constitucional, indevidamente, eis que criou um novo elemento do fato gerador, de forma extensiva, que não é admitida na estipulação de obrigações tributárias, ou seja:

'Na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem, importados do exterior' (meu grifo).

"A primeira idéia (entrada no estabelecimento destinatário) está conforme a disposição constitucional, entretanto, a segunda (no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem) não se subsume ao preceito constitucional.

"Neste aspecto o Convênio ICMS n. 66, de 1988, afronta a Constituição vigente.

"Quanto à Lei n. 6.374, de 1989.

"Esta foi editada na esteira do Convênio, incorrendo na mesma inconstitucionalidade, quando seu artigo 2º, inciso V, dispõe como fato gerador:

'Recebimento, pelo importador, de mercadoria ou bem importado do exterior...'

"Na hipótese dos autos não há circulação de mercadoria, nos moldes regrados pela Constituição, pois a nossa sistemática tributária não pode atingir o fornecedor (exportador estrangeiro) e o importador adquiriu o veículo para o seu uso exclusivo; essas circunstâncias desfiguram a incidência do ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias e serviços).

"Desatende a Constituição da República, também, o artigo 7º, § 3º, da Lei n. 6.374, de 1989, por ter dispensado a 'habitualidade', na especificação do contribuinte do ICMS, na entrada de mercadorias ou bens importados do exterior.

"Desatendeu, porque é da essência da produção, da indústria e máxime do comércio a habitualidade.

"Pode-se mesmo dizer que não há comércio sem habitualidade, bem como não há ICMS sem comércio.

"Desatendeu porque do conceito de estabelecimento tem-se a habitualidade, a saber, ação ou efeito de estabelecer-se, que é tornar-se estável, ou, até mesmo, abrir um estabelecimento comercial ou industrial, segundo o 'Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa'.

"Este fundamento reforça a tese de que a pessoa natural, quando importa bem, para o seu próprio uso, não se constitui em contribuinte do ICMS".

Além disso, destaca em seu bem-lançado parecer o digno Promotor de Justiça Dr. Paulo de Tarso Brandão:

"Não ocorre fato gerador do ICMS nas situações de importação de mercadorias quando feita por pessoa física e para seu uso próprio. Veja-se que, seguindo a linha do Decreto-Lei n. 406/68, o Decreto n. 3.017, de 28 de fevereiro de 1989, que aprovou o Regulamento do ICMS do Estado de Santa Catarina, determina, em seu artigo 1º, que esse imposto incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de alguns serviços. Fica evidente que as operações de circulação de mercadorias diz



respeito aos produtos destinados a mercancia. Reforça essa idéia o parágrafo único do art 1º quando afirma que o imposto também é devido sobre a entrada de mercadorias estrangeiras, ainda que se trate de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento. Evidente que a noção de estabelecimento está ligada à idéia de local fixo destinado à atividade de comércio ou de exercício de profissão.

“Não é só, ao definir contribuintes o mesmo Regulamento, em seu artigo 6º, diz que é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria. Ora, esse dispositivo legal também dá a idéia de que o contribuinte é o que coloca a mercadoria em circulação, ou seja, o comerciante. Aliás, é nesse mesmo diapasão o disposto no artigo 6º do Decreto-Lei n. 406/68” (fls. 87/88).

Disso conclui-se que a importação de veículo por particular para uso próprio não conduz à incidência do disposto no art. 155, § 2º, inciso IX, a, da Carta Magna, pois o dispositivo constitucional vincula o fato gerador à existência de estabeleci-

mento comercial ou industrial bem como do requisito da habitualidade por previsão extensiva do Convênio do ICMS n. 66, de 1988, do Decreto-Lei n. 406/68 e do art. 1º do Decreto n. 3.017, de 28 de fevereiro de 1989, que aprovou o Regulamento do ICMS do Estado de Santa Catarina.

Assim, a pessoa natural que importa bens para seu uso ou consumo não se enquadra como contribuinte do ICMS.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso para deferir-se a segurança, invertidos os ônus sucumbenciais.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha, e emitiu parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 2 de dezembro de 1998.

*Solon d'Eça Neves,*  
*Presidente com voto;*  
*Nelson Schaefer Martins,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 97.001807-0, DE JOINVILLE**

**Relator: Des. Nelson Schaefer Martins**

*Mandado de segurança. Oficiala do Registro de Imóveis impetrada. Legitimidade recursal. Lei Federal n. 6.766, de 19/12/79, art. 18, § 2º. Inconstitucionalidade afastada. Loteamento. Pessoa jurídica. Representantes legais da empreendedora. Inexistência de identidade entre os crimes contra a ordem tributária e os crimes con-*

*tra a administração pública. Recurso desprovido.*

*Oficiala do Registro de Imóveis impetrada em mandado de segurança também tem legitimidade recursal pois não deve ser alijada da relação processual na fase recursal vez que integrou a lide desde as informações.*

*O dispositivo do art. 18, § 2º, da Lei n. 6.766, de 19/12/79, não padece de inconstitucionalidade pois não pressupõe a culpa daquele que esteja sendo processado por crimes contra o patrimônio ou contra a administração mas apenas prescreve medida de proteção aos interesses dos adquirentes dos lotes impedindo o registro do loteamento se não for comprovado que não advirão futuros prejuízos aos adquirentes dos terrenos.*

*Tratando-se de loteamento de responsabilidade de pessoa jurídica, interpreta-se que as certidões negativas criminais a que alude o artigo 18, § 2º, da lei do parcelamento do solo urbano, são exigidas dos representantes legais da empreendedora.*

*Não há identidade entre os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei n. 8.137, de 27/12/90) e aqueles contra a administração pública, não se podendo interpretar extensivamente o dispositivo do art. 18, § 2º, da Lei n. 6.766/79. Logo, não subsiste motivo que impeça o registro do loteamento pela empresa impetrante.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 97.001807-0, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é apelante Beatriz Maria Douat Loyola e apelada Irmãos Stassum & Cia. Ltda.:*

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Joinville, Irmãos Stassum & Cia. Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato da Sra.

Oficiala do Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da comarca de Joinville, aduzindo que a autoridade coatora teria indeferido o registro do loteamento do imóvel de sua propriedade ao argumento de que, encontrando-se o casal de sócios Rolando e Iracema Stassum a responder pela prática de crimes contra a administração, a providência seria vedada por força do disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 6.766/79.

Asseverou contudo a impetrante que o ato estaria amparado em preceito inconstitucional, violando-se dessa forma direito líquido e certo.

A liminar foi deferida.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações, defendendo o ato impugnado.

O Dr. Promotor de Justiça opinou pela concessão da segurança e a sentença concedeu a ordem sob os seguintes fundamentos: a) a pessoa do sócio não se confunde com a pessoa jurídica representada pela sociedade comercial formada por quatro sócios e a pena não pode passar da pessoa do condenado (CF, art. 5º, inc. XLV); b) as ações penais foram deflagradas contra dois dos sócios e não contra a sociedade impetrante; c) o art. 18, § 2º, da Lei n. 6.766/79, contra a inconstitucionalidade em face do disposto no art. 5º, inc. LVII, por não ter sido recepcionado; d) o ato impugnado negou vigência aos princípios constitucionais que consagram respectivamente o direito de propriedade (art. 5º, inc. XXII) e o devido processo legal (art. 5º, LIV).

Irresignada, a Oficiala do Registro de Imóveis apelou tempestivamente, asseverando que o dispositivo do art. 18, § 2º, da lei do parcelamento do solo urbano, mesmo diante da existência de ações penais referentes a crimes contra a administração pública, excepciona a hipótese de comprovação da possibilidade de não haver prejuízo aos adquirentes dos lotes de modo que a mens legis é a de preservar os interesses dos adquirentes das unidades imobiliárias.

Logo, inexistiria inconstitucionalidade no dispositivo epigrafado e a atitude da impetrada fora orientada no sentido de impedir que pessoas processadas por crime contra a ordem tributária se desfizessem de seus bens.

Ademais, mesmo que não se confundam pessoa jurídica e pessoa física, sabe-se que empresas não respondem criminalmente por atos imputados às pessoas de seus sócios ou diretores.

Advertiu que a matéria encontra-se em apreciação pelo Juízo dos Registros Públicos diante de suscitação da dúvida provocada pela apelante e que o ato da oficiala impetrada amparado em dispositivo legal vigente não feriu direito líquido e certo da empresa impetrante.

O recurso foi preparado e contra-arrazoado.

O Ministério Público em ambos os graus de jurisdição opinou preliminarmente pelo não conhecimento do recurso por ter sido interposto pela autoridade coatora e não pela pessoa jurídica impetrada e no mérito pelo seu desprovemento.

É o relatório.

I. Aprecia-se inicialmente a prefação de ilegitimidade para recorrer.

Constata-se que a apelante Beatriz Maria Douat Loyola identificou-se como Oficiala do Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da comarca de Joinville.

De outro modo, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, STJ — 6ª Turma, REsp. n. 33.219-2—MS, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 8/11/93, RSTJ 56/281:

“Não só a pessoa jurídica, que é ré em mandado de segurança, mas também o próprio impetrado tem legitimidade recursal”.

A propósito do tema, manifestou-se esta Corte Estadual de Justiça:

"(...) 'Consoante conhecida lição de Hely Lopes Meirelles, não pode ser aliado do processo na fase recursal o impetrado, posto que integrou a lide desde as informações. Poderá haver, assim, apelação conjunta ou separada, da pessoa jurídica interessada e do coator, como têm admitido outros Tribunais e o próprio STF em outros precedentes. Inteligência do art. 499 e § 1º do CPC' (JC 75/121, rel. Des. Pedro Manoel Abreu) (...)" (in *Apelação Cível em Mandado de Segurança* n. 96.002210-4, de Tijuca, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 31/10/96).

Assim, conclui-se que a autoridade impetrada detém a legitimidade recursal.

II. Perquire-se doravante acerca da constitucionalidade do dispositivo do art. 18, § 2º, da Lei n. 6.766, de 19/12/79, que tem a seguinte redação:

"A existência de protestos, de ações pessoais ou de ações penais, exceto as referentes a crime contra o patrimônio e contra a administração, não impedirá o registro do loteamento se o requerente comprovar que esses protestos ou ações não poderão prejudicar os adquirentes dos lotes. Se o oficial do registro de imóveis julgar insuficiente a comprovação feita, suscitará a dúvida perante o juiz competente".

O art. 5º, inc. LVII, da Carta Magna, prescreve que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

Ora, o dispositivo da lei ordinária federal não pressupõe a culpa daquele que esteja sendo processado

por crimes contra o patrimônio ou contra a administração.

Apenas prescreve medida de proteção aos interesses dos adquirentes dos lotes impedindo o registro do loteamento se não for comprovado que não advirão futuros prejuízos aos adquirentes dos terrenos.

A disposição legal foi recepcionada pela nova ordem constitucional pois não atenta contra qualquer dos direitos fundamentais preconizados pela Carta Magna.

A propósito, a doutrina, ao comentar o dispositivo legal examinado, aponta para solução diversa daquela acolhida no decisum, neste ponto.

Arnaldo Rizzardo, em "Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano", 5ª edição, São Paulo, RT, 1998, pág. 69, sobre "registro do loteamento e do desmembramento", leciona:

"A constatação de protestos, de ações pessoais ou penais, não veda o registro, uma vez provando-se que não advirão prejuízos aos adquirentes dos lotes, prevê o § 2º, do art. 18. Não pretende a lei que os bens do loteador estejam escoimados de quaisquer ônus ou encargos, ou de litigiosidade. Apenas exige que sejam tornadas públicas essas circunstâncias, a fim de que os compromissários possam conhecê-lhes o devido alcance".

Marco Aurelio S. Viana, em sua obra "Comentários à lei sobre parcelamento do solo urbano", 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984, págs. 54/55, leciona:

"As certidões poderão ser positivas, e isto não inibirá o registro, se restar provada a ausência de prejuízo

para os adquirentes. Já chamamos a atenção para o problema na esfera das incorporações imobiliárias, lembrando a posição de Caio Mário da Silveira Pereira no sentido de que bastará ao interessado demonstrar que efetuou o depósito da quantia ou coisa disputada, ou por meio idôneo segurado o juízo, enfim, demonstrado de forma concreta e objetiva que não há prejuízo para os adquirentes. A solução não varia para o parcelamento do solo. Podemos acrescentar outros meios de comprovação de inexistência de prejuízo: 'demonstração, pelo pretendente, de um patrimônio e de capacidade econômica capazes de cobrir, sobejamente, as obrigações'.

"Cumpre ao Oficial do Registro de Imóveis o exame dos dados oferecidos pelo parcelador, e, se vier a entender que a comprovação não é bastante, suscitará dúvida perante o juiz competente".

Logo conclui-se que bastaria à impetrante demonstrar de forma concreta e objetiva que não haveria prejuízo para os adquirentes, para que o registro do loteamento fosse realizado.

III. Passa-se ao exame do tema relativo à confusão entre as pessoas físicas dos sócios e a jurídica da empresa.

Tem-se que, diante de pedido de registro de loteamento formulado por Irmãos Stassum & Cia. Ltda., a Oficiala do Registro de Imóveis do 1º Ofício de Joinville suscitou a dúvida invocando o disposto no art. 18, § 2º, da Lei n. 6.766/79, aduzindo que Rolando Stassum e sua mulher, Iracema Stassum, sócios da empresa, foram denunciados perante o Juízo da 2ª

Vara Criminal da comarca de Joinville por infração a dispositivos da Lei n. 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (fls. 18).

De fato constata-se que os sócios da impetrante estão respondendo aos seguintes processos crimes perante a 2ª Vara Criminal de Joinville:

a) 315/94 — Rolando Stassum e sua mulher, Iracema Stassum;

b) 547/95 — Rolando Stassum e sua mulher, Iracema Stassum;

c) 4.325/91 — Rolando Stassum (certidão de fls. 35).

Conforme estatuto social da empresa de fls. 5/17, integram a sociedade por quotas de responsabilidade limitada Irmãos Stassum & Cia. Ltda., Rolando Stassum, Iracema Stassum, Jony William Stassum e Margaret Stassum Moreira.

É o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível n. 38.678-0, rel. Des. Márcio Bonilha, in LEX 200/336:

"Registro de imóveis — Loteamento — Certidões criminais negativas — Loteadora pessoa jurídica — Exigibilidade em relação a seus representantes legais — Recurso não provido.

"Registro de imóveis — Loteamento — Pendência de ação penal contra representantes legais da empreendedora — Presunção constitucional de inocência — Ininvocabilidade — Hipótese de crime contra a Administração Pública definido na Lei Federal n. 6.766, de 1979 — Registro condicionado ao desfecho absolutório do processo — Recurso não provido".

Ementa oficial:

“Registro de Imóveis — Dúvida — Recusa em registrar loteamento, submetido às regras da Lei Federal n. 6.766, de 1979, motivada pela existência de certidões criminais positivas, relacionadas com os representantes legais da loteadora, as quais dão conta de processos crimes fundados naquela mesma lei federal — Acusação de prática de delito contra a Administração Pública — Registro inviável até que seja conhecido o desfecho dos processos pendentes — Medida que não ofende a presunção constitucional de inocência”.

Trecho do v. acórdão:

“Evidentemente que, quando o loteamento for de responsabilidade de pessoa jurídica, as certidões negativas criminais, a que alude o artigo 18, inciso III, c, da lei que regula o parcelamento do solo urbano, devem referir-se aos representantes legais da empreendedora. São eles que deverão comprovar idoneidade para o desempenho dessa atividade, que envolve relevantes interesses jurídicos, concernentes ao direito urbanístico e à venda de lotes de terreno por oferta pública.

“Saliente-se, essa imposição legal não ofende a regra constitucional que consagra a presunção de inocência, insculpida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República. Relembre-se o que antes já ficou consignado naquele julgado deste colendo Conselho Superior da Magistratura, que asseverou: ‘inspirado no interesse maior, o coletivo, o público, nada impedia que a lei do parcelamento vedasse o registro de loteamento enquanto não deslindado feito penal da espécie mencionada’. Acres-

centando ainda que: ‘nem por isso, todavia, há afronta à presunção de inocência do acusado. Apenas se condiciona o registro do loteamento, a bem da segurança dos adquirentes, ao desfecho absolutório do processo’.

“O registro do loteamento depende, portanto, de certidão criminal negativa, que demonstre inexistir pendência capaz de levar risco ao empreendimento imobiliário, cujos lotes deverão ser vendidos em oferta pública. Com essa exigência não se está afirmando a culpa dos que estejam sendo acusados desses delitos, antes que ocorra o trânsito em julgado, como aduziu o recorrente.

“Importante seja considerada a ratio legis, que, no caso, não leva em conta a culpa desses acusados, mas apenas procura cercar de cuidados o registro do loteamento urbano, com o claro escopo de assegurar o sucesso do empreendimento e de proteger os adquirentes das unidades imobiliárias.

“Para tanto, indispensável garantir que a atividade esteja confiada a quem não tenha contra si qualquer pendência que possa, de qualquer modo, ainda que no futuro, comprometer-lhe a idoneidade”.

Conclui-se pois que o artigo 18, § 2º, da lei do parcelamento do solo urbano, refere-se também aos representantes legais da empreendedora.

IV. Porém, há que se perquirir acerca da natureza dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo previstos na Lei n. 8.137, de 27/12/90, e se entre estes e aqueles contra a administração pública existe identidade.

Os crimes contra a administração pública estão previstos nos arts. 312 a 359 do Código Penal e nos arts. 50 a 52 da Lei n. 6.766/79.

Julio Fabbrini Mirabete, em sua obra "Manual de direito penal", 5ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 1991, pág. 285, leciona:

"São as funções legislativas, executivas e judiciárias do Estado. Em sentido amplo, a administração pública compreende essas funções e é nesse caráter que a lei a ela se refere no Título XI do Código Penal. A Administração Pública, como diz Fragoso, 'é aqui considerada pela lei penal num sentido amplo, ou seja, como atividade funcional do Estado em todos os setores em que se exerce o poder público (com exceção da atividade política). Selecionando os fatos graves, que mais ofendem aos interesses da administração, prevê a lei no referido título os crimes contra a Administração em Geral. A objetividade jurídica desses crimes é, portanto, o interesse da normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decore da Administração Pública".

Assim, não se deve interpretar extensivamente o dispositivo do art.

18, § 2º, da Lei n. 6.766/79, de modo que os crimes pelos quais respondem os representantes legais da impetrante — contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, não são equiparados aos delitos contra a administração pública expressamente referidos no dispositivo epigrafado.

Logo, não subsiste motivo que impeça o registro do loteamento.

Portanto, mantém-se o deferimento da ordem por razões diversas daquelas utilizadas no decisum atacado.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha. Emitiu parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga Araújo.

Florianópolis, 23 de dezembro de 1998.

*Solon d'Eça Neves,*  
*Presidente com voto;*  
*Nelson Schaefer Martins,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 97.011827-9, DE MARAVILHA**

**Relator: Des. Cesar Abreu**

*Mandado de segurança. Remessa necessária (art. 12, parágrafo único, da Lei n. 1.533/51). Inconstitucionalidade de lei municipal. Afirmação de que a extinção de cargo público não confere ao servidor em estágio probatório o direito à disponibilidade ou ao aproveitamento, a despeito de específica autorização legislativa*

*municipal. Malferimento ao disposto no art. 41, § 3º, da CF. Provisamento da remessa, para denegar a segurança.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 97.011827-9, da comarca de Maravilha, em que é impetrante Marcleane Suzete Radim, sendo impetrado o Prefeito Municipal de Maravilha:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, à unanimidade, deve a argüição de inconstitucionalidade do art. 23 da Lei Municipal n. 2.220, de 19/8/96, merecer o exame e julgamento do egrégio Órgão Especial, a teor do art. 481, segunda parte, do Digesto Processual.

Custas legais.

## I — Relatório

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Marcleane Suzete Radim contra ato do Prefeito Municipal de Maravilha, que com base na Lei n. 2.279/97, de extinção de cargos, exonerou por Decreto (Decreto n. 275/97) a referida servidora, ocupante do cargo de auxiliar administrativo 13-A, em estágio probatório. Sustenta a impetrante que o servidor concursado deve ser reaproveitado, invocando para proteção de seu direito as disposições do art. 23 da Lei Municipal n. 2.220, de 19/8/96 (Estatuto dos Servidores Públicos).

Concedida a liminar, para reintegração provisória em cargo semelhante, a autoridade foi notificada, defendendo a inconstitucionalidade do art. 23 do Estatuto e o direito da administração de negar-lhe cumprimento.

Invoca o disposto no art. 41, § 3º, da CF, aduzindo que no direito administrativo “não é permitido ir além daquilo que a Constituição contemplou...”.

O Ministério Público, ouvido, manifestou-se pela reintegração da impetrante, nos termos postulados.

Sentenciando, o eminente Magistrado, entendendo que a autoridade local deve cumprir estritamente o comando da lei local, ao invés de “espraiar insegurança e negar direitos aos servidores”, optou pela aplicabilidade do art. 23 da Lei Municipal em comento, concedendo a ordem.

Remetidos os autos, opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros, pela confirmação da sentença.

É o relatório.

## II — Voto

A impetrante, aprovada em concurso público, foi nomeada pelo Decreto n. 459, de 16/12/96, para exercer o cargo de provimento efetivo de auxiliar administrativo, tomando posse na mesma data (fls. 21/22).

Em 5/3/97 é aprovada a Lei Municipal n. 2.279, de extinção de cargos, entre os quais 1 (um) de auxiliar administrativo 13-A.

Ato contínuo, em 2/4/97, pelo Decreto n. 184 (fls. 23), o Prefeito Municipal determinou a abertura de processo administrativo, que denominou “disciplinar”, nomeando Comissão para instrução, objetivando, em decor-



rência da extinção dos cargos, à luz das Leis Municipais ns. 2.220/96 (Estatuto) e 2.279/97 (Extinção de Cargos) e da Súmula 22 do STF, a exoneração dos servidores Marcleane (ora impetrante) e Valdecir Sartori.

Oportunizada a defesa administrativa (fls. 25/27), em processo regular, a Comissão concluiu pela viabilidade da expedição de decreto de exoneração (fls. 287/290), o que restou editado em 2/6/97 (Decreto n. 275/97 — fls. 286).

O ato administrativo impugnado não merece censura, porque escudado em lei (Lei n. 2.279/97).

Consabido que os quadros de pessoal da administração pública são criados e organizados visando atender a necessidade específica da comunidade na prestação de serviços públicos. Havendo alteração dessa necessidade, cargos podem ser criados ou extintos, matéria restrita à conveniência e oportunidade da administração.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “o interesse público é a única razão na existência de um cargo público; vale dizer, deixando de existir tal interesse, não há motivos para mantê-lo” (Curso de Direito Administrativo, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, pág. 212).

Assim, dentro do sistema constitucional (art. 41, § 3º, CF/88) “extingue-se o cargo que se mostrar definitivamente dispensável, supérfluo ou inconveniente à finalidade pública, e declara-se desnecessário o cargo que se apresentar nessas condições, apenas temporariamente, com perspectivas de recobrar sua finalidade após o decurso de determinado lapso de tem-

po” (Célia Cunha Mello, Extinção e Declaração de Desnecessidade de Cargo Público, Boletim de Direito Administrativo, 7, SP, jul. 1995, vol. 11, pág. 385).

Encontram-se no texto constitucional as regras atinentes à competência para extinção de cargos públicos (arts. 48, X, e 84, inciso XXV). A mesma sistemática há de ser seguida, por coerência, no âmbito municipal.

Ora, pelo princípio do paralelismo ou homogeneidade das formas, sendo os cargos criados por lei, por lei devem ser extintos.

O STF, reformulando tendência (RTJ 137/519 e 137/984), decidiu “que a extinção do cargo e a declaração de sua desnecessidade decorre de juízo de conveniência e oportunidade formulado pela Administração Pública, prescindindo da edição de lei ordinária que as discipline” (MS 21.227, j. 5/8/93, RDA 195/51). Consolidando essa orientação no RE 141.571-PR (DJU de 22/9/95, pág. 30.601), foi declarada a auto-aplicabilidade da regra constitucional inserida no § 3º do art. 41, bem como reconhecidos como destinatários da norma os servidores dos três Poderes da República.

Embora não tenha sido juntada a justificativa da Lei Municipal n. 2.279/97, há indicativos de que a extinção dos cargos decorreu da sua desnecessidade, preservado o princípio constitucional da impessoalidade.

Resta, pois, evidentemente, o exame da regra insculpida no Estatuto dos Servidores Públicos Municipais da comarca de Maravilha (Lei n. 2.220/96), garantidora do aproveitamento, mesmo dos servidores em estágio probatório.

Dispõe o art. 23 do Estatuto:

“Art. 23 — Extinto o cargo ou suprimidas vagas, em que for ocupante servidor em estágio probatório, será o mesmo reaproveitado em outro cargo semelhante”.

O dispositivo, já em um primeiro exame, subtrai do Administrador a possibilidade de, com efeito concreto, reduzir o tamanho da máquina estatal, tornando inócua qualquer iniciativa tendente à extinção de cargos públicos, principalmente quando desnecessários. O dispositivo põe à margem o próprio “interesse público”, que constitui a única razão da existência de um cargo público e confere garantia, proteção, enfim, estabilidade ao servidor não estável, frustrando a norma constitucional (art. 41 da CF).

A estabilidade é o direito que possui o servidor público de permanência no serviço. É aderência, é integração ao serviço público, depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei e adquiridas pelo decurso de tempo (STJ, RONS 663 — RN, 2ª T., rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 17/12/90, pág. 15.350). Vem contemplada no nosso direito constitucional desde a Carta de 1934.

O servidor em estágio probatório, portanto sem estabilidade, não pode gozar da proteção legal inserida no § 3º do art. 41, embora tenha ultrapassado a barreira do concurso público. Não tem direito à disponibilidade e, como já fixou o STF — Súmula 22: “O estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo”.

Considerando que as normas constitucionais são taxativas, não admitindo abrandamentos ou ampliações, os funcionários públicos nomea-

dos em caráter efetivo, após concurso de provas ou provas e títulos, antes do decurso do prazo fatal da estabilização, não podem ter assegurado o direito à disponibilidade ou aproveitamento, em decorrência da extinção do cargo.

Para Adilson Abreu Dallari, “só tem direito à disponibilidade quem for estável, sendo irrelevante a circunstância de ser ou não efetivo” (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2ª ed., São Paulo, RT, 1990, pág. 96). Ligando a disponibilidade à efetividade, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, São Paulo, Saraiva, 1990, vol. 1, pág. 273.

O art. 41 da CF consignou regra geral de obrigatória recepção dos três Poderes e dos três níveis da administração pública.

O art. 23 da Lei Municipal n. 2.220/96, ao erigir o servidor em estágio probatório à condição de “estável” para o efeito do aproveitamento, instituto aplicável aos servidores postos em disponibilidade, portanto aos estáveis, exclusivamente, conflitou com a regra geral, originária da Constituição da República, de obediência impositiva aos Estados e Municípios.

Conseqüentemente, a inexecução pelo Executivo local de lei que entenda inconstitucional não constitui violação de direito, muito menos líquido e certo, porque “lei inconstitucional é lei inexistente e o Executivo estaria diante de um vazio, vale dizer, de um diploma sem nenhuma eficácia. A atitude da Administração, negando aplicação à lei tida como violadora da Constituição, seria plenamente legítima” (Controle da Constitucionalidade

das Leis, Ronaldo Poletti, Forense, Rio de Janeiro, 1985, pág. 129).

Lúcia Valle Figueiredo, in Mandado de Segurança (Malheiros Editores, 1996, pág. 52, nota 7 de rodapé), esclarece:

“Já afirmamos no nosso Curso de Direito Administrativo, pág. 300, que mesmo lei tida por inconstitucional deveria ser cumprida. Deveras, somente o Poder Judiciário tem possibilidade de declarar a inconstitucionalidade, seja no controle concentrado ou difuso. Excepcionalmente, o Chefe do Executivo poderia determinar o não-cumprimento de leis inconstitucionais, desde que se argúa sua inconstitucionalidade. É verdade que a jurisprudência tem-se orientado no sentido do descumprimento de legislação inconstitucional, porém a referência é sempre ao Chefe do Executivo...”.

Finalmente, convém lembrar a nova realidade emergente da Carta Política promulgada em 1988 — que a jurisprudência plenária do STF, refletindo o magistério da doutrina (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, pág. 634, 10ª ed., 1995, Malheiros; Celso Ribeiro Bastos, Curso de Direito Constitucional, pág. 288, 11ª ed., 1989, Saraiva), firmou entendimento no sentido de não transigir em torno da necessidade de observância do postulado constitucional do concurso público (ADIn. 1.203—PI, rel. Min. Celso de Mello;

1.222—AL, Min. Sydney Sanches; e 1.230—DF, rel. Min. Ilmar Galvão).

Sendo assim, a modalidade de aproveitamento do não estável, em cargos semelhantes, importa em modalidade inconstitucional de provimento no serviço público, pois viabiliza, em última análise, a investidura do agente em cargo diverso daquele para o qual foi originariamente admitido.

Feitas essas considerações, a Câmara, após longo debate acerca da arguição de inconstitucionalidade do preceito da Lei Municipal (art. 23 da Lei n.º 2.220/96), decidiu submetê-la ao egrégio Tribunal Pleno tendo, todavia, antes dessa manifestação, colhido parecer oral do órgão do Ministério Público.

Diante do exposto, conheço da remessa, dando-lhe provimento, para denegar a segurança, cassando a liminar deferida.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges, e lançou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Antônio Gercino Ramos de Me-deiros.

Florianópolis, 27 de agosto de 1998.

*João José Ramos Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Cesar Abreu,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.004411-1, DE ARARANGUÁ****Relator: Des. Cesar Abreu**

*Mandado de segurança. Vereador cassado por infração político-administrativa (art. 7º, I, do Decreto-Lei n. 201/67). Acusação de prática de irregularidades na legislatura anterior. Incomunicabilidade. Mandatos eletivos estanques. Decreto legislativo declarado nulo. Restabelecimento do mandato cassado. Ordem concedida sem prejuízo da apuração do tipo penal. Recurso provido.*

*Encerrado o mandato legislativo em que ocorreram os fatos ensejadores do processo político-administrativo, a punição pela cassação da investidura política tornou-se inaplicável. Ao fazê-lo, a Câmara Municipal julgou politicamente quem não podia julgar e aplicou punição que já não comportava cabimento.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 98.004411-1, da comarca de Araranguá (2ª Vara Cível e Fazenda Pública), em que é impetrante Airton Oliveira, sendo impetrado o Presidente da Câmara Municipal de Araranguá:*

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

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Airton Oliveira contra ato do Presidente da Câmara de Vereadores que expediu o Decreto Legislativo n. 001/97, de cassação do mandato parlamentar, nos termos do art. 7º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, em processo ético-parlamentar instaurado por denúncia popular formal.

Sustenta o impetrante, em abreviada síntese, após relato do procedimento adotado, a viabilidade do remédio mandamental, o direito líquido e certo atacado, apontando ofensas à Constituição, ilegalidades e abuso de poder por parte da autoridade impetrada. Assinala a indispensabilidade da representação por eleitor, a inobservância do contraditório, em relação aos documentos juntados após as razões finais, o impedimento para o processo ético-parlamentar do Vereador Jaime Luiz Felisbino, autor intelectual da representação, o defeito de quesitação, quanto à contratação irregular de servidores, induzindo o órgão julgador na concepção de que estariam decidindo sobre apropriação ou desvio de verbas públicas, a impossibilidade de declaração pública dos votos, quando se trata de sessão secreta, circunstância geradora de nulidade, a ausência de identificação, à luz do art. 37, XXI, § 4º, da CF, e da Lei n. 8.429/92 (arts. 9º, 10 e 11), dos atos típicos praticados caracterizado-

res da improbidade administrativa, a competência exclusiva do Poder Judiciário para deliberação quanto à perda da função pública, aí incluído o mandato de vereador (art. 20 da Lei n. 8.429/92), havendo incompetência absoluta da Câmara de Vereadores. Por fim, enfatiza que a representação formulada está fundamentada na Lei n. 8.429/92, que trata dos atos de improbidade administrativa, não sendo lícito o processamento pelas disposições do Decreto-Lei n. 201/67, que cuida da responsabilidade dos prefeitos e vereadores, bem assim que, estando os fatos apontados vinculados ao exercício de mandato anterior, não há possibilidade de operar-se a cassação do vigente.

Instruído o writ, com cópia integral do processo ético-parlamentar, foram requisitadas as informações e, ato contínuo, negada a liminar de suspensão dos efeitos do Decreto Legislativo.

A autoridade impetrada, nas informações, argüiu duas preliminares: uma de ilegitimidade passiva ad causam, entendendo que compete à Mesa da Câmara responder à segurança, e outra, extintiva do processo, pela impossibilidade jurídica, ante a regularidade formal do processo administrativo que culminou com a cassação do mandato do parlamentar, ora impetrante. No mérito reafirma a observância dos princípios norteadores do devido processo legal postulando a denegação da ordem.

Regularmente citado, na condição de litisconsorte necessário, o Suplente de Vereador Euclides Manoel Marcos ofereceu resposta aduzindo, em preliminar, a ilegitimidade passiva,

sendo da Mesa da Câmara a responsabilidade exclusiva pelo ato de cassação e o necessário indeferimento da inicial, por não ser caso de mandado de segurança, ausente qualquer violação a direito líquido e certo do impetrante, diante da regularidade formal do processo de cassação. Afinal, deduzindo argumentos contrários aos da impetração, de forma a defender a legalidade da decisão da Câmara, requereu a improcedência do mandamus.

O Ministério Público ouvido, em longa e erudita manifestação, opinou pelo afastamento das preliminares, denegando-se a segurança, fundamentos de fato e de direito acolhidos integralmente pela douta sentença em reexame.

Inconformado, o impetrante formulou apelo, reproduzindo os argumentos da inicial, dedicando ênfase à impossibilidade da cassação do mandato posterior por ações praticadas em legislatura anterior.

Respondido o apelo (fls. 881/882 e 883/891), ouvido o Ministério Público (fls. 914/946), os autos ascenderam a esta Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Francisco Bissoli Filho, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

## II — Voto

O Decreto-Lei n. 201, de 27/2/67, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, de discutível vigência, diante da posição doutrinária de Mayr Godoy e Toshio Mukai, defendendo a interroga-

ção dos arts. 4º e 5º (“Direito Municipal Positivo”, José Nilo de Castro, Livraria Del Rey Editora, 1991, págs. 327/328), revela importante atribuição da Câmara de Vereadores, diante da responsabilidade pela cassação dos mandatos de prefeito e vereadores por infração político-administrativa.

Como acentua o municipalista Mayr Godoy (“A Câmara Municipal, Manual do Vereador”, Eud, 1989, 2ª ed., pág. 88), referindo-se aos deveres do cargo, “deve-se cobrar do Vereador o mandato pelo não cumprimento destes deveres. É a forma de se aprimorar a instituição, garantindo à comunidade o bom nome de sua representação”.

A cassação do mandato, aponta o art. 7º do Decreto-Lei n. 201/67, é prevista nos casos em que o vereador venha a “utilizar-se do mandato para a prática de atos de corrupção ou improbidade administrativa” (inc. I), “fixar residência fora do Município” (inc. II) e, ainda, nos casos de “proceder de modo incompatível com a dignidade da Câmara ou faltar com o decore na sua conduta pública” (inc. III).

In casu, a cassação do mandato ocorreu pelo reconhecimento da prática, pelo parlamentar ora imputante, de atos de corrupção e de improbidade administrativa, nos termos do inciso I do art. 7º do Decreto-Lei n. 201/67.

Como ato punitivo, a cassação do mandato, resultando de procedimento vinculado de exclusiva competência do plenário da Câmara Municipal, a sua regularidade e legalidade podem ser apreciadas pelo Judiciário diante das disposições constitucionais (art. 5º), garantidoras da apreciação

de lesões ou ameaças a direito (inc. XXXV) e da ampla defesa (inc. LV).

Assim, embora ato político administrativo, a cassação de parlamentar não significa, quanto aos aspectos intrínsecos ou extrínsecos, estar fora do controle do Poder Judiciário.

Assevera Hely Lopes Meirelles que “o processo de cassação de mandato pela Câmara é independente de qualquer procedimento judicial, mas pode ser revisto pela Justiça nos seus aspectos formais e substanciais de legalidade, ou seja, quanto à regularidade do procedimento a que está vinculado e à existência dos motivos autorizadores da cassação. O que o Judiciário não pode é valorar os motivos, para considerar justa ou injusta a deliberação do plenário, porque isto é matéria interna corporis da Câmara e sujeita unicamente ao seu juízo político” (ob. cit., pág. 517). Em síntese, o Judiciário não pode substituir por outro o julgamento político administrativo da Câmara.

Portanto, sob certos aspectos, plenamente viável o manejo do mandato de segurança.

As preliminares invocadas pela autoridade apontada coatora e pelo litisconsorte necessário devem ser afastadas.

A regularidade formal do processo ético-parlamentar e o malferimento a direito líquido e certo, capazes de ensejar o controle jurisdicional, constituem matérias de fundo que se submetem ao exame de mérito do presente writ. Em princípio, a cassação do mandato, por si só, constitui ato violador de direito subjetivo líquido e certo do seu detentor.

No que respeita à ilegitimidade passiva é de ser considerado que no órgão colegiado, assim compreendida a Mesa e o Plenário da Câmara, tem-se como coator o presidente que subscreve o ato impugnado e responde pela sua execução ("Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública", 11ª ed., RT, 1987, Hely Lopes Meirelles, pág. 32). Essa conclusão pode ser extraída do próprio Regimento Interno da Câmara (arts. 31 e 32), que atribui competência ao Presidente como a mais alta autoridade para promulgar os Decretos Legislativos.

Quanto ao litisconsorte, sempre oportunas as lições de Antônio Tito Costa ("Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores", RT, SP, 1975, págs. 194/195), in verbis: "É conveniente alertar os interessados, desde logo, sobre a necessidade de chamar-se à lide o substituto do Vereador cassado, como litisconsorte necessário, sob pena de nulidade do processo judicial, segundo têm entendido nossos Tribunais e como ressalta o lúcido estudo do Juiz paulista Lauro Paiva Restiffe sobre Costa Manso e o litisconsórcio necessário no novo Código de Processo Civil".

Resta, assim, o exame das questões de mérito, surgindo como prejudicial ao enfrentamento das demais a verificação da possibilidade da cassação de mandato legislativo atual, por via do processo ético-parlamentar, em decorrência de atos de improbidade administrativa, tidos como lesivos ao patrimônio público ou ofensivos à dignidade da própria Câmara, praticados em legislatura anterior.

O Decreto-Lei n. 201, de 27/2/67, embora não consigne expressamente a hipótese, deixa evidente, em seus comandos, que as sanções de cunho político-administrativo, relativas à perda do mandato, pela via da cassação ou da extinção deste, só podem operar-se durante a sua vigência. Os mandatos eletivos são estanques: não se comunicam, nem se confundem.

Como acentua Hely Lopes Meirelles, "o vereador pode perder o mandato, no decurso da legislatura, por cassação ou por extinção. A cassação, como ato punitivo, pode advir da própria Câmara, nos casos de conduta incompatível do edil com o exercício da investidura política, ou de falta ético-parlamentar que autorize a sua exclusão da Câmara, ou pode provir da Justiça Penal, nos casos de condenação por crime funcional que acarrete a aplicação da pena acessória de perda ou inabilitação para qualquer função pública" (ob. cit., pág. 486).

Os vereadores não são processados nem julgados por crime de responsabilidade, a não ser em co-autoria com o prefeito. Assim, aplicam-se-lhes as normas concernentes às infrações político-administrativas e os princípios gerais emergentes do texto legislativo, como aquele em que, findo o mandato, não há mais instaurar o processo por crime de responsabilidade do Prefeito, vale dizer, também, o político-administrativo de cassação do vereador.

A cassação não é um processo criminal; é um processo de natureza política, que não visa a punição por crime, mas, simplesmente, afastar do

exercício do cargo o mandatário improbo.

Essa questão central, que envolve a justiça ou a injustiça da decisão do Plenário da Câmara, refoge ao controle judicial, o que não afasta o exame da viabilidade da aplicação da punição concretizada no ato de cassação do mandato, na atual investidura política.

O art. 7º do Decreto-Lei n. 201/67 estabelece: "A Câmara poderá cassar o mandato de vereador, quando: I — Utilizar-se do mandato para a prática de atos de corrupção ou de improbidade administrativa; II — Fixar residência fora do Município; III — Proceder de modo incompatível com a dignidade da Câmara ou faltar com o decoro na sua conduta pública".

Evidente que a punição só é possível enquanto estiver o vereador no exercício do cargo. Depois que deste se afastar responde por quaisquer crimes na forma do Código Penal ou de leis especiais e pelo processo comum.

É que, exaurida a legislatura e o mandato, não há mais o que se cassar, restando sem objeto qualquer iniciativa posterior de responsabilidade por infração político-administrativa, já que seu desiderato — a cassação — não pode mais ser alcançado.

Destarte, a quaestio juris aqui posta diz respeito à alegação de lesão de direito do impetrante, porque punido pela Câmara Municipal, que não detinha competência para receber denúncia e instaurar processo de cassação contra quem se tornara, pelo cumprimento integral do mandato anterior, imune a qualquer sanção,

sob o ponto de vista de punição político-administrativa. Não caberá, como já consignado, a esta Corte examinar o mérito da punição, mas decidir sobre a viabilidade do processo político-administrativo e a punição correspondente.

Ora, se se tratar de processo destinado a depor o vereador reeleito por fato antecedente produzido em legislatura outra, não tem aplicação a cassação.

Daí a observação de Bielsa ("Derecho Constitucional", B. Aires, 1959, pág. 601):

"Como el objeto del juicio es separar al funcionario de su cargo, si la separación se ha producido, el juicio no tiene objeto".

Para que a competência da Câmara Municipal atual, pela natureza especial de que se reveste, fosse abrangente para decidir, seria necessário expressa disposição legal, em termos taxativos, indicadores, por exemplo, da possibilidade de alçar os novos mandatos de quem tenha encerrado a legislatura ou deixado o munus no curso do processo.

A Lei n. 1.079, de 10.4.50, que trata dos crimes de responsabilidade do Presidente da República e Ministros de Estado, exemplificativamente, preocupou-se com a matéria, estabelecendo no art. 15 que "a denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo". É certo que o dispositivo não se aplica objetivamente ao caso, mas serve como parâmetro analógico.

Tem aplicação aqui a explanação de Rui Barbosa ("Obras Comple-



tas, A ditadura de 1893”, ed. 1949, pág. 46):

“Mau é o régimen? Por péssimo o tenho eu. Mas, como intérprete, não legislo. Ao contrário, disseco fielmente as imperfeições do direito constituído, para, como reformador, pugnar-lhe pela alteração no direito constituendo”.

Philadelpho Azevedo (“Um Triênio de Judicatura”, Ed. Max Limonad, VI vol., pág. 12) anota:

“Nos crimes de responsabilidade de os julgamentos de caráter político, determinando o impeachment, sempre supuseram a permanência do acusado no posto, pois deixando-o cessaria a vigência de princípios excepcionais”.

Conseqüentemente, segundo conluo, encerrado o mandato em que ocorreram os fatos ensejadores do processo político-administrativo, a punição pela cassação da investidura política tornou-se inaplicável. Ao fazê-lo, a Câmara Municipal julgou politicamente quem não podia julgar e aplicou punição que já não comportava cabimento.

Praticou, com isso, violação a direito líquido e certo do impetrante que, em nosso modelo de Estado de Direito, justifica o reparo judicial postulado.

Aplicável ao caso, com ressalva da particularidade, o seguinte ex-certo:

“Mandado de segurança — Vereador que é suspenso de suas funções legislativas — Acusação de prática de irregularidades anteriores como prefeito em mandato precedente a seu ingresso no legislativo — In-

placabilidade da sanção antecipada — Indevida invocação do Decreto-Lei n. 201/67 (art. 7º) como suporte do ato administrativo — Segurança concedida — Sentença mantida.

“(1) Os atos de improbidade administrativa, tidos como lesivos ao patrimônio público ou ofensivos à dignidade do órgão a que pertence o acusado e que podem sujeitar o Vereador à cassação de seu mandato de parlamentar, são aqueles praticados no exercício da função legislativa.

“(2) Se as acusações imputadas ao vereador impetrante são todas elas referentes ao período em que o mesmo foi Prefeito Municipal e que são objeto de inquérito policial instaurado na época em que o mesmo chefiava o Poder Executivo Municipal, claro é que fere seu direito líquido e certo do exercício do seu mandato legislativo o ato administrativo que visa afastá-lo da Câmara Municipal.

“Segurança concedida.

“Sentença que se mantém em grau de reexame necessário” (Reexame Necessário n. 12.179-1, de Umurama, rel. Des. Oto Luiz Sponholz, j. 5/3/91).

Diante do exposto, à unanimidade, dá-se provimento ao apelo para conceder a segurança, restabelecendo em sua plenitude o mandato cassado.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. João José Schaefer e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges; lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Francisco Bisoli Filho.

Florianópolis, 27 de agosto de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Cesar Abreu,*  
*Relator.*

## APELAÇÕES CÍVEIS

### APELAÇÃO CÍVEL N. 97.007837-4, DA CAPITAL

**Relator: Des. Xavier Vieira**

*Apelação cível. Ação de rescisão contratual c/c perdas e danos.*

*Litigância de má-fé. Verba honorária.*

*Ação improcedente. Recurso parcialmente provido.*

— *Inescusavelmente válido, em todas as suas cláusulas, o compromisso negocial, constituindo ato jurídico perfeito e acabado, não pode ser desfeito, muito menos pelo insólito pretexto de prejuízo diante de aumento do quantum decorrente de desapropriação, cujos direitos foram transferidos por contratante desavisado.*

— *A litigância de má-fé está sujeita ao balizamento do artigo 18 do Códex Instrumental, com a nova redação da Lei n. 9.668, de 23/6/98.*

— *Quando não há condenação, a verba honorária, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, deve ser fixada, atendendo-se aos pressupostos atinentes ao exercício do respectivo mínus.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.007837-4, da comarca da Capital, em que são apelantes Irivaldo Medeiros e sua mulher, sendo apelados Onacli Luiz Fabrin e sua mulher:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, sem discrepância de votos, prover parcialmente o recurso para reduzir a verba honorária total a R\$ 6.000,00 e, por maioria de votos, reduzir a verba por litigância de má-fé a 1% sobre o valor da ação. Vencido o Des. Anselmo Cerello que afastava a litigância

cia de má-fé. Vencido, também, em parte, o Des. Gaspar Rubik que além do percentual condenava os apelantes a ressarcir os prejuízos sofridos pelos apelados, desde que provados em liquidação por arbitramento.

Custas ex lege.

Trata-se de apelação interposta por Vera Regina Tonon Medeiros e Irivaldo Medeiros, inconformados com a sentença que julgou improcedente a ação de rescisão contratual c/c perdas e danos promovida pelos apelantes contra Onacli Luiz Fabrin e Rosemary Muniz Moreira Fabrin, na qual se insurgem contra o julgamento antecipado, sob o argumento de que foram cerceados em seu direito de defesa. Alegam, ainda, excesso de arbitramento nas verbas da sucumbência, bem como que não restou caracterizada a litigância de má-fé.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a este Sodalício.

É o relatório.

Afasta-se, desde logo, o alegado cerceamento de defesa.

Com efeito, assinala o artigo 330, inciso I, do Códex Instrumental que "O Juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

"I — Quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência".

Na espécie, verifica-se que se trata de interpretação de contrato onde se torna dispensável a produção de quaisquer provas em audiência.

Já se fixou:

"A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado (STF, JC 75/190)" (Ap. Cív. n. 96.005101-5, de Dionísio Cerqueira, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ de 1º/10/96).

Ou mais:

"Julgamento antecipado — Dilação probatória desnecessária — Cerceamento de defesa inócurrente.

"Não se há falar em cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide, se a controvérsia gira em torno de matéria essencialmente de direito e os fatos estão comprovados documentalmente" (Ap. Cív. n. 97.006067-0, de Rio do Sul, rel. Des. Eder Graf, julgada em 23/9/97).

E ainda:

"Sentença — Julgamento antecipado — Dispensabilidade da prova pericial requerida — Cerceamento inócurrente.

"Se o Juiz, em face da pouca plausibilidade jurídica dos temas desenvolvidos na inicial, entende desnecessária a produção de provas outras afora as já existentes nos autos, pode e deve proferir julgamento antecipado, atendendo, assim, ao princípio da economia processual e tornando mais célere o procedimento. Tal proceder se justifica ainda mais se a perícia pretendida pela parte serviria apenas para esclarecer fatos já documentalmente comprovados, mostrando-se perfeitamente dispensável" (Ap. Cív. n. 97.006777-1, de São Domingos,

rel. Des. Eder Graf, julgada em 12/8/97).

No mesmo diapasão:

“Descaracteriza-se o cerceamento de defesa quando a matéria cinge-se apenas a situações jurídicas, que em nada seriam alteradas com a produção da prova não colhida” (Apeleção Cível n. 97.002617-0, de Criciúma, rel. Des. Trindade dos Santos).

No concernente ao mérito, depreende-se dos presentes autos de ação de rescisão contratual c/c perdas e danos que os autores/apelantes celebraram com os apelados/requeridos, em 19/8/92, contrato de promessa de compra e venda, tendo por objeto o Apartamento n. 101, do Edifício Scalaria, situado nesta Capital, e respectivas vagas de garagem n. 18 e 19, localizadas no pavimento térreo.

O preço total da aquisição foi ajustado em Cr\$ 855.542.545,16 (oitocentos e cinquenta e cinco milhões, quinhentos e quarenta e dois mil, quinhentos e quarenta e cinco cruzeiros e dezesseis centavos), cujo pagamento foi avençado em três parcelas: a) a primeira no valor de Cr\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de cruzeiros), mediante a transferência dos direitos de ação, domínio e posse dos imóveis objeto da ação de desapropriação n. 18/90, movida pelo município de Florianópolis contra a Empresa ICA — Imóveis Com. e Adm. Ltda. e outros; b) a segunda no valor de Cr\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de cruzeiros), representada por uma nota promissória já quitada e, c) a terceira no valor de Cr\$ 315.542.545,16 (trezentos e quinze milhões, quinhentos e quarenta e dois mil, quinhentos e quarenta e cinco

cruzeiros e dezesseis centavos), referente ao saldo devedor do financiamento do imóvel negociado.

Constata-se que, no mesmo mês de aquisição do imóvel — 27 de agosto de 1992 — os apelantes já permutaram o referido apartamento com um terreno, situado em Córrego Grande, nesta Capital, de propriedade do Sr. Renato Gasparino da Silva e sua mulher, recebendo pela transação, referente à poupança, o valor de Cr\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de cruzeiros). Neste ato, os novos adquirentes do referido apartamento assumiram, com a anuência dos antigos possuidores, ora apelados, todos os encargos relativos ao imóvel, bem como o financiamento com a Caixa Econômica Federal.

Posteriormente, Renato Gasparino da Silva e sua mulher, em nova operação, transacionaram referido imóvel com João Batista Machado e sua mulher, com a anuência dos litigantes. Finalmente, após as sucessivas transações o imóvel foi definitivamente transferido para Teodora Sosa de Ganzo.

Narrados os fatos, impõe-se a apreciação das questões trazidas à baila pelos apelantes. Alegam em suas razões recursais que “este negócio é incabível, é um desequilíbrio, injusto e imoral” (fls. 155). E, mais adiante, aduzem que “há enriquecimento indevido e ilícito em favor dos apelados (fls. 157).

Verifica-se que o contrato particular de compra e venda preenche os requisitos de validade dos atos jurídicos, insculpados no artigo 82 do Código Civil, quais sejam:

a) agente capaz;

b) objeto lícito;

c) forma prescrita ou não defesa em lei.

Segundo Maria Helena Diniz, in Código Civil Comentado, SP, Saraiva, 1997, 3ª edição, págs. 104/105, “os elementos essenciais são imprescindíveis à existência e validade do ato negocial, pois formam sua substância; podem ser gerais, se comuns à generalidade dos negócios jurídicos, dizendo respeito à capacidade do agente, ao objeto lícito e possível e ao consentimento dos interessados; e particulares, peculiares a determinadas espécies por serem concernentes à sua forma e prova” .

Prossegue a autora, discorrendo sobre os elementos do ato jurídico:

“II — Capacidade do agente. Como todo ato negocial pressupõe uma declaração de vontade, a capacidade do agente é indispensável à sua participação válida na seara jurídica...

“III — Objeto lícito e possível. O negócio jurídico válido deverá ter, como diz Crome, em todas as partes que o constituírem um conteúdo legalmente permitido (...). Deverá ser lícito, ou seja, conforme a lei, não sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública e à moral...

“IV — Consentimento dos interessados. As partes deverão anuir, expressa ou tacitamente, para formação de uma relação jurídica sobre determinado objeto, sem que se apresentem quaisquer vícios de consentimento, como erro, dolo e coação, ou vícios sociais, como simulação e fraude contra credores.

“V — Forma prescrita ou não defesa em lei. Às vezes será impres-

cindível seguir determinada forma de manifestação de vontade ao se praticar ato negocial dirigido à aquisição, ao resguardo, à modificação ou extinção de relações jurídicas. O princípio geral é que a declaração de vontade independe de forma especial (CC, art. 129), sendo suficiente que se manifeste de modo a tornar conhecida a intentio do declarante, dentro dos limites em que seus direitos podem ser exercidos...”.

Diante dos pressupostos de validade presentes no objeto nuclear dos presentes autos — contrato particular de compra e venda —, conclui-se que se trata de um ato jurídico perfeito e acabado. Colhe-se, a este propósito, a lição do renomado mestre Orlando Gomes:

“O contrato obriga os contraentes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente seu conteúdo, vale dizer definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contraentes, força obrigatória” (Contratos, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, pág. 40).

A hipótese dos autos autoriza a concluir que os apelantes são agentes capazes, o objeto contratado é lícito e a forma não sofre a mais mínima vedação legal.

Ademais, o contrato foi firmado dentro da esfera de liberdade de contratar das partes.

Para Orlando Gomes (Contratos, 14ª edição, RJ, Forense, 1994, pág. 23), “a liberdade de contratar propriamente dita é o poder conferido às partes contratantes de suscitar os efeitos que pretendem, sem que a lei im-

ponha seus preceitos indeclinavelmente. Em matéria contratual, as disposições legais têm, de regra, caráter supletivo ou subsidiário, somente se aplicando em caso de silêncio ou carência das vontades particulares. Prevalece, desse modo, a vontade dos contratantes”.

Nesse mesmo sentido, a lição de Maria Helena Diniz:

“Assim, o princípio da autonomia da vontade é o poder conferido aos contratantes de estabelecer vínculo obrigacional, desde que se submetam às normas jurídicas e seus fins não contrariem o interesse geral, de tal sorte que a ordem pública e os bons costumes constituem limites à liberdade contratual” (Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume, 11ª edição, SP, Saraiva, 1996, pág. 32).

Assim, pelo princípio da força obrigatória exsurge clara a obrigação, dos contraentes, de cumprir o avençado, pois se trata de ato jurídico perfeito e acabado.

No caso presente, deve prevalecer a máxima *pacta sunt servanda* — os contratos devem ser cumpridos —, a fim de se preservar a intangibilidade do conteúdo do contrato. “No contexto normal desse princípio, não seria possível admitir que a superveniência de acontecimentos determinantes da ruptura do equilíbrio das prestações pudesse autorizar a intervenção do Estado, pelo órgão da sua magistratura, para restaurá-lo ou liberar a parte sacrificada. Cada qual que suporte os prejuízos provenientes do contrato. Se aceitou condições contratuais extremamente desvantajosas, a presunção de que foram estipuladas livremente impede se socorra da auto-

ridade judicial para obter a suavização ou a libertação” (Orlando Gomes, op. cit., pág. 36).

De indagar-se, assim, como se desfazer um negócio por motivo de arrependimento, sobretudo quando não é possível restituir as partes ao status quo ante, em face das sucessivas alienações da coisa?

Por último, apenas para argumentar, não caberia invocar no caso presente a chamada teoria da imprevisão, pois as partes previram a ocorrência de alteração das condições, mais precisamente com relação ao crédito existente na ação de desapropriação mencionada, já que se comprometeram a integralizar o valor mínimo fixado na cláusula, além de abrir mão de eventual excesso.

Sobre o tema, ensina o mestre Orlando Gomes:

“Na justificação moderna da relatividade do poder vinculante do contrato, a idéia de imprevisão predomina. Exige-se que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da prestação não possa ser prevista. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias. As modificações por assim dizer normais do estado de fato existente ao tempo de formação do contrato devem ser previstas, pois constituem, na justa observação de Ripert, uma das razões que movem o indivíduo a contratar, garantindo-se contra as variações que trariam insegurança às suas relações jurídicas. Quando, por conseguinte, ocorre a agravação da responsabilidade econômica, ainda ao ponto de trazer para o contratante muito

maior onerosidade, mas que podia ser razoavelmente prevista, não há que pretender a resolução do contrato ou a alteração de seu conteúdo. Nesses casos, o princípio da força obrigatória dos contratos conserva-se intacto. Para ser afastado, previsto é que o acontecimento seja extraordinário e imprevisível.

"(...)

"A onerosidade excessiva não implica, com efeito, impossibilidade superveniente de cumprir a obrigação, mas apenas dificulta, embora extremamente, o adimplemento. Porque se trata de dificuldade, e não de impossibilidade, decorre importante consequência, qual seja a da necessidade de verificação prévia, que se dispensa nos casos de força maior" (Contratos, 12ª ed., Forense, 1993).

Sábria também é a advertência de Caio Mário da Silva Pereira:

"Admitindo-se que os contratantes, ao celebrarem a avença, tiveram em vista o ambiente econômico contemporâneo, e previram razoavelmente para o futuro, o contrato tem de ser cumprido, ainda que não proporcione às partes o benefício esperado" (Instituições de Direito Civil, volume III, 7ª ed., Forense, pág. 110).

E, mais adiante:

"Nunca haverá lugar para a aplicação da teoria da imprevisão naqueles casos em que a onerosidade excessiva provém da álea normal e não do acontecimento imprevisível, como ainda nos contratos aleatórios, em que o ganho e a perda não podem estar sujeitos a um gabarito predeterminado" (op. cit., pág. 112).

Ressalte-se, ainda, que a cláusula em discussão possui inescusável carga aleatória, diante da incerteza do valor do crédito dado como parte do pagamento. É que os apelantes garantiram um mínimo de Cr\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de cruzeiros), comprometendo-se a integralizar esse valor caso a indenização não atingisse esse patamar. Por outro lado, desistiram, expressamente, de eventual crédito excedente.

Extrai-se do § 4º, da cláusula 3ª, do citado contrato de fls. 25/38:

"...Deverão os promitentes compradores indenizar os promitentes vendedores pelo valor que faltar para complementar o valor mínimo de Cr\$ 500.000.000,00 (...)"

E no § 6º, da mesma cláusula, consta:

"Se o valor encontrado no referido cálculo for superior ao preço ou valor mínimo garantido pelos promitentes compradores da indenização dos lotes pela Prefeitura Municipal, o excedente aproveitará única e exclusivamente aos promitentes vendedores, que detêm a partir da data deste contrato todos os direitos e ações da referida Ação de Desapropriação n. 18/90..."

Dentro desse contexto, não tem cabida a rescisão do aludido contrato, claramente redigido e que traduz a verdadeira intenção das partes.

Contudo, no tocante às verbas da sucumbência, a decisão merece reparo. Verifica-se que os honorários advocatícios do patrono dos apelados foram fixados em R\$ 12.000,00 (doze mil reais), sendo R\$ 8.000,00 (oito mil reais) referentes à ação principal e R\$

4.000,00 (quatro mil reais) à cautelar (autos apensos n. 568/95).

Nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nas ações em que não houver condenação, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

In casu, em ambas as ações houve julgamento antecipado, dispensando-se a produção de provas, realização de audiência e apresentação de memoriais.

Dessa forma, considerando-se o trabalho do patrono dos apelados, aliado à natureza e à importância da causa, impõe-se a redução da verba honorária ora arbitrada em R\$ 4.000,00 no tocante à ação principal e R\$ 2.000,00 para a cautelar.

Porém, no que diz respeito à litigância de má-fé, a irresignação não merece prosperar, exceto quanto ao valor.

Com efeito, verifica-se que os apelantes expuseram os fatos de forma deturpada, com alegações inverídicas e contrárias à evidência dos fatos. Afirmaram que o contrato continha cláusulas leoninas — previa capitalização de juros, aplicação de anatocismo, cobrança elevada de taxas de indexação ou de remuneração de capital — com o único objetivo de reaver para si o crédito oferecido como parte do pagamento do negócio, quando, na verdade, inexistem tais previsões.

Além do mais, como bem salientou o Togado sentenciante, os ape-

lantes “querem rescindir o contrato firmado com os vendedores requeridos, recuperando o direito às indenizações relativas à desapropriação. Os requeridos não poderão receber o apartamento de volta, porque os autores já venderam o imóvel. Ficam, assim, os requerentes, com os frutos da venda do apartamento e da indenização, enquanto os réus ficam sem o apartamento e sem receber os valores pela venda do imóvel” (fls. 142).

Por fim, é oportuno lembrar as manobras lançadas pelos apelantes, com o fito de receber o aludido crédito, em total desrespeito à decisão judicial que o bloqueara, celebrando acordo com o município de Florianópolis e formulando, inclusive, pedido ao Presidente desta Corte para que ordenasse o depósito do valor em sua conta corrente (fls.109/111).

A propósito, ao tecerem seus comentários sobre o art. 17 da Cartilha Processual Civil, anotam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

“Conceito de litigante de má-fé. É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o improbus litigator, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no CPC 14” (Código de Processo Civil, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 288).



Destarte, provada está a má-fé dos apelantes. A condenação, todavia, na forma do art. 18 do Codex Instrumental, merece adequação.

Como se viu, o Magistrado condenou os autores/apelantes no percentual máximo — 20% sobre o valor da causa. Cumpre considerar a disposição contida no artigo 18 do Digesto Processual, na redação que lhe deu a Lei n. 9.668, de 23/6/98, aplicável à espécie.

Ante o exposto, dá-se provimento, em parte, ao recurso, para reduzir, pela metade, a verba honorária

estabelecida em Primeiro Grau, ora arbitrada no total de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e, por maioria de votos, adequar a pena de litigância de má-fé a 1% sobre o valor da condenação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Gaspar Rubik.

Florianópolis, 5 de novembro de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.004538-0, DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ**

**Relator: Des. Xavier Vieira**

*Ação de verificação de situação irregular de menores.*

*Pátrio poder. Destituição.*

*Direito de visita no curso do processo.*

*Deficiência mental. Dúvida quanto ao grau.*

*Conversão do julgamento em diligência a ser cumprida pelo Juizado da Infância e Juventude da Capital.*

*— A convivência familiar é direito constitucionalmente assegurado a crianças e adolescentes. Assim, a perda do pátrio poder — hipótese excepcional e extrema a afetar a célula familiar — só pode ser decretada em procedimento contraditório, com ampla defesa que, aliás, é seu pressuposto básico (ECA, art. 24).*

*— Decretada a medida, sob pretexto de abandono, por deficiência mental dos pais, cumpre verificar se a enfermidade impede a convivência familiar e, em caso positivo, se tal impedimento é temporário ou definitivo.*

*— Até que se decida a quaestio é não só recomendável, como necessário, propiciar aos pais um intercâmbio afetivo com as filhas,*

*em visitas regulares, sem prejuízo do bem-estar destas.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.004538-0, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz, em que são apelantes T. K. B. e outro, sendo apelado o representante do Ministério Público:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, sem voto discrepante, converter o julgamento em diligência, a ser cumprida no Juízo da Infância e Juventude da comarca da Capital.

Custas ex lege.

Relatório a este acoplado, às fls. 147/149.

Depreende-se dos autos que o Ministério Público, com atuação em Santo Amaro da Imperatriz, promoveu, em 20 de junho de 1996, ação de verificação de situação irregular em relação aos menores G. e G. B. que estariam, segundo a Comissária de Menores daquela Comarca, desamparadas, sem a necessária assistência básica de sobrevivência.

Após regular tramitação do feito, o Magistrado julgou procedente a ação, e, de ofício, destituiu os genitores do pátrio poder, determinando que as menores fossem colocadas na Creche Vinde a Mim as Crianças.

Inconformados, os requeridos apelaram, pleiteando a reforma da deliberação objurgada, sustentando que a destituição de pátrio poder é medida extrema que não se coaduna com a prova dos autos, especialmente porque decretada em procedimento sem que lhes tivesse oportunizado o direito ao contraditório.

Buscam a reforma do decisum ou, alternativamente, seja aplicada qualquer medida prevista no artigo 129 do ECA, menos gravosa.

Encontrando-se os autos neste Sodalício e em face da especial singularidade da espécie, o signatário determinou, de ofício, fossem os apelantes submetidos à Avaliação Pericial Psiquiátrica (fls. 117).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do ilustrado Dr. Sérgio Antônio Rizelo, é pelo desprovemento do apelo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) tem por princípio básico a proteção integral da criança e do adolescente, segundo o direito fundamental de que cada um deles deve ser criado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituída. Como se vê, tanto a Constituição Federal como a referida Lei n. 8.069/90 priorizam a sua permanência no seio da família natural.

Depreende-se dos autos que o exame pericial, realizado somente nesta Instância, constatou que a mãe, T. K. B., é portadora de deficiência mental grave, apresentando dificuldades de discernimento e de interação com a realidade e que o pai, M. B., é portador de deficiência mental moderada (laudo de fls. 123).

Observa-se dos pareceres técnicos elaborados pela Assistente Social da Comarca de origem que os apelantes não estavam propiciando aos menores um mínimo de condições necessárias para que se desenvolvessem normalmente.

A prova produzida, escassa (foram ouvidas apenas duas testemunhas), não trouxe subsídios suficientes, autorizadores da medida extrema e excepcional da destituição do pátrio poder.

Segundo Paulo Lúcio Nogueira, “a suspensão e a destituição do pátrio poder são institutos do direito civil que constituem verdadeiras sanções sofridas pelos pais por infração aos deveres que têm para com os filhos. Essas sanções visam mais ao interesse dos filhos do que propriamente punir os pais.

“Como acentua Sílvio Rodrigues: ‘Dentro da vida familiar o cuidado com a criação e educação da prole se apresenta como a questão mais relevante, porque as crianças de hoje serão homens de amanhã, nas gerações futuras é que se assenta a esperança do porvir. Daí a razão pela qual o Estado moderno sente-se legitimado para entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. Uma das maneiras pelas quais essa interferência se manifesta é a fiscalização do pátrio poder, com o propósito de evitar que seu exercício possa ser nocivo aos filhos’.

“(…)

“O art. 395 do Código Civil prevê as hipóteses de destituição do pátrio poder, que ocorrem quando o pai, ou mãe, castiga imoderadamente o filho, o deixa em abandono, ou pratica atos contrários à moral e aos bons costumes. O caso mais comum de destituição do pátrio poder é justamente o de abandono da criança pela mãe que toma rumo ignorado” (in Estatuto da Criança e do Adolescente

Comentado, Ed. Saraiva, págs. 183/4).

No caso sub judice, importante ressaltar que inexistente nos autos prova de maus-tratos físicos que justifique a aplicação da medida extrema. Percebe-se que os pais, ambos doentes mentais, não têm a real noção de que estivessem agindo errado. Ambos devem ser encaminhados a tratamento psiquiátrico, sem que isso constitua uma nova sanção.

O ideal é que as crianças retornem ao convívio familiar.

Tal providência, contudo, afigura-se precoce.

Cumpra, por primeiro, estabelecer o grau de incapacidade mental dos apelantes. E, concomitantemente, efetuar levantamento psicossocial das partes envolvidas.

Um tratamento psicológico ou psiquiátrico dos apelantes poderá solucionar o impasse, reduzindo-se o affaire à aplicação de medida apropriada, sem a destituição do pátrio poder.

Por todo o exposto, converte-se o julgamento em diligência, a ser cumprida pelo Juízo da Infância e Juventude da Capital.

Assegura-se, entretanto, o intercâmbio afetivo entre os apelantes e suas filhas, por meio de visitas na “Creche e Orfanato Vinde a Mim as Criancinhas”, instituição que deve ser notificada, por ofício.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Gaspar Rubik, e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 11 de março de 1999.

*Xavier Vieira,  
Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.007701-0, DE CAMPOS NOVOS**

**Relator: Des. Eder Graf**

*Investigação de paternidade — Prova — Conduta reprovável da mãe da autora demonstrada — Exame do DNA — Indispensabilidade no caso concreto — Diligência.*

*Dado o caráter sui generis da ação de investigação de paternidade e a relevância de suas conseqüências, uma vez demonstrada a conduta reprovável da mãe da autora, faz-se imprescindível, para justa composição da lide, a realização do exame do DNA, cuja probabilidade cumulativa positiva de paternidade é de 99,99995%.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.007701-0, da comarca de Campos Novos (2ª Vara/Fazenda Pública), em que é apelante C. R., sendo apelada T. de S., representada por sua mãe, R. da A. S.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, converter o julgamento em diligência.

Custas na forma da lei.

T. de S., representada por sua genitora, R. da A. S., ajuizou ação de investigação de paternidade c/c alimentos contra C. R., aduzindo que no dia 24/7/94 sua genitora manteve relação sexual com o réu, resultando na sua concepção.

Na contestação, o réu sustentou que nunca manteve relação sexual com a genitora da autora, que levava uma vida dissoluta, mantendo relacionamentos com vários homens.

Afirmou, ainda, que a ação tem propósito político, com a intenção de denegrir sua imagem pública, já que é pessoa de destacada posição social.

Na audiência de instrução e julgamento, rejeitada a conciliação foram tomados os depoimentos pessoais das partes e inquiridas as testemunhas arroladas. No dia designado para colheita do material para produção da prova pericial (DNA e hematológico), o requerido não compareceu justificando sua recusa no fato de que o perito nomeado pelo Juízo fora, anteriormente, indicado pela autora como assistente técnico no exame hematológico.

O exame hematológico foi realizado, não afastando a possibilidade de o réu ser o pai biológico da autora.

Apresentadas as alegações finais em forma de memorial, foi emitido o parecer ministerial no sentido

de prover parcialmente o pleito inaugural.

A Dra. Juíza de Direito julgou o pedido procedente em parte para declarar que o réu é pai biológico da autora, condenando-o ao pagamento de pensão alimentícia no equivalente a dois e meio salários mínimos mensais, além das demais cominações de estilo.

Irresignado, o réu apelou insistindo na alegação de que a honestidade da genitora era duvidosa e que, dadas as peculiaridades do caso, o feito não poderia ser decidido com fulcro apenas em presunções. Alternativamente, requereu a diminuição da verba alimentar, dizendo devida somente a partir da sentença e não da citação.

Contra-arrazoado o recurso, o Ministério Público, nas duas instâncias, propugnou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

O apelante alega que a prova dos autos é frágil para embasar qualquer decisão definitiva, insistindo que a mãe da autora é mulher de vida fácil, cuja honestidade é, pois, duvidosa.

Embora na ação de investigação de paternidade a prova seja sempre fugidia, resultante de elementos circunstanciais que se somam para formar uma certeza subjetiva no espírito do julgador, existem casos em que o juiz deve, motivado pelo senso de justiça, agir com redobrada cautela.

É preciso sempre lembrar que nas investigatórias de paternidade, em vista do direito tutelado e seus reflexos na situação pessoal das partes, as cautelas devem ser aumentadas no cotejo da prova, para não pereni-

zar situação de fato, eventualmente injusta, sob o pálio da legalidade.

In casu, foi realizado o exame hematológico e colhido o depoimento de algumas testemunhas.

É cediço que a perícia hematólogica pelo sistema de tipagem sanguínea (ABO e RH) não traz certeza da paternidade, concluindo pela sua possibilidade ou afastando-a definitivamente. Isso importa dizer que, no universo daqueles que possuem o tipo sanguíneo não excluído, qualquer um pode ser o pretense pai.

De outra forma, a prova testemunhal é no mínimo equilibrada — há depoimentos que desabonam a conduta da mãe da autora, afirmando que mantivera relacionamento com vários homens.

Dadas as peculiaridades do comportamento da genitora da apelada, faz-se necessária prova mais robusta.

O comportamento reprovável da mãe não afasta as evidências, mas importa, no mínimo, na exigência de que seja comprovada por meio mais seguro a pretensão da autora.

Ora, nas ações investigatórias de paternidade, mesmo nas situações em que restar comprovada a moral ilibada da genitora, o juiz deve agir com prudência, embora disponha de grande liberdade na apreciação da prova.

O mestre Washington de Barros Monteiro ensina:

“Nessas causas, segundo preconizam doutrina e jurisprudência não deve o Juiz ater-se a um rigor exagerado nos elementos de convicção carreados para os autos. Ele não deve

ser instrumento de aventuras audaciosas, mas também não deve falhar à alta missão social que lhe incumbe, de amparar pretensões justas. Seu ministério há de exercer-se com prudência" (Curso de Direito Civil,, 5ª ed., vol. II, pág. 259).

Dele não dissente a recomendação de Caio Mário da Silva Pereira:

"Como é praticamente impossível (a prova das relações sexuais), admite-se a prova indireta ou indiciária. É, contudo, mister se estabeleçam os fatos que autorizem a afirmação do congresso carnal. Daí a recomendação de prudência ao julgador, para que a liberalidade na apreciação das provas não se converta em estímulo a ações que se articulem como assaltos ousados às fortunas" (Reconhecimento da paternidade e seus efeitos, Forense, 1977, pág. 117).

Por sua vez, Arnaldo Medeiros da Fonseca alerta que, nessa área, não deve haver motivos "nem para benevolências sentimentais, nem para rigor exagerado. O essencial é que a prova produzida convença da paternidade alegada, apresentando-se estreme de dúvidas" (Investigação de paternidade, Forense, 1958, págs. 394/395).

Mais adiante em sua obra, a respeito do artigo 363, II, última figura do Código Civil, assevera que incumbe "ao autor demonstrar cumpridamente, não só o fato das relações sexuais, coincidentes com o período legal da concepção ou circunstância que as façam induzir com segurança, mas também a exclusividade presumível de tal comércio sexual, pela honestidade da mulher" (grifou-se) (ob. cit., págs. 397/398).

Na espécie, a prova enseja tanto para procedência ou improcedência do pedido, sendo indispensável a realização do exame do DNA, que a própria apelada requereu.

Após o resultado dos exames realizados pelo sistema ABO, o apelante peticionou impugnando-os sob a alegação de que não espelhavam a realidade e, quanto ao não comparecimento para realização do exame de DNA, justificou-o ao argumento de que o perito nomeado pelo juiz é pessoa da confiança da autora, tanto que fora indicado como assistente técnico no exame hematológico (fls. 60).

Conclui-se que os autos não evidenciam segurança. Enquanto não se exaurir a pesquisa probatória sobre a alegada filiação, o que só se conseguirá com a realização do exame de DNA, que é o meio mais seguro, definitivo e de confiabilidade absoluta na determinação da paternidade.

É de clareza solar a lição de Sérgio D. J. Pena, Professor Titular do Departamento de Bioquímica do Instituto de Ciências Biológicas da UFMG e Presidente do Núcleo de Genética Médica (GENE), historiando que, na era pré-DNA, a comparação entre indivíduos era classicamente feita de maneira indireta, pelo uso de marcadoras ou polimorfismos protéicos que permitiam o estabelecimento de certas diferenças e semelhanças. No homem, os marcadores mais utilizados eram os grupos sanguíneos, os polimorfismos de proteínas séricas e eritrocitárias e os antígenos leucocitários de histocompatibilidade (HLA), que, em conjunto, permitiam a identificação de cada pessoa. Por isso, quando "estudamos as características de um

indivíduo no laboratório, através dos seus grupos sangüíneos, HLA etc., estamos examinando principalmente as proteínas ou seus produtos. Não estamos estudando diretamente os genes.

“Assim como quando nos distanciamos de uma certa imagem, há uma perda progressiva de detalhes, também em genética perdemos detalhes, quando nos afastamos da mensagem genética original e estudamos uma única proteína, os produtos desta proteína ou os produtos da ação conjugada de várias proteínas. É por causa disso que não podemos fazer inferências genéticas de paternidade baseados somente na aparência física das pessoas, já que essa aparência depende da ação conjunta de várias proteínas. A perda de detalhes é grande demais. Para obtermos uma imagem nítida e perfeita da individualidade de uma pessoa, necessitamos de uma imagem nítida e perfeita de seus genes, que só pode ser obtida pelo estudo direto do DNA” (Determinação de paternidade pelo estudo direto do DNA: Estado da Arte no Brasil, in Direitos de Família e do Menor — Inovações e Tendências, Doutrina e Jurisprudência, do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 3ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 1993, págs. 244/245).

Ainda a respeito, Fernando Simas Filho comenta:

“Esse exame é o definitivo, porque não deixa qualquer margem de dúvida. Ele é a resposta positiva aos sonhos de Landsteiner, e às manifestações nesse sentido por autores como Afrânio Peixoto, Arnaldo Amado Ferreira, Barbier, Race, Brewer, Oswaldo Pataro Moreira e outros.

“Esse exame pode ser efetuado determinando-se as seqüências de aminoácidos, em um par de alelos (locus simples), ou em diversos pontos e regiões dos cromossomos (locus múltiplo). No primeiro caso, é necessária a análise de diversos locus simples, para atingir a mesma potencialidade de dois loci múltiplos.

“Em qualquer dos casos, o resultado é de exclusão ou afirmação da paternidade, com 100% de certeza. A única diferença, é que no primeiro caso locus simples o resultado é fornecido em probabilidade de paternidade, com freqüência acima de 99%; no segundo caso, o resultado afirma ou nega a paternidade” (A prova na investigação de paternidade, 4ª ed., Juruá, 1995, pág. 113).

E prossegue:

“Freqüência acima de 99% (noventa e nove por cento), em se tratando de exame feito no DNA, é considerada universalmente como certeza científica” (ob. cit., pág. 113).

No tocante ao valor do exame de DNA nas ações de investigação de paternidade, este Órgão Fracionário manifestou-se recentemente:

“Investigação de paternidade — Prova — Conjunto de testemunhas e exames dos HLA e DNA — Certeza absoluta da paternidade — Pedido procedente — Sentença confirmada.

“Nas causas de investigação de paternidade, o julgador deve agir com prudência, embora disponha de ampla liberdade na apreciação da prova pois, no mais das vezes, onde não há uma certeza absoluta, maneja presunções e indícios capazes de gerar uma certeza relativa, que resulta em um estado subjetivo de convicção.

“A perícia do DNA (sistema de determinação de seqüências de aminoácidos codificados do DNA) e da tipagem HLA (antígenos leucocitários de histocompatibilidade), reconhecida de confiabilidade absoluta na determinação da paternidade mesmo após a morte do suposto pai, tendo afirmado probabilidade cumulativa de paternidade de 99,99999%, aliada à expressiva prova testemunhal, formam conjunto único gerador da certeza absoluta de ser a autora filha do apontado pai” (AC n. 97.0141881-0, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 20/10/98).

Ou mais:

“Investigação de paternidade — Exame de DNA — Valor probatório.

“Nas ações de investigação de paternidade, a realização de exame de DNA, atribuindo ao réu probabilidade cumulativa positiva de paternidade de 99,99995%, constitui prova robusta a conduzir à procedência do pedido, máxime quando corroborada pelos demais elementos probatórios carreados aos autos” (AC n. 96.004880-4, de Blumenau, j. 5/11/96).

Como ao juiz, dirigente do processo na busca de elementos de convicção, compete avaliar sobre a necessidade de determinar a produção de novas provas (pois é seu destinatário), especialmente quando a que está nos autos não for suficiente para esclarecer devidamente a questão (CPC, art. 437), na busca da verdade deverá ordenar a produção daquelas possíveis ao julgamento justo.

Nessa linha, Humberto Theodoro Júnior sustenta:

“No antigo processo liberal, toda iniciativa da prova era exclusiva das partes. O juiz a tudo assistia passivamente e, diante do quadro que lhe demonstravam os litigantes, proferia a sentença.

“No processo atual, porém, não se concebe o imobilismo daquele que recebe a missão de dirigir o processo em nome da soberania estatal.

“Agora, o escopo do processo, que é manter a paz social mediante a atuação das normas jurídicas objetivas, é eminentemente social.

“A investigação da verdade, meio indispensável à distribuição da Justiça, que é a meta do processo, não pode ficar sob o controle exclusivo das partes, sob pena de frustrar o desígnio superior da atividade jurisdicional.

“Daí dispor o art. 130 do CPC que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, bem como indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

“Entre os princípios fundamentais do processo moderno nenhum talvez seja tão relevante e decisivo como o que regula o papel do juiz na condução do processo.

“Competem, agora, ao juiz poderes de três ordens, a saber:

“a) poderes de instrução, com os quais se habilita o juiz a colaborar eficazmente nos trabalhos da descoberta da verdade;

“b) poderes de disciplina, com os quais o juiz pode recusar no processo o que for impertinente ou meramente dilatatório;



"c) finalmente, poderes de impulsão, que permitem ao juiz ordenar o que for necessário para o seguimento do processo" (Os poderes do juiz em face da prova, in RF 263/43).

E conclui:

"A liberdade da parte situa-se no campo da propositura da demanda e na fixação do thema decidendum. No que diz respeito, porém, ao andamento do processo e à sua disciplina, amplos devem ser os poderes do juiz, para que se tornem efetivos os benefícios da brevidade processual, da igualdade das partes na demanda e da observância da regra de lealdade processual. O mesmo se passa com a instrução probatória. No que toca à determinação e produção das provas, toda liberdade deve ser outorgada ao juiz, a fim de que possa ele excluir o que se mostrar impertinente ou ocioso, e de seu ofício determinar que se recolham provas pelas partes não provocadas de qualquer natureza.

"Tudo, porém, há de ser praticado pelo juiz, sem prejuízo da defesa das partes e sob sua mais ampla e irrestrita fiscalização.

"Três ilações podem sintetizar, basicamente, os poderes do juiz em face da instrução, ou seja:

"a) o juiz, na busca da verdade real que interessa ao processo não fica manietado pela inércia da parte;

"b) pode determinar ex officio a realização da prova que julgar necessária para a melhor e mais justa decisão do litígio;

"c) essa iniciativa do juiz não sofre os efeitos da preclusão, que só se refere, em matéria de prova, às faculdades processuais das partes. Ao

juiz é lícito determinar coleta de prova em qualquer fase do procedimento. Até mesmo depois de encerrada a audiência pode o juiz converter o julgamento em diligência para complementação de prova" (op. loc. cit., pág. 44).

Nesta Corte de Justiça já foi decidido:

"Agravos de instrumento — Decisão que determinou a realização de perícia de DNA — Existência de dois exames hematológicos excluindo a paternidade — Irrelevância — Poderes instrutórios do juiz.

"Pode o Juiz, se dúvidas persistirem após a coleta de provas em audiência, converter o julgamento em diligência e determinar a realização de perícia que entenda necessária à melhor e mais justa solução do litígio, sem sujeitar-se aos efeitos da preclusão, que só atinge as faculdades processuais das partes" (AI n. 96.005546-0, de Chapecó, j. 15/10/96).

No corpo do acórdão supra encontram-se, ainda, os seguintes precedentes:

"Agravos de instrumento. Usucapião. Saneador. Deferimento de provas e diligências. Faculdade e liberdade na apreciação, conferidas ao magistrado.

'Cabe ao juiz, até mesmo de ofício, determinar as provas necessárias à instrução do processo, podendo apreciá-las livremente, desde que indique os motivos do seu convencimento' (AI n. 3.695, de Chapecó, rel. Des. Hélio Mosimann, DJE n. 7.174, de 11/12/86, pág. 13)".

Ou então:

"I — Agravo de instrumento. Âmbito do recurso. II — Prova. Pertinência e necessidade de perícia. Incidência do artigo 130 do CPC.

'I — (...)

'II — É atribuição do juiz solucionar as questões relativas aos meios probantes, examinando sua pertinência e necessidade, faculdade contida no artigo 130 do Código de Processo Civil' (AI n. 2.662, de Ponte Serrada, rel. Des. Ernani Ribeiro, DJE n. 6.560, de 19/6/84, pág. 10)".

Ou ainda:

"É facultado ao Juiz, de ofício, ou a requerimento do interessado, determinar as provas necessárias à instrução do processo. Compete-lhe desacolher as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130), além de, velando pela rápida solução do litígio, assegurar às partes igualdade de tratamento (art. 125, I e II).

'Para formar sua convicção, no entanto, o magistrado não está adstrito ao laudo pericial, podendo valer-se de outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 436). É-lhe lícito, até mesmo, mandar proceder a nova perícia, sempre que a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida (art. 437)' (AI n. 2.496, de São José, rel. Des. Xavier Vieira, DJE n. 6.413, de 17/11/83, pág. 7)".

Ou finalmente:

"Agravo de instrumento — Decisão que determinou a realização de prova pericial — Julgamento antecipado — Faculdade conferida unicamente ao magistrado.

'O julgamento antecipado da lide é uma faculdade atribuída pela Lei ao Juiz. É este quem aferirá a necessidade ou desnecessidade de outras provas em regular instrução, sempre visando seu cabal conhecimento, que será a base, o sustentáculo da prestação jurisdicional (TJPR)' (AI n. 9.496, de Tubarão, julgado em 21/2/95) (ob. cit.)".

Diante disso, resta evidente a necessidade de realizar-se o exame do DNA.

Assim, com fundamento no art. 116 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, converte-se o julgamento em diligência para realização do exame de DNA, devendo o Doutor Juiz designar o perito.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 17 de novembro de 1998.

*Eder Graf,  
Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.010409-2, DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Eder Graf**

*Processo civil — Rito sumário — Denúnciação da lide — Inadmissibilidade.*

*“Embora pudessem ocorrer anteriormente determinadas divergências entre os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, acerca da plausibilidade da invocação da denunciação à lide no procedimento, então, sumarássimo, a provisão legal prevista na Lei n. 9.245/95 (art. 280, I, do CPC) encerrou os embates existentes, tornando certa e irrefutável sua inadmissibilidade no indigitado processo.*

*‘As matérias que a parte opuser a terceiros terão de ser objeto de ação apartada, de maneira a não prejudicar a tramitação e julgamento da ação sumária, dentro da celeridade programada pela lei’ (Humberto Theodoro Júnior)” (Des. Orli Rodrigues).*

*Processo civil — Prova pericial — Desnecessidade — Cerceamento de defesa inexistente.*

*O Juiz pode, à luz dos elementos e das provas já constantes dos autos, entender desnecessária a produção da prova técnica, evitando a prática de atos inúteis ao processo e atendendo ao princípio da economia processual; salvo demonstração da imprescindibilidade da perícia pretendida pela parte, esta decisão não configura cerceamento de defesa.*

*Acidente de trânsito — Boletim de ocorrência — Presunção de veracidade inabalada — Culpa do preposto caracterizada — Dever de indenizar.*

*O boletim de ocorrência de acidente de trânsito, elaborado por agentes da administração pública, goza de presunção juris tantum de veracidade e só pode ser abalado por melhor prova em sentido contrário.*

*Uma vez evidenciada a culpa do motorista da ré no acidente, inafastável a sua responsabilidade indenizatória perante o lesado.*

*Responsabilidade civil — Vítima fatal — Direito a pensionamento — Limite temporal.*

*Conforme nova orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o pensionamento decorrente da morte de menor que contribuía para o sustento da família “deve ser integral até os 25 anos, idade presumida do casamento da vítima, reduzindo-se a partir de então essa pensão à metade até a data em que, também por pre-*

*sunção, a vítima atingiria os 65 anos de idade” (Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).*

*Não obstante, se desde logo a pensão foi fixada em valor reduzido, deve este quantum prevalecer inalterado até cessar a obrigação.*

*Dano moral — Critério de fixação.*

*O arbitramento do valor do dano moral deflui do prudente arbítrio do Juiz, ao examinar o nível econômico dos autores, porte da empresa-ré e o dano ocorrido dentro da especificidade do caso concreto.*

*Honorários advocatícios — Dano moral — Pedido procedente — Quantum aquém do pretendido na inicial — Ausência de sucumbência do autor.*

*Uma vez reconhecido o direito à indenização por danos morais, mesmo que em quantum aquém do pleiteado, é inarredável a procedência do pedido. Não havendo sucumbência do autor, impossível a condenação recíproca em honorários e custas.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.010409-2, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante Transportes Louçasinos Ltda., sendo apelados Romério Scaburri e Leonilda Scaburri:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo retido e à apelação.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Blumenau, Romério Scaburri e Leonilda Scaburri ajuizaram ação de indenização por ato ilícito contra Transportes Louçasinos Ltda. alegando que, em 13/10/97, por volta das 12h50min, o preposto da ré trafegava pela Rua Eng. Paul Werner dirigindo um caminhão quando, ao efetuar uma curva, não conseguiu

controlar o veículo que veio a tombar derrubando a carga (vasos sanitários) sobre sua filha, Priscilla Scaburri, de 12 anos de idade, que faleceu em virtude do ocorrido.

Sustentaram que o acidente deu-se por culpa exclusiva do preposto da empresa demandada que realizou manobra de maneira imprudente e sem perícia, vindo a carga que transportava a atingir sua filha quando caminhava sobre a calçada. Postularam, assim, a indenização por danos morais (mil salários mínimos) e materiais (R\$ 3.837,00), bem como a fixação de pensionamento vitalício.

Realizou-se audiência de conciliação e julgamento na qual, rejeitada a conciliação, o réu contestou a ação requerendo, em preliminar, a denunciação da lide à empresa Sul América Santa Cruz Seguros S/A e a Luis Ginésio de Souza.

No mérito, alegou que o sinistro ocorreu porque a curva foi mal projetada possuindo inclinação lateral no sentido inverso (o centro da curva é mais alto que as laterais), acrescentando que a velocidade do caminhão no momento do tombamento era perfeitamente adequada e permitida para o local, conforme disseram as testemunhas que presenciaram o sinistro. Sustentou ser impossível o arbitramento de pensão vitalícia porque a vítima não trabalhava nem possuía idade para tanto, de acordo com a legislação trabalhista, tampouco contribuía com qualquer espécie de renda, argumentando que, caso deferida, a verba deveria abranger apenas o lapso de tempo em que a filha dos autores completasse 14 anos até a data em que completasse a maioridade ou, alternativamente, até os 25 anos.

Impugnou o quantum pretendido a título de danos morais postulados na inicial, salientando ser empresa de pequeno porte, devendo considerar, para a sua fixação o grau de culpa do motorista do caminhão, de modo que a indenização deve ser de no máximo em 100 salários mínimos.

Em nova audiência, a ré interpôs agravo retido contra a decisão que indeferiu a denunciação à lide e a produção de prova pericial.

Produzida a prova testemunhal, as partes apresentaram alegações finais por memoriais.

A Dra. Juíza Substituta julgou procedente o pedido para condenar o réu ao pagamento de “a) R\$ 3.837,00 a título de danos materiais; b) 500 salários mínimos a título de danos morais; c) prestações mensais de pensão ali-

mentícia no valor de 2/3 do salário mínimo, do óbito até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, inclusive 13º salário, devendo, para tanto, ser constituído capital, pagando-se as prestações vencidas em parcela única”, além das demais cominações de estilo.

Inconformada, a vencida apelou requerendo, inicialmente, a apreciação do agravo retido. No mais, repisou os argumentos ventilados na contestação, pleiteando, por fim, o reconhecimento da sucumbência recíproca, porquanto os apelados decaíram da maior de seu pedido.

Contra-arrazoado o recurso e comprovado o preparo, vieram os autos.

É o relatório.

Primeiramente, analisa-se o agravo retido interposto às fls. 115/116, pois expressamente requerido o seu conhecimento nas razões recursais.

Pretende o recorrente através do agravo seja a lide denunciada à Seguradora Sul América Seguros, bem como o deferimento da produção de prova pericial.

No tocante à denunciação da lide, nada há para se acrescentar à correta decisão do Juízo de Primeiro Grau, sendo inadmissível a intervenção quando o rito adotado para o processamento da demanda for o sumário (CPC, art. 280, I).

Veja-se:

“Ação de reparação de danos decorrentes de acidente de trânsito — Seguradora — Ação regressiva contra o causador do dano — Rito sumário — Reconhecimento do pedido pela

empresa-ré — Denúnciação à lide de outra seguradora — Inadmissibilidade — Procedimento sumário não admite essa espécie de intervenção de terceiro — A ação do segurado contra a seguradora, no caso, deve ser direta e não regressiva.

“Embora pudessem ocorrer anteriormente determinadas divergências entre os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, acerca da plausibilidade da invocação da denúnciação à lide no procedimento, então, sumaríssimo, a provisão legal prevista na Lei n. 9.245/95 (art. 280, I, do CPC) encerrou os embates existentes, tornando certa e irrefutável sua inadmissibilidade no indigitado processo.

‘As matérias que a parte opuser a terceiros terão de ser objeto de ação apartada, de maneira a não prejudicar a tramitação e julgamento da ação sumária, dentro da celeridade programada pela lei’ (Humberto Theodoro Júnior)” (AC n. 97.004658-8, de Joinville, rel. Des. Orli Rodrigues, j. 27/6/98).

Com relação à prova pericial, o acerto do decisum ainda persiste. Na busca da verdade, ao juiz compete avaliar a necessidade da produção de provas, porque sendo o destinatário da prova, pode ele, diante de sua prudente discricção, dispensar a produção daquelas que entender despiciendas à solução da lide.

Nessa linha, Humberto Theodoro Júnior leciona:

“No antigo processo liberal, toda iniciativa da prova era exclusiva das partes. O juiz a tudo assistia passivamente e, diante do quadro que lhe demonstravam os litigantes, proferia a sentença.

“No processo atual, porém, não se concebe o imobilismo daquele que recebe a missão de dirigir o processo em nome da soberania estatal.

“Agora, o escopo do processo, que é manter a paz social mediante a atuação das normas jurídicas objetivas, é eminentemente social.

“A investigação da verdade, meio indispensável à distribuição da Justiça, que é a meta do processo, não pode ficar sob o controle exclusivo das partes, sob pena de frustrar o desígnio superior da atividade jurisdicional.

“Daí dispor o art. 130 do CPC que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, bem como indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

“Entre os princípios fundamentais do processo moderno nenhum talvez seja tão relevante e decisivo como o que regula o papel do juiz na condução do processo.

“Competem, agora, ao juiz poderes de três ordens, a saber:

“a) poderes de instrução, com os quais se habilita o juiz a colaborar eficazmente nos trabalhos da descoberta da verdade;

“b) poderes de disciplina, com os quais o juiz pode recusar no processo o que for impertinente ou meramente dilatatório;

“c) finalmente, poderes de impulsão, que permitem ao juiz ordenar o que for necessário para o seguimento do processo” (Os poderes do juiz em face da prova, in RF 263/43).

E conclui:

“A liberdade da parte situa-se no campo da propositura da demanda e na fixação do *thema decidendum*. No que diz respeito, porém, ao andamento do processo e à sua disciplina, amplos devem ser os poderes do juiz, para que se tornem efetivos os benefícios da brevidade processual, da igualdade das partes na demanda e da observância da regra de lealdade processual. O mesmo se passa com a instrução probatória. No que toca à determinação e produção das provas, toda liberdade deve ser outorgada ao juiz, a fim de que possa ele excluir o que se mostrar impertinente ou ocioso, e de seu ofício determinar que se recolham provas pelas partes não provocadas de qualquer natureza.

“Tudo, porém, há de ser praticado pelo juiz, sem prejuízo da defesa das partes e sob sua mais ampla e irrestrita fiscalização” (op. loc. cit., pág. 44).

No caso em exame, entendeu a ilustre Magistrada que a prova pericial não seria fator relevante para o seu convencimento, registrando que a perícia só seria necessária para eventual ação regressiva a ser deflagrada contra a Prefeitura de Blumenau, tendo em vista o seu objeto, já que apenas se pretendia, através da prova técnica, demonstrar a “tese de existência de superelevação da curva, bem como da inexistência da devida sinalização”.

Nega-se, assim, provimento ao agravo retido.

No tocante à culpa do preposto da ré, restou sobejamente demonstrada, da análise dos autos não há deixar de imputar a responsabilidade do acidente à sua conduta.

No laudo pericial, realizado pela Prefeitura de Blumenau, o próprio condutor relata que, ao perceber um poste da rede elétrica e uma árvore na via direita, virou o volante bruscamente para a esquerda para desviar destes, fazendo com que o veículo tombasse, atingindo pedestres, dentre eles a filha dos apelados.

Não resta dúvida que o condutor do veículo, ao assim proceder, adotou procedimento incondizente com a situação, faltando-lhe perícia, pois deveria saber que se tratava de caminhão com carga alta e que uma manobra brusca poderia ocasionar o tombamento.

A referida “superelevação” da pista nada influencia na solução desta lide, mesmo que fosse demonstrada (o que não importa para o caso) não seria ela a causa preponderante da tragédia. Não obstante, a apelante poderá futuramente propor ação para apurar, a este respeito, possíveis responsabilidades de terceiros.

O depoimento prestado pela única testemunha reforça a fundamentação:

“(…) que nunca percebeu se a inclinação da curva é mais alto no meio da pista. É permitido o tráfego de caminhões na rua onde ocorreu o acidente, sendo que constantemente por ali passam caminhões muito grandes”.

Prosseguindo:

“(…) que aquela foi a primeira vez que um caminhão tombou, sendo que nos demais acidentes apenas a carga caía. O caminhão tinha sarrafos nas laterais, onde com cordas, não se recordando de haver no local qualquer lona. Esclareceu, ainda, que a carga

ultrapassava os sarrafos, pois era uma carga alta”.

O referido laudo pericial, como é curial, tem presunção *juris tantum* de veracidade, que poderia ser elidida havendo prova em contrário. A apelante incumbia demonstrar inequivocamente que seu preposto não havia contribuído para o sinistro, o que não aconteceu.

Já se fixou:

“O boletim de ocorrência de acidente de trânsito, elaborado pela autoridade policial, goza de presunção *juris tantum* de veracidade e só pode ser abalado por melhor prova em sentido contrário.

“Uma vez evidenciada a culpa do motorista da ré no acidente, inafastável a sua responsabilidade indenizatória perante o lesado” (AC n. 97.004188-8, de Turvo, j. 14/10/97).

Assim, não há excluir sua responsabilidade pelo acidente.

No mais, a irrisignação da apelante funda-se na: a) impossibilidade do pensionamento vitalício, já que a vítima não trabalhava; b) se acolhido o pensionamento, este deve dar-se apenas até os 21 anos ou, alternativamente, redução para 1/3 do salário mínimo após os 25 anos de idade, quando, presume-se, a vítima se casaria; c) diminuição do valor da condenação por danos morais para no máximo 100 salários mínimos; e d) sucumbência recíproca.

Com relação à pensão vitalícia, diz a apelante que a vítima não trabalhava, afirmando que disso os autores não fizeram prova.

Na inicial, afirmou-se que a vítima ajudava seus pais na videolo-

cadora da qual eram sócios proprietários, exercendo a função de caixa e o controle de entrada e saída de produtos. Os autores trouxeram o contrato social da referida empresa, sendo verossímil que sua filha lhes ajudasse no dia-a-dia da sociedade, porquanto muito comum esta conduta, ainda mais em regiões de colonização européia, onde os filhos iniciam com tenra idade atividade laboral, contribuindo desde cedo para o sustento da família.

Não obstante a alegação de inexistência de ganho por parte da vítima e conseqüente impossibilidade de indenizar, não se reveste de importância que lhe empresta a apelante em face da jurisprudência acerca desse tema, consagrada pela Súmula 491 do Excelso Pretório — “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado” —, sendo desnecessárias maiores considerações a respeito.

Com referência ao pensionamento, a decisão que fixou a pensão no valor de 2/3 do salário mínimo até a data em que a menor completasse 65 anos de idade também deve prevalecer.

Houve avanço da jurisprudência no sentido de que o pensionamento deve ser integral até os 25 anos, quando então se presume a vítima convolaria núpcias, reduzindo-se a pensão a partir de então até a idade, também presumida, de 65 anos, quando cessaria a obrigação.

Veja-se o posicionamento do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“Direito civil. Responsabilidade civil. Acidente ferroviário. Menor com



16 (dezesseis) anos de idade que, à época do acidente fatal, exercia atividade remunerada, segundo afirmou o tribunal de origem. Dano material em forma de pensão. Cabimento. Limite do pensionamento. Nova orientação da Turma. Recurso parcialmente provido.

“Considerando a posição da Turma — reformulando parcialmente entendimento no tormentoso tema do limite temporal da indenização —, a pensão mensal arbitrada em favor dos pais deve ser integral até os 25 (vinte cinco) anos, idade presumida do casamento da vítima, reduzindo-se a partir de então essa pensão à metade até a data em que, também por presunção, a vítima atingiria os 65 (sessenta cinco) anos de idade” (STJ, REsp. n. 68.512/RJ, j. 8/10/97).

Não obstante, no caso em exame, a Dra. Juíza fixou a pensão mensal em 2/3 do salário mínimo, ou seja, desde logo partiu de um valor reduzido, já considerando a parcela da remuneração que a vítima despenderia consigo, não havendo, portanto, razões para se proceder à nova diminuição desse quantum.

Quanto à irrisignação contra os 500 salários mínimos arbitrados a título de danos morais, a doutrina e jurisprudência, na ausência de normatização da matéria, estabeleceram que se deve levar em conta diversos critérios, tais como a importância da lesão sofrida, a situação econômica das partes, e a intensidade do dolo ou grau de culpa.

Vislumbra-se do contexto que a família da vítima possuía boas condições de vida, proporcionada por seus

pais, podendo ser considerada como uma família de classe média.

Acerca da situação financeira da apelante, não ficou demonstrado que não tenha condições de arcar com a verba fixada, ademais poderá, futuramente, ressarcir-se deste valor quando receber os valores correspondentes ao seguro realizado.

Quanto ao grau de culpa do preposto da empresa, tem-se como grave, mesmo em se tendo consideração a possível superelevação da pista. Ora, o veículo que conduzia era um caminhão, que por si só já exige habilidade e diligência extra para condução; estava carregado e a carga era alta, reclamando, ainda mais, cuidados; circulava dentro da cidade, em zona escolar, o que aumenta a responsabilidade do condutor. Apesar de se ter em conta a velocidade do veículo, que aparentemente era compatível com o local, o procedimento do motorista, relatado no boletim técnico da Prefeitura, não foi o adequado, vindo a causar o acidente.

No que tange à dor sofrida pelos autores, que se estenderá para o resto de suas vidas, nada há para se dizer...

Diante disso, tem-se que o quantum foi acertado, levando-se em consideração a situação econômica das partes e a gravidade do dano, pelo que é mantido integralmente.

Já se fixou:

“Para alcançar a justa reparação do dano moral sofrido, o magistrado deverá levar em conta diversos critérios, tais como a importância da lesão sofrida, a situação econômica das partes, e a intensidade do dolo ou grau de culpa” (AC n. 97.004364-3, de

Palhoça, rel. Des. Wilson Guarany, j. 3/6/97).

E mais:

“O arbitramento do valor do dano moral deflui do prudente arbitrio do Juiz, ao examinar o nível econômico dos autores e o porte da empresa-ré, dentro da especificidade do caso concreto” (AC n. 49.705, de Gaspar, j. 22/8/95).

Por fim, não houve sucumbência recíproca como quer a apelante, os pedidos foram todos acolhidos, havendo apenas dissensão relativamente aos valores pleiteados pelos autores a título de dano moral, mas sem importar em qualquer sucumbência.

A propósito, Alexandre de Pau-  
la anota:

“Se o pedido do autor é satisfeito com a entrega da prestação jurisdic-

cional, embora o valor pleiteado não seja aquele registrado na sentença, inexistente sucumbência parcial capaz de autorizar a condenação recíproca e proporcional das custas e honorários” (Código de Processo Civil Anotado, 6ª ed., RT, São Paulo, 1994, pág. 272).

Nega-se, pois, provimento ao agravo retido e à apelação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 10 de novembro de 1998.

*Eder Graf,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.011338-5, DE BIGUAÇU**

**Relator: Des. Eder Graf**

*Reintegração de posse — Julgamento antecipado da lide — Art. 330, I, do CPC — Cerceamento de defesa inexistente.*

*“A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado” (STF).*

*Reintegração de posse — Veículo furtado apreendido pela autoridade policial em poder de possuidor de boa-fé — Entrega do bem à companhia seguradora — Esubulho configurado — Impossibilidade de se discutir na lide possessória a propriedade do bem — Posse justa comprovada — Indenização por perdas e danos devida.*

*“Nas ações possessórias não se quer saber quem tem o domínio do imóvel. Para conseguir tal fim não são apropriadas tais ações, nem seria possível que o autor fundamentasse o seu pedido visando o reconhecimento do seu direito de propriedade. O que se pesquisa, o objeto da ação é a posse, a fim de que se apure quem a tem e nela deve ser mantido ou reintegrado. E nesse sentido é que o Código estabeleceu que não obsta à manutenção, ou reintegração, a alegação de domínio ou outro direito sobre a coisa” (Carvalho Santos).*

*É possuidor de boa-fé quem, ignorando o fato de o veículo ser furtado, o adquire sem vícios. A companhia seguradora, sub-rogada no direito do ex-proprietário, não pode sumariamente desapossar o bem do atual possuidor, enquanto não anulado o negócio que legitimava a posse.*

*Devem ser ressarcidas as perdas e danos decorrentes do ato esbulhatório.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.011338-5, da comarca de Biguaçu (2ª Vara/Fazenda Pública), em que é apelante Bradesco Seguros S/A, sendo apelado Maureci Gomes:*

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

Custas na forma da lei.

Maureci Gomes ajuizou ação de reintegração de posse c/c perdas e danos contra Bradesco Seguros S/A, alegando ter adquirido, em 28/8/95, um caminhão Mercedes-Benz da empresa Vander Comércio de Caminhões Automóveis Transp. Ltda., e que referido veículo foi periciado em 1984, atestando-se que não apresentava nenhuma irregularidade. Contudo, em 16/5/97, o caminhão foi apreendido por autoridade policial ao argumento de que era furtado, sendo

que em 2/7/97, após a realização de perícia criminalística, o veículo foi entregue à ré, na pessoa de seu representante legal.

O autor sustenta que o caminhão foi regularmente adquirido e que a apreensão se deu quando foi efetuar sua transferência com a reparação de trânsito competente, afirmando ainda que o veículo procurado pela autora é outro. Postulou a indenização por lucros cessantes e danos morais, requerendo também a denúncia da lide à empresa Vander Comércio de Caminhões Automóveis Transp. Ltda.

Indeferida a liminar, a ré contestou a ação alegando que o caminhão apreendido é um caminhão Mercedes-Benz 1313, ano 1977, chassi 034500312355408, o qual foi efetivamente furtado na cidade de Rio Verde/GO e que à época pertencia à empresa Comigo C. M. dos P. R. do S. Goiano Ltda., salientando que se

sub-rogou em todos os direitos e ações da antiga proprietária do veículo quando pagou a indenização prevista na respectiva apólice de seguro.

Acrescentou que a autoridade policial constatou por meio de perícia que o número do chassi do caminhão havia sido adulterado, sendo que o autor surpreendeu-se ao verificar, quando da transferência junto ao DETRAN, que o chassi conferia com um caminhão de Curitiba/PR, conforme declaração prestada pela Delegacia de Biguaçu. Ressaltou, ao final, ser descabida a indenização por danos morais e lucros cessantes.

Devidamente citada, a litisdenunciada deixou transcorrer in albis o prazo para ofertar sua resposta.

Julgou-se procedente o pedido inicial.

Inconformada, a companhia seguradora apelou aduzindo, em preliminar, a nulidade da sentença por ocorrência de cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide, eis que não foi realizada audiência de conciliação, sendo que era necessária a produção de provas para averiguar se o apelado realmente estava de boa-fé quando adquiriu o caminhão.

No mérito, enfatizou que a última vistoria efetuada no veículo ocorreu em 1984, sendo que entre esta data e a do furto ocorreram mais de oito anos. Asseverou inexistir elementos nos autos aptos a comprovarem a boa-fé do apelado, e que a posse sobre o bem é clandestina, eis que fora furtado de seu antigo proprietário.

Contra-arrazoado o recurso e comprovado o preparo, vieram os autos.

É o relatório.

A preliminar de cerceamento de defesa não merece guarida, porquanto a apelante esquece que a presente actio possui caráter meramente possessório.

Assim, era completamente desnecessária a requisição de informações ao DETRAN acerca dos proprietários anteriores do veículo. A documentação juntada pelo apelado na petição inicial já demonstrava suficientemente que o veículo foi adquirido de boa-fé do apelado, sendo que em momento algum foi produzida alguma prova apta a desconstituí-los.

Portanto, tanto a prova testemunhal como as informações da repartição de trânsito, pouco acrescentariam para o deslinde da questão, pois o que importava, neste momento, era a posse de boa-fé do apelado, e esta já estava comprovada.

Em situações semelhantes, já se fixou:

“Cerceamento de defesa.

“Inexistência, uma vez evidenciada a desnecessidade da produção de outras provas” (STJ, REsp. n. 6.745/AM, Min. Eduardo Ribeiro, DJU n. 85, 6/5/91, pág. 5.664).

Em igual norte a orientação desta Câmara:

“Sentença — Julgamento antecipado — Art. 740, parágrafo único, do CPC — Cerceamento inexistente.

‘A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para em-

basar o convencimento do magistrado' (STF)" (AC n. 51.583, de São José, j. 19/3/96).

Ou ainda:

"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 documentalmente" (AC n. 96.005410-3, de Braço do Norte, j. 17/9/96).

Sendo desnecessária a produção de outras provas, despidiend a realização da audiência de conciliação, pois o Magistrado estava autorizado a conhecer diretamente do pedido, nos termos do art. 330, I, do CPC.

Não há, pois, nulidade alguma a ser declarada.

No mérito, o recurso deve ser desprovido.

O ponto central da defesa da apelante funda-se no fato de que se sub-rogou nos direitos da antiga proprietária do veículo quando pagou-lhe a indenização prevista no contrato de seguro, conforme o art. 988 do Código Civil.

Ocorre que a apelante olvidou a regra consubstanciada na primeira parte do art. 505 do Código Civil, segundo a qual "Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa", cujo conteúdo é repetido pelo art. 923 do CPC.

Pouco importa, para esta lide, que a companhia seguradora seja a

legítima proprietária do caminhão, pois somente se discute a posse sobre o bem (o petitório e o possessório não se confundem).

Segundo Carvalho Santos, "a posse deve ser protegida por si mesma, independentemente da propriedade, e, pois, o possuidor deve ser protegido tão-somente porque é possuidor" (Código Civil Brasileiro Interpretado, 6ª ed., Livraria Freitas Bastos S/A, 1956, vol. VII, pág. 153).

E adiante, fulmina o renomado civilista:

"Nas ações possessórias não se quer saber quem tem o domínio do imóvel. Para conseguir tal fim não são apropriadas tais ações, nem seria possível que o autor fundamentasse o seu pedido visando o reconhecimento do seu direito de propriedade. O que se pesquisa, o objeto da ação é a posse, a fim de que se apure quem a tem e nela deve ser mantido ou reintegrado. E nesse sentido é que o Código estabeleceu que não obsta à manutenção, ou reintegração, a alegação de domínio ou outro direito sobre a coisa" (op. cit., pág. 158).

Valioso este precedente:

"A posse é, antes de tudo, um fato material, não jurídico. Nas possessórias se verifica quem tem a posse e não o direito a ela. Em geral, nelas não se discute propriedade, mas apenas a existência do poder de fato sobre a coisa, salvo se a posse for duvidosa ou se ambos litigam com base no domínio, aplicando-se então o disposto no art. 505 do Código Civil" (AC n. 39.322, de Campos Novos, Des. Vanderlei Romer, j. 21/2/96).

Ou também:

“Em sede de interdito possessório não há confundir jus possidendi com jus possessionis. O primeiro significa o direito à posse decorrente do direito de propriedade, constituindo atributo do domínio, enquanto o último é direito de posse resultante exclusivamente desta, como fato jurídico, compreendendo o poder sobre a coisa e a defesa pelos interditos.

“A exceptio proprietatis somente é admitida nas ações possessórias, quando a posse for disputada exclusivamente a título de propriedade, ou quando a prova de ambos os litigantes for conflitante ou duvidosa, hipóteses em que o julgamento da causa se dará em favor daquele que detém o domínio. Inteligência do art. 505 do Código Civil” (AC n. 47.481, de Santo Amaro da Imperatriz, Des. Pedro Manoel Abreu, j. 7/11/95).

Ora, a posse do autor restou devidamente comprovada — ou mais, em momento algum a companhia seguradora impugnou tal fato, limitando-se apenas a discutir se esta posse seria de boa ou má-fé —, bem como o esbulho possessório, pelos termos de apreensão e de entrega (fls. 19 e 20).

Por outro lado, a natureza da posse é de clareza solar. Se realmente existia algum vício envolvendo o caminhão, era desconhecido, motivo pelo qual a posse deve ser considerada de boa-fé (CC, art. 490), pois não foi adquirida de forma violenta, clandestina ou precária, pelo contrário, por meio de um negócio jurídico como outro qualquer (contrato de compra e venda), e que ainda não foi objeto de anulação, sendo plenamente válido, pelo que a posse do apelado é de ser considerada justa (CC, art. 489).

Segundo o art. 492 do Código Civil, “salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida”.

Quanto às discussões acerca do furto do bem e sua propriedade, devem ser solucionadas em ação própria, e não nos estritos limites da ação possessória.

Importantíssima a lição de Sílvio Rodrigues, colacionada no decisum impugnado, a saber:

“Imagine-se uma outra hipótese: alguém adquirindo prédio de outrem, que não seu dono, nele se instala. Ao depois é acossado pelo verdadeiro proprietário, que pretende privá-lo violentamente da posse que vem desfrutando. Como a lei não permite a ninguém fazer justiça com as próprias mãos, aquela situação de fato, a despeito de não corresponder a nenhum direito, é mantida. Com efeito, ao adquirente é assegurada a sua posse, até que o verdadeiro proprietário, através das vias judiciais, demonstre o seu melhor direito” (Curso de Direito Civil, Saraiva, vol. 5, pág. 15).

Portanto, a ação de reintegração de posse foi corretamente julgada procedente, pois tanto a posse como o esbulho foram devidamente comprovados.

A propósito:

“Para fazer uso da ação de reintegração de posse basta caracterizar a posse sobre a coisa, que importa no caso, uso do solo para cultivo de frutas ou outra cultura destinada à alimentação do homem e de seus animais de criação. Havendo esbulho do possuidor, a reintegração se impõe”

(AC n. 96.008852-0, de Brusque, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 10/6/97).

Ou então:

“Reintegração de posse — Esbulho e posse anterior comprovados — Procedência.

“Demonstrando a prova produzida, reforçada por inspeção judicial, ser o autor o legítimo possuidor da área de terras em litígio, da qual foi despojado por ato da ré, a procedência da reintegração é medida que se impõe” (AC n. 97.000346-3, de Canoinhas, j. 18/2/97).

Ou então:

“Ação de reintegração de posse. Prova dos requisitos necessários. Área localizada. Esbulho comprovado. Pedido julgado procedente. Apelação. Recurso desprovido.

“— Resultando comprovados, pelo conjunto probatório, a posse da autora, o esbulho praticado pelo réu através da construção de um muro, o que reduziu a área ocupada pela esbulhada, e ainda a perda da posse, deve a ação reintegratória ser julgada procedente” (AC n. 47.072, da Capital, rel. Des. Wilson Guarany, j. 20/12/94).

Ainda:

“Reintegração de posse — Pressupostos caracterizados — Sentença mantida — Apelo improvido.

“Decorrendo a posse daquela anteriormente exercida pelo vendedor, pode o novo proprietário manejar ação reintegratória. Demonstrando elementos adequados à posse do autor, o esbulho praticado pelo réu, a data em que ocorreu e a perda da posse, a reintegração é inarredável” (AC n.

40.995, de Piçarras, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 4/11/93).

Finalmente:

“Reintegração de posse — Art. 927 do CPC — Requisitos demonstrados.

“A procedência da ação de reintegração de posse está atrelada à comprovação: do esbulho praticado pelo sujeito passivo da relação processual; e ser efetiva a sua posse sobre a área reclamada. Restando estes requisitos verificados via o elenco probatório carreado nos autos, outro não pode ser o desfecho da demanda” (AC n. 44.335, de Taió, j. 22/3/94).

Por fim, insurge-se a apelante contra a indenização por perdas e danos (lucros cessantes), mas também nesse aspecto seu recurso não merece guarida.

É que, como já visto, discute-se nesta ação apenas a posse (fato jurídico), e a companhia seguradora apenas sustenta em seu recurso que é incabível condená-la a indenizar um terceiro, por perdas e danos, se este nem mesmo é proprietário do veículo.

Ora, eventuais discussões acerca da propriedade do bem não impedem que o possuidor seja indenizado pelos prejuízos sofridos em virtude do esbulho ocorrido à sua posse, valendo lembrar que, por mais justificável que seja a atitude da seguradora em buscar resguardar seus direitos, seus procedimentos jamais poderão prejudicar direito de terceiros.

Por outro lado, apesar de a seguradora não se ter insurgido contra este aspecto, impende registrar que os lucros cessantes efetivamente restaram comprovados pela declaração

firmada pelas empresas Atamacom Materiais de Construção Ltda., Lajes Vitorino Ltda. e Concretex Ltda., sendo que a apelante não produziu qualquer prova em sentido contrário, motivo pelo qual são devidos.

Não é supérfluo gizar:

“Indenização — Perdas e danos — Art. 921, I, do CPC.

“Comprovadas as perdas e danos ocasionados com o ato do esbulho, devem estes ser ressarcidos” (AC n. 44.335, DJ de 13/4/94, pág. 13).

Assim sendo, devida a indenização por perdas e danos, que, ade-

mais, é consequência lógica da procedência do pedido possessório.

Nega-se, pois, provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 17 de novembro de 1998.

*Eder Graf,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.013941-4, DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Eder Graf**

*Sentença — Embargos do devedor — Julgamento antecipado — Art. 740, parágrafo único, do CPC — Cerceamento inexistente.*

*Pode o Juiz, à luz dos elementos constantes nos autos, entender desnecessária a produção de outras provas e julgar antecipadamente a lide, evitando assim a prática de atos inúteis ao processo e atendendo ao princípio da economia processual.*

*Salvo demonstração da imprescindibilidade das provas pretendidas pela parte, esta decisão não configura cerceamento de defesa.*

*Execução — Título executivo extrajudicial — Cheque — Demonstrativo atualizado do débito — Art. 614, II, do CPC — Desnecessidade — Cobrança do valor literal da cártula — Carência da ação afastada.*

*Não obstante a exigência do art. 614, II, do CPC, é supérflua a juntada pelo credor do demonstrativo atualizado do débito se a ação é aforada dentro do trintídio em que se venceu a cártula. Na hipótese, o quantum exequendo corresponde ao valor literal do título*



*excutido, pois não há juros ou correção monetária a serem acrescidos.*

*Execução — Título executivo extrajudicial — Compensação de créditos — Apuração da diferença por simples cálculo — Liquidez da dívida inabalada.*

*A compensação de créditos existente entre as partes pode ser realizada no processo de execução e não retira a liquidez do título excutido, porquanto a eventual diferença e a indicação da quantia exata poderão ser apuradas mediante simples cálculo aritmético.*

*Execução — Cheque — Discussão da causa debendi — Título autônomo — Impossibilidade.*

*“Diante da literalidade e autonomia do cheque, o portador nada tem que provar a respeito de sua origem; 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, porquanto, ausente prova robusta, cabal e convincente, ainda que possa remanescer dívida, prevalece a presunção legal da legitimidade do título” (Des. Nilton Macedo Machado).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.013941-4, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é apelante Arno Henschel Júnior, sendo apelado Márcio José de Medeiros:*

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

Custas na forma da lei.

Arno Henschel Júnior opôs embargos à execução movida por Márcio José de Medeiros sustentando, em preliminar, a inépcia da inicial, porquanto não expôs os fatos de forma precisa e clara, tampouco veio instruída com o demonstrativo atualizado do débito, vulnerando o art. 282, III, IV e

V, bem como o art. 614, II, ambos do CPC. Aduziu também que há excesso de execução argumentando que o valor real da suposta dívida é de R\$ 13.157,76, além de possuir um crédito com o embargado de R\$ 24.043,65, decorrente da diferença de metragem entre a área efetiva do terreno objeto do contrato de compra e venda que originou a dívida e a consignada na matrícula do Ofício do Registro de Imóveis competente.

Salientou que a penhora é excessiva, pois o valor real do imóvel constritado é três vezes superior ao valor da dívida, motivo pelo qual requereu a sua substituição pelos bens oferecidos às fls. 14/15 dos autos do processo de execução. Ofereceu, ainda, como reforço da penhora, um veí-

culo Chevette DL, avaliado em R\$ 8.000,00.

No mérito, alegou que o cheque excutido é inexigível e que o credor adotou índice diverso do contratado para o cálculo da correção monetária. Reiterou que foi prejudicado na diferença de área do imóvel transacionado, acrescentando que a controvérsia é alvo de uma ação indenizatória ajuizada contra o embargado.

Em sua impugnação, o embargado rebateu as preliminares argüidas afirmando que os assuntos expostos são matérias já discutidas na ação de indenização proposta pelo embargante, não possuindo qualquer relação com o processo de execução.

Os embargos foram parcialmente acolhidos apenas para determinar a “compensação do crédito com a dívida reconhecida nos autos da ação indenizatória a envolver os aqui também litigantes”.

Contra essa decisão, o embargante interpôs os embargos declaratórios de fls. 95/98, os quais foram rejeitados (fls. 102/104).

Inconformado, o embargante/executado apelou aduzindo, em preliminar, a nulidade do decisum, pois a compensação de créditos não foi requerida nos embargos, restando configurada sentença extra petita, nos termos dos arts. 459 e 460 do CPC. Aduziu também a ocorrência de cerceamento de defesa, pois não foi apreciada a ocorrência de excesso de execução ou a diferença de metragem do bem objeto do contrato de compra e venda, ressaltando que se impunha a produção de prova pericial para aferir o valor real do débito, o qual seria de R\$ 13.157,76. Repisou, ainda, a

prefacial de inépcia ventilada na inicial dos embargos.

No mérito, teceu considerações acerca da personalidade do apelado e do negócio jurídico firmado entre as partes, afirmando que o pacto celebrado possui condições excessivas e extremamente onerosas.

Contra-arrazoado o recurso, vieram os autos.

É o relatório.

A prefacial de cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado não prospera, porquanto, dadas as características específicas da lide e do seu desfecho, não havia realmente necessidade da produção de mais provas, valendo o comando do art. 740, parágrafo único, do CPC.

Já se fixou:

“Sentença — Embargos do devedor — Julgamento antecipado — Art. 740, parágrafo único, do CPC — Cerceamento inexistente.

‘A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado’ (STF)” (AC n. 97.008026-3, de Anita Garibaldi, j. 16/9/97).

Ou mais:

“Julgamento antecipado — Dilação probatória desnecessária — Cerceamento de defesa inócurrente.

“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 com-

provados documentalmente” (AC n. 97.006067-0, de Rio do Sul, j. 23/9/97).

E ainda:

“Sentença — Julgamento antecipado — Dispensabilidade da prova pericial requerida — Cerceamento inocorrente.

“Se o Juiz, em face da pouca plausibilidade jurídica dos temas desenvolvidos na inicial, entende desnecessária a produção de provas outras afora as já existentes nos autos, pode e deve proferir julgamento antecipado, atendendo, assim, ao princípio da economia processual e tornando mais célere o procedimento. Tal proceder se justifica ainda mais se a perícia pretendida pela parte serviria apenas para esclarecer fatos já documentalmente comprovados, mostrando-se perfeitamente dispensável” (AC n. 97.006777-1, de São Domingos, j. 12/8/97).

A proemial de inépcia da inicial por ausência dos demonstrativos do débito atualizado até a data da propositura da ação, como preceitua o art. 614, II, do CPC, é inconsistente, haja vista que o cheque é de 19/4/95 e a execucional foi proposta em 11/5/95, ou seja, menos de 30 dias após o vencimento, não havendo, assim, contagem de juros e correção monetária.

Ademais, o apelado expressamente ressaltou essa circunstância, protestando pela superveniente atualização da dívida correspondente ao tempo por que perdurar a lide.

Na prática, que sentido teria acrescentar, ao valor inicial, R\$ 0,00 de juros e R\$ 0,00 de correção monetária?

Também não se há falar em nulidade da sentença por condenação ilíquida (procedência parcial dos embargos) ou extra petita, porquanto o apelante quando embargou a execução lastreou-se no contrato havido e no inadimplemento do exequente-vendedor.

A simples leitura da postulação evidencia que o apelante englobou, no presente processo, toda a matéria já decidida na Apelação Cível n. 97.000288-2, cujo acórdão está às fls. 77/83. Nesse julgamento, reconheceu-se ao executado o direito de ver ressarcidas as despesas defluentes de tal inadimplemento do apelado.

Nada mais razoável que permitir à decisão apelada a compensação desse quantum, abatendo-se o do valor da cambial excutida, com o que concordou o exequente ao não recorrer.

Em inúmeros precedentes jurisprudenciais tem-se excluído parcelas da execução para que fique o saldo remanescente:

Vale reproduzir:

“Execução — Nota promissória vinculada a contrato de financiamento — Cobrança de quantia inferior à constante na cártula correspondente ao valor contratual e seus acréscimos — Circunstância que não retira liquidez e certeza do título — Necessidade de simples operação aritmética para apuração do quantum — Carência afastada — Declaração de voto.

“Nota promissória e contrato de financiamento. Desconformidade entre o valor cobrado e o constante dos títulos.

“A dívida não deixa de ser líquida, se precisa, para saber em quanto importa, de simples operação aritmética” (RT 670/181).

Ou ainda:

“Execução. Prova contrária. Quando não cabe.

“Unificada a execução dos títulos judiciais e extrajudiciais, não há limitação da prova contrária. Entretanto, não cabe contestar a liquidez da dívida com simples prova testemunhal, se a alegação da defesa é apenas quanto ao montante dos acessórios que foram contratados. A dívida não deixa de ser líquida, se precisa, para saber em quanto importa, de simples operação aritmética” (RTJ 120/1.341).

A jurisprudência desta Casa tem o mesmo norte:

“Execução — Cédula de crédito rural — Acolhimento dos embargos em proporção mínima, que não retira a liquidez do título executado.

“O acolhimento dos embargos do devedor em proporção mínima não retira a liquidez do título executado, porquanto a eventual diferença e a indicação da quantia exata poderão ser apuradas mediante simples cálculo aritmético” (AC n. 52.224, de Porto União, j. 22/4/96).

Com relação à origem do título, o próprio apelante, quando dos embargos à execução, ao procurar demonstrar a ocorrência de excesso, efetuou cálculos que culminaram em saldo devedor de R\$ 13.157,76 (fls. 14). Considerando o preço total da transação (R\$ 96.500,00 no valor original), observa-se que a diferença é bastante pequena.

Não se pode olvidar, contudo, que o apelante voluntariamente emitiu esse cheque em 19/4/95 (o contrato fora firmado em 24/11/94). Se acordou em quitar o valor representado pelo cheque, não pode, agora, discordar com base em cálculo unilateral, esquecendo que o cheque é título autônomo.

A propósito:

“Execução — Cheque pré-datado — Título executivo extrajudicial — Embargos rejeitados — Recurso não provido.

“Diante da literalidade e autonomia do cheque, o portador nada tem que provar a respeito de sua origem; 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, porquanto, ausente prova robusta, cabal e convincente, ainda que possa remanescer dúvida, prevalece a presunção legal da legitimidade do título” (AC n. 96.003331-9, de Biguaçu, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 13/10/97).

Ou mais:

“Embargos do devedor. Cheque. Alegação de inexistência de causa debendi. Título autônomo. Impropriedade. Recurso desprovido.

“Não se cogita de ausência de causa debendi em tema de execução aparelhada com cheque pois este não é título causal e sim ordem de pagamento à vista, possuindo autonomia desde que preenchidos os requisitos do art. 586 do CPC” (AC n. 97.003601-9, de Canoinhas, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 21/8/97).

Dagma Paulino dos Reis traz a lume:

“Mera alegação de origem ilícita de cambial não é suficiente para inviabilizar sua execução, posto que o cheque, devidamente formalizado, configura título líquido, certo e exigível e, portanto, autônomo, sendo necessária prova robusta para descaracterizá-lo” (Dicionário Jurisprudencial, 2ª ed., RT, 1994, pág. 267).

Repita-se que não se pode perder de vista que o cheque só foi emitido ao final da transação — 19/4/95 — de forma que eventuais desacertos já

deveriam ter sido superados anteriormente.

Quanto aos antecedentes do apelado, isso não constitui matéria pertinente.

Nega-se, pois, provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 1º de dezembro de 1998.

*Eder Graf,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.010120-1, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Apelação cível — Direito do consumidor — Oferta de produto veiculada em jornal de ampla circulação — Entrega de produto diverso do anunciado — Alegação de erro de agência publicitária que veiculou o produto (troca de imagem) — Fotografia de outro modelo — Dever de vigilância por parte do anunciante — Código de Proteção ao Consumidor (arts. 30 e 35) — Obrigação de adimplir o negócio tal como anunciado — Alternativa do abatimento proporcional de preço, a título de perdas e danos — Provimento do recurso.*

*É dever do anunciante entregar ao consumidor o produto nas exatas especificações do anúncio veiculado, pois detém o poder de vigilância do que é publicado em seu nome. Não satisfeita a obrigação a rigor, acode ao consumidor exigir o cumprimento forçado da oferta, como se de compra e venda perfeita e acabada se tratasse. Se impossível a entrega do bem conforme fora anunciado, pela ausência de estoque ou não mais fabricado, pode o consumidor optar pelo recebimento da diferença entre o preço do bem ofertado e o daquele entregue, a título de perdas e danos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.010120-1, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é apelante Eduardo Fialho Schaeffer, sendo apelada Seprol Computadores e Sistemas Ltda.:*

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

Custas na forma da lei.

Eduardo Fialho Schaeffer ajuizou ação especial de defesa de direitos do consumidor contra Seprol Computadores e Sistemas Ltda., tendo em vista violação de seu direito de consumidor.

Alega que, em 29/9/94, foi veiculado no jornal Diário Catarinense a oferta e respectiva foto, publicadas pela ré, de uma máquina fotocopiadora. No dia seguinte dirigiu-se à sede comercial da ré com o anúncio do jornal para tratar da compra de duas máquinas; ficou acertado que o pedido seria entregue no prazo de cinco dias, sendo que o pagamento seria realizado em 7/10/94; quando da entrega do produto em seu domicílio, porém ao abrir as caixas, constatou não corresponder àquele que efetivamente havia comprado da empresa-ré. Em procurando esta para refazer o negócio, recusou-se, enviando, ainda, duplicata para a cobrança do avençado. Diante daquela atitude desleal, não pagou a respectiva duplicata, posto que a própria empresa não cumprira com a oferta anunciada. Porque se considere vítima de propaganda enganosa e invocando a disposição do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor,

pugna pela condenação da ré a cumprir a obrigação inserta na oferta ou, alternativamente, na impossibilidade do cumprimento da obrigação, seja efetuado o proporcional abatimento de preço, porquanto o oferecido é de máquina distinta da entregue. A causa dá o valor de R\$ 4.722,88.

Contestando o feito, a ré aduziu que o autor não compareceu à sua sede munido do referido anúncio; que solicitou tão-somente a máquina modelo DC 1415; que a vendedora do produto solicitou que o autor analisasse a máquina e seu funcionamento, sendo que este recusou-se a fazê-lo; que o publicitário responsável pelos anúncios da contestante trocou as fotos da referida máquina, colocando em seu lugar uma máquina não mais comercializada; que o equívoco só foi notado após a veiculação do anúncio, em razão do que este foi retificado, afastando-se então sua má-fé ou dolo; que, em processo administrativo iniciado no Procon, aquele órgão entendeu que realmente houve engano no anúncio veiculado e que o reclamante quis usufruir da falha da requerida para obter vantagem ilícita, ou seja, usou de má-fé, tanto que não quis ver nem testar a máquina que comprava, atitude estranha para um consumidor em potencial.

Considera a final haver impossibilidade quanto ao pedido de entrega da máquina veiculada na foto, pois este equipamento não é mais fabricado. Repele também o pretendido abatimento de preço, pois este referiu-se ao modelo DC 1415 e não ao modelo da foto, ainda porque o preço veiculado é promocional.

Por último impugna a assistência judiciária requerida pelo autor, pois se este possui condição de comprar duas máquinas pela quantia de R\$ 4.722,88, não se pode considerá-lo em estado de pobreza.

Na réplica, rebateu o autor as alegações da ré.

O Ministério Público manifestou-se pela extinção do feito, sem julgamento do mérito, por isso que não ocorreu a propaganda enganosa, o produto foi devolvido, não houve pagamento do preço e a propaganda resultou corrigida.

Sentenciando, a Magistrada julgou improcedente a demanda.

Irresignado, apelou o autor reafirmando as alegações acostadas à exordial, salientando, ainda, que a oferta anunciada obriga o anunciante, conforme prevê o Código de Defesa do Consumidor; que a apelada utilizou propaganda dita promocional, atraindo o consumidor para seu estabelecimento e induzindo-o a realizar um negócio que aparentemente era o que estava procurando; que a retificação do anúncio só produz efeitos a futuros consumidores e não a si; que a apelada não pode isentar-se de sua responsabilidade, alegando falha na veiculação do anúncio; que não há garantias de que não exista mais a máquina desejada, porque pode existir em estoque. Por último, afirma que teve cerceado seu direito de defesa, pois a Dra. Juíza de Direito sentenciou sem oportunizar a colheita de prova testemunhal requerida pelo autor para a ideal solução da lide, ou seja, se foi ou não na loja munido do anúncio, se adquiriu o produto da foto etc.

Apresentadas as contra-razões, com reiterando o afirmado na resposta de que se o autor tivesse exibido o anúncio, o que não fez, à vendedora, esta o teria alertado acerca do equívoco da divulgação. A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Raulino Jacó Brüning, apresentou parecer opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Conquanto ambas as partes tenham requerido a produção de prova oral — depoimentos pessoais e testemunhais, na inicial, contestação, e, ainda, o autor por ocasião da oportunidade para a especificação probatória, a Magistrada decidiu antecipadamente a lide, alicerçada no que prescreve o art. 330, I, do CPC.

E, com efeito, prescinde a solução da controvérsia da colheita de depoimentos, dès que, como se verá, a seguir, e a sentença nesse ponto não merece censura, as partes “celebraram um contrato de compra e venda de duas máquinas fotocopadoras, modelo DC 1415 e o preço não foi pago. Estes são fatos incontroversos”. Com razão ainda o decisum quando anota ter o Dr. Promotor de Justiça se equivocado ao afirmar que as máquinas foram devolvidas, o que não foi ventilado, nem comprovado, pelas partes”.

Ainda com razão ressalta a sentença que “o ponto chave para o deslinde da presente questão é se nasce para a ré, ao publicar uma foto de uma máquina, não mais comercializada, com informações de outra, uma responsabilidade por ato contra o consumidor”.

Também sem reparo a decisão ao sublinhar:

“A ré, pelo que apurado nos autos, publicou um anúncio, em 29/9/94, ofertando uma máquina copiadora Mi-ta DC 1415, pelo preço de R\$ 2.361,44, lançando, junto ao anúncio, uma fotografia que não correspondia àquele modelo e marca”.

Também sem reproche a asser-tiva da sentença de que o autor compareceu ao Procon, em 5/9/94, ofertando reclamação e que nos dias 4/10/94 e 6/10/94, a ré providenciou nova publicação, “desta feita com a correta fotografia da máquina copia-dora”.

O ônus da prova na controvér-sia judicial em torno da relação de consumo concerne sobretudo ao ven-dedor ou anunciante do produto ou serviços. Bastante é haver colocado o produto à venda para que responda pela perfectibilidade dos negócios daí advindos, pois ao consumidor basta comprovar o prejuízo e onexo causal.

Na ensinança de Antonio Her-man de Vasconcellos e Bejamim, co-ordenador Juarez de Oliveira, na obra “Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, Ed. Saraiva, 1991:

“O Código adotou um sistema de responsabilidade civil objetiva, o que não quer dizer absoluta. Por isso mesmo prevê algumas excludentes, em numerus clausus: a não colocação do produto no mercado, a inexistência do defeito, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiros (art. 12, § 3º). Em todas essas hipóteses de exoneração o ônus da prova é do responsável legal, de vez que o dispositivo afirma que ele ‘só não será responsabiliza-

do quando provar tais causas (art. 12, § 3º)’ (obra citada, pág. 65).

“(…) É até supérfluo dizer que inexistente responsabilidade quando os responsáveis legais não colocaram o produto no mercado. Nega-se, aí, o nexo causal entre o prejuízo sofrido pelo consumidor e a atividade do fornecedor”.

E mais adiante:

“...nos termos da lei brasileira, o consumidor, em ação de responsabilidade civil por acidente de consumo, tem que provar apenas o seu dano e o nexo causal entre este e o produto ou serviço que adquiriu. Cabe, ao responsável legal, em seguida, estabelecer que o dano, embora causado pelo produto ou serviço, não o foi em função de um defeito, ou, ainda, que para o dano, apesar de provocado pelo bem, não contribuiu qualquer ação ou omissão sua” (págs. 65/66).

Em torno ainda do ônus da prova, aduz Ulderico Pires dos Santos, in “Código de Proteção e Defesa do Consumidor”, pág. 47:

“A sua proteção se torna tanto mais importante quando inverte o ônus da prova, isto é, impõe ao fornecedor a obrigação de contraprovar as alegações do consumidor, a menos que a sua versão seja manifestamente inverossímil, fantasiosa ou desprovida de credibilidade *prima facie*”.

No magistério de 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 proces-



so 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'". E mais adiante.

"...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 tocava 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. 135/136).

No caso concreto, tudo está a indicar que o autor esteve na loja da ré munido do anúncio, pois este é que o incentivara à realização do negócio já porque veiculado com "preços imbatíveis". Mas mesmo que não tivesse exibido no ato o anúncio, é indubitoso que sua presença na loja da vendedora, para aquisição da máquina modelo DC 1415, deveu-se à promoção anunciada pela ré no caderno "DC Classificados" (fls. 12).

Portanto, em se transferindo para a ré, eis que verossímil o relato do autor, o ônus de provar o contrário do afirmado na inicial, incogitável na

espécie ter ocorrido o alegado cerceamento de defesa.

Onde não pode prosperar o julgamento de Primeiro Grau é quando assinala verbis:

"Segundo as normas de consumo, vigentes no direito pátrio, o manifesto equívoco no anúncio, com a retificação no mesmo jornal em que foi publicado o anúncio primeiro, retira qualquer responsabilidade do fornecedor, conforme já destacado, para as partes, pelo Procon, nos autos da reclamação extrajudicial".

Considera a ilustre Sentenciante que a defesa do consumidor não pode ser excessivamente paternalista, olvidando, como no caso, "meros erros humanos", ou seja, afastou a possível má-fé da vendedora e por conseguinte a existência de propaganda enganosa ou abusiva prevista no art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, sem o qual não se há falar em responsabilidade do fornecedor. E conclui — que a única solução era a devolução pelo autor do produto, e, se não o fez, válido se manteve o liame contratual.

A decisão, portanto, não considerou os efeitos do anúncio equivocado e enquanto perdurou, desprezando a hipótese no caso de culpa da vendedora e da responsabilidade ainda assim daí decorrente.

Preconiza o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor:

"Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicu-

lar ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

Por outro lado ao tratar dos “efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor”, Adalberto Pasqualotto, na obra sob o título supra, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, pág. 52, leciona:

“Reconhecer-se à publicidade a natureza de oferta — ou proposta, na concepção do Código Civil — implica atribuir-lhe feição contratualista. O art. 1.080, CCB, insere-se no capítulo das disposições gerais sobre contratos. E nessa suposição não há coincidência de opinião com os que vêem na publicidade declaração unilateral ou, mais amplamente, negócio jurídico unilateral, posto ser o contrato negócio jurídico bilateral”. Mais adiante, ao cuidar da obrigatoriedade da oferta, acrescenta:

“O efeito fundamental da oferta é a obrigatoriedade do seu cumprimento. Conforme o art. 30, toda informação ou publicidade, suficientemente precisa (...), obriga o fornecedor, que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado” (pág. 100). Refere ato contínuo:

“Na lei brasileira, o elemento de precisão (publicidade suficientemente precisa), além da medida do conteúdo fático da mensagem, a ser contrastado com o princípio da veracidade, é, para o plano dos efeitos, elemento típico do ato publicitário. Quando esse elemento integra-se, há fato jurídico, apto a formar vínculo obrigacional” (pág. 101). Vale dizer:

“Em termos gerais e no plano dos efeitos, a oferta, no Código do Consumidor, equivale à proposta no

Código Civil (art. 1.080). Ambas igualmente obrigam. Mas a gênese é diferente. No Código Civil, há negócio jurídico desde quando a proposta é feita. Atua a vontade. No Código do Consumidor, a oferta é comportamento típico, fato jurídico bastante, por si só, para gerar o mesmo efeito dos atos negociais. É fonte de obrigação autônoma. Além disso, como aponta Nelson Nery Júnior, há outra diferença fundamental entre a oferta do CDC e a proposta do CCB: a recusa de dar cumprimento a proposta resolve-se em perdas e danos; nas relações de consumo, porém, cabe a execução forçada da obrigação”.

E ressalta:

“A prática publicitária já vinha admitindo esse efeito vinculativo da oferta: ‘Antes de divulgar uma promoção, o anunciante deve certificar-se da possibilidade de cumprir todas as suas ofertas. Não existe justificativa para o anúncio apregoar produto que o anunciante ainda não possui em seu estoque’” (pág. 102).

Mais adiante assinala que “o cumprimento da obrigação varia conforme o objeto da prestação (dar, fazer, não fazer). Provavelmente, a maior parte das obrigações derivadas de relações de consumo são positivas; dar em relação aos produtos e fazer em relação aos serviços (...) nas obrigações de dar, o devedor compromete-se a entregar alguma coisa ao credor, por exemplo, um aparelho eletrodoméstico, anunciado pelo fornecedor através de anúncio publicitário e que o consumidor deseja adquirir, conforme os termos do anúncio (oferta)”.

Para Ulderico Pires dos Santos acerca da oferta em sua obra já citada, pág. 84:

“Veiculada publicitariamente a mensagem dando relevo às suas particularidades, características, excelência, vantagem ou proveito, ela integra o ajuste porque, o que vale, no caso, é a boa-fé do consumidor ao aceitá-la como sincera, leal, sem disfarce ou malícia”. E mais adiante:

“Naturalmente que, para a comunicação publicitária influir no ânimo do consumidor, é necessário que ela, por si só, seja capaz de incutir no mesmo a vantagem que terá em adquiri-lo, persuadindo-o a consentir seduzido com promessas falazes”.

No magistério de Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James J. Marins de Souza, in “Código do Consumidor Comentado e legislação correlata”, Ed. Revista dos Tribunais, ed. 1991, pág. 87:

“O Código do Consumidor encampou a obrigatoriedade da proposta e a inviabilidade de arrependimento. Impõe-se, como regra geral, pois, ao fornecedor, o dever de cumpri-la, tal como já tivesse sido concluído o contrato com o consumidor. Disso resulta poder este último exigir o cumprimento forçado à oferta, como se de compra e venda perfeita e acabada se tratasse”.

E enfatiza o renomado Carlos Alberto Bittar:

“O texto publicitário e as imagens correspondentes devem retratar fielmente a realidade, sob pena de submeter-se ao amplo sancionamento administrativo, civil e penal previsto, destinado a conferir à publicidade o rigor que o respeito aos valores citados

impõe. A rigoroso controle interno devem, pois, passar todas as mensagens publicitárias, com a vigência do Código, cumprindo às produtoras e às agências acercar-se, para tanto, de assessoramento especializado” (in “Direito do Consumidor, Código de Defesa do Consumidor”, Forense Universitária, pág. 54).

Arreda-se também e por conseguinte a culpa invocada pela ré como causa escusável de responsabilidade.

Adalberto Pasqualotto na obra já referida “Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade”, Ed. RT, págs. 112/113, trata com propriedade do assunto:

“O caminho é tortuoso para o anunciante. A publicidade é elaborada unilateralmente por ele, sem qualquer participação de quem quer que seja, a não ser dos seus colaboradores específicos, como a agência de publicidade e os produtores gráficos e audiovisuais. Há completo e cuidadoso controle do conteúdo do anúncio visando à eficácia da sua função persuasiva. É dever elementar de diligência a verificação da adequação do conteúdo do anúncio à vontade do anunciante.

“...não é concebível que ninguém tenha examinado a prova do fotolito, que é a amostragem fiel do anúncio, tal como ele será veiculado no jornal. O anunciante tem o dever de fazê-lo ou a agência de publicidade, que atua como seu preposto. O mesmo sucede com publicidade em qualquer outro veículo.

“Esse dever emerge do princípio de boa-fé, no sentido ético e objetivo, flagrantemente desatendido pelo anunciante descuidado, que deixa de revisar o anúncio que fará publicar no

jornal do dia seguinte. É dele socialmente exigível a diligência de velar pela autenticidade do conteúdo de suas mensagens publicitárias, sob pena de não se lhes emprestar seriedade ou se presumirem enganosas” (grifo inexistente no original).

“O próprio Conar tem precedentes no sentido da inescusabilidade desse (mal) alegado ‘erro’: ‘A alegação de erro formal não escusa os seus responsáveis, que deverão, em futura publicidade, dispensar maior cuidado na sua elaboração e revisão, notadamente no que tange às indicações de preços’” (grifei).

Bem salienta ainda Adalberto Pasqualotto, *ob. cit.*, pág. 66:

“Por derradeiro, a culpa exclusiva da vítima (e não a concorrente), assim como a de terceiro, elide a responsabilidade”.

Mesmo que ao autor fosse carreada parcela de culpa no insucesso do negócio *v. g.*, por não haver examinado o bem no ato da compra, ainda assim não pode a vendedora furtar-se ao cumprimento da avença, posto que prevalente foi sua atuação no malsucedido contrato.

No concernente à forma de reparabilidade em face da recusa pelo vendedor do cumprimento da oferta, o art. 35 do CDC é expresso:

“Art. 35: Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

“I — exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

“II — aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

“III — rescindir o contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos”.

Na obra já citada observa Adalberto Pasqualotto no título “Incumprimento”, *verbis*:

“Segundo o art. 35 CDC, se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, o consumidor terá três alternativas: I — Exigir o seu cumprimento forçado; II — aceitar outro produto ou serviço equivalente; e III — rescindir o contrato, com a devolução atualizada do que pagou com direito a perdas e danos. As situações contempladas nos incisos são distintas entre si, apesar de o *caput* equipará-las à recusa de cumprimento”.

Em torno da “recusa injustificável” obtempera:

“A recusa pode ser motivada ou não. Na primeira hipótese, pode decorrer de mensagem enganosa. Na segunda, de alegação de erro, a ser examinado adiante. Em qualquer situação de recusa, a lei outorga ao consumidor pretensão ao cumprimento” (pág. 105).

Acerca ainda do descumprimento da obrigação e a forma de exigir a reparação, Jonathas Milhomens e Geraldo Magela Alves, in “Manual do Direito do Consumidor”, Forense, RJ, 1994, págs. 72/73:

“Considerando-se, outrossim, que a oferta é incondicional e ilimitada, a recusa ao seu cumprimento, sem motivo justificado (carência de estoque ou dificuldade costumeira),

caracteriza o abuso na relação de consumo, sujeitando o inadimplente (fornecedor) a facultar ao consumidor o exercício de uma das alternativas do art. 35: a) cumprimento obrigatório da obrigação; b) substituição da prestação, ou c) rescisão do contrato." E enfatiza:

"É a consagração, na lei do consumo da teoria do risco profissional, responsabilizando objetivamente o fornecedor, que não pode escusar-se da obrigação aventando hipóteses da privatística".

Ato contínuo anotam:

"O consumidor não precisa comprovar o prejuízo, basta-lhe tão-somente alegar o inadimplemento, a falta do produto ou do serviço no mercado, contrariando a oferta".

De respeito ainda ao incumprimento e alternativas que se oferecem ao credor, prelecionam:

"Na relação de consumo ocorre algo diverso, atuando a lei especificamente no sentido de obrigar o fornecedor a cumprir a obrigação, de acordo com a oferta, quer prestando o serviço quer entregando o produto."

"Aceitação de outro produto ou serviço equivalente. Pode o consumidor, entretanto, não exigindo o cumprimento rigoroso da obrigação, ou não querendo rescindir o contrato, por insatisfatório ambos ao seu objetivo final, que é a realização do serviço ou a aquisição do produto, optar por prestação equivalente, mais ou menos valiosa.

"Rescisão do contrato. Caso o consumidor opte pela alternativa do inc. III, terá direito à devolução da quantia que desembolsou, devida-

mente atualizada, mais perdas e danos, a título de indenização pelo inadimplemento da obrigação" (pág. 73).

No escólio de Ulderico Pires dos Santos, in "Código de Proteção e Defesa do Consumidor", Paumape, pág. 90, em torno da oferta e o seu cumprimento de acordo com sua apresentação ou publicidade, pondera:

"Se a não cumprir o fornecedor, o consumidor poderá exigir-lhe, coercitivamente, que cumpra a obrigação nos termos da oferta, da publicidade ou da apresentação feita a respeito.

"Quer dizer: se a fez constar de publicações recentes, terá de fornecer o produto pelo preço e condições nela inseridas, com as qualidades e características anunciadas, isto é, tornada conhecida mediante publicação pela imprensa escrita, falada ou televisada, em cartazes (outdoors) e até mesmo em folhetos distribuídos ao público, não sendo lícito ao fornecedor cobrar preço superior ao divulgado e nem oferecer produto diferente em seu lugar, salvo se o consumidor se puser de acordo" (grifei).

Anota em seguida:

"Obviamente, o consumidor só poderá exigir do fornecedor que respeite a oferta se a aceitar logo depois de feita ou enquanto ela continuar sendo veiculada".

O autor na inicial postulou a entrega da máquina fotocopidora descrita na fotografia publicada no anúncio ou, na impossibilidade do cumprimento dessa forma, que seja efetuado o proporcional abatimento do preço, porquanto aquele ofertado é de máquina distinta da entregue.

A ré-apelada, utilizando a declaração de fls. 23 da empresa Brasil Eletrônica, afirma não mais existir em estoque a máquina copiadora retratada no anúncio e que pelo documento corresponderia ao modelo Mita DC 4555. Todavia a declaração afirma apenas que a máquina pela citada firma comercializada “foi descontinuada desde outubro/93” e o modelo que a substituiu foi a Mita DC 4655. Não está afastada, pois, de toda a hipótese de existir a máquina em estoque na citada empresa ou em outra, enquanto não esclarecem os autos tampouco se sua fabricação prossegue. Só na hipótese da inexistência real desse modelo é que caberia ao autor optar por outro produto equivalente (inc. II, art. 35, CDC).

Dessa hipótese, entretanto, não cuidou a pretensão inicial, pugnando o autor pelo abatimento proporcional do preço, ou seja, pelo direito ao recebimento em dinheiro do bem ofertado, abatido daquele realmente entregue. O negócio, pois, manter-se-ia válido, mediante compensação a título de verdadeiras perdas e danos.

Ainda que não se apresentando explícito o pedido quanto a perdas e danos, o abatimento de preço pleiteado deve ser assim entendido, com aplicando-se a norma correspondente —

última parte do inciso III do art. 35 do CDC (jura novit curia).

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso, para, em se julgando procedente a ação, condenar a ré a entregar ao autor, no prazo assinado, a copiadora modelo Mita DC 4555 — documento de fls. 23 e anunciado no jornal “DC” de 29/4/94 — fls. 12. Em sendo isto impossível — por comprovada a falta de estoque ou não mais fabricado —, a Ré indenizará o Autor mediante o pagamento da diferença entre o preço do bem ofertado e o daquele entregue, atualizados, e com juros legais, desde a citação, operando-se a compensação, posto que o autor não chegou a adimplir a contra-prestação, tudo apurado em liquidação de sentença. As custas e a verba honorária, esta na base de 10% sobre o valor dado à causa e a favor do autor, às expensas da ré.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Pedro Manoel Abreu. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 21 de dezembro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente;*  
*Alcides Aguiar,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.005063-4, DE URUSSANGA**

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Acidente de trabalho — Mineiro de subsolo aposentado por invalidez — Pneumoconiose — Ação movida anos após visando au-*

*xílio-acidente motivado por males da coluna lombar adquiridos na mesma atividade — Cumulatividade inadmissível — Apelo provido.*

*Somente em se tratando de acumulação de benefícios previdenciários que apresentam fatores geradores diversos, “é pacífico o entendimento no sentido de que é legítima e legal a percepção cumulativa da aposentadoria por invalidez e do auxílio-acidente, desde que comprovado o nexo de causalidade entre a doença adquirida e o efetivo desempenho das atividades funcionais” (STJ — in EDREsp, n. 102203/SP, rel. Ministro Vicente Leal, DJU 17/3/97).*

*Não se há de cogitar de fatos geradores diversos, a possibilitar a acumulação de benefícios acidentários se o obreiro, aposentado por invalidez acidentária, decorrente de pneumoconiose, veio a padecer de males da coluna lombar, ambas as patologias originárias da atividade de mineiro.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.005063-4, da comarca de Urussanga, em que é apelante o INSS — Instituto Nacional do Seguro Social, sendo apelado Angelo Sangaletti:*

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

Custas na forma da lei.

Angelo Sangaletti ajuizou ação acidentária contra o INSS — Instituto Nacional do Seguro Social, aduzindo que, após longos anos trabalhando em minas de carvão, foi aposentado por invalidez acidentária, em 1978, em razão de acidente do trabalho. Por desenvolver sua atividade de mineiro em locais com muita umidade e posições deficitárias, com o passar do tempo apresentou problemas na coluna — “redução dos espaços discais de C5 a C7 com osteófitos marginais” e “redução do espaço articular de L4 — L5 com osteofitose marginal lom-

bar”, reduzindo inclusive sua capacidade de locomoção, pugna pela concessão de auxílio-acidente ou pecúlio acidentário (art. 18 da Lei n. 8.213/91).

Apresentou o réu sua contestação, argüindo, preliminarmente, a prescrição, nos termos do artigo 103 da Lei n. 8.213/91.

No mérito, alegou que o pedido do autor não pode prosperar em razão da proibição de cumulação de benefícios que tenham a mesma origem (art. 124 da Lei n. 8.213/91); o acidentado foi considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, por isso lhe foi concedida a aposentadoria; se concedido, o benefício deverá ter por marco inicial a perícia médico-judicial, devendo ser corrigido pelos índices previstos na lei acidentária (art. 41 da Lei n. 8.213/91); a verba honorária deve ser fixada nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Impugnando a contestação, ressaltou o autor que foi aposentado em razão de problema pulmonar.

Efetivado o exame pericial, manifestou-se o representante do Ministério Público pela procedência do pedido.

Julgada procedente a ação, por isso que considerou o julgador que pela perícia judicial foi constatado que o autor encontra-se acometido de males na coluna cervical que, se não desencadeados, seguramente agravados restaram pelo exercício de suas atividades habituais, apelou o INSS, reafirmando que a aposentadoria por invalidez é inacumulável com outro benefício de origem acidentária; que após citada foi concedida judicialmente em face da Ação Acidentária n. 6.043. Acrescenta que o fato gerador que motivou o auxílio-acidente é o mesmo que ocasionou a aposentadoria por invalidez acidentária há mais de 18 anos.

Apresentadas as contra-razões, sublinhando que se trata no caso de moléstias distintas (aposentadorias e auxílio-acidente), opinou o Ministério Público pelo provimento do recurso, fulcrado em que inviável no caso a pretendida cumulação dos benefícios, já porque se foi aposentado por invalidez, em retornando à atividade, que não é o caso, deveria ter sido cancelada sua aposentadoria ou, não se encontrando laborando, não sofreu simples redução de sua capacidade laboral a ponto de merecer o benefício ora pretendido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt, apresentou parecer pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Trata-se de apelação interposta em face da procedência da ação acidentária proposta pelo autor, sob a alegação da impossibilidade de percepção simultânea de benefícios acidentários advindos do mesmo fato gerador.

Conquanto acumuláveis a aposentadoria por invalidez acidentária com o auxílio-acidente, é mister que derivem de fatos geradores diversos.

Como adverte a jurisprudência:

“Em tema de acumulação de benefícios previdenciários que apresentam fatos geradores diversos, é pacífico o entendimento desta colenda Corte no sentido de que é legítima e legal a percepção cumulativa da aposentadoria por invalidez e do auxílio-acidente, desde que comprovado o nexo de causalidade entre a doença adquirida e o efetivo desempenho das atividades funcionais” (EDREsp. n. 102203—SP, STJ, relator Min. Vicente Leal, 6ª T., j. 24/2/1997).

Ainda do citado Tribunal Superior:

“1. Não há vedação legal à percepção cumulativa de aposentadoria por invalidez e auxílio-acidente, eis que os benefícios em causa, além de apresentarem fatos geradores diversos, derivam de infortúnios diferentes.

“2. Nas demandas de acidente de trabalho, dado o caráter social da lei de infortunistica, deduzida em Juízo pretensão genérica de indenização, comprovado o evento lesivo e o nexo etiológico com a atividade laborativa, cabe ao Juiz enquadrar a hipó-



tese na previsão legal consentânea, em ordem a determinar o benefício cabível.

“3. Recurso improvido” (REsp. n. 5.497-0/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª T., j. 19/6/1995).

No caso concreto, o autor, tendo trabalhado por vários anos em minas de carvão, adquiriu pneumoconiose, que lhe ensejou o benefício de aposentadoria por invalidez acidentária. Anos após, pleiteia judicialmente outro benefício, agora auxílio-acidente, decorrente de males sobrevividos à coluna lombar em razão do trabalho anteriormente exercido.

Comprovado embora o nexo etiológico (fls. 44) em razão deste último quadro patológico, é de convir que ambas as moléstias nasceram

em virtude de uma única atividade, ou de um mesmo fator predisposto, trabalho de mineiro (poeiras e posturas deficitárias).

Por tais razões, dá-se provimento ao recurso, para julgar improcedente a ação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Pedro Manoel Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 11 de março de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente;*  
*Alcides Aguiar,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 96.011644-3, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Condomínio — Decisão assemblear dispondo a respeito da ocupação das garagens — Decisão unilateral do síndico, alterando a deliberação da assembléia dos condôminos — Impreválencia — Apelo desprovido.*

*As decisões dos condôminos tomadas em Assembléia Geral, dispondo a respeito de ocupação das garagens do edifício não podem ser alteradas, tempos após, por deliberação unilateral do síndico, redundando dessa decisão perda da posse por parte de algum condômino. Idôneo é o recurso da ação possessória, manejado pelo condômino esbulhado ou turbado em sua posse.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.011644-3, da comarca da Capital, em que são apelantes Ricardo César*

*dos Passos e outro, sendo apelado José Francisco da Rosa:*

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

Custas legais.

Cuida-se de ação de reintegração de posse promovida perante a 6ª Vara Cível da Capital por José Francisco da Rosa, em causa própria, contra Ricardo César dos Passos e outro, objetivando, na condição de proprietário, a reintegração de posse da garagem referente ao apartamento n. 301, do Edifício Angeli.

Sustenta que, por decisão assemblear dos condôminos, cada qual passou a ocupar, individualmente, vagas determinadas de garagens, o que ocorreu também em relação ao inquilino que ocupava o apartamento.

Sucede que, desocupado o imóvel, fora este ocupado pela filha do autor. Contudo, contrariando aquela deliberação, não lhe foi permitida ocupação da área determinada na aludida assembleia, razão pela qual interpôs a presente ação.

Após justificação prévia, foi indeferida a liminar.

Foi contestada a ação, restando irrecorrido o saneador.

Não houve instrução.

Após os memoriais, o Dr. Juiz decidiu o feito, julgando improcedente a ação.

Irresignado, apelou o vencido, ao argumento de nulidade da ata da assembleia, por não ter sido assinada pelo síndico e por não ter participado o autor. Ademais adveio fato novo não considerado.

Não foram apresentadas contra-razões.

É o relatório.

Decidiu o Dr. Juiz:

“Examinando o feito, considerada a prova documental e testemunhal, desponta como incontroverso, que a vaga de garagem em disputa corresponde a um dos espaços de área comum transformada em estacionamento, no interesse e com a contemplação geral dos condôminos.

“Vê-se, igualmente, que dita vaga vinha sendo ocupada com a aparente exclusividade, sem interrupção, pelo autor e/ou seu inquilino, desde 1977, sendo que, por deliberação assemblear de 9/7/87, foi consolidada dita posse — o que ocorreu com outras vagas em relação aos demais condôminos — que perdurou até 1992, ocasião em que ausente o autor, por si ou por outro inquilino na ocupação do apartamento 301, os réus adonaram-se da respectiva garagem.

“A ata n. 19 da Assembleia Geral Extraordinária referida consigna:

‘...’

‘C — Quanto a vaga das garagens ficou combinado que cada um continua ocupando os lugares que sempre ocuparam’.

“A planta que teria alterado a localização das vagas em confronto com os apartamentos, consoante declaração apresentada pelos próprios réus, foi confeccionada (fls. 52) ‘posteriormente’ e pelo que se colhe dos testigos, autor.

“Não discutem as partes a legitimidade e a legalidade da assembleia, vale dizer, entendem válida a deliberação, o que impõe reconhecer

o direito do autor, ao uso do remédio possessório.

“Caracterizado por outro lado o esbulho (art. 927, II, do CPC), que aqui se atribui aos réus, a ação reintegratória deve ser acolhida.

“O pedido de fundo, além do reintegratório, contempla perdas e danos.

“Entretanto, ausente a identificação precisa quanto aos danos, particularmente, a demonstração das perdas, descabe decidir por indução, restando o acolhimento restrito do pedido reintegratório”.

A sentença concluiu com acerto, em harmonia com a doutrina de Darley Villas Boas:

“...O síndico não detém poderes para revogar decisão conjunta e soberana dos condôminos, sob pena de incorrer em ato de violência, corri-

gível por medida judicial própria, que depende, evidentemente, da iniciativa do prejudicado” (in “Condomínio Urbano”, 3ª ed., 1994, pág. 275).

Logo, não perdeu a posse o autor da aludida garagem, a teor do art. 520 do CC, uma vez que não se verificou qualquer das hipóteses lá previstas, não obstante o inquilino do apartamento não ter utilizado a vaga.

Nego provimento.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 10 de dezembro de 1998.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 96.011705-9, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Alteração de fachada de edifício — Preservação da harmonia do conjunto — Tolerância — Cominatória improcedente.*

*“Não obstante o princípio geral da inalterabilidade da fachada por qualquer condômino sem anuência de todos os demais, a regra do art. 10, inc. I, da Lei n. 4.591/64, efetivamente, precisa ser mitigada, até porque a utilização do edifício deve adaptar-se às inovações criadas pelo progresso” (Condomínio Urbano, 3ª ed., 1994, págs. 237/238).*

*“Em condomínio de edifício de apartamento, não é razoável compelir ao desfazimento de obra condômino que envidraçou a varanda de sua unidade, utilizando esquadrias de alumínio, sem perturbar de modo apreciável a harmonia da fachada externa” (TJRJ*

— Ap. n. 1.771—Niterói, rel. Des. J. C. Barbosa Moreira, ac. unân. 5ª CC).

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.011705-9, da comarca da Capital, em que são apelantes Condomínio Solar de Alperstedt e outros, sendo apelados José Henrique Fernandes Bruggemann e outros:*

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

Custas legais.

Trata-se de ação cautelar inominada e ação cominatória aforadas por José Henrique Fernandes Bruggemann e outros, contra Condomínio Solar de Alperstedt, Djalma Mondo e outros.

Aduziram que são proprietários de imóveis situados no condomínio requerido, sendo que os réus, com respaldo da administração do condomínio, estão fechando suas sacadas de modo a alterar a fachada externa original do edifício, desobedecendo, assim, o que fora anteriormente estabelecido em Assembléia Geral.

Asseveram que outros moradores também estão fechando suas sacadas, diante da inércia do síndico em tomar uma medida séria e urgente.

Afirmam que seus imóveis estão sofrendo desvalorização diante das obras edificadas.

Pugnaram pela concessão da liminar para que seja impedida a construção de novas edificações, bem como a determinação de que sejam retiradas as construções já edificadas, sob pena de multa. Na demanda prin-

cipal, pugnaram pela condenação dos requeridos para que cumpram as decisões da assembléia de 25/4/94.

A liminar foi deferida (fls. 44).

Na contestação, o Condomínio Solar de Alperstedt alegou que suas atribuições foram cumpridas, notificando e multando os condôminos infratores, e que não foram efetivadas em virtude de reclamação dirigida ao Juizado Informal de Pequenas Causas pela condômina Tércia Lolaine de Oliveira.

A requerida Ondina Freccia Caruso Macdonald alegou, preliminarmente, a inércia da inicial e argumentou que fechou sua sacada para a sua segurança pessoal, por meio de projeto utilizado por outros moradores e aprovado pela administração municipal, obra que foi concluída sem qualquer oposição e com o conhecimento do síndico do condomínio.

Asseverou que a Assembléia que culminou com a deliberação sobre o não fechamento das sacadas foi feita sob convocação irregular; representação incorreta dos condôminos; não observância da proporcionalidade das frações ideais no valor do voto e omissão de convocação dos proprietários das lojas do piso térreo.

No mérito, disse que a medida cautelar não pode ter caráter satisfativo e alcançar atos pretéritos, bem como o seu ato não constitui vedação ínsita na Lei n. 4.591/64.

Em sua contestação, os requeridos Maria de Lurdes Barbato, Hugo Barbato, Tércia de Oliveira e Djalma

Mondo ratificaram as exposições de Ondina Macdonald.

Às fls. 156/157 do processo cautelar em apenso, foi interposto agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a liminar, tendo o recurso sido julgado deserto.

Os autores manifestaram-se nos autos da cautelar em apenso, informando o não cumprimento da liminar.

O MM. Juiz de Direito julgou os autores carecedores da ação, como também procedente o pedido deduzido nos autos da ação cautelar inominada e ação cominatória.

Irresignados com a r. decisão, os réus apelaram aduzindo que a interpretação do Juízo singular foi despida de qualquer apresentação de laudo pericial e audiência de instrução.

Afirmam que os recorridos não ofertaram provas cabíveis, não caracterizando a modificação nos projetos do edifício, e que tal fato não foi considerado pelo MM. Magistrado a quo em nenhum momento.

Requereram o provimento do recurso.

Houve contra-razões (fls. 120/124).

É o relatório.

Trata-se de uma ação cominatória movida por José Henrique Fernandes Bruggemann e outros contra Condomínio Solar de Alperstedt e outros.

Os autores sustentam que a construção da sacada viola o art. 1º da lei de estímulo à construção civil (Lei n. 4.591/64), por alterar a fachada do edifício, o que seria possível somente com o consentimento unânime

dos condôminos, na conformidade com aquele dispositivo.

Tal consentimento inoocorreu, segundo assembléia geral de fls. que, embora por apertada maioria, vetou aquelas edificações.

Em sentido contrário posicionam-se os apelantes, arrimados no fato de tratar-se de edificações de alumínio e vidro, sem comprometimento da estética frontal do prédio.

O MM. Juiz sentenciante perfilhou o primeiro entendimento e acolheu o pedido.

No entanto e com a devida vênia, o primeiro entendimento não se coaduna com a maioria dos doutrinadores e dos entendimentos jurisprudenciais.

A respeito posiciona-se o renomado Caio Mário da Silva Pereira, verbis:

“Com o fito de melhor assentar que a coexistência da propriedade exclusiva sobre cada apartamento não habilita o titular a romper a pureza do princípio, a legislação especial insere entre os deveres dos proprietários aqueles que se referem à matéria.

“Neste sentido, nenhum condômino tem o direito de mudar a forma da fachada externa ou decorar as paredes e esquadrias externas com tonalidades ou cores diversas das empregadas no conjunto do edifício. É que este, embora formado por apartamentos autônomos como propriedade individual de cada condômino e sem perder esta qualidade, se apresenta como um todo ou como unidade externa inconfundível com outro. Na sua individualidade real está a conservação das suas condições arquitetônicas,

cujo rompimento ofende o plano inicial que nasceu da manifestação de vontade coletiva e que não pode ser alterado pela expressão violativa individual. Assim se tem julgado. Julgado foi, igualmente, que os condôminos respondem pelas despesas quando a alteração é necessária em razão de obras realizadas” (Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, ADV, 1989, n. 36.522).

“A aplicação desta proibição converte-se em dever de todos os condôminos quanto à conservação das linhas exteriores do prédio, bem como a sua cor, seu desenho etc.; e praticamente significa que cada um é compelido a conservar, sem alterações, a porção da fachada correspondente à sua unidade autônoma, porque a fachada do edifício é um bem comum a todos os co-proprietários e, como tal, não pode qualquer condômino nela inovar sem o assentimento de todos.

“O limite desta proibição é, contudo, o interesse coletivo. Desde que não colidam com ele nem afetem a segurança geral do imóvel nem infringam as cláusulas da convenção, o dono de um apartamento tem direito a fazer as modificações que entender. Foi o que decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, acrescentando que não é o maior ou menor requinte de decoração que pode traduzir mau uso da propriedade. Constitui, entretanto, transformação proibida, ainda que no interior de uma unidade, a modificação que afete a sua natureza, como seria a conversão de um compartimento destinado a guarda-malas e serventias análogas em apartamento.

“Mas não viola a lei o proprietário de dois apartamentos contíguos que, sem risco para a segurança do prédio, abre passagem de comunicação de um para outro, através de parede divisória, por meio de porta ou arco. O mesmo princípio é de aplicar-se ao caso do proprietário de dois apartamentos superpostos que, sem risco para a segurança do edifício e sem prejuízo para os vizinhos, fez abertura na laje de separação, e por uma escada ou rampa os comunica. O que não é possível é alterar a estrutura, como visto acima.

“No direito estrangeiro vigora regra idêntica, reconhecendo-se ao proprietário o direito de fazer alterações de toda espécie, desde que não toque nas partes comuns nem arrisque a segurança do prédio: o *ius abutendi*, no sentido de destruição da coisa, ‘não pode exercitar-se em qualquer parte vital do prédio’. Como não atinge uma delas, é possível retirar o estuque, levantar o alcatifamento, remover tabiques. Mas é vedado abrir janela ou porta através de parede comum ou modificar as paredes-mestras.

“Tem-se entendido, generalizadamente, que não importa em alteração interdita o fechamento de área voltada para o exterior, varanda ou terraço, por vidraças encaixilhadas em esquadrias finas, de vez que a sua transparência não quebra a harmonia do conjunto.

“A Justiça já entendeu, mesmo, que importa abuso de direito a recusa de autorização para o fechamento de varanda em uma das fachadas do edifício, quando outras já existem envidraçadas. O envidraçamento de área

externa, sem prejuízo ao prédio e sem alteração da fachada, é lícito (TJRJ — in ADCOAS, 1987, n. 115.326; ADV, 1987, n. 34.699), admitida a instalação de ar condicionado (TJSP — ADCOAS, 1989, n. 125.461).

E ainda:

“O Tribunal de Alçada de São Paulo decidiu, entretanto, que a colocação de grades no terraço, quando quebra a harmonia arquitetônica, é proibida’ (Revista dos Tribunais, vol. 443, pág. 209), ‘...mas, não sendo atingida a harmonia estética, é lícita a alteração’ (Revista dos Tribunais, vol. 442, pág. 169)” (in Condomínio e Incorporações, 10ª ed., Forense, RJ, 1997, págs. 155/7).

Outro não é o entendimento de Darley Villas Boas:

“Alteração de fachada externa — Desfazimento da obra — Descabimento.

“Em condomínio de edifício de apartamento, não é razoável compelir ao desfazimento de obra condômino que envidraçou a varanda de sua unidade, utilizando esquadrias de alumínio, sem perturbar de modo apreciável a harmonia da fachada externa” (TJRJ — Ap. n. 1.771—Niterói, rel. Des. J. C. Barbosa Moreira, ac. unân. 5ª CC).

Assim sendo, não caracteriza alteração desarmonica da fachada dos edifícios o fechamento de espaço com vidro e alumínio, por não se constituir em mudança grotesca e disforme.

Nosso Tribunal tem assim se manifestado a respeito da matéria:

“Condomínio — Actio cognitiva com pleito cominatório — Lei n. 4.591/64 — Sacada de unidade habi-

tacional — Janelas de vidro — Retirada negada — Reclamo — Desprovisionamento.

“Em se tratando de proteção lateral, inspirada por motivos de segurança, que não é grotesca ou chame a atenção dos transeuntes, incogitável é falar-se em alteração de fachada do edifício” (Ap. Cív. n. 51.504, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Nesse norte, resta incontroverso que, para configurar a alteração ou modificação no projeto original do edifício, fazia-se essencialmente necessário um parecer técnico que confirmasse estar a construção lesando os vizinhos em sua segurança, sossego ou saúde, ou ainda que o fechamento das sacadas teria como objetivo modificar o destino da coisa ou alterar-lhe o modo de ser, fato que inoocorreu.

Ademais, as sacadas foram fechadas exclusivamente com o intuito de melhorar o aproveitamento dos apartamentos, aumentando sua área interna e protegendo-os das intempéries, não alterando de forma alguma as linhas originais da fachada externa do edifício.

Provejo o apelo.

É o voto.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 11 de março de 1999.

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

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.010911-6, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Acidente de circulação — Atropelamento — Via urbana de trânsito rápido — Travessia imprudente e inopinada de pedestre — Direção do veículo atropelador dentro das normas regulamentares de trânsito — Presunção de culpa do motorista do automóvel afastada — Culpa exclusiva da vítima — Transferência da obligatio ad diligentiam — Ação improcedente — Apelo provido — Sentença reformada.*

*Nas vias de tráfego rápido e em rodovias onde se imprime maior velocidade, se transfere ao pedestre a responsabilidade de tomar todas as cautelas para a travessia das pistas.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.010911-6, da comarca da Capital, em que são apelantes Erico Comicholi Júnior e outro, sendo apelado Edson Pires Tezzari:*

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

Custas legais.

Trata-se de ação de reparação de danos pessoais, fundada no art. 159 do Código Civil, decorrente de acidente de circulação promovida por Edson Pires Tezzari perante a 3ª Vara Cível da Capital contra Erico Comicholi Júnior e Cláudio Pereira, por ter sido o autor atropelado aos 26/5/96, às 20h30min, na Avenida Rubens de Arruda Ramos (Beira-Mar Norte), em

frente ao restaurante Ataliba, pelo táxi de propriedade do primeiro e conduzido pelo segundo, resultando-lhe lesões irreversíveis e incapacitantes.

Funda a responsabilidade do evento na culpa do condutor do táxi, razão pela qual postula reparações, quais sejam, R\$ 200,00 referente aquisição de remédios e mais R\$ 270,00, a título de pensão vitalícia, correspondente ao piso salarial do autor, e lucros cessantes.

Em contestação, denunciou o réu Erico Comicholi Júnior à lide, e sua seguradora, Cia. Paulista Bandeirantes de Seguros S/A.

A companhia seguradora compareceu e assumiu sua condição, até o limite da apólice.

A defesa, quer dos réus como da denunciada, cingiu-se em prelimi-



nares de inépcia da inicial, fundada a imprecisão na indicação da condução e propriedade do veículo atropelador e nos valores postulados, bem assim quanto a descrição dos fatos não conduzirem totalmente a sua responsabilidade e a dos réus.

No mérito, sustentaram a culpa exclusiva do autor, por ter atravessado via urbana de trânsito rápido, de inopino, em desabalada carreira, desviando-se dos demais veículos originários da mão direita do táxi, sendo colhido na terceira pista, próximo ao canteiro central, em visível estado de embriaguez.

A instrução constitui-se em juntada de documentos, quanto ao tratamento a que foi o autor submetido, e prova oral.

Após os memoriais, o Dr. Juiz sentenciou o feito, julgando a ação procedente em parte, fundado em presumida responsabilidade do condutor do táxi, por dirigir em via urbana, onde são constantes as travessias de pedestres.

Irresignados, réus e denunciada apelaram reiterando os argumentos de suas irresponsabilidades, agora com um novo componente, consistente no depoimento da testemunha, passageira do táxi, que confirma sua culpa e atesta os sinais de embriaguez do autor.

Após as contra-razões, os autos alçaram.

É o relatório.

As preliminares não prevalecem, vez que não resta dúvida que Erico Comicholi Júnior é o proprietário do táxi atropelador, este conduzido pelo co-réu Cláudio Pereira.

Quanto aos fatos, estes, em tese, poderiam ser submetidos a uma reparação financeira.

Registra-se a suma impropriedade da r. sentença que não se manifestou a respeito da lide secundária, em tema de litisdenuciação. Contudo, tais questões são superadas pelo julgamento do mérito, não acarretando a nulidade do processo, por força do princípio da praticidade processual. Ademais, o pedido de denunciação não foi contestado e admitido, passando, assim, a seguradora litisdenuciada à condição de litisconsorte passiva do réu Erico Comicholi Júnior, seu segurado.

No mérito, tem-se a considerar que, de fato subsiste a responsabilidade do condutor do automotor que, em via urbana em local intensamente habitado, onde inúmeros transeuntes circulam, vem a atropelar um deles.

Nessas circunstâncias é reclamado dos motoristas redobrada atenção quanto à movimentação de pedestres em vias públicas, o que é fato corriqueiro e, portanto, absolutamente previsível.

Tal ilação não é cabível, porém, quando se trata de via, não obstante urbana, de trânsito rápido, caracterizada pela existência de várias pistas em sentido comum e contrário, compondo um sistema viário no qual é permitida velocidade de até oitenta quilômetros por hora, mormente aos trafegantes pela terceira pista, como é o caso.

Em tal contexto, há inversão do ônus da prova, não se admitindo a presunção de culpa do condutor, impondo-se a comprovação cabal desta, caracterizada pelas transgressões de

regras de trânsito que deram causa ao evento sinistoso para justificar sua responsabilidade pelo atropelamento.

No caso dos autos, nada há que conduza à culpa do condutor do táxi, uma vez que não se constatou transgressão a qualquer norma de tráfego, já que o veículo vinha em via que reclamava maior desenvolvimento de velocidade, restando positivada pela única testemunha visual (passageira do táxi) a imprudência do pedestre vitimado que, inclusive, dava sinais de embriaguez, com exalação do odor característico.

A respeito, assim tem proclamado nosso Pretório:

“A obligatio ad diligentiam, nas rodovias de alta velocidade, se transfere ao pedestre, a quem cabe tomar todas as cautelas, especialmente quando efetuar a travessia da pista, ainda mais a noite” (RT 539/345; JTACrim 67/443, 15/228, 1/26, 19/15,

23/292, 27/382, 31/283, 38/246, 28/163, 43/32, 19/75 e 55/199; RT 537/1.376, 425/337 e 475/312; RTJE 85/225).

Diante desse contexto, dá-se provimento aos apelos dos réus, para julgar inteiramente improcedente a ação, prejudicada a denunciação à li-de, em face da inexistência de direito de regresso, mantidos os ônus da sucumbência, dos quais está isento o autor, em face da concessão a ele dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 15 de outubro de 1998.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.015717-0, DE CHAPECÓ**

**Relator designado: Des. Anselmo Cerello**

*Execucional fundada no art. 585, II, do CPC — Contrato de abertura de crédito em conta corrente (cheque nobre) — Título exequendo acompanhado dos extratos de movimentação de conta corrente — Rejeição in limine da execução, a teor do art. 618, I, do CPC — Exigibilidade do título negada — Carência afastada — Título executivo extrajudicial reconhecido — Inteligência do art. 585, II, do CPC — Apelo provido.*

*O contrato de abertura de crédito rotativo, uma vez instruído com os extratos de movimentação da conta corrente, abrangendo o período correspondente à data da pactuação e à do aforamento da execucional, é título imbuído dos pressupostos cartulares de literali-*

*dade, liquidez e certeza, porque estando ciente o creditado daqueles registros contábeis que os extratos a ele encaminhados revelam, poderá, a seu tempo, impugná-los, o que empresta legitimidade executiva ao instrumento de contrato por tratar-se de autêntico título extrajudicial a teor do disposto no art. 585, II, do CPC.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.015717-0, da comarca de Chapecó, em que é apelante Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc, sendo apelados Carbonera e Perin Ltda. — ME e outros:*

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

Custas legais.

Cuidam os autos de ação de execução embasada em contrato de abertura de crédito julgada extinta.

Inconformado, o exequente apelou, aduzindo que mencionado contrato, acompanhado dos extratos de movimentação, constitui título executivo extrajudicial, na forma do art. 585, II, do CPC.

Sem as contra-razões, ascenderam os autos a este Sodalício.

É o relatório.

Divirjo, com a devida vênia, do r. entendimento.

De fato, oportunamente, o ilustre mestre Humberto Theodoro Júnior, em consubstancioso estudo instrumentado em parecer solicitado pela Febraban, aos 10/10/95, anotou:

“Nada há no sistema do Código de Processo Civil que impeça o reconhecimento do contrato de abertura de crédito da qualidade de título exe-

cutivo, desde que se refira a um valor definido, a ser utilizado e repostado pelo creditado e esteja subscrito por este e por duas testemunhas.

“O extrato da respectiva conta é o demonstrativo gráfico de como o crédito foi utilizado. É elemento integrante do próprio contrato e não documento unilateral criado pelo creditor.

“O argumento de que não constaria do contrato de abertura de crédito, desde logo, a ‘obrigação de pagar quantia determinada’ (o que impediria seu enquadramento no art. 585, II, do CPC), não tem procedência, data venia, porque em relação a quase todos os títulos executivos o crédito exequendo nunca corresponde ao valor inicialmente lançado no título. Sempre há acréscimos ou reduções que se definem por documentos ou cálculos fora do título, sem que se pense em invalidar sua normal força executiva.

“Aliás, o próprio texto do art. 585, II, do CPC, que dava como requisito do título executivo a obrigação de pagar ‘quantia determinada’, foi alterado justamente para eliminar tal referência (Lei n. 8.953, de 13/12/94)”.

E mais adiante lembra:

“Não é, mais, na menção direta e expressa da quantia a pagar que a lei identifica o título executivo do art. 585, II, do CPC.

“Atualmente, pois, o que se exige é apenas, em caráter geral, que a obrigação se apresente para o órgão judicial como certa, líquida e exigível (CPC, art. 586), qualquer que seja o título e qualquer que seja a obrigação.

“Hoje, no mundo inteiro é usual, por exemplo, a contratação de dívida com juros flutuantes, assumindo o devedor a obrigação acessória de conformidade com taxas fixadas por organismos comerciais ou segundo a média vigente no mercado. Sendo de fácil verificação a taxa a ser utilizada, mesmo fora do título, não lhe nega a jurisprudência, só por isso, a qualidade de título executivo. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já teve oportunidade de assentar, sobre a matéria que:

‘Não retira exequibilidade do título a circunstância de algum acessório dever ser fixado com base em elemento a ele estranho, como a taxa de juros’ (Recurso Especial n. 33.743-8—SP, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. unân. de 23/11/93, in RSTJ 67/359)“.

O 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, após muito estudo e discussão, acabou por sumular a matéria:

“O contrato de abertura de crédito, feito por estabelecimento bancário a correntista, assinado por duas testemunhas e acompanhado de extrato de conta corrente respectiva, é título executivo extrajudicial” (Súmula 11).

Da Suprema Corte, pinçamos, dentre muitos, este precedente:

“Execução por título extrajudicial (art. 585, II, do CPC). Contrato de

abertura de crédito em conta corrente (cheque nobre).

“Certeza e liquidez do saldo da conta.

“O saldo devedor constante de extrato de movimentação de abertura de crédito em conta corrente, devidamente formalizado o instrumento contratual e ciente o creditado dos registros contábeis, é representativo de dívida líquida e certa para legitimar a execução por título extrajudicial, nos termos do art. 585, II, do CPC. Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF — 1ª T., RE n. 91.769—RJ, rel. Min. Rafael Mayer, ac. unân. de 24/11/81, RTJ 101/260).

A justificativa do Supremo Tribunal para assim decidir foi a seguinte:

“Atendida a parte formal de sua assinatura pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, não se deve perder de vista o tipo de contrato que nele se estipula, contendo necessariamente uma relação continuativa na qual se sucedem operações de retirada ou depósito, sempre tendentes à resultância de um determinado saldo, o que é da essência do próprio contrato, revelador da posição jurídica do creditado, ou de ser credor de disponibilidade ou devedor do que tenha utilizado.

“Ora, em um contrato de execução dinâmica, em que há intercâmbio constante de registros contábeis, sem dúvida, o qual resulta desses extratos, devidamente admitidos como expressivos do estado da conta pela própria cláusula contratual acima transcrita, é a certeza e liquidez da quantia residual, em determinado momento, apta a figurar como título executivo.

“Assim, quer pela natureza do contrato cuja execução se cumpre, em atos sucessivos e correlacionados, de onde resultará a existência de tais quantias, créditos ou débitos, quer pelo próprio desenvolvimento da conta corrente segundo os registros contábeis que o saldo devedor constante do extrato de conta remetido pelo creditor ao creditado, sem a mínima oposição deste, e na forma do contrato, está revestida de condição de certeza e liquidez necessárias à legitimidade do título executivo” (RTJ 101—264/5).

Ademais a MP n. 1.367/96 acabou por referendar o entendimento que já vigorava, com inúmeras manifestações inclusive do STF.

Como se não bastasse, o mais moderno entendimento do STJ, órgão designado constitucionalmente ao julgamento das questões infraconstitucionais, embora antes tenha entendido contrariamente, não conforta a pretensão dos embargos, senão vejamos:

“Execução. Título executivo extrajudicial. Contrato de abertura de crédito em conta corrente.

“O contrato de abertura de crédito rotativo, quando acompanhado do respectivo extrato de movimentação de conta corrente, constitui título executivo extrajudicial.

“Precedentes do STF e do STJ. Recurso especial não conhecido” (Recurso Especial n. 85.877, rel. Min. Barros Monteiro, de 8/4/96).

Do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, não tem sido outra a orientação:

“Execução. Embargos do devedor. Rejeição liminar. Alegação de cerceamento de defesa. Inocorrência. Contrato de abertura de crédito com extratos comprobatórios da movimentação. Título líquido, certo e exigível. Precedentes. Recurso desprovido” (Apelação Cível n. 96.001820-4, de Blumenau, rel. Des. Paulo Gallotti, Juiz Prolator Dr. Robson Luz Varela, in DJSC de 27/2/97, pag. 23).

“Processo civil — Execução — Contrato de abertura de crédito rotativo acompanhado dos extratos de movimentação da conta corrente — Título executivo extrajudicial — Carência afastada.

“O contrato de abertura de crédito rotativo, sempre que acompanhado dos extratos de movimentação da conta corrente no período compreendido entre a data de sua celebração e a do ajuizamento da execução, de modo a possibilitar ao embargante o questionamento dos lançamentos desde a origem do débito, constitui título executivo extrajudicial” (Ap. Cív. n. 96.010325-3, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Eder Graf, in DJSC de 25/2/97, pag. 31).

No mesmo sentido: Ap. Cív. n. 51.018, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, DJSC de 27/2/97, pag. 21.

Não é demais ressaltar que a execução contém extrato correspondente e demonstrativo de evolução no débito, com liquidez e certeza respectivos, o que se harmoniza com o disposto no artigo 585 do Código de Processo Civil, que dispõe:

“Art. 585 — São títulos executivos extrajudiciais:

“I — ...;

"II — A escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público ou pelos advogados dos transatores;

"III —...".

Portanto a disposição legal supra ampara a executividade do título exequendo de incidência da Lei n. 8.078/90 (CDC).

De fato pela própria característica das matérias que envolve o contrato, não se tratando de relações de consumo, nem de prestação de serviços, e por múltiplas razões, o Código de Defesa do Consumidor não tem aplicação aos contratos bancários, sendo infértil toda a discussão com base nele. Existe tratamento e legislação própria para tanto.

A jurisprudência é farta:

"A Lei de Defesa do Consumidor não se aplica aos negócios bancários, subordinados à legislação específica" (Ap. Cív. n. 41.553, de Rio do Sul, rel. Des. João José Schaefer, in DJSC de 15/9/94, pág. 14).

"Código de Defesa do Consumidor. A Lei n. 8.078/90 não alcança os contratos com estabelecimentos bancários, sujeitos à legislação própria" (Apelação Cível n. 48.155, de Rio do Sul, rel. Des. Nestor Silveira, in DJSC de 8/4/96, pág. 10).

"Contrato bancário — Crédito rural — Código do consumidor — Inaplicabilidade. Tratando-se de contrato bancário, mesmo que do denominado crédito rural, não se aplicam as disposições do Código do Consumidor, mas a legislação bancária" (Apelação

Cível n. 45.697, de São Joaquim, rel. Des. Nilton Macedo Machado, in DJSC de 19/9/94, pág. 9).

"A nota de crédito comercial é um título que, à semelhança da nota promissória, encerra uma promessa de pagamento em dinheiro, não tendo aparência e muito menos conformação dos chamados contratos de adesão.

"Por isso, são inaplicáveis, em tese, as disposições do Código de Defesa do Consumidor ao mútuo bancário, por não se tratar de relação de consumo, disciplinada no referido estatuto (Des. Pedro Manoel Abreu)" (Apelação Cível n. 96.007539-9, de Porto União, rel. Des. Amaral e Silva, in DJSC de 30/10/96, pág. 18).

Diante desses fundamentos dá-se provimento ao apelo para anular a r. decisão apelada e autorizar o prosseguimento da executiva.

É o voto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik.

Florianópolis, 26 de novembro de 1998.

*Xavier Vieira,*

*Presidente com voto vencido;*

*Anselmo Cerello,*

*Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Xavier Veira:

Ementa aditiva (art. 148, § 3º, do RITJSC)

Execução.

Contrato de abertura de crédito em conta corrente.

Documento impróprio ao desiderato.

Recurso desprovido.

— Ainda que acompanhado de extrato de movimentação bancária, o contrato de abertura de crédito em conta corrente é título extrajudicial sem força executiva. Despido da necessária certeza, não tem liquidez e por isso não é exigível por essa via, sendo legítimo o direito do devedor à discussão do quantum expresso no documento produzido unilateralmente pelo credor.

Relatório, a este acoplado a fls. 20.

Trata-se de ação de execução embasada em contrato de abertura de crédito em conta corrente.

Na verdade, a jurisprudência a respeito da matéria não é pacífica. Porém, acompanho o entendimento daqueles que defendem a inexecutabilidade do mencionado contrato, mesmo que acompanhado por seus respectivos extratos de movimentação, por não constituir título executivo extrajudicial, segundo o artigo 585, II, do CPC.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

“Recurso Especial n. 149.474/SC (97/0067027-9) — Relator Min. Waldemar Zveiter — Recorrente: Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc — Recorrido: Danilo José Rezini.

“Processual civil — Embargos à execução — Título extrajudicial — Art. 585, II, do CPC.

“I — A teor da norma do art. 585, II, da lei processual civil, na Execução, sendo o título originário de

contrato de abertura de crédito, tem o embargante o direito de questionar a origem do valor do dinheiro nele expresso, sobretudo, quando se vislumbra, de imediato, a possibilidade de erro na apuração do montante do crédito (art. 586 do CPC).

“II — Inexistindo certeza quanto ao valor expresso na cambial, consequentemente, não será o título líquido, nem exigível. Contrato de abertura em conta corrente não constitui título executivo extrajudicial como preconizado no art. 585, II, do CPC.

“III — Recurso não conhecido”.

E do voto extrai-se o seguinte entendimento:

“O contrato de abertura de crédito em conta corrente firmado pelos litigantes é, inquestionavelmente, documento particular, achando-se assinado pelo devedor e por testemunhas.

“Em que pese isso, o objeto de execução embargada não foi o contrato em si; e, sim, o saldo devedor a ele vinculado, cujos valores reais decorrem, não do ajuste pactuado em si, e sim dos extratos bancários unilateralmente emitidos pelo ente bancário, dos quais não constam as assinaturas do correntista e nem de testemunhas.

“Não expressa o importe em execução, em sendo assim, qualquer pertinência com a exigência legal, segundo a qual, como enunciado, o documento particular alçado à condição de título executivo extrajudicial é aquele assinado pelo devedor e por duas testemunhas.

“Ainda mais quando o próprio contrato, muito embora assinado pelo correntista e por testemunhas, não in-

introduz em seu bojo qualquer obrigação de pagar quantia determinada".

E, conforme já se decidiu:

"Título executivo extrajudicial, previsto no artigo 585, II, do CPC, é documento que contém a obrigação incondicionada de pagamento de quantia determinada (ou entrega de coisa fungível) em momento certo. Os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, devem estar ínsitos no título. A apuração de fatos, a atribuição de responsabilidades, a exegese de cláusulas contratuais tornam necessário o processo de conhecimento, e descaracterizam o documento como título executivo' (RSTJ 8/371).

"Da mesma forma, o contrato em referência não se situa nos parâmetros apontados no inciso VII do mesmo art. 585, haja vista inexistir qualquer disposição legal expressa a conferir força executiva aos contratos de abertura de crédito em conta corrente, ainda que a eles adiram os pertinentes extratos bancários de movimentação da conta.

"Não informam mencionados contratos, deste modo, títulos acobertados com eficiência de executoriedade.

"Nessa esteira, tem decidido, de modo reiterado, o colendo Superior Tribunal de Justiça:

'I — A teor da norma insculpida no art. 585, II, da lei processual civil, na execução, sendo o título originário de contrato de abertura de crédito, tem o embargante o direito de questionar o valor em dinheiro nele expresso, sobretudo, quando se vislumbra, de imediato, a possibilidade de erro na apuração do montante do crédito (art. 586 do CPC).

'II — Inexistindo certeza quanto ao valor expresso na cambial, consequentemente, não será o título líquido, nem exigível. Contrato de abertura de crédito em conta corrente não constitui título executivo extrajudicial como preconizado no art. 585, II, do CPC' (REsp. n. 57.171-5—SP, j. em 17/4/95, rel. Min. Waldemar Zveiter).

'Contrato de abertura de crédito em conta corrente não constitui título executivo extrajudicial, segundo o previsto no art. 585, II, do CPC, por não consubstanciar obrigação de pagar quantia determinada. Precedentes. Recurso conhecido e provido' (REsp. n. 66.266-4—MG, DJU de 18/9/95, rel. Min. Costa Leite).

'O Contrato de abertura de crédito em conta corrente, mesmo que acompanhado de extratos de movimentação, não constitui título executivo extrajudicial, nos termos do art. 585, II, do CPC, por não ser obrigação de pagar quantia determinada. Precedentes' (REsp. n. 71.260—PR, DJU de 1º/4/96, rel. Min. Cláudio dos Santos).

'Contrato de abertura de crédito.

'Limitando-se a ensejar a utilização de determinada quantia, não consubstanciada obrigação de pagar quantia determinada, inexistindo correspondência com o modelo previsto no artigo 585, II, do CPC.

'Impossibilidade de o título completar-se com extratos fornecidos pelo próprio credor que são documentos unilaterais. Não é dado às instituições de crédito criar seus próprios títulos executivos, prerrogativa própria da Fazenda Pública' (REsp. n.



66.304-0—PR, DJU de 23/9/96, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

“Do corpo do acórdão por último transcrito extrai-se a seguinte lição ministrada pelo douto Relator:

‘Procura-se buscar respaldo, para a execução, no artigo 585, II, do CPC que, entretanto, não lhe dá amparo. Ali se dispõe que constitui título executivo o documento, assinado por duas testemunhas, e subscrito pelo devedor, de que conste a obrigação de pagar quantia determinada. Certamente que a isso não corresponde o contrato de abertura de crédito. Nesse, apenas se enseja a utilização de uma certa importância, o que poderá ocorrer ou não. O valor não é de logo creditado, não havendo assunção da obrigação de pagar quantia determinada.

‘Afirma-se que a falta tem-se por suprida com a apresentação de extratos pelo banco que abriu o crédito. Ora, isso se admitindo, estar-se-á criando um outro título executivo, que de nenhum modo se compreende no citado dispositivo da lei processual. Os extratos são documentos unilaterais. Deles não consta qualquer declaração do devedor. Com todo o respeito, parece-me que o entendimento ora contestado importa aceitar que as instituições de crédito, à semelhança da Fazenda Pública, possam criar seus próprios títulos executivos.

‘Não se trata aqui, note-se, da hipótese em que existe um título e o valor do débito, com base no mesmo, é alcançado por simples operações aritméticas. No caso, como dito, o contrato de abertura de crédito não constitui título algum, por não conter declaração por meio da qual alguém

se obrigue a pagar quantia determinada.

‘Por fim, avenças acaso constantes do contrato, reconhecendo a liquidez dos lançamentos, de modo apriorístico, carecem de maior significado, pois não é dado às partes criar outros títulos executivos, além dos estabelecidos em lei’.

“Daí a insurgência.

“Ao contrário do que se sustenta, vê-se que o Aresto deu correta aplicação do direito à espécie, arrimando-se, inclusive, na melhor doutrina e entendimento uniformizado na jurisprudência da Turma.

“Ante o exposto, não conheço do recurso”.

Nesse mesmo sentido:

“Recurso Especial n. 144.847—SC (97.58428-3) — Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito — Recorrente: Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc — Recorrido: Signor Transportes Rodoviários Ltda.

“Ação de execução. Contrato de abertura de crédito em conta corrente acompanhado de extratos bancários. Inexistência de título executivo. Precedentes da Corte.

‘Conforme jurisprudência atual da 3ª Turma, o contrato de abertura de crédito, mesmo que acompanhado de extrato bancário, não é título executivo, haja vista que o contrato não consubstancia obrigação de pagar importância certa e determinada e os extratos são produzidos unilateralmente, sem a intervenção do possível devedor.

‘Recurso especial conhecido pela divergência jurisprudencial, mas improvido.

‘Contrato de abertura de crédito.

‘Limitando-se a ensejar a possibilidade de utilizar-se de crédito, obriga apenas quem se dispõe a propiciar o mútuo. Não reflete qualquer obrigação da outra parte, menos ainda líquida, certa e exigível.

‘Impossibilidade de o título completar-se com extratos fornecidos pelo próprio credor que são documentos unilaterais. Não é dado às instituições de crédito criar seus próprios títulos executivos, prerrogativa própria da Fazenda Pública.

‘Entendimento que não se altera em virtude da modificação introduzida pela Lei n. 8.953/94, pois não afastada a exigência de liquidez e certeza constante do artigo 586 do CPC’ (REsp. n. 122.803—RS, 3ª Turma, relator Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 18/8/97).

‘Ação de execução. Contrato de abertura de crédito acompanhado de extratos bancários. Inexistência de título executivo. Precedentes da Corte.

‘I. Conforme jurisprudência atual da 3ª Turma, o contrato de abertura de crédito, mesmo que acompanhado de extratos bancários, não é título executivo, haja vista que o contrato não substancia obrigação de pagar importância certa e determinada e os extratos são produzidos unilateralmente, sem a intervenção do possível devedor.

‘II. Recurso especial conhecido pela divergência jurisprudencial, mais

improvido’ (REsp. n. 114.515—RS, 3ª Turma, relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 4/8/97).

No mesmo diapasão:

‘Processual civil. Contrato de abertura de crédito em conta corrente aparelhado com extrato de movimentação. Execução como título executivo extrajudicial. Art. 585, II, do CPC. Impossibilidade. Falta de título substanciado. Obrigação de pagar quantia certa.

‘I. O contrato de crédito em conta corrente, mesmo que acompanhado de extratos de movimentação, não constitui título executivo extrajudicial, nos termos do art. 585, II, do CPC, por não ser obrigação de pagar quantia determinada. Precedentes.

‘II. Recurso especial não conhecido’ (REsp. n. 71.260—PR, 3ª Turma, relator Min. Cláudio Santos, DJ de 1º/4/96).

‘Ainda:

‘Contrato de abertura de crédito em conta corrente (cheque ouro). Não é título executivo extrajudicial, ainda que tal contrato esteja acompanhado de extratos. Em consequência, não se lhe aplica o art. 10 da Lei de Falências, para legitimar o pedido de quebra. Recurso especial não conhecido’ (REsp. n. 27.389-8—RJ, 3ª Turma, relator Min. Nilson Naves, DJ de 19/9/94).

‘Recurso Especial n. 149475—SC (97.0067028—7) — Relator: Min. Costa Leite — Recorrente: Banco Meridional do Brasil S/A — Recorridos: Pereira Comércio de Móveis Eletrodomésticos Ltda. e outro.

‘Execução. Título executivo extrajudicial. Contrato de abertura de crédito em conta corrente.

“Consolidou-se a jurisprudência da Terceira Turma no sentido de que o contrato de abertura de crédito em conta corrente não constitui título executivo extrajudicial. Irrelevância de

nova redação do art. 585, II, do CPC. Recurso conhecido pelo dissídio, mas não provido”.

*Xavier Vieira.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.014988-3, DE BARRA VELHA**

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Apelação cível. Embargos de terceiro. Ausência de citação do credor exeqüente. Nulidade da sentença decretada.*

*A ausência de citação do credor/exeqüente para figurar no pólo passivo dos embargos de terceiro revela nítida agressão aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, porquanto este é o maior interessado na manutenção da construção sobre o bem penhorado.*

*Recurso provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Civil n. 97.014988-3, da comarca de Barra Velha, em que é apelante Alirio Siewert, sendo apelados Otair Terencio Moretti e outro:*

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

Custas de lei.

Otair Terencio Moretti opôs embargos de terceiro nos autos da executacional movida por Alirio Siewert contra João Izidoro dos Santos — ME, alegando que em 1º/11/96 foram penhorados diversos bens móveis de sua propriedade, adquiridos da executada em 15/10/95 por meio de contrato verbal de compra e venda.

Relatou estar na posse dos aludidos bens desde sua aquisição, conforme consta, inclusive, da certidão expedida pelo Oficial de Justiça às fls. 14 dos autos da execução, sendo despedido de sua posse ante o depósito dos bens em mãos do representante legal da executada.

Pleiteou, ao final, a restituição liminar dos bens e a procedência do pleito, com as cominações de estilo.

Deferida a liminar, com o depósito dos bens em mãos do embargante, foi citada a executada na pessoa de seu representante legal, que não contestou o feito.

A seguir, o Magistrado julgou procedentes os embargos, declarando a insubsistência da penhora levada a efeito na executacional proposta e

condenando a empresa dita embargada nas sanções da sucumbência.

Irresignado, apelou o exequente Alirio Siewert, na condição de terceiro interessado, na forma do art. 499 do CPC, aduzindo que o processo estaria eivado de nulidade, porquanto não fora citado para integrar a lide, pois seria a parte legítima para figurar no pólo passivo da lide e tampouco intimado da oposição dos embargos de terceiro, apenas tomando conhecimento após este ser sentenciado, em violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Sustenta que os autos deveriam ser pensados à execução, e por esse motivo houve maior dificuldade no conhecimento da ação, ressaltando que a sentença é carente de fundamentação e que não há provas de que o embargante seja proprietário ou possuidor dos bens constringidos pois, em verdade, estaria este, juntamente com o devedor, em conluio para lhe lesar.

Decorreu in albis o prazo para oferecimento de contra-razões e, cumpridas as formalidades legais, os autos alçaram a esta Corte.

É o relatório.

Analisando os autos, verifica-se que somente o representante legal da devedora foi citado para oferecer contestação aos embargos opostos, dessumindo-se ainda, da cópia da executória aforada (fls. 27/42), que o ora apelante somente tomou ciência da presente ação após esta ter sido sentenciada, evidenciando-se, por conseguinte, que não houve possibilidade de sua manifestação no processo, sendo admissível o manejo do presente apelo, pois embora não tenha integrado o feito, é terceiro

prejudicado que possui interesse jurídico e econômico no desfecho da causa, atendendo assim os pressupostos do art. 499 do CPC.

A doutrina pátria não é pacífica a respeito do tema, visto de forma abrangente, todavia, é unânime em afirmar que o credor deve sempre figurar no pólo passivo do feito.

Javert Prado Martins Filho sustenta que a resposta aos embargos deve sempre ser feita por ambas as partes, pelo autor do processo principal, pois em seu benefício se pratica o ato de apreensão e pelo réu, por ter-lhe dado causa (Embargos de Terceiro, Coleção Prática, Processo e Jurisprudência, vol. 26, 2ª ed., pág. 46).

João Roberto Parizatto, em sua obra "Da Execução e dos Embargos", afirma que os embargos de terceiro "serão ajuizados contra quem promoveu a constrição judicial", mas cita lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery que sustentam que os réus nos embargos são as partes no processo principal, bem como aqueles que se beneficiaram do ato de constrição (vol. I, 4ª ed., 1998, pág. 574).

Araken de Assis, em seu "Manual do Processo de Execução" (5ª ed., RT, págs. 1.059/1.060), comenta que na opinião tradicional do direito brasileiro os embargos de terceiro devem ser ajuizados contra o credor, embora entenda ser parte legítima a autoridade pública que praticou o ato, mas em seguida, retomando o primeiro entendimento, afirma que o devedor também deve integrar o feito quando há cumulação de outra ação contra este ou o mesmo participou no ato ilegal.

Hamilton de Moraes e Barros (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IX, 4ª ed., Forense, pág. 245) defende a mesma posição do Magistrado gaúcho Luiz Felipe Silveira Difini, que leciona sobre a ação em tela:

“O ato impugnado pela ação especial é ato do juiz. Mas legitimado passivo não é seu autor, nem o Estado, e sim o beneficiado com o ato judicial, quem tem interesse na sua manutenção. Por isso que, normalmente, quem tem a legitimação passiva ad causam para a ação especial é o exequente. Pode ser, porém, que o executado também deva figurar no pólo passivo, por exemplo, se foi ele que nomeou o bem à penhora ou na hipótese de dolo ou colusão entre ele e o exequente.

“Em qualquer caso, mesmo que não tenha de início integrado a lide, pode o executado, se tiver interesse em defender o ato judicial impugnado (é muito possível que tenha, evitando recaia a constrição sobre outro bem de seu patrimônio) ingressar no feito. Entendemos que, neste caso, sua condição será de assistente litisconcorcial do exequente/embargado” (Embarcos de Terceiro, Ed. Aide, págs. 92/93).

Compulsando as cópias da ação de execução aforada, percebe-se que a penhora sobre os bens objeto da lide deu-se por ato do oficial de justiça, sem qualquer indicação das partes, sendo citado para ofertar contestação somente a devedora, que inclusive se quedou inerte.

A participação desta, a rigor, afigura-se desnecessária, tanto que

não ofereceu qualquer resistência à pretensão do embargante. Contudo, a necessidade de participação do credor é imperiosa, posto ser o maior interessado na manutenção da penhora efetuada, garantidora do recebimento de seu crédito na execução aforada.

Destarte, evidente que a ausência de citação do ora apelante para figurar no pólo passivo do pleito revela nítida agressão aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, insculpidos nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

Mutatis mutandis, aplica-se ao caso vertente:

“Somente quando realizado o ato de garantia da execução mediante nomeação do devedor, é que este será legitimado passivo ad causam no procedimento especial de jurisdição contenciosa de embargos de terceiro” (Ap. Cív. n. 40.054, de Criciúma, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, DJ de 10/9/93).

Por esses fundamentos, dá-se provimento ao recurso para anular a sentença atacada, devendo os autos ser remetidos à Instância inferior a fim de que seja imprimido o normal prosseguimento ao feito.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 18 de fevereiro de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 98.003508-2, DE SÃO JOSÉ****Relator: Des. Francisco Borges**

*Ação de responsabilidade obrigacional. Seguro habitacional. Casas populares financiadas pelo SFH. Risco de desmoronamento. Falhas construtivas e causas externas. Obrigação de indenizar. Recursos desprovidos.*

*Evidenciado que os danos são comuns em praticamente todos os imóveis, variando apenas na intensidade, concluindo a perícia que, na construção, foram utilizados materiais de péssima qualidade que, aliados à má técnica na edificação da estrutura básica, propiciaram o surgimento dos alegados sinistros, submetendo seus ocupantes a reprováveis condições de sobrevivência e a sérios riscos à incolumidade, inegável é a obrigação de indenizar.*

*Além de comprovado que as casas permaneceram por longo período sob risco de desabamento e dos casos em que isto ocorreu, a falha construtiva é indenizável e, se aparentemente essa conclusão choca-se com o item 3.2 das Condições Particulares, está pacificado nesta Corte que “Quando as cláusulas do contrato de seguro oferecerem a possibilidade de mais de uma interpretação, deve-se adotar a que vem em benefício do segurado” (Ap. Cív. n. 96.008806-7, de Joinville, rel. Des. Eder Graf, DJ de 6/3/97, pág. 10).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.003508-2, da comarca de São José (1ª Vara), em que são apelantes Companhia de Seguros Marítimos e Terrestres Phenix de Porto Alegre e outro, sendo apelados Dinaldo Estevan e outros:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento a ambos os recursos.

Custas de lei.

Dinaldo Estevan, José Anacleto de Lima, Elza Ventura de Souza, Athaide Ferreira de Macedo, Jaime Luiz Pereira, Alzinóia Vieira Cardoso,

Maria das Neves Lucas, Francisco A. Prazeres, Zeny Abreu Thives, Jorge Robinson Filho, Ivo Werner, Nereu Fernando Pereira, Wanderley L. Custódio, Maria Pereira Clara, Maria de J. Andrett, Jair da Silva, Genésio Silva, Francisco Manoel Vieira, Odília Conceição Rodrigues, Darci Romani, Dalva Pereira Borba, Antônio Loezi Neves, Terezinha Félix Rodrigues, Almerinda da S. Primo, Roberto Moser, Basile Maria da Silva, Estevão de Souza, Ademir Pires, Otávio Isaías de Mello, Rof Hermann Weiers, Carlos Souza Lopes, Manoel Abelardo Leandro, Maltina Rios de Oliveira, Gilmar Mathias, Lybia Celeste Ferreira, Haroldo Pereira, João Dorvalino Macha-

do, José Érido de Andrade, Wenceslau Martins, Rosa Santa de J. Campos, Liane Vanroo, Cristiana Vieira da Silva, Idalete Souza, Edagoberto Dutra, Adelmo Moreira, Dulcinéia de Oliveira, Joel José Régis, Ivonei Júlio da Rosa, Antenor José Coelho, Jacira Ferreira, Arcendino Manoel Machado, Alípio Garcia, Jomário Gonçalves, Nivaldo Vitor Silva, Rosinaldo Pedro da Cunha, Carmelina Marcelo Mendes, Demétrio Alves da Silva; Edi Castro, Antônio Anselmo Coelho, Tarcisio José de Souza, Ely T. de Souza Mafra, Clévio Villa Nova, Lucivalter Amorim, João Carlos Lopes, Mário Pires Filho, Nelsa Cardoso Pereira, Pedro Ernesto Faria, João Delfino da Costa, Jaci Guedes Ribeiro, Francisca de Matos Martins, Adelina Furlaneto Viana, Delmar Nascimento, Romualdo Pereira, Velocino Ramos de Castilho, Mozart Luciene Osório, Maria dos Passos Costa, Erivaldi Elpídio Alves, Hercílio Antunes, Luiz Antônio Flor, Josean de Paula Xavier, Maria das Graças Silva, Renato da Silva Pires, Lauro Müller, Leonilda Voss Bresciani, Edgar Ramos, Marco Aurélio Capela, Maurílio Vitor de Souza, Maria de L. Oliveira, Ada de Oliveira Souza, Paulo de Tarso Martins, João Matias Fonseca, Maura Laura P. de Souza, Elza Rosa Lucinda, Ilma Monguilhot, Manoel Gregório Silvano, José Adriano Jordão, Esther Dutra, Maria dos Santos, Eduardo Trilha, Carlos Meyer Peressoni, Carlos Vergilino da Silva, Denise Deli de Souza Brito, Walmor Eliseo de Oliveira, Maria Salete da Silva, Georgina Maria da Rosa, Izaura Albina Pacheco, Regina Luiza da Silva, Mário César Macuco, José Manoel Schimidt, Suzana Ouriques, Odete Verzolla da Luz, Valdir

Margarida, Carlos Alberto Machado, Valfredo Carpes, José Penalva de Souza, José Celso Martins, Edésia de Melo Borges, Nadja Lobo, Martinha Lobo, Irineu José Rios, Maria Jocina Pereira, Claudette Bitte Mertens, Álvaro Coelho, Rosa Mary Correa, Iolanda Araújo de Jesus, Elza Daminelli Wiethorn, Valdir Miranda, Edson Goulart Filho, Salete Marilda Martins, Hélio S. de Lima, Ermelindo Colombo, Luiz Manoel de Souza, Pedro da Silva Lins, Rui de Souza Coelho, Ivan Silveira, Maria Ferreira Nascimento, Maria de Lourdes Araújo, Naldir de Oliveira, Aládia Sanceverino Martins, Ivonete Joswiack Barcelos, Deni Manoel da Silva, Hilda Machado, Idalina Flores, Jaime Domingos Boaventura, Zenir Maria Machado, Mário Luiz de Oliveira, Osvandino Martinho Neves, Luiz Vargas da Silva, José João Andrade, Maria de R. Possas, Douglas José da Luz, Dulcina Maria de Jesus, João Mariano, Pedro Paulo Machado, Otacílio Leonardo Damásio, Ademir Wendausen, José Pereira, José Ermindo da Silva, Jerson de Souza Filho, Manoel Alfredo Lopes, Maria Antônia Vieira, Thereza Riffel, Joaquim Adelmo Pauli, Alcione de Silva, Ilza Müller Gonzalez, Berenice Vera Cardoso, Edmar Pereira da Fonseca, Carmem Lúcia Machado, Maria Terezinha de Souza, Olinda da Silva, Euclides A. da Paciência, Edison Cardoso, Pedro Amorim, Valdeci da Neves, Vilmar de Jesus, Carmelita C. Katchart, Ciríaco dos Santos, Cantídio Manoel Pereira, Roberto Vieira, Walfrida Catarina Bosquette, Wilson H. dos Santos, Arcendino André da Silva, Pedro José Chaves, Itamir Manoel Guilherme, Ademar Deodoro Cabral, Gualter Silva, Walter Hachow, Laude-

mir Sinval dos Santos, Francisca Faversoni, Magali Pamplona Geraldin, Francisco Pedro A. Neto, José Roberto Brincas, Arcy Pacheco dos Santos, Orlando Linhares Sobrinho, Sônia Regina Brito Vieira, Ademir Agostinho Vieira, Segner Gonçalves, Guiovaldo da Silva Pinto, Ricardo José Ferreira, Rosana Mercedes Albino, Alfredo Alves da Silva, Gilson Rodrigo Soares, Carlos Roberto Santos, Adilson dos Santos Luiz, Benjamin Pereira Netto, Valdoir Gonçalves, Zilto dos Santos, Norberto João Rachadel, Leda Maria Guedes, João Haveroth, Osli Back, Maria Rosa de Souza, Maria Alice Pires, Antenor Inácio, Mauri Silva, Maria Francisca da Lapa, Márcia Regina da Silva, Agnaldo Alcis Fernandes, Manoel Cardoso Filho, Romana Kirst, Ruth Ribeiro, Humberto Carlos Corrêa, Rosângela Ramos, Roberto A. Grams, Aldina Barbosa, Marlene Madalena de Souza, José da Silva, Salvador Teixeira, José de Souza, Celso Antonioli, Marli Borges, Lindomar Manoel da Rosa, Joaquim S. Soares, José Cardoso da Costa, Carlos Alberto Martins, Isolina Lela Pichinatti, Gilberto Felipe Carvalho, Ailton de Barros, Antônio Juarez de Oliveira, Mauri N. Machado, Walmor Ferreira Filho, Lenir Bernadete V. Matos, Francisco de Paula V. Filho, Ernani Silva Elpo, Walmor Anfilóquio Arceno, José Mauro D. Oliveira, Valdir Valdemar Vieira, Júlia Santos Pereira, Edite Zaida M. Oliveira, Nelset Almeida Oliveira, Dagmar Terezinha de Araújo, Sérgio Paulo da Silva, João Paulo Coelho, Marciliano da Silva, Cleuza Regina Purificação, Paulo César Cordeiro, Rui Márcio de Souza, Antônio Setembrino Ricardo, Selmar Gonçalves, Mauro César Silveira, Virto Valdovino dos Santos,

Alda Regina Alves, Ivonete Maria Machado, Fernando José dos Santos, Vitor Machado, Ieda Burati da Silva, Mário Maciel de Matos, Francisco Manoel Pinheiro, Tânia Nicélia Vicente, Onete Silva, Armando Oliveira Córdova, Edino Rosar, Célia Eger, Edson Gervásio da Silva, Aley Romancini, Rogério Nunes Farias, Maria de Oliveira, Odovaldo Soares, Eni Griss Costa, Valdir Cordeiro, Jesuína A. dos Santos, Maria A. Ramos, Renato P. Anacleto, Osmar Leicht, João Carlos de Souza, Francisco dos Santos, Waldemar Dalcorno, Nelson Cidral, João Paulo Vergara, Antônio Carlos Santos, José Carlos Coelho, Geraldo Machado Severo, Doralice A. Martins, Luis da Silva, Balbino Souza, Vilmar da Costa, Bernadete de Oliveira, Salvador M. Venâncio, Rosinett M. Vieira, Maria José A. Ferraz, Tarciso J. Quadro, Teodomiro Piccolo, Helenor M. Bento, Paulo Nascimento, Paulino F. Nascimento, Luiz F. Simas, Alécio Garcia, Dauri A. da Silva, Maurício J. de Jesus, Edmar A. Radtke, Elmo G. de Andrada, Hortêncio P. Antunes, Amélia M. Cordeiro, Zalmir M. Senhorrinha, Arlete Ana Duarte, Antônio H. Sobrinho, Luísa Bulla, Luiz Carlos Mendes, Carlos da Silva Mafra, Lígia O. Gomes, Leila P. de Melo, Luiz G. Pereira, Pedro A. Filho, Lair Mattos, Osni A. da Silva, Nivaldo V. Simão, Tereza Lenschon, Luiz Carlos Possas, Alcení Duarte, Teresa da Silva, Nilton M. da Silva, Carlos E. Machado, Nelda Heinz, Raquel Rosi Ostroski, Márcio Alexandre, Adílio A. Vieira, Silvane J. Pereira, Mário Francisco Cidade, Nagib Dorval Góes, Rosa da Rocha Zancatt, Ivone Maria F. Silveira, Luiz Henrique Marques, Osvaldino Massaneiro, Gilson Klingelfus, Vilmar



Guesser, Sérgio José Schimitz, Milton Ferreira Almeida, Vilmar César de Oliveira, Humberto Santana Santos e Renaldo Fermiano ajuizaram ação ordinária de responsabilidade obrigacional contra a Companhia de Seguros Marítimos e Terrestres Phenix de Porto Alegre, afirmando serem proprietários de casas localizadas nos Conjuntos Habitacionais Bela Vista I, II e III, adquiridas pelo Sistema Financeiro da Habitação por intermédio da Cohab/SC — Companhia de Habitação do Estado de Santa Catarina, sendo a empresa seguradora responsável pelos contratos de seguro habitacional dos aludidos imóveis, para cobertura dos casos de morte, invalidez permanente, danos físicos dos segurados e de responsabilidade civil do construtor.

Após discorrerem longamente acerca da posição da ré com o Sistema Financeiro da Habitação, afirmaram que nas prestações mensais, devidas pelos autores mutuários, são embutidos os prêmios devidos à seguradora que, após comunicada pelo mutuário da existência de sinistro por “aviso de sinistro compreensivo”, pode tomar basicamente três atitudes: conceder a cobertura, negar a cobertura ou simplesmente manter-se inerte.

Alegam que seus imóveis foram todos sinistrados, encontrando-se em estado lastimável, com cedimento e ondulação do telhado e piso, apodrecimento do forro, assoalho, esquadrias de madeira e deterioração da pintura; todavia, a seguradora Atlântica S/A, antecessora da ré, mesmo tendo recebido os avisos de sinistro, negou as coberturas ou manteve-se silente, salientando que tais vícios foram os mesmos encontrados

nas perícias realizadas em imóveis em idêntica situação e objeto de demandas anteriores.

A par disso, a ré não tomou, nos 30 dias previstos na Circular n. 81/77, da Diretoria do extinto BNH — Banco Nacional da Habitação, nenhuma das providências que lhe cabia cumprir, incorrendo assim em mora, obrigando-se a pagar multa de 2% para cada dez dias de atraso no cumprimento da obrigação, como previsto na apólice securitária.

Postularam, por isso, a condenação da ré ao pagamento da quantia orçada como necessária à reposição dos imóveis sinistrados no estado de conservação anterior aos sinistros, com aplicação da aludida multa, além das cominações legais ou, alternativamente, para proceder às reformas necessárias nas casas, sem prejuízo das sanções legais e as decorrentes da mora, requerendo a assistência judiciária e juntando os documentos de fls. 37/2.029 (vols. 1/5).

Contestou a ré, preliminarmente requerendo a citação do IRB — Instituto de Resseguros do Brasil e da Cohab/SC, como litisconsortes passivos necessários. No mérito, após discorrer sobre a forma de operação do seguro habitacional e sua crise, além dos procedimentos adotados em caso de sinistros, argumentou que a cobertura ocorre somente quando houver enquadramento do sinistro nos subitens 3.1 e 3.2, da cláusula 3ª da apólice habitacional, não bastando que o prédio sofra danos físicos ou presente algum vício construtivo irrelevante ou secundário, mas sim que o sinistro seja causado por esse vício construtivo e esteja a cobertura ex-

pressamente prevista na apólice, salientando não ter culpa se o Agente Financeiro construiu casas de baixa qualidade e “não haverá cobertura para vício construtivo se a construção tiver sido contratada ou executada pelo próprio mutuário ou se esta não tiver sua contratação sido financiada com recursos do SFH” (fls. 2.056).

Ademais, os danos relacionados pelos autores decorrem da falta de manutenção das residências, localizadas em conjuntos habitacionais construídos há mais de 20 anos, em cujo período nada foi providenciado pelos interessados para garantir-lhes a conservação, jamais foram pintados ou tratados contra cupins ou pelo uso continuado, que são as causas principais dos danos reclamados, aduzindo que, nos casos em que negou a cobertura, isso se deu em face da inexistência de ameaça de desmoração.

Asseverou que a multa só incide quando, reconhecida a cobertura, não é providenciada a reparação e, não havendo esse reconhecimento, não há mora e tampouco multa, ao passo que o pagamento das prestações em favor do segurado só ocorre quando a seguradora determina a desocupação do imóvel, o que também não aconteceu. Conclui que, quanto aos conteúdos dos imóveis, eles não foram identificados ou valorados, pugnando pela improcedência da demanda, anexando os documentos de fls. 2.065/2.237.

Impugnou, também, o valor da causa, sendo a irresignação julgada improcedente (fls. 11, dos autos apensos ao vol. 18).

Os autores rebateram os termos da contestação, concordando com a

participação do IRB, mas rechaçando a litisdenúncia da Cohab.

Em seguida, o IRB — Instituto de Resseguros do Brasil, contestou e, em preliminar, salientou que, embora seja litisconsorte necessário da ré, não pode ser confundido com a condição de parte passível da condenação. No mérito, alegou que os danos apresentados nos imóveis decorreram do baixo padrão de qualidade dos materiais utilizados em sua construção, associados à falta de manutenção adequada, não se enquadrando em qualquer hipótese coberta pelo seguro habitacional.

Os autores também repeliram esta defesa, anexando outros termos de negativa de cobertura expedidos pela ré (fls. 2.257/2.270).

A seguradora renovou o pedido de citação da Cohab, manifestando-se os autores, duplamente, pelo indeferimento desse pleito e, desistindo da assistência judiciária anteriormente deferida (fls. 2.311), recolheram as custas iniciais do processo.

No saneador de fls. 2.314 foi indeferida a citação da Cohab/SC e ordenada a realização da perícia, com nomeação do perito e facultado às partes a indicação de assistentes técnicos e a formulação de quesitos.

Após definidos os honorários do perito, foi rejeitado o impedimento do expert (fls. 8/9 dos autos apensos ao volume 18).

Foi requerida a exclusão de Pedro Ernesto Farias (fls. 2.477).

Realizada a perícia, cujo laudo encontra-se às fls. 2.378/4.980, distribuído nos volumes 7 a 17, manifestou-se a seguradora Phenix às fls.

4.984/5.001, ressaltando que os autores não comprovaram a condição de mutuários e, conseqüentemente, de segurados, por não juntarem os contratos de aquisição dos imóveis, para tanto não se prestando os avisos de sinistro, que qualquer pessoa podia preenchê-los.

Entendendo cabível apenas a cobertura de sinistro com risco previsto na apólice, assim, não se acha seguro o vício construtivo, mas a ameaça de desmoronamento ou o próprio desmoronamento, devidamente comprovado, eis que defeito na construção não é dano, não se confundindo a responsabilidade da construtora com a sua, e o contrato deve ser interpretado restritivamente, consoante o art. 1.460 do Código Civil.

Argumentou que o perito adotou critério único na determinação dos danos, tendo orçado avarias em todos imóveis, tomando por base a má construção, que não é risco coberto, e inclusive orçamentos de residências que foram demolidas.

Disse incabível a substituição de coberturas e forros, que são danos decorrentes da má conservação, assim como telhados e madeiramento.

Relata que o próprio expert constatou que várias casas foram alteradas, além das demolidas substituídas por novas residências, não havendo possibilidade de cobertura de atos dos próprios autores.

Manifestou-se o IRB sobre a perícia, reiterando os argumentos articulados pela ré, para ressaltar que o perito orçou danos em casas já reparadas pelos proprietários e que em grande parte foram reformadas com alteração dos projetos originais, sen-

do descabida a indenização dos danos não cobertos, como os verificados nas esquadrias, e estarem superfaturados os orçamentos.

Na audiência de conciliação, infrutífera a proposta conciliatória, a ré juntou o laudo de seu assistente técnico (fls. 5.003/5.075), combatido pelos autores, tachando-o de parcial e tendencioso. Admitiram a legitimidade dos autores, todavia, pleitearam a exclusão de dois deles, Geraldo Machado Severo e Ivonei Júlio da Rosa, já ressarcidos pela Atlântica Seguros S/A.

Na audiência de instrução e julgamento foram colhidos os depoimentos pessoais de quatro autores e homologada a desistência daqueles que pediram a exclusão do litígio (fls. 5.090/5.096).

As partes apresentaram razões finais por meio de memoriais, repisando os argumentos expendidos no curso da lide.

Os requerentes Athaíde Ferreira Macedo, Maria Ferreira Nascimento, Ivonete Josewiack Barcelos, José Cardoso da Costa e Nivaldo Waldomiro Simão pediram a exclusão do feito (fls. 5.410).

A seguir, o Dr. Juiz julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelos autores, condenando a ré à recuperação dos imóveis descritos, por sua conta e risco, adotando o procedimento administrativo de rotina, observado o laudo ou, alternativamente, exceto os já recuperados, a pagar diretamente aos autores, em dinheiro, os respectivos valores, corrigidos monetariamente desde a elaboração do laudo, acrescidos de juros de mora de 6% ao ano. Condenou-a, ainda, cu-

mulativamente, ao pagamento da multa decencial de 2%, respeitado o limite do valor principal, também devidamente corrigido e acrescido de juros de mora. Consignou ser devido o pagamento, em caso de reforma dos imóveis com desocupação, dos encargos mensais devidos pelos autores no período.

Condenou, ainda, o IRB a autorizar a seguradora ao pagamento da obrigação, condenando-a, solidariamente com a ré, nas despesas sucumbenciais.

Por fim, homologou o pedido de desistência dos autores Athaide Ferreira Macedo, Maria Ferreira Nascimento, Ivonete Josewiack Barcelos, José Cardoso da Costa e Nivaldo Waldomiro Simão.

Apelou a ré, alegando que o Julgador não considerou as falhas existentes no laudo pericial do perito, ao destacar que as fotografias comprovam que as casas de vários autores são totalmente novas, restando apenas o terreno dos imóveis financiados, tendo orçado danos em imóveis que sequer existiam, tomando por base o fato de não terem sido bem construídos, risco não coberto pela apólice, que cobre apenas desmoronamento ou a ameaça de desmoronamento devidamente comprovados, não se confundindo a responsabilidade de construtora, decorrente da obra que executou, com a responsabilidade da seguradora relativa ao imóvel segurado, cujo contrato merece interpretação restritiva, na forma do art. 1.460 do Código Civil.

Elenca imóveis que teriam sido totalmente reformados pelos proprietários, nada mais havendo do projeto

original e, por isso, as falhas existentes não possuem cobertura, pois decorrentes de atos dos próprios mutuários.

Disse incabível a troca de forro, assoalho, esquadrias, beiral, telhas e instalação elétrica, pois decorrentes de falha construtiva, não cobertos pela apólice, além de exagerados os serviços ditos necessários, impugnando os valores orçados, pois, se o objetivo era recuperar, pretendeu o perito reconstruir.

Também apelou o IRB, alegando que as falhas construtivas não são indenizáveis, mormente quando aliadas à falta de manutenção pelos proprietários, suscitando a aplicação do art. 1.460 do Código Civil e acrescentando que a multa decencial é cabível apenas quando há o pagamento do prêmio, e não sobre as indenizações.

Após as contra-razões e cumpridas as formalidades processuais de lei, os autos ascenderam a esta Corte.

É o relatório.

Por ordem, impende analisar o conteúdo do laudo pericial, para que sejam delimitados e especificados os danos havidos nos imóveis segurados, assim como as causas que os originaram, confrontando-se tais dados com o contrato de seguro, a fim de concluir se esses danos são indenizáveis.

O laudo pericial inicia às fls. 2.378 (vol. 7) relatando que foram visitadas 372 unidades, localizadas nos Conjuntos Habitacionais Bela Vista I (209 casas), Bela Vista II (60 casas) e Bela Vista III (101 casas), e mais duas unidades isoladas, situadas em Barreiros e no centro de São José, tendo "como finalidade o levan-

tamento e extensão dos danos existentes nos imóveis, determinação das causas e respostas aos quesitos formulados pelos requerentes e requerido" (fls. 2.380).

Observou, no histórico apresentado (item 2.0), que, em relação aos Conjuntos Habitacionais, "A topografia possui cotas variáveis, apresentando alguns casos em que os níveis dos terrenos são inferiores aos da rua, acarretando com isso alagamentos dos mesmos. O sistema de drenagem pluvial é deficiente em razão do subdimensionamento das tubulações, falta de limpeza e manutenção" (fls. 2.389/2.390).

Acrescenta, no item 3.0, que "Os danos existentes nos imóveis são comuns a todas as casas, em cada conjunto habitacional, exceto nas unidades isoladas, conforme observa-se na discriminação individual dos danos. Referem-se basicamente ao cedimento do assoalho, deterioração de forros e esquadrias, deterioração e cedimento da estrutura da cobertura, trincas, rachaduras, e umidade nas paredes e pisos. Parte desses danos podem ser visualizados através do relatório fotográfico, anexo" (fls. 2.391).

Desse ponto, o laudo passa aos orçamentos individuais das unidades, relatando os danos físicos constatados em cada casa, com levantamento fotográfico, orçamento para recuperação e planta do imóvel, com discriminação da área existente e, inclusive, as alterações efetuadas pelos segurados, com delimitação discriminada das áreas originais e eventualmente demolidas, construídas ou fechadas, encerrando-se às fls. 4.980 (vol. 17).

Ainda no volume 16, mais precisamente às fls. 4.533/4.554, o louvado teceu considerações gerais sobre os imóveis vistoriados e respondeu os quesitos das partes, colhendo-se do laudo as seguintes conclusões:

Quanto ao Conjunto Habitacional Bela Vista I (item 4.1):

"4.1 — conforme verifica-se nas relações individuais dos danos, os mesmos são comuns a todas as casas vistoriadas, alterando-se tão-somente a intensidade e gravidade", relatando que, dos 209 imóveis, 119 foram implantados em nível inferior ao da rua e que, "para total eliminação dos riscos de alagamentos dos terrenos e casas, torna-se necessário levantar o nível dos mesmos".

Referente à cobertura (4.1.2), "Em todos os imóveis vistoriados, que ainda possuem a cobertura original, o risco de desmoronamento total desse elemento é iminente, já tendo ocorrido parcialmente em, praticamente, todas as casas.

"Os desmoronamentos parciais deram-se em razão do cedimento de caibros e ripas, provocados pela carga das telhas e pela deterioração parcial desses elementos estruturais, dada a ação da umidade e principalmente dos cupins".

Diz que a estrutura dos telhados, "por ter sido concebida de forma errada para o tipo de telha utilizada e não possuir resistência suficiente para a carga das telhas de cerâmica, permitiram o cedimento dos caibros e a soltura das ripas, provocando ondulações no telhamento. Com as deformações, houve a possibilidade de infiltrações de águas da chuva, que estão

provocando a deterioração de todo o madeiramento das coberturas.

“Outro elemento que é causa determinante na deterioração, é a presença de cupim em todos os elementos de madeira das casas.

“Conforme observa-se nas fotografias, em alguns casos a deterioração por cupim e umidade é quase que total, principalmente nos beirais, que em alguns casos desmorraram.

“A existência de uma quantidade excessiva de telhas permeáveis permitem as infiltrações de águas da chuva, acelerando ainda mais a deterioração dos elementos de madeira que estão em contato permanente”.

Conclui, então, que existem três causas determinantes dos desmorramentos parciais e a iminência de desmorramento total: a forma incorreta da construção das estruturas de madeira das coberturas, pois as telhas de cerâmica postas são pesadas demais para seu suporte; a utilização de telhas permeáveis, que possibilitam a passagem de água e apodrecem o madeiramento e, por fim, a existência de cupim em praticamente todas as peças de madeira.

Dos forros (4.1.3), consignou que a deterioração parcial ou total é vista “em todos os imóveis vistoriados e que não tiveram esse elemento substituído. A deterioração ocorre, principalmente, em razão da existência de cupim na estrutura e tábuas do forro, bem como em função das diversas goteiras existentes na cobertura”, acrescentando que “a madeira utilizada para a execução é de péssima qualidade e sem tratamento imunizante, assim como os ripamentos que os nivelam e sustentam”.

“O risco de desmorramento é iminente, ocorrendo casos de desmorramento total em uma peça ou em todo o imóvel”, e que “em muitos imóveis a fim de evitar que os resíduos, da ação dos cupins, caiam sobre as pessoas que estão dormindo, principalmente as crianças, os moradores estão usando do artifício de colar papel ou amarrar lençóis no forro (vide fotos)”.

Tocante aos assoalhos (4.1.4), atestou que “os imóveis vistoriados e que ainda possuem assoalho, apresentam os mesmos com cedimento parcial em praticamente todas as peças.

“Os desmorramentos, sem exceção, iniciam junto às paredes, local onde apoiam-se os barrotes da estrutura dos assoalhos, provocados pela deterioração parcial ou total da extremidade desse elemento estrutural, que tem como causa a umidade que ascende pelo embasamento de tijolos das fundações”.

Após argumentar que apenas não há processo de desmorramento nas casas onde o piso foi trocado, assinalou que o barroteamento, apoiado sobre tijolos assentados diretamente sobre o solo, sem qualquer impermeabilização, é alvo de umidade constante, sendo meio propício para o desenvolvimento de fungos provocadores da degeneração do barroteamento, ocasionando colapso em toda estrutura, assinalando que a proximidade do assoalho ao solo e a deficiência de ventilação aceleram a deterioração do madeiramento, porquanto “o grau de apodrecimento do barroteamento está diretamente ligado à altura do assoa-

lho” e, em poucas casas, houve observância das normas técnicas.

Discorreu sobre a ação dos cupins que, partindo do material de baixa qualidade usado na cobertura e forro, penetra no madeiramento do assoalho, ampliando as conseqüências da deterioração.

Quanto às paredes (4.1.6), consignou que “os imóveis apresentam reboco totalmente solto e umidade exagerada nas paredes, principalmente as externas”, pois executado diretamente sobre os tijolos sem chapisco, além da inexistência de cinta impermeabilizada sobre as fundações de alvenaria de tijolos maciços, que aumentam a umidade.

No que concerne às trincas e rachaduras, embora poucas, são decorrentes das acomodações do solo, mas que poderiam ser evitadas se houvesse cinta de concreto sob os vãos de portas e janelas e se o madeiramento de cobertura fosse feito segundo a correta técnica.

No item 4.1.7, consta que as caixas d’água de concreto colocadas perderam sua impermeabilidade, apresentando vazamentos que deterioram o apoio, tornando iminente o desmoronamento, “principalmente devido ao seu grande peso, que está concentrado em pequena área”.

Quanto ao Conjunto Habitacional Bela Vista II (item 4.2):

“4.2 — conforme verifica-se nas relações individuais dos danos, os mesmos são comuns a todas as casas vistoriadas, alterando-se tão-somente a intensidade e gravidade”, relatando que, dos 60 imóveis vistoriados, 7 terrenos e 6 casas foram implantados em nível inferior ao da rua.

Referente à cobertura (4.2.2), “Em todos os imóveis vistoriados, que ainda possuem a cobertura original, o risco de desmoronamento total desse elemento é iminente, já tendo ocorrido parcialmente em, praticamente, todas as casas.

“Os desmoronamentos parciais deram-se em razão do cedimento de parte das estruturas de tesouras, principalmente as linhas onde estão fixadas as estruturas dos forros de madeira provocados pela deterioração desses elementos estruturais, dada a ação do cupim”.

Diz que a estrutura “possui uma concepção correta, entretanto, a utilização de madeira de péssima qualidade, sem qualquer imunização, permitiu a deterioração pelo cupim, colocando em risco a estabilidade das mesmas”, e que “A existência de uma quantidade excessiva de telhas permeáveis permitem as infiltrações de chuva, acelerando ainda mais a deterioração dos elementos de madeira que estão em contato permanente”.

Concluiu existirem duas causas determinantes dos danos nas coberturas: o uso de madeiras de péssima qualidade, sem qualquer tratamento imunizante, dando azo à ação dos cupins, e a utilização de telhas permeáveis, que possibilitam a passagem de água e apodrecem o madeiramento.

No tocante aos forros (4.2.3), anotou que a deterioração parcial ou total é vista “em todos os imóveis vistoriados e que não tiveram esse elemento substituído. A deterioração ocorre, principalmente, em razão da existência de cupim na estrutura e tábuas do forro”, acrescentando que “a madeira utilizada para a execução é

de péssima qualidade e sem tratamento imunizante, assim como os ripamentos que os nivelam e sustentam”, afirmando ser iminente o risco de desmoronamento.

Acrescentou que “em muitos imóveis a fim de evitar que os resíduos, da ação dos cupins, caiam sobre as pessoas que estão dormindo, principalmente as crianças, os moradores estão usando do artifício de colar papel ou amarrar lençóis no forro”.

Tocante aos assoalhos (4.2.4), anotou que “os imóveis vistoriados, principalmente os que possuem pouca altura do assoalho em relação ao terreno e que ainda possuem esse pavimento, apresentam os mesmos com cedimentos parciais em algumas peças.

“Os desmoronamentos, sem exceção, iniciam junto às paredes, local onde apoiam-se os barrotes da estrutura dos assoalhos, provocados pela deterioração parcial ou total da extremidade desse elemento estrutural, que tem como causa a umidade do solo e principalmente a ação do cupim”.

Após afirmar que não há processo de desmoronamento apenas nas casas onde o piso fora trocado, assinalou que o barroteamento, estando apoiado sobre os tijolos, assentados diretamente sobre o solo, sem qualquer impermeabilização, produz umidade constante, sendo meio propício para desenvolvimento de fungos que provocam a deterioração do barroteamento e colapso em toda estrutura, assinalando que a proximidade do assoalho ao solo e a deficiência de ventilação aceleram a deterioração do madeiramento.

Esclareceu que as esquadrias deterioradas (4.2.5) estavam em número maior, por serem de material de baixa qualidade, atingidas pelos cupins e/ou umidade.

Quanto às paredes (4.2.6), consignou que “os imóveis apresentavam umidade exagerada nas paredes, principalmente as externas” e que as trincas e rachaduras, embora poucas, são decorrentes das acomodações do solo, mas que poderiam ser evitadas se houvesse cinta de concreto sob os vãos de portas e janelas.

Analisando as casas do Conjunto Habitacional Bela Vista III (item 4.3), disse que as causas e danos encontrados foram semelhantes aos do C. H. Bela Vista II.

Concluiu o perito, no item 5.0, que “pelo exposto, podemos caracterizar os danos existentes nos imóveis, como sendo decorrentes de falhas construtivas, ocasionados principalmente pela execução e concepção dos serviços de forma incorreta e utilização de material inadequado, conforme especificamos”.

Atestou que a implantação deficiente, em cota inferior à da rua na grande maioria dos imóveis, possibilitou constantes alagamentos e colaborou para o agravamento dos problemas, caracterizando falha construtiva, imputada também à construção das coberturas, forros e paredes.

Quanto aos assoalhos e esquadrias, sustenta que os danos derivam de causa externa e falha construtiva, à exceção das portas internas, deterioradas por enchentes, portanto, de exclusiva causa externa.

Delimitados, assim, os danos e suas causas, transcreve-se termos re-



levantes da apólice de seguro habitacional, a fim de estabelecer a relação entre os sinistros e a cobertura segurada.

Das Condições Especiais relativas ao Seguro Compreensivo Especial (fls. 2.070/2.075), são pertinentes, in casu, as seguintes cláusulas:

3ª — “O Estipulante contrata, por esta Apólice, as coberturas definidas nas Condições Particulares anexas para as operações de financiamento vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação, abrangendo os seguintes riscos:

“I — danos físicos dos imóveis...”.

4ª — “A Seguradora garante, dentro dos limites expressamente convenionados nas Condições Particulares desta Apólice: (...)”

“b) prejuízos decorrentes de danos materiais incidentes nos imóveis a que se destina a proteção do seguro, aqui contratada; ...”.

11ª — “Todo e qualquer aviso ou comunicação procedente do Segurado, ou de quem suas vezes fizer, deverá ser feito por escrito, por intermédio do Financiador”.

16ª — “16.2 — O pagamento das indenizações para os sinistros, com a documentação complementada até o dia 25 de cada mês, processar-se-á até o dia 25 (vinte e cinco) do mês seguinte ao do recebimento, pela Seguradora, da totalidade dos documentos que permitam concluir o exame da cobertura e calcular o valor da indenização devida”.

17ª — “17.3 — A falta de pagamento da indenização, no prazo fixado no item 16.2 da cláusula 16ª destas

Condições, sujeitará a Seguradora ao pagamento da multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da indenização devida, para cada decêndio ou fração de atraso, sem prejuízo da aplicação da correção monetária cabível”.

20ª — “20.1 — A Seguradora, ao pagar a indenização, fica sub-rogada nos direitos e ações do Segurado contra terceiros, cujos atos ou fatos tenham dado causa ao prejuízo indenizado, podendo exigir, conforme o caso, do Financiador ou do Segurado, em qualquer tempo, instrumento de cessão adequado e demais documentos hábeis para o exercício desses direitos”.

24ª — “Em face das peculiaridades dos Programas abrangidos pelas coberturas desta Apólice, o Estipulante, respeitadas as Condições ora pactuadas, estabelecerá as Normas e Rotinas aplicáveis à averbação das operações, bem como à liquidação dos sinistros, cujas disposições serão de cumprimento obrigatório pela Seguradora. Estas normas serão divulgadas às Seguradoras Líderes por intermédio do IRB”.

Em relação às Condições Particulares para os Riscos de Danos Físicos, parte prevista no inciso I da cláusula 3ª das Condições Especiais, são pertinentes as seguintes estipulações:

1ª — “São segurados as pessoas físicas ou jurídicas vinculadas às operações abrangidas pelos programas do Estipulante, na qualidade de:

“a) adquirentes; b) promitentes compradores; ...”.

2ª — “A cobertura concedida pelas presentes Condições aplica-se aos imóveis, objeto das operações abrangidas pelos programas do Esti-

pulante, construídos ou em fase de construção, e ainda aos imóveis residenciais ou destinados a abrigar equipamentos comunitários que tenham sido dados em garantia a Financiadores”.

3ª — “3.1— Estão cobertos por estas Condições todos os riscos que possam afetar o objeto do seguro, ocasionando:

“a) incêndio; b) explosão; c) desmoronamento total; d) desmoronamento parcial, assim entendido a destruição ou desabamento de paredes, vigas ou outro elemento estrutural; e) ameaça de desmoronamento, devidamente comprovada; f) destelhamento; g) inundação ou alagamento.

“3.2 — com exceção dos riscos contemplados nas alíneas a e b do subitem 3.1, todos os citados no mesmo subitem deverão ser decorrentes de eventos de causa externa, assim entendidos os causados por forças que, atuando de fora para dentro, sobre o prédio, ou sobre o solo, ou subsolo em que o mesmo se acha edificado, lhe causem danos, excluindo-se, por conseguinte, todo e qualquer dano sofrido pelo prédio ou benfeitorias que seja causado por seus próprios componentes, sem que sobre eles atue qualquer força anormal.

4ª — “4.1 — Esta apólice não responderá pelos prejuízos que se verificarem em decorrência, direta ou indireta, de: (...)

“f) uso e desgaste.

“4.2 — Entende-se por uso e desgaste os danos verificados exclusivamente em razão do decurso de tempo e da utilização normal da coisa, ainda que cumulativamente, a:

“a) revestimentos; b) instalações elétricas; c) instalações hidráulicas; d) pintura; e) esquadrias; f) vidros; g) ferragens; h) pisos.

“4.2.1 — Não obstante o disposto na alínea f do subitem 4.1, a Seguradora se obriga a indenizar os prejuízos causados aos bens relacionados no item 4.2, sempre que sofrerem danos provocados por extensão de riscos incidentes nas demais partes do imóvel”.

5ª — “São indenizáveis os seguintes prejuízos:

“a) danos materiais, diretamente resultantes dos riscos cobertos; b) danos materiais e despesas decorrentes de providências tomadas para combate à propagação dos riscos cobertos, para a salvaguarda e proteção dos bens descritos no instrumento caracterizador da operação a que se refere o imóvel objeto do seguro e desentulho do local; ...”.

11ª — “A indenização será igual ao valor necessário à reposição do bem sinistrado”.

15ª — “ocorrerá a extinção da responsabilidade da Seguradora:

“a) no caso de, ocorrendo o sinistro, ter o Segurado efetuado os reparos necessários por sua conta e risco; ...”.

Colhe-se das Normas e Rotinas aplicáveis à Cobertura Compreensiva Especial:

12 — “12.1 — Os limites de cobertura são:

“12.1.1 — Danos Físicos - o valor necessário à reposição do bem sinistrado no estado em que se encontra imediatamente antes da

ocorrência do sinistro, obedecida a especificação original...".

"13.10 — Os sinistros de danos físicos incidentes sobre os imóveis serão regulados e liquidados na forma do Anexo 12".

Colhe-se do Anexo 12 relativo às Normas e Rotinas, prestante a regulamentar o procedimento na eventualidade da ocorrência de sinistros de danos físicos aos imóveis, a fim de que se realize a vistoria, após recebido o Aviso de Sinistro pela seguradora:

"2.3 — A vistoria tem por objetivo constatar:

"a) a existência do sinistro e suas causas, a fim de enquadrá-lo no âmbito das coberturas previstas nas Condições da Apólice; b) as condições do imóvel no que se refere à habitabilidade; c) o estágio em que se encontrava a construção, se for o caso; d) a existência ou não de vício de construção como fato gerador do sinistro; e) a extensão dos danos, de modo a permitir a preparação do orçamento visando à reposição do bem sinistrado; ...".

A seguir, elenca as normas a serem seguidas pela seguradora em caso de reconhecimento de cobertura dos danos, estipulando no item 2.9 que "O Termo de Reconhecimento de Cobertura funcionará também como instrumento de sub-rogação da Seguradora nos direitos do Segurado contra os responsáveis pela ocorrência do Sinistro. Tal termo far-se-á dispensável quando a indenização for paga em dinheiro, caso em que o recibo de pagamento do sinistro será o instrumento de sub-rogação".

Acerca dos vícios de construção, ordena:

3ª — "3.1 — Nos casos em que o vistoriador da Seguradora referir-se expressamente à existência do vício de construção como fato gerador do sinistro, a Seguradora, reconhecendo a cobertura, requererá medida cautelar específica, consistindo em exame pericial, com vistas à produção antecipada de provas e a fim de requerer, em seguida, se for o caso, contra quem de direito, o ressarcimento da importância despendida a título de indenização".

Feitas estas transcrições e considerações, das questões suscitadas pela Seguradora Phenix nas razões do apelo, cabe analisar primeiramente a obrigatoriedade da cobertura, tendo em conta as conclusões do laudo pericial.

Consignou o expert que os danos verificados nas unidades habitacionais são comuns em praticamente todos os imóveis, havendo apenas variação na intensidade, concluindo que, na construção das casas, foram utilizados materiais de péssima qualidade que, aliados à má técnica na edificação da estrutura básica, ou seja, aterramento e alinhamento da rua, edificação de paredes e construção do telhado, criaram as condições favoráveis ao surgimento das inúmeras mazelas descritas no laudo, submetendo os mutuários a reprováveis condições de sobrevivência e sérios riscos de perda de incolumidade, dada à insalubridade de suas casas, repletas de umidade, mofo e cupins.

Com efeito, restou comprovado que as casas permaneceram por longo período sob risco de desabamento,

a par dos casos em que isto ocorreu, como narra o laudo.

A apelante escora-se na apólice para contrapor-se à condenação imposta, argumentando que as falhas construtivas não são riscos cobertos pelo seguro, sendo incabível qualquer indenização.

Todavia, verifica-se das Condições Especiais, estarem cobertos os riscos de danos físicos dos imóveis (inciso I, da cláusula 3<sup>a</sup>), estando garantido, dentro dos limites das Condições Particulares da apólice, o ressarcimento dos prejuízos decorrentes de danos materiais (alínea b da cláusula 4<sup>a</sup>).

Por sua vez, as Condições Particulares para os Riscos de Danos Físicos prevêem cobertura para casos de desmoronamento total, parcial ou ameaça de desmoronamento (alíneas c, d, e e da cláusula 3<sup>a</sup>), hipóteses plenamente comprovadas nos autos, conforme os dados da perícia.

Embora mencione essa cláusula, no subitem 3.2, que tais riscos sejam decorrentes de eventos de causa externa, o que poderia afastar a hipótese de vício construtivo, o argumento não pode ser acolhido.

Primeiro, porque nas expressas causas de exclusão de cobertura, previstas na cláusula 4<sup>a</sup>, não há referência à falha de construção, podendo ser argüido, no máximo, o “uso e desgaste” previstos na alínea f do subitem 4.1. No entanto, o subitem 4.2 dispõe ser necessário, nessa hipótese, que os danos pelo uso e desgaste sejam decorrentes exclusivamente do tempo e do uso normal da coisa, o que não é o caso, pois a qualidade do material empregado e a forma de disposi-

ção na composição das unidades habitacionais, aliados aos fatores externos, foram determinantes para o surgimento dos danos.

Segundo, e sobretudo porque, nos termos da cláusula 24<sup>a</sup> das Condições Especiais, a Seguradora deverá atender obrigatoriamente às Normas e Rotinas aplicáveis divulgadas por intermédio do IRB, constando do subitem 13.10 dessas Normas, que os sinistros de danos físicos serão regulados e liquidados na forma do Anexo 12.

O aludido Anexo é preciso ao dispor, principalmente no item 3.1, que, havendo vício de construção, a Seguradora reconhecerá a cobertura, requerendo medida cautelar de produção antecipada de provas para exercer o direito de ressarcimento junto ao responsável, ou seja, o construtor.

A sub-rogação está prevista também no item 2.9 das Normas e Rotinas e na cláusula 20<sup>a</sup> das Condições Especiais.

Só não há a cobertura quando os vícios da construção decorrerem de obra realizada pelo próprio mutuário, ou que não tenha sido concretizada com recursos do SFH, o que evidentemente não é o caso.

Evidencia-se, portanto, que a falha construtiva dos danos constatados, é indenizável e, mesmo que aparentemente choque-se com o estipulado no item 3.2 das Condições Particulares, não se há de olvidar o contundente entendimento jurisprudencial no sentido de que “Quando as cláusulas do contrato de seguro oferecerem a possibilidade de mais de uma interpretação, deve-se adotar a que vem em benefício do segurado” (Ap.

Cív. n. 96.008806-7, de Joinville, rel. Des. Eder Graf, DJ de 6/3/97, pág. 10).

Reforça-se esse entendimento, citando-se:

“Ação anulatória de contrato de seguro. Exoneração da obrigação de indenizar assumida no contrato. Ônus da prova da irresponsabilidade a cargo da seguradora. Subsistência da obrigatoriedade de pagar no caso de dúvida. Improcedência do pedido. Recurso da autora desprovido.

“À seguradora cabe, para exonerar-se da obrigação de indenizar assumida no contrato de seguro, o ônus da prova de sua irresponsabilidade. Na dúvida, responde sempre pela obrigação” (JC 49/177).

“É da jurisprudência que, ‘ao segurador cabe, para exonerar-se da obrigação de indenização assumida no contrato de seguro, o ônus da prova de sua irresponsabilidade. Na dúvida, responde sempre pela obrigação’ (RT vols. 401/247; 395/230 e 366/309)” (Ap. Cív. n. 46.786, de Sombrio, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ de 21/9/95).

De longa data, o saudoso mestre Clóvis Beviláqua recomendava a aplicação do princípio da equidade nos contratos de seguro, destacando que, na apreciação da responsabilidade das partes, “jamais pode a sentença fundar-se em probabilidades infundadas” (Código Civil Comentado, 8ª ed., vol. V, pág. 214).

Aliás, em caso análogo, decidiu esta Câmara:

“Embora não presente o risco de desmoronamento do imóvel bastante a ensejar a cobertura securitária

é a constatação de infiltração de água e conseqüente apodrecimento do madeirame, corroído por cupins, com umidade e rachaduras nas paredes, decorrentes da má execução e escolha dos materiais empregados.

“O contrato de seguro em regra é feito para cobrir qualquer prejuízo. É o princípio do risco integral. Bem por isso e sobretudo em sede de seguro habitacional: ‘...impende interpretar a apólice no sentido mais favorável à parte, pois se cuida de contrato de adesão, e que, portanto, deve merecer uma exegese favorável, nos pontos em que possa ocorrer alguma dúvida, à parte que contratou o seguro, que aliás tem a finalidade de resguardar aqueles que, para ter moradia própria, tiveram que socorrer-se dos financiamentos sob o Sistema Financeiro da Habitação’ (1ª CC — TJRS, in ‘RJRS’, vol. 120/320, in JC 62/165)” (Ap. Cív. n. 48.257, de São José, rel. Des. Alcides Aguiar, DJ de 8/11/96).

Mister assinalar a improcedência do argumento referente à impossibilidade de ressarcir-se os danos do forro, assoalho, esquadrias, beiral, telhas e instalação elétrica, constantes dos orçamentos individuais, eis que o subitem 4.2.1 das Condições Particulares para os Riscos de Danos Físicos determina que esses materiais são indenizáveis “sempre que sofrerem danos provocados por extensão de riscos incidentes nas demais partes do imóvel”, como ocorreu e demonstrado satisfatoriamente no laudo pericial.

Quanto à alegada má apreciação da prova, onde é sustentado que foram orçados danos inexistentes e desconsiderados os imóveis onde fo-

ram realizadas reformas totais e até a construção de novas residências, há de contrapor-se o entendimento desta Corte, de ser possível o levantamento dos danos por amostragem, ainda mais tendo em conta que o perito consignou que “Os danos existentes nos imóveis são comuns a todas as casas, em cada conjunto habitacional, exceto nas unidades isoladas, conforme observa-se na discriminação individual dos danos. Referem-se basicamente ao cedimento do assoalho, deterioração de forros e esquadrias, deterioração e cedimento da estrutura da cobertura, trincas, rachaduras, e umidade nas paredes e pisos. Parte desses danos podem ser visualizados através do relatório fotográfico, anexo” (fls. 2.391).

Ademais, o número de orçamentos impugnados, aproximadamente dez, não chega sequer a 3% do universo das unidades vistoriadas, devendo ser salientado que a própria recorrente, quando sustentou sua irresponsabilidade na contestação, assumiu que “Estes Imóveis dos Autores apresentaram, sem exceções, cupins no madeiramento, prova evidente do desleixo dos Autores” (fls. 2.061), corroborando com a possibilidade de fazer-se o levantamento dos danos por arbitragem, pois a existência dos cupins insere-se como causa e consequência dos danos evidenciados.

Obviamente, não poderiam os autores aguardar que ruíssem suas moradias, quedando-se inertes na defesa de seu patrimônio, dando azo à ocorrência de danos de maior monta, com comprometimento, inclusive, da incolumidade física.

Assinale-se, ainda, a contradição evidenciada na apólice, quando prevê a extinção da responsabilidade da seguradora em caso de ter o segurado efetuado reparos por sua conta e risco (alínea a da cláusula 15ª das Condições Particulares) e, ao mesmo tempo, prever serem indenizáveis as “despesas decorrentes de providências tomadas para combate à propagação dos riscos cobertos, para a salvaguarda e proteção dos bens descritos no instrumento caracterizador da operação a que se refere o imóvel objeto do seguro e desentulho do local” (alínea a da cláusula 5ª das Condições Particulares).

Aliás, aqui já se decidiu:

“A indenização não pode ser negada àqueles que, pretendendo livrar-se dos riscos de desmoronamento, resolveram, diante da inércia da seguradora após o decurso de longo lapso temporal, reparar por si os danos havidos e até mesmo efetuar reformas ou ampliações nas residências.

“In casu, perfeitamente viável a realização de exame pericial por amostragem, tomando-se por base as outras unidades habitacionais ainda carentes de reparos” (Ap. Cív. n. 96.008806-7, de Joinville, rel. Des. Eder Graf, DJ de 6/3/97, pág. 10).

“Negativa do pagamento de indenização sob o argumento de que os mutuários fizeram reformas nos imóveis. Alegativa totalmente improcedente.

“A indenização securitária não pode ser negada aos mutuários que, para se livrarem dos riscos de desmoronamento do prédio, repararam pessoalmente alguns danos com o intuito de evitar mal maior ante a inércia da

seguradora" (Ap. Cív. n. 97.011039-1, de Brusque, rel. Des. Carlos Prudêncio, DJ de 23/6/98).

"Perícia. Critério de amostragem. Possibilidade.

"O critério de amostragem, na perícia, é perfeitamente possível, segundo já decidiu órgão fracionário deste egrégio Tribunal (Ap. Cív. n. 96.008806-7, rel. Des. Eder Graf), pois, em vista da costumeira demora das seguradoras em reparar os danos, não se pode exigir dos segurados que assistam à deterioração de seu lar sem nada fazer para tentar contê-la, apenas para que uma posterior vistoria ou perícia constate os danos ocorridos" (Ap. Cív. n. 96.004741-7, da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino, DJ de 18/3/98).

Improcede, também, o argumento suscitado de serem superfaturados os orçamentos apresentados, pois a apólice prevê expressamente, na cláusula 12ª das Condições Particulares, ser o limite da cobertura "o valor necessário à reposição do bem sinistrado no estado em que se encontrava imediatamente antes da ocorrência do sinistro, obedecida a especificação original", sendo impertinente fazer-se apenas consertos e reformas paliativas que não resolveriam corretamente as ocorrências danosas encontradas nos imóveis, embora te-

na ressaltado o perito que o correto, em muitos casos, seria a destruição do imóvel e a reconstrução total, o que não considerou nos orçamentos.

Finalmente, o recurso do IRB reproduz, de modo geral, os temas já abordados e apreciados, à exceção da multa decendial, onde sustenta incidir apenas quando há pagamento do prêmio, e não nas indenizações.

Contudo, o item 17.3 da cláusula 17ª das Condições Especiais dispõe que "A falta de pagamento da indenização, no prazo fixado no item 16.2 da cláusula 16ª destas Condições, sujeitará a Seguradora ao pagamento da multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da indenização devida, para cada decêndio ou fração de atraso, sem prejuízo da aplicação da correção monetária cabível".

Por essas razões, nega-se provimento a ambos os recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 25 de fevereiro de 1999.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.008913-1, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Julgamento antecipado da lide. Rescisão de contrato. Possibilidade.*

*A regra inserta no art. 330 do CPC é cogente, não se admitindo, na hipótese, a produção de provas inúteis ou meramente protelatórias. Em se tratando de ação de rescisão de contrato, que tem como fundo matéria essencialmente comprovada por meio de documentos, irrelevante para o deslinde da causa é a realização de audiência de conciliação e ou a produção de qualquer outro tipo de prova.*

*Coisa julgada. Mesmas partes. Causas de pedir diversas. Inocorrência.*

*Nos termos do art. 301, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, a coisa julgada ocorre quando se reproduz ação anteriormente ajuizada e sentenciada, de que não caiba recurso, e que tenham as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.*

*Inobstante as partes desta ação de rescisão de compromisso de compra e venda sejam as mesmas da ação de reintegração de posse anteriormente proposta, a causa de pedir é distinta e oposta se nesta demanda requer a mesma autora da ação reintegratória a rescisão do contrato de compromisso de compra do mesmo imóvel, firmado entre o primitivo promitente comprador e terceiro, a fim de ter a reivindicação do imóvel indevidamente alienado sem seu consentimento.*

*Em tema de ação possessória somente se discute a posse e, assim, ainda que o terceiro seja considerado justo possuidor em demanda reintegratória em virtude da inocorrência do pedido de anulação do seu contrato efetivado com o promitente comprador da primeira alienação, pode ser compelido a sair do imóvel se comprovado que a avença realizada com este último o foi sem o consentimento do legítimo proprietário do bem.*

*Promitente comprador que, malgrado tenha a seu desfavor a rescisão do compromisso de compra e venda, promete à venda o mesmo bem a terceiro sem o consentimento da proprietária. Impossibilidade. Anulação do contrato. Reivindicação do imóvel deferida.*

*Evidente é que só pode vender ou prometer à venda aquele que é legítimo proprietário de um bem. Destarte, não pode o promitente comprador de um imóvel que pertencia a outrem, e que deixou de pagar as prestações, tendo a seu desfavor decisão que rescindiu seu contrato, realizar novo compromisso de compra e venda com ter-*



*ceiro, sem o consentimento da proprietária, relativamente ao mesmo bem.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.008913-1, da comarca da Capital (1ª Vara), em que são apelantes e apelados Eldeni Fernandes Camargo e Edla Luz:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, afastadas as preliminares, negar provimento ao recurso da ré Edla Luz e dar provimento ao recurso da autora Eldeni F. Camargo para elevar os honorários para R\$2.000,00.

Custas legais.

## I — Relatório

Eldeni Fernandes Camargo ajuizou ação declaratória de rescisão de compromisso de compra e venda c/c reivindicatória e imissão de posse contra Edla Luz, aduzindo, em suma, que, em 20/2/86, vendeu a Carlos Alberto de Jesus um apartamento localizado à Rua Salvador Di Bernardi, e cujo contrato foi rescindido judicialmente por culpa do promitente comprador. Disse que não pode ser imitada na posse deste uma vez que é ele ocupado pela ré Edla Luz, que o adquirira por cessão de direitos do Sr. Carlos Alberto em 10/10/90.

A ré contestou, argüindo, preliminarmente, coisa julgada. No mérito, alegou ser válido o contrato realizado com Carlos Alberto.

Sentenciando, o Meritíssimo Juiz de Direito declarou rescindido o contrato entre a autora Edla Luz e o

réu Carlos Alberto, reintegrando a autora na posse do imóvel. Condenou os réus, em proporção, nas custas e honorários, arbitrado em 20% sobre o valor da causa.

Irresignada, apela a autora, dizendo que o feito tramita deste 1994, e que a condenação dos réus em 20% sobre o valor da causa (R\$100,00) não atende os critérios objetivos do art. 20, § 4º, do CPC. Requer, portanto, nova fixação para a verba honorária.

Igualmente inconformada, apela a ré, argüindo, prefacialmente, a nulidade da sentença porquanto não houve audiência de conciliação, produção de provas, ou mesmo a audiência de instrução e julgamento. Argumenta, também, que a sentença é cita petita, pois não analisou os pedidos e não ingressou no mérito do contrato. Aduz que a ação de reintegração de posse transitada em julgado manteve a ré Edla na posse do imóvel e, portanto, há impossibilidade jurídica na presente ação.

## II — Voto

1 — Recurso da ré Edla Luz

a) Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa

Improcede, prefacialmente, a alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. É que os autos versam sobre matéria exclusivamente de direito e o processo encontrava-se suficientemente instruído.

Ademais, a regra inserta no art. 330 do CPC é cogente, não se admi-

tindo, na hipótese, a produção de provas inúteis ou meramente protelatórias. Em se tratando de ação de rescisão de contrato, que tem como fundo matéria essencialmente comprovada por meio de documentos, irrelevante para o deslinde da causa seria a realização de audiência de conciliação e ou a produção de qualquer outro tipo de prova.

b) Mérito

Por se confundir com a matéria de fundo, analisar-se-á, nesta seara, as alegações de julgamento *in petita* e coisa julgada levantadas pela ré/apelante Edla Luz.

Ao ver da recorrente, existe, *in casu*, coisa julgada, pois a matéria objeto da presente demanda já foi discutida na Ação de Reintegração de Posse n. 64.900.444-3, cujo Recurso de Apelação contou com o n. 42.824, da lavra do eminente Des. Francisco Oliveira Filho.

Nos termos do art. 301, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, a coisa julgada ocorre quando se reproduz ação anteriormente ajuizada e sentenciada, de que não caiba recurso, e que tenham as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

É sabido que a autora Eldeni Camargo ajuizou esta demanda em virtude da impossibilidade de ser imitada na posse do imóvel que havia prometido à venda para o Sr. Carlos Alberto de Jesus, por contrato de compromisso de compra e venda rescindido judicialmente por culpa deste. Alega a autora Eldeni F. Camargo que a ré/apelante Edla Luz, na condição de cessionária dos direitos deste, efetivado sem sua concordância, foi equi-

vocadamente considerada justa possuidora por meio da ação de reintegração de posse que moveu contra esta, conforme se extrai de fls. 25 e seguintes do acórdão da lavra do eminente Des. Francisco Oliveira Filho. Dessa forma, como a autora Eldeni F. Camargo teve a seu favor, por meio da Apelação Cível n. 29.689, da lavra do Dr. Volnei Carlin, Meritíssimo Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau, decisão que rescindiu o contrato efetivado com Sr. Carlos Alberto, por culpa deste (inadimplemento do preço), datada de 23/6/89, argumenta que nesta ação tem direito de ver rescindido o contrato de cessão de direitos firmado entre o Sr. Carlos Alberto e a ré/apelante Edla Luz.

Ora, inobstante as partes desta ação tenham sido as mesmas da ação de reintegração de posse anteriormente proposta, a causa de pedir é distinta, porquanto a ação possessória envolvia, como principal motivo do pedido, a sentença favorável a Eldeni que rescindiu o contrato de compromisso de compra e venda firmado com Sr. Carlos. Já esta demanda, ao contrário, requer a autora Eldeni a rescisão do contrato de compromisso de compra do mesmo imóvel que o Sr. Carlos realizou com a ora ré/apelante Edla para, ao final, ter a possibilidade de reaver a posse do objeto do litígio.

Acentua Moacyr Amaral Santos, louvando-se nos ensinamentos de Liebman:

“É exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença: a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido substancial, e não formalista, de modo que abranja não só a fase final da senten-

ça como, também, qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes” (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Max Limonad, Rio, vol. III, 1ª ed., pág. 477).

Diante disso, é evidente que, inobstante a ação reintegratória de posse tenha sido favorável à ré/apelante Edla, ao contrário, pode o respectivo contrato firmado entre esta e o Sr. Carlos Alberto ser objeto de pedido de rescisão judicial, o que não torna, em absoluto, existente a coisa julgada, porquanto a causa de pedir é oposta.

Nesse sentido, a Apelação Cível n. 49.994 (88.085431-2), de Balneário Camboriú, rel. Des. Trindade dos Santos:

“Se os pedidos deferidos judicialmente aos autores escapam do âmbito de ação precedentemente instaurada entre as mesmas partes e já decidida em definitivo, não há como se cogitar da ocorrência de coisa julgada. Esta resta descaracterizada quando os fatos que subsidiam a nova pretensão não são idênticos aos da demanda anterior”.

Afastada, portanto, a alegação de coisa julgada, passa-se à análise do mérito propriamente dito desta ação.

É fato incontroverso que o contrato realizado entre o Sr. Carlos Alberto e a ré/apelante Edla Luz é eivado de nulidade, porquanto a autora Eldeni não anuiu na sua efetivação. Evidente é que só pode vender ou prometer à venda aquele que é legítimo proprietário de um bem. Entretanto, como já se viu, Carlos era, ao tempo da celebração do negócio com

Edla, apenas promitente comprador do imóvel que pertencia a Eldeni e, já que deixou de pagar as prestações, teve a seu desfavor decisão que rescindiu o compromisso com ela firmado. Destarte, jamais poderia ter realizado novo compromisso de compra e venda para com Edla sem a anuência da proprietária. Inobstante a ação de reintegração de posse tenha mantido Edla no imóvel a título de justa possuidora, é sabido que a ação possessória restringe-se a discutir a posse e, destarte, como o contrato efetivado entre Carlos e Edla era eficaz, já que ainda não proposta esta presente demanda de rescisão daquela avença, acertada foi a decisão do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho.

Em suma, requerida nesta seara a rescisão do contrato realizado entre Carlos e Edla, é evidente que deve ela ser declarada nula em decorrência do motivo supra-exposto, qual seja, a falta de legitimidade do suposto promitente vendedor para o negócio e a ausência de consentimento de Eldeni na efetivação na avença. É princípio inerente aos contratos de que a avença não pode ser alterada pela vontade exclusiva de um dos contraentes. Qualquer modificação em seu conteúdo, há de resultar, para valer, do conhecimento das duas partes

Como já pontuou este colendo Tribunal de Justiça na Ap. Cív. n. 42.308, da Capital, rel. Des João Martins:

“Na cessão de contrato, ‘o cessionário assume os direitos e obrigações do cedente, que se lhe transmitem globalmente por efeito do negócio jurídico que estipularam’ (Orlando Gomes). Estando aqui na condição ine-

quívoca de sucessora contratual, a cessionária responde pelo inadimplemento haja vista ter o vínculo contratual permanecido íntegro em relação aos compradores cedidos, não obstante a substituição de outro contratante titular (cedente)".

Novamente se recorre aos ensinamentos do eminente Des. Trindade dos Santos no precedente da AC n. 48.752:

"Constando do primitivo contrato, envolvendo a transmissão de bem imóvel para a edificação de condomínio vertical, cláusula resolutiva expressa para a hipótese de seu incumprimento, esse descumprimento acarreta a rescisão automática do ajuste. Operada essa rescisão, de nenhum efeito as posteriores e sucessivas transmissões do bem a terceiros.

"De outro lado, descumprido o contrato pela adquirente, a sua cessão a um terceiro somente terá eficácia contra os proprietários do bem se houver anuência expressa destes. Ausente essa anuência, e descumprido o contrato também pela cessionária, a posterior transferência do imóvel por esta, e as que dela forem decorrentes, nenhuma eficácia terão contra os proprietários do imóvel".

Diante de todo este arrazoado, conclui-se que Eldeni tem direito à reivindicação da posse do seu imóvel, porquanto nulo é o contrato firmado entre Edla e Carlos e, portanto, injusta a sua posse. Como é notório nos pre-

tórios, necessário se torna não confundir os conceitos de posse injusta definidos nos art. 524 e 489 do CC, já que à ação reivindicatória não é necessário que a posse seja precária, violenta ou clandestina, bastando que o reivindicante tenha título perfeito de propriedade e o direito de domínio sobrepujante à posse da outra parte.

Destarte, nega-se provimento ao recurso da ré Edla.

## 2 — Recurso da autora

Realmente irrisória a fixação de honorários de 20% sobre o valor da causa, quando se sabe que o numerário chegará tão-somente a R\$20,00 ao levar-se em conta o valor da ação de R\$100,00. Assim, eleva-se a quantia arbitrada a este título para R\$2.000,00.

## III — Decisão

Ante o exposto, afastadas as preliminares, nega-se provimento ao recurso da ré Edla Luz e dá-se provimento ao recurso da autora Eldeni F. Camargo para elevar os honorários para R\$ 2.000,00.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Trindade dos Santos.

Florianópolis, 3 de novembro de 1998.

*Carlos Prudêncio,  
Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 98.013705-5, DA CAPITAL****Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Ação de cobrança c/c indenização. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência.*

*Não constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o deslinde desta é satisfeito com o conjunto documental constante dos autos, nos termos do art. 330, I, do CPC.*

*Contrato de compromisso de permuta de terreno por área nele construída. Atraso na edificação da obra. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Inteligência do seu art. 51.*

*Existindo no contrato de compromisso de permuta de terreno por área nele construída evidente obrigação de empreitada com prazo final legamente fixado, resta notória a relação de consumo existente entre as partes, consubstanciada no fornecimento do serviço de construção civil. Em assim sendo, as partes permutantes que não têm a seu favor a obra concluída no prazo previsto podem evidentemente exigir indenização pelos prejuízos, sob pena de configurar-se o enriquecimento ilícito.*

*Alegação de dificuldades financeiras. Planos econômicos. Inviabilidade.*

*A justificativa de dificuldades financeiras no que tange aos prazos previstos contratualmente para com o atraso de entrega de obra é inaceitável no seio pretoriano, pois é sabido que o surgimento de planos econômicos não tem sido novidade em nosso País nos últimos anos.*

*Cláusula penal moratória prevista no contrato. Previsão expressa, outrossim, das perdas e danos. Cumulação. Possibilidade.*

*Distinguem-se a cláusula penal moratória e compensatória em virtude de aquela decorrer de inadimplemento relativo e conseqüente mora advinda do cumprimento defeituoso do contrato, ao passo que esta última é uma pré-avaliação das perdas e danos expressa e livremente pactuadas entre os contratantes.*

*Se as partes prejudicadas com o atraso de conclusão de obra pretendem não a rescisão do contrato mas uma indenização pelos prejuízos, evidente é o caráter relativo do inadimplemento e, portan-*

*to, moratória é a cláusula da avença que fixa multa para o caso de mora na entrega da obra. Destarte, perfeitamente possível a cumulação da cláusula penal moratória com as perdas e danos também previstas à parte no contrato, porque não trata aquela espécie de cláusula compensatória dos prejuízos.*

*Não se pode, aliás, admitir que uma multa contratual represente a pronta reparação de eventuais danos quando comprovadamente estes vão muito além da multa pactuada, o que torna inconteste a possibilidade da cumulação da cláusula penal moratória com perdas e danos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.013705-5, da comarca da Capital (2ª Vara), em que é apelante Cacupé Administradora de Imóveis Ltda., sendo apelados Zilda Cayres Berber e outros:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, afastar a preliminar suscitada e negar provimento ao recurso.

Custas legais.

## **I — Relatório**

Zilda Cayres Berber, Sady Berber e sua esposa, Araci da Silva Berber, Saulo Cayres Berber e Sérgio Cayres Berber ajuizaram ação ordinária de cobrança c/c indenização contra Cacupé Administradora de Imóveis Ltda., alegando, em síntese, que por meio de contrato de compromisso de permuta obrigaram-se a ceder sua posse em caráter precário à ré para que ela administrasse e nele construísse um empreendimento residencial, devendo receber como pagamento cinco unidades desta construção. Aduziram que a ré se

obrigou a concluir as obras até novembro de 1994, entretanto entregou as chaves no final do mês de fevereiro de 1996.

Requereram o pagamento de multa de R\$ 55,00 por dia, equivalente ao valor do aluguel que aufeririam com as unidades a que faziam jus, no período de 1º/1/95 a 1º/3/95, mais as perdas e danos sofridos na temporada de 1996. Ao final, postularam a condenação da ré no pagamento do valor de R\$ 32.450,00 mais juros e correção, referentes à cláusula penal prevista em contrato e indenização pelos prejuízos sofridos.

A ré contestou, alegando, preliminarmente, carência de ação por falta de notificação prévia e defeito de representação. No mérito, refutou os argumentos da exordial.

Sentenciando, o Meritíssimo Juiz de Direito julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de R\$ 16.225,00 acrescido de juros e correção, a título de cláusula penal, e de R\$ 16.225,00, corrigidos, a título de indenização pelo ilícito, o que importou no total de R\$ 32,450,00. Condenou-a, também, ao pagamento das

custas processuais e honorários, fixados em 20% sobre o valor da causa.

Irresignada, apela a ré, aduzindo, primeiramente, que lhe foi cerceado seu direito de defesa, pois pretendia produzir prova pericial. Argumenta ser inaplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor e que os autores não provaram sua culpa pelo atraso na entrega da obra. Afirma, também, não ser possível cumular-se cláusula penal com perdas e danos e requer o provimento do recurso.

Contra-arrazoado o apelo, os autos subiram a este eg. Sodalício.

## II — Voto

1 — Preliminar de cerceamento de defesa

Improcede, a título de preambular, o alegado cerceamento de defesa da recorrente Cacupé Administradora de Imóveis Ltda.

Tratam os autos de ação de cobrança c/c indenização relativamente a construção de prédio residencial e permuta de imóvel em que nenhuma das partes nega a existência do contrato, controvertendo-se a demanda, primordialmente, no que toca aos prejuízos advindos para as partes com o atraso na entrega da obra.

Assim, tem-se como despicienda a prova pericial ou testemunhal, porquanto os autos ilustram prova documental suficiente e certa à solução da lide. Outrossim, mesmo que admitida fosse a ouvida de testemunhas, o processo possui suporte escrito e fático suficiente para a decisão, conforme se vislumbrará na análise do mérito.

Nelson Nery Júnior, in “Comentários ao Código de Processo Civil”, Ed. RT, 1996, pág. 796, ensina:

“Se o juiz aceitar suficientes as provas documentais apresentadas e dispensar as orais, a tendência é de que a lide seja julgada antecipadamente (CPC, 330, I). O exame do caso concreto é que fornecerá ao juiz, nos termos do CPC, 131, condições de avaliar a conveniência ou não da dispensa da prova a ser realizada em audiência”.

A propósito já se decidiu:

“Tratando-se de questão de mérito, de direito e de fato, sem necessidade de prova em audiência, a entrega da prestação jurisdicional nos termos do item I, do art. 330, CPC, não caracteriza cerceamento de defesa” (JC 60/188, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

2 — Mérito

a) Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Aplicável, in casu, o Código de Defesa do Consumidor, ao contrário do que quer fazer crer a ré apelante Cacupé Administradora de Imóveis Ltda., a uma porque é evidente que o contrato de compromisso de permuta firmado entre as partes, a fls. 19, envolve avença de empreitada, e a duas porque notória a relação de consumo, consubstanciada no fornecimento do serviço de construção civil. A cláusula n. 2 do referido contrato dispõe que: “A 2ª permutante, empresa administradora de imóveis, administrará sobre o imóvel descrito na cláusula 1ª a construção de um edifício para fins residenciais, enquanto os 1ºs permutantes receberão em troca do referido imóvel cinco apartamentos contendo cada um deles um dormitório, um ba-

nheiro, sacada, sala para dois ambientes e cozinha, com área real privativa mínima de 40m<sup>2</sup>...”.

O Código do Consumidor reza em seu art. 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

“(…)

“II — subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;

“(…)

“IV — estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé”.

Nelson Nery Jr., comentando o tal dispositivo do Código de Defesa do Consumidor (in Grinover, Ada Pellegrini et alii, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991), preleciona:

“Em vários dispositivos o Código confere ao consumidor o direito de ser reembolsado das quantias pagas, total ou parcialmente, dependendo do caso. As cláusulas contratuais, que subtraem do consumidor esse direito, são inválidas conforme estabelece a norma comentada. Quando, exempli gratia, o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto no art. 49, parágrafo único, do CDC, tem o direito de ver-se reembolsado das quantias eventualmente pagas, imediatamente e monetariamente atualizadas, de acordo com os índices oficiais.

“A regra incide quando o direito de reembolso ou devolução das quantias pagas estiver assegurado pelo Código. Veda-se a cláusula, também, por importar disposição de direitos (art. 51, I, CDC)”.

b) Culpa pelo atraso da obra

Em se tratando de contratos bilaterais, como o presente, em que a apelante se obrigou a concluir a obra até novembro de 1994, a parte lesada pode requerer indenização com perdas e danos ou pode exigir o cumprimento da obrigação pela parte inadimplente, executando, assim, o contrato, mesmo que o inadimplemento tenha sido parcial ou total.

Destarte, basta que uma das partes descumpra cláusula contratual, não satisfazendo a obrigação assumida no instrumento, para que o prejudicado possa requerer uma das alternativas supra, como ocorre no caso presente, de atraso de entrega da obra, que já se tornou alvo comum nos pretórios.

Havendo prazo previsto para a conclusão da obra, sem que esta tenha sido adimplida, o decurso desse prazo, por si só, constitui, de pleno direito, em mora o construtor, nos termos do art. 960 do CC.

A propósito, decidiu esta Câmara, ex vi da Ap. Cív. n. 49.244, de São José, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, in DJ de 14/11/95:

“A bilateralidade do contrato exige que as duas prestações sejam simultaneamente cumpridas. Inobservada a reciprocidade, a parte lesada está autorizada a clamar a rescisão. Ocorrendo impossibilidade de financiamento da unidade habitacional por fato estranho ao adquirente, mas de



responsabilidade do vendedor, o desfazimento da avença é a solução mais adequada, com a restituição atualizada das quantias pagas, acrescidas de juros a partir da citação”.

No mesmo tom, o acórdão da Apelação Cível n. 96.006836-8, de Itajaí, rel. Des. Eder Graf, publicado no DJE de 17/10/96:

“Se a obra não foi sequer iniciada no prazo previsto para sua conclusão, responde a empreiteira pelas conseqüências do seu inadimplemento, ainda mais que não demonstrou a ocorrência de qualquer fato que pudesse justificar o atraso e elidir sua responsabilidade perante os adquirentes do apartamento”.

Ou então, do mesmo relator, colhe-se a Apelação Cível n. 97.003714-4, da Capital, julgada em 5/8/97:

“Se o vendedor não cumpriu a obrigação assumida, deixando de entregar a obra no prazo contratualmente estipulado, não pode, sob a alegação de que o comprador não providenciou o financiamento da unidade junto ao agente do SFH, pretender a rescisão do contrato e o recebimento de indenização por perdas e danos.

“A implantação de novo plano econômico pelo governo federal não caracteriza caso fortuito ou força maior a elidir a responsabilidade da empresa construtora pela entrega da unidade transacionada no prazo avençado”.

O não-cumprimento da obrigação por parte do construtor, sem concorrência de culpa dos autores/apelados Zilda Berber e outros, resulta em evidentes prejuízos para estes, que

devem, como ressaltado na sentença, por obrigação, ser indenizados pela apelante Cacupé, que se tornou inadimplente.

Extrai-se dos autos, como fatos incontroversos, que a apelante atrasou a execução e entrega das obras sob o fundamento de dificuldades econômicas, que é inaceitável, pois o surgimento de planos econômicos não tem sido novidade em nosso País nos últimos anos.

Desta Primeira Câmara Civil, já deixou consignado o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, na Apelação Cível n. 48.831, de São José, publicada no DJE de 22/9/97:

“Os contratos de empreitada impõem-se cumpridos estritamente nos moldes avençados, mormente no que tange ao prazo previsto para a conclusão dos trabalhos. Ultrapassado o prazo estabelecido, incidirá a empreiteira em inexecução contratual. E se, em razão dessa inexecução contratual, aquela que contratou os serviços vê-se obrigada a contratar os préstimos de terceiros para concluir os mesmos trabalhos, tendo, demais disso, que arcar com encargos extraordinários vinculados ao financiamento da obra, patente é a responsabilidade da empreiteira quanto ao ressarcimento desses prejuízos, pois, somente com ele, restará recomposta a situação econômica que estaria sendo refletida, acaso a prestação houvesse sido atempadamente cumprida”.

Ou ainda: “Violado termo essencial da avença, como a não-entrega do imóvel no prazo pactuado, impõe-se a devolução ao comprador dos valores pagos” (Ap. Cív. n. 46.535, de

São José, rel. Des. Alcides Aguiar, publicado no DJE de 17/11/95).

Não comprovou a ré/apelante Cacupé, outrossim, eventual culpa por parte dos apelados ou o caso fortuito ou força maior que pudessem impedir, efetivamente, a conclusão da obra no prazo contratualmente previsto. Aliás, é impossível, em nosso País, qualificar-se a inflação ou um plano econômico como 'acontecimento imprevisto e imprevisível'. De há muito convivemos com um regime econômico absolutamente instável, com a inflação ao sabor dos variados planos econômicos.

Nesse sentido, também a Ap. Cív. n. 46.702, da Capital, de minha lavra.

No que tange à alegação de que os autores/apelados deveriam comprovar a sua culpa, essa também improcede, porquanto aplicável à hipótese a responsabilidade objetiva, e conseqüente inversão do ônus da prova previsto no Código do Consumidor.

c) Cumulação da cláusula penal com perdas e danos

A cláusula n. 10 do contrato em exame, denominado contrato de compromisso de permuta de terreno por área nele construída, prevê, a fls. 21, que "o descumprimento do presente contrato, obrigará a parte culpada no pagamento de perdas e danos eventualmente sofridas, inclusive com relação aos terceiros condôminos que aderirem ao empreendimento".

A cláusula 4ª do contrato, parágrafo único, por sua vez, estabelece que "o não cumprimento do prazo de entrega previsto nesta cláusula implicará ao segundo permutante no pagamento ao primeiro permutante de uma

multa equivalente ao valor do aluguel que o mesmo auferiria com as unidades a que faz jus, no período de 1º/1/95 a 1º/3/95".

Antes de analisar-se efetivamente a hipótese presente, necessário é delinear os contornos da cláusula penal, sobre a qual Carvalho Santos já escrevera:

"No sistema do nosso Código, as partes têm a liberdade de estipular a cláusula penal, fixando-a no valor que entenderem acordar como representativo das perdas e danos. Mas, sendo certo que a liberdade, no conceito do direito moderno, não é irrestrita, tendo, ao invés, limites que lhe são traçados pelos interesses da ordem pública, a liberdade da convenção, na espécie, ficou delimitada na lei, ao não permitir que as partes convencionem a cláusula penal em valor excedente ao da obrigação principal" (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XI, pág. 361, edição 1935).

Orlando Gomes, a seu turno, sustenta que a cláusula penal pode ser prevista para a "inexecução do contrato", ou para a "infração de uma de suas cláusulas", ou para a "simples mora", respeitado, entretanto, o valor da obrigação principal, seja qual for a extensão do dano, nos termos do art. 920 do CC. Isso porque é certo que as partes têm a liberdade de estipular a cláusula penal, fixando-a em valor representativo das perdas e danos, entretanto tal liberdade não é irrestrita, porquanto não pode exceder o valor da obrigação principal, o que ocorreu na questão ora em litígio.

Também, diz Arnold Wald:

"A cláusula penal é um pacto acessório regulamentado pela Lei Ci-

vil (arts. 916 a 927 do Código Civil), pelo qual as partes, por convenção expressa, submetem o devedor que descumprir a obrigação a uma pena ou multa no caso de mora (cláusula penal moratória) ou de inadimplemento (cláusula penal compensatória). A cláusula penal constitui uma medida coercitiva e intimidativa, funcionando também como prefixação dos prejuízos, independentemente da prova que dos mesmos for apresentada” (Obrigações e Contratos, RT, 1979, 51ª ed., pág. 104).

O art. 921 do CC, por outro lado, é enfático: “Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se o não há, desde que se constitui em mora”.

Vê-se, primeiramente, da leitura conjunta das cláusulas 10 e 4ª, parágrafo único, do contrato em questão, que as partes convencionaram expressamente a cumulação da cláusula penal (cláusula n. 4) e das perdas e danos (cláusula n. 10).

Não é demais ressaltar que os autores/apelados pretenderam, nesta demanda, não a rescisão contratual decorrente do inadimplemento absoluto da obrigação da ré/apelante Cacupé, mas sim a indenização dos prejuízos causados com o inadimplemento relativo da obrigação desta, e consequente mora, advindos do atraso da entrega da obra. Portanto, a cláusula 4ª, parágrafo único, do contrato, prevê a hipótese de cláusula penal moratória, pois não é o caso, aqui, de inadimplemento absoluto da obrigação da apelante Cacupé. Então, esta multa contratualmente prevista não pode ser confundida com a cláusula penal

compensatória, que é aquela devida a título de pré-avaliação das perdas e danos sofridos. Dito isso, aliado à redação da cláusula 10 da avença em questão, entende-se possível a cumulação da cláusula penal moratória com as perdas e danos porque, repita-se, não trata a espécie de cláusula penal compensatória dos prejuízos.

Portanto, a reparação do dano causado é obrigação também assumida contratualmente in casu, ou seja, as partes estabeleceram um termo de compromisso que deve ser cumprido, independentemente da existência da cláusula que estabelece uma multa decorrente da mora da recorrente Cacupé, porque senão não se conclui o pactuado, gerando, necessariamente, um enriquecimento ilícito por parte do que não cumpriu a obrigação.

Não se pode, aliás, admitir que, em uma situação como esta, uma multa contratual represente a pronta reparação de eventuais danos quando comprovadamente estes danos vão muito além da multa pactuada.

Em segundo, colhendo-se novamente os ensinamentos de J. M. Carvalho Santos (“Código Civil Brasileiro Interpretado”, 9ª ed., vol. XI, págs. 332/3), o seguinte:

“3 — Terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal. Explica-se a razão: a pena foi estipulada visando a mora, ou a inexecução de uma determinada cláusula do contrato, não podendo, portanto, traduzir a avaliação de todas as perdas e danos, resultantes da inexecução da obrigação, ou, em termos mais expressivos, não poderá ela representar o equivalente da

execução, mas, sim, como explica Carvalho de Mendonça, a compensação do prejuízo sofrido pelo credor com a espera, e, para satisfazer tal fim, parece absurdo que pudesse vir atacar o direito à prestação principal (cf. ob. cit., n. 205). Se se trata da inexecução de uma cláusula especial do contrato, claro que a inexecução não foi completa, não podendo, por conseguinte, ser ao caso aplicada a regra estatuída para esta última hipótese, tanto mais quando a pena equivale, aí, tão-somente, à indenização das perdas e danos parciais, resultantes do inadimplemento da cláusula violada.

“A obrigação, entretanto, continua a subsistir e pode ser exigida, juntamente com a pena convencional, por isso que, representando esta prejuízo do não cumprimento da cláusula a que se refere, este prejuízo não desaparece nem é apagado com a execução posterior da obrigação.

“É nisso precisamente que a cláusula penal moratória se distingue da cláusula penal compensatória, como sustenta a melhor doutrina, ao ensinar que as perdas e danos moratórios têm por caráter essencial serem

cumulados necessariamente com a execução efetiva da obrigação”.

Nesses termos, vale-se do ensinamento contido na Apelação Cível n. 33.061, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Cid Pedroso:

“A pena nasce de uma estipulação contratual visando a mora, ou a inexecução de uma determinada cláusula do contrato, não podendo, portanto, traduzir a avaliação de todas as perdas e danos, resultantes da inexecução da obrigação”.

### III — Decisão

Ante o exposto, afastada a preliminar, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Trindade dos Santos. Emitiu parecer oral, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 10 de novembro de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 97.007052-7, DA CAPITAL

**Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Alvará judicial. Levantamento de valores relativos ao FGTS e PIS/PASEP. Filho menor. Necessidade da quantia, de pequena monta, para quitação de saldo devedor da aquisição de imóvel. Inteligência do art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.858/80. Pleito indeferido. Sentença reformada. Recurso provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.007052-7, da comarca da Capital (Juizado da UFSC), em que é apelante Durval José da Silva Leite, representado por sua mãe, Maria José da Silva Leite:*

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

Custas legais.

Na comarca da Capital, Durval José da Silva Leite, representado por sua mãe, Maria José da Silva Leite, ingressou perante a Justiça Federal com pedido de alvará para levantamento da quantia de R\$ 1.302,42, relativa ao saldo do FGTS e PIS/PASEP, depositada em favor de seu pai, falecido em dezembro de 1994.

Alegou, em síntese, necessitar do referido valor para quitar a aquisição de um imóvel para sua moradia e de sua família.

Após parecer da Procuradoria da República, o Dr. Juiz Federal, sob o argumento de ser competente a Justiça Estadual para o processamento e julgamento do pedido, ordenou a remessa dos autos a esta.

Com vista dos autos, o Ministério Público opinou pela acolhida do pleito exordial.

Em seguida, a Dra. Juíza de Direito indeferiu o pedido, sob o fundamento da inexistência de prova de que os valores seriam aplicados na aquisição de imóvel destinado à residência do menor e de sua família, haja vista que o contrato de compromisso de compra e venda juntado aos autos fora celebrado antes da morte de seu

pai. Além disso, assentou também não estar comprovada a necessidade da verba para a subsistência e educação do menor.

Inconformado, o requerente inter pôs tempestivo apelo, sustentando, em suma, que, apesar de a negociação ter-se iniciado antes do falecimento do seu pai, a aquisição ainda não se concretizou, eis que condicionada à quitação das prestações, razão pela qual necessita da quantia supracitada.

Enfatizou, ainda, que o fato de não haver mencionado a necessidade da quantia para o seu sustento é absolutamente dispensável, posto que sendo beneficiário da assistência judiciária é de presumir-se que possui poucos recursos.

Alçaram, em seguida, os autos à colenda Turma de Recursos que, por unanimidade, declarou-se incompetente para análise do reclamo, determinando a remessa dos autos a este Sodalício.

Aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, pelo Dr. Wlaumar Alves da Silva, acompanhando o entendimento do representante de Primeiro Grau, opinou pelo provimento da apelação.

É o relatório.

Provido é o recurso.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o requerente pretende obter a liberação dos valores depositados a título de FGTS e PIS/PASEP não recebidos pelo seu genitor, falecido em dezembro de 1994.

A ilustre Togada a quo, ao indeferir o pleito, deixou averbado:

"Inobstante existir nos autos contrato particular de compromisso de Compra e Venda e de Pré-Contrato de

Compra e Venda — Sinal de Arras (doc. de fls. 11 e 123), constata-se que a negociação ali descrita foi efetuada em março de 1993, portanto, antes da morte do pai do requerente. E, em sendo assim, o Alvará pleiteado através da presente demanda não tem a finalidade de adquirir imóvel destinado à residência do menor e de sua família, como consta da Lei n. 6.858/80, porque o mesmo já havia sido adquirido antes de existir o direito do requerente.

“Bem verdade que, quando faleceu o pai do requerente, havia prestações pendentes, porém, o requerimento foi proposto no mês do vencimento da última parcela” (fls. 29).

No entanto, não parece ser esta a melhor solução.

É que, data venia, a celebração do contrato de compromisso de compra e venda não implica, necessariamente, na imediata transferência do domínio do imóvel, que, in casu, ficou condicionada à quitação de todas as prestações (cláusula terceira, II/fls. 11/verso).

Assim, a assertiva de que o acordo efetivou-se antes da morte do pai do requerente não gera a presunção absoluta de que o valor depositado será utilizado para outros fins que não a aquisição do respectivo imóvel.

Ademais, a circunstância de ser o requerente e sua mãe pessoas de poucos recursos, fato demonstrado por serem beneficiários da assistência judiciária, inclusive sendo representados nos autos pelo Escritório Modelo da universidade federal aqui sediada, que só atende pessoas comprovadamente carentes, justifica a posição

adotada pelo ilustre Promotor de Justiça oficiante no feito, quando lembra acerca da utilização dos valores:

“quer utilizem as quotas em questão para pagamento do terreno, quer disponham para custeio de dispêndios básicos do próprio menor, o espírito do dispositivo legal em que se calcou a sentença será atendido, eis que na primeira situação o numerário se incorporará ao patrimônio que já lhe pertence, e na segunda, independente de prova, lhe proverá o sustento”.

Saliente-se, também, que o quantum depositado pode ser considerado de pequena monta, porém, para o autor e sua mãe, significa muito, pois certamente com a falta de seu pai e esposo tiveram eles uma grande redução em seus rendimentos.

Por fim, não é demais lembrar a disposição do art. 1.109 do Código de Processo Civil, que tem total aplicação ao caso dos autos:

“O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”.

Nesse contexto, colhe-se da jurisprudência:

“Alvará. Levantamento de quantias depositadas em bancos destinadas à sobrevivência e sustento da família. Mãe e menores. Falecimento do pai. Exigência de depósito em poupança inadmissível. Sentença reformada. Se as quantias depositadas e objeto do alvará destinam-se ao sustento da família, não se pode condicionar a concessão de seu levantamento a depósito em poupança, posto que

retira da mãe e dos menores a necessária, imediata e livre disposição do dinheiro em proveito próprio" (TJMS, ap. 30/85, j. 6/3/86 — rel. Des. Marco Antônio Cândia, RT 607, pág. 185).

À luz do exposto, decide esta Câmara, à unanimidade de votos, conhecer do recurso, dando-lhe provimento, deferindo o pedido do autor para que seja expedido o alvará de liberação dos valores do FGTS e PIS/PASEP.

Participou do julgamento com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Sér-

gio Paladino, tendo exarado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Wlaumar Alves da Silva.

Florianópolis, 15 de outubro de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente com voto;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.013556-4, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Ação anulatória de título c/c sustação de protesto. Duplicata de prestação de serviços. Saque por saldo, originado em profunda alteração do objeto contratado pela contratante, que, com seu silêncio à cientificação feita, aquiesceu com a elevação dos custos. Causa debendi comprovada. Infundada alegação de compensação pela entrega de menor quantidade de outros materiais. Robusta prova documental em sentido contrário. Caracterização da litigância de má-fé. Inteligência do art. 17, II, do CPC. Sentença de improcedência confirmada. Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.013556-4 da comarca da Capital (2ª Vara Cível e Registros Públicos), em que é apelante Santur — Santa Catarina Turismo S/A, sendo apelada Bilula Indústria Gráfica Ltda.:*

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

Custas legais.

Na comarca da Capital, perante o Juízo da 2ª Vara Cível e Registros Públicos, Santur — Santa Catarina Turismo S/A ajuizou ação ordinária contra Bilula Indústria Gráfica Ltda., precedida de medida cautelar de sustação de protesto aparelhada em apenso, argumentando, em suma, que firmou com esta, em 21 de fevereiro de 1994, após procedimento licitatório, contrato de prestação de ser-

viços para a confecção de cartazes e fotolitos.

Aduziu que tendo o contrato por cumprido, já que efetuou todos os pagamentos ajustados, perfazendo um total de CR\$ 87.250.000,00 (oitenta e sete milhões, duzentos e cinqüenta mil cruzeiros reais), estranhamente, em 8 de novembro daquele ano, recebeu do 4º Tabelionato de Notas e 4º Ofício de Protestos de Florianópolis intimação para aceitar, pagar ou devolver o título de n. 6.455, no valor de R\$ 41.508,50 (quarenta e um mil, quinhentos e oito reais e cinqüenta centavos), sacado pela ré e apresentado pelo Banco Bamerindus S/A.

Sustentando a proibição de contratar valores superiores a R\$ 1.444,36 (um mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e trinta e seis centavos), em face das disposições das Leis ns. 8.666/93 e 8.883/94 que normatizam o processo licitatório, finalizou por requerer a declaração da nulidade do título mencionado na inicial, por ausência de causa debendi.

Regularmente citada, a requerida ofereceu resposta, em forma de contestação, alegando, em síntese, que o contrato de serviços, a que se refere a autora, sofreu profunda alteração, em face de modificações do objeto contratado. Asseverou que tais mudanças foram devidamente informadas à ré, por meio das correspondências protocoladas sob os ns. 0759 e 3.474, sendo que o silêncio acerca destas só pode ser interpretado como concordância tácita ao aditamento do negócio.

Afirmou, também, que, diante do descaso da requerente em saldar o seu débito, não vislumbrou outra solu-

ção que não a de apresentar a protesto a duplicata tomada pelo cumprimento da obrigação.

Por fim, insistindo na legitimidade do título, objeto da lide, requereu o julgamento antecipado do feito com a improcedência do pleito exordial.

Na audiência de conciliação, instrução e julgamento designada, inexitosa a proposta conciliatória, foram tomados os depoimentos das testemunhas, sendo os debates orais substituídos por memoriais trazidos pelas partes, posteriormente.

Sentenciando após, o digno Magistrado a quo houve por bem julgar improcedente o pedido inicial e cautelar, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitrou em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, como também nas sanções por litigância de má-fé, fixada em 15% (quinze por cento) sobre a mesma base de cálculo.

Embargos de declaração opostos pela autora/vencida, sob o argumento de que o julgador deixou de apreciar provas de extrema relevância ao deslinde da quaestio, foram inacólidos.

Ainda a tempo, porque inconformada com a prestação jurisdicional entregue, a autora, tempestivamente, interpôs em seguida o presente apelo, que fez instruir com a prova do pagamento do preparo, afirmando, em suma, que as alterações contratuais foram compensadas com a redução da quantidade do material confeccionado, conforme acordo ajustado verbalmente entre os litigantes.

Sustenta, ao depois, que o Juiz sentenciante omitiu-se acerca do seu



requerimento de perícia técnica e contábil na empresa que efetuou os serviços para a ré, mediante terceirização, o que era de grande importância para a averiguação dos fatos aqui discutidos.

Derradeiramente, atribuiu a sua condenação por litigância de má-fé à parcialidade do mesmo Sentenciador.

Contra-arrazoado o recurso, onde a apelada propugna pela manutenção integral da sentença, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

É o relato do necessário.

Nega-se provimento ao apelo, eis que com acerto se houve o duto Sentenciante ao julgar improcedente o pedido formulado, até porque a questão jurídica que solveu é extremamente singular, e apenas a matéria de fato é que, por requerer especial atenção no caso, teve que ser um pouco mais esmiuçada para a demonstração que a controvérsia não comportava outra solução correta que não aquela que lhe foi ministrada.

E com efeito, pois no contrato de prestação ajustado entre apelante e apelada, que tinha por objeto a confecção de cartazes e folhetos de propaganda, foi discriminado, minuciosamente, os materiais e quantidades que deveriam ser produzidos.

Entretanto, ao executar a avença, verificou-se a necessidade da modificação de detalhes que não constavam das especificações iniciais, conforme explicitado na contestação: "quanto ao item 1 (impressão de Mapa Turístico de Santa Catarina, 4x2 cores, com 39x60cm, papel couchê 150, quantidade de 50.000) houve problemas com dados do cartaz o que obrigou a apelada refazê-los; quanto ao

item 3 (impressão de Folder Rota do Sol 4x4 cores, com 20x22cm, 5cm, papel couchê 120, quantidade de 50.000) a apelante requereu a impressão de 50.000 folders iguais contratualmente, mas verbalmente solicitou que fossem confeccionados 20.000 de um modelo, 20.000 de outro e mais 10.000 diferentes dos primeiros; quanto ao item 4 (seleção de cores, folhetos (policromia) e impressão Folder 8 Regiões Turísticas, 4x4 cores, com 21x39cm, papel couchê 150, quantidade de 100.000) novamente houve requerimento verbal para que fossem feitos, contrariando o contratado, em quatro idiomas diferentes na quantidade de 25.000 para cada idioma (português, inglês, espanhol e alemão); quanto ao item 10 (Impressão de Folheto, 4x4 cores, com 39x21cm, 0cm aberto com uma dobra com 6 folhas, papel couchê 150, frente e verso, quantidade de 20.000) houve pedido para a confecção dos folhetos em quatro idiomas diferentes, na quantidade de 5.000 cada idioma (português, inglês, espanhol e alemão); quanto ao item 11 (folheto com seleção de cores na capa, 4x4 cores e impressão do Calendário de Eventos Santa Catarina — 1994, com 96 páginas, de 27,8x22cm, aberto (1x0 cores), papel couchê 150 na capa e interno off-set, quantidade de 20.000) a arte final fornecida à apelada para a confecção do material apresentou-se com 136 páginas e a pedido da apelante para ser feito em quatro cores e não em uma como o contratado; quanto ao item 12 (folheto com seleção de cores na capa 4x4 cores e impressão do Calendário de Grandes Eventos Santa Catarina — 1994, com 22 páginas, de 27,8x22cm, aberto

(1x0 cores), papel cuchê 120, quantidade de 50.000) também para ser feito em quatro cores quando o contrato rezava uma cor para este material”.

Nesse aspecto, necessário dizer que a realização de tais alterações deve ser tida como fato incontroverso nos autos, até porque a própria apelante, ao replicar a defesa apresentada (fls. 68/70), afirmou com clareza solar:

“Conforme acordo ajustado entre a requerente e a requerida, a diferença do custo resultante das modificações em alguns impressos...”.

Ainda que assim não fosse, é de ver-se que não contestou ela, em nenhum momento, as alegadas modificações descritas na resposta, que estão claramente comprovadas, como é exemplo sintomático o “Calendário de Eventos”, anexado a fls. 61, que estava previsto para ter 96 (noventa e seis) páginas, mas que, como ali se afirma, foi confeccionado com 136 (cento e trinta e seis).

Por outro lado, dúvidas não podem pairar de que a apelada comunicou à apelante as alterações que seriam necessárias para atender ao pedido, já que o comprovam as correspondências de fls. 45 e 48, que foram devidamente recebidas.

Oportuno anotar, nesse passo, que só diante do silêncio da apelante à primeira destas cartas, datada de 8 de março de 1994 e recebida no dia posterior, informando as modificações que haveriam de ser feitas em razão de sua manifestação verbal solicitando o serviço, fato também incontroverso, é que a contratada finalizou a confecção do material.

Mas também com relação à segunda missiva, datada de 29 de setembro daquele ano e recebida na mesma data, que indicou todos os aumentos pecuniários decorrentes das alterações realizadas, perfazendo um saldo devedor em relação aos serviços de R\$ 41.508,50, quedou-se ela novamente silente.

Digno de registro, é também o comportamento de certo modo estranho e inexplicavelmente temerário da apelante, que em um primeiro momento, ao ajuizar a ação, afirmou desconhecer a origem do débito, e, após a contestação, reconheceu a efetivação dos serviços que deram origem ao título, mas já então partiu para ferir outro flanco, afirmando que já estariam eles quitados, por força da compensação com a entrega de quantidade menor das mercadorias encomendadas.

Resultando desse quadro, já então, como indisfarçável a contratação dos serviços modificados, circunscreve-se a questão central em se verificar se houve ou não o pagamento do título cuja anulação é pretendida.

E nessa esfera, a argumentação da apelante, como visto, já modificada, é no sentido da compensação do valor devido pela entrega de menor quantidade dos materiais encomendados:

“...a diferença do custo resultante das modificações em alguns impressos foi compensada pela redução da tiragem das duas publicações de maior número de páginas, ou seja, o Calendário de Grandes Eventos, reduzido de 50.000 (cinquenta mil) para 10.000 (dez mil) peças e o Calendário

de Eventos de Santa Catarina, reduzido de 20.000 (vinte mil) para 5.000 (cinco mil) exemplares...".

Ocorre que, nos autos de sus-tação de protesto em apenso, encontra-se às fls. 19 a Nota Fiscal de n. 6.055, onde está discriminado como material comprovadamente recebido pela apelante em quantidade exatamente igual àquela contratada nos termos dos itens 11 e 12:

"20.000 Calendário de Eventos de Santa Catarina e Fotolitos.

"50.000 Calendário de Grandes Eventos de Santa Catarina e Fotolitos".

O carimbo de recebimento é claro, não sendo supérfluo descrevê-lo:

"Certifico que o material/serviço constante deste documento foram recebidos/prestados".

Destarte, rui fragorosamente por terra a tese sustentada pela apelante.

No mais, a alusão que faz ela ao documento de fls. 94, qual seja, a Nota Fiscal de n. 154 emitida pela Editora Pallotti à Bilula Indústria Gráfica, na qual consta a entrega de 50.000 peças do Calendário de Grandes Eventos e 10.000 do Calendário de Eventos de Santa Catarina, em nada modifica a sua situação, pois a circunstância de ter sido o serviço contratado terceirizado não interfere na relação aqui discutida, sendo, portanto, também desnecessária a produção de qualquer tipo de perícia naquela empresa.

O fato é que a duplicata foi emitida corretamente, já que o serviço foi realizado, contratado e entregue, po-

rém, até a presente data, a autora/apelante não efetuou o pagamento do saldo devedor, sendo, portanto, ilícito o protesto.

A jurisprudência anotou:

"Duplicata — Prestação de serviço — Emissão — Protesto — Presupostos. A emissão de duplicata de prestação de serviço tem como presupostos de validade a existência de documento comprobatório do vínculo obrigacional e do adimplemento do contrato" (Ap. Cív. n. 50.975 da Capital, rel. Des. Newton Trisotto).

Ao arremate, correta a conduta do Magistrado ao condenar a apelante nas sanções pertinentes à litigância de má-fé.

É que se depreende dos autos a clara intenção da apelante em se utilizar do processo para se livrar de obrigação legítima, utilizando teses contraditórias e alterando a verdade dos fatos, mormente porque, como visto, a consistente prova documental revela que os fatos aconteceram totalmente de forma diversa daquela afirmada na inicial.

Assim, uma vez caracterizada a hipótese prevista no art. 17, II, do Código de Processo Civil, nada há que se modificar na sentença recorrida.

Este Tribunal já assentou sobre o assunto:

"(...) Alegações inverídicas e infundadas apresentadas pela parte embargante, caracterizadas em confronto com documento e a produção de prova oral, caracterizam litigância de má-fé, inclusive por terem inviabilizado julgamento antecipado, retardando a entrega da prestação jurisd-

cional" (Ap. Cív. n. 97.004189-6 de Urubici, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso para manter a douta sentença monocrática.

Participou do julgamento com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 13 de agosto de 1998.

*Xavier Vieira,*

*Presidente com voto;*

*Gaspar Rubik,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.011387-3, DE SÃO FRANCISCO DO SUL**

**Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Seguro de veículo. Recusa ao pagamento da indenização, sob alegação de não apresentação da guia de importação, quando da liquidação do sinistro. Exigência descabida, ante o recebimento do prêmio e a emissão da apólice, tornando perfeito e acabado o pacto. Veículo importado, ademais, registrado regularmente na repartição de trânsito. Indenização devida. Sentença mantida. Recurso desprovido.*

*"(...) 2. O pagamento da indenização não pode estar condicionado à apresentação da liberação alfandegária definitiva quando a venda, pelo importador, tem apoio em mandado de segurança que determina a expedição e/ou liberação da guia de importação, e quando o próprio Detran autoriza o registro e regular transferência do veículo em questão. Caso em que não há sequer garantia de que não viria, a seguradora, ainda assim, a aceitar a proposta (...)" (TAPR, AC 7.294 de Curitiba, rel. Des. Otto Luiz Sponholz).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.011387-3, da comarca de São Francisco do Sul (1ª Vara, Infância, Juventude e Registros Públicos), em que é apelante Bradesco Seguros S/A, sendo apelado Alberto Kirchoff:*

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

Custas legais.

Na comarca de São Francisco do Sul, perante a 1ª Vara, Infância, Juventude e Registros Públicos, Alberto Kirchoff ajuizou ação de cobrança contra Bradesco Seguros S/A, buscando haver desta o pagamento de indenização no montante de R\$ 22.000,00 e acréscimos legais, pelo furto de um veículo de sua propriedade, ocorrido em 6 de julho de 1997, no

período de vigência da apólice — um ano a contar de 23 de dezembro de 1996 —, emitida com base em contrato de seguro total que celebrou com a demandada, a quem comunicou o fato, sem que, contudo, honrasse ela a obrigação assumida.

Citada, a seguradora-ré apresentou resposta, em forma de contestação, sustentando, em suma, que para pagar a quantia devida ao autor, necessário se faz, conforme cláusula das Condições Gerais do Seguro, a apresentação da 4ª guia de importação ou da nota fiscal do veículo contendo o número da declaração de importação, o que até agora não foi providenciado.

Ofertada a réplica, o Dr. Juiz de Direito Substituto, em sentenciando antecipadamente a lide, julgou procedente o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento da quantia reclamada, corrigida monetariamente a partir de 6 de julho de 1997 e acrescida de juros de mora desde a citação, além das custas do processo e honorários advocatícios que arbitrou em 15% (quinze por cento) sobre o montante total devido.

Irresignada, a seguradora requerida, previamente formalizado o preparo, interpôs o presente apelo, reeditando, em suma, os argumentos de sua contestação.

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

É o necessário relatório.

Inicie-se dizendo que o contrato de seguro nada mais é do que a transferência de um risco futuro e incerto da contratante para a contratada, mediante recebimento de um prêmio (art. 1.432 do Código Civil). Esta,

ao receber a devida recompensa, passa a assumir a responsabilidade pelos danos causados ao objeto da contratação nos termos previstos na apólice, devendo aquela, para fazer jus ao recebimento da importância estipulada, cumprir com sua obrigação básica, que é o pagamento do prêmio.

Na espécie, não há controvérsia acerca do cumprimento dessa obrigação, da ocorrência do sinistro, nem do valor a ser indenizado. A apelante escusa-se ao pagamento da indenização, apenas sob o argumento de que o apelado não providenciou a documentação para tanto.

Porém, nenhuma razão justifica a sua negativa, pelo que se impõe a manutenção da sentença recorrida.

Com efeito, ainda que, ad argumentandum tantum, no contrato firmado entre as partes, não juntado aos autos, as “Condições Gerais de Liquidação de Sinistros” estivesse a amparar a negativa da apelante, mesmo assim ser-lhe-ia defeso exigir a apresentação de documentos (4ª via da guia de importação ou nota fiscal do veículo) para quitar a cobertura securitária, pois tal exigência mostra-se a toda evidência descabida, pois que deveria, quando muito, ter sido feita antes da concretização do pacto, e não após a ocorrência do sinistro, ocasião em que já havia ela aceitado o negócio e, inclusive, recebido o valor integral do prêmio.

Assim, como a apelante deixou de tomar esta cautela, perfeito e acabado restou o contrato, cabendo a ela agora, tão-somente, adimplir sua obrigação nos moldes contratados.

E, nesse aspecto, vale lembrar o art. 1.433 do Código Civil, quando normatiza que o contrato de seguro considera-se perfeito desde que o segurador remete a apólice ao segurado, ou faz nos livros o lançamento usual da operação, o que ocorreu no caso, conforme a documentação acostada às fls. 8/9.

É da jurisprudência:

"A proposta é uma oferta de negócio. O segurador recebe-a e a aprecia; não se vincula imediatamente, não assume compromisso sem antes declarar a aceitação, o seu acordo, que deve ser expresso, através de documento também prévio ou simplesmente traduzida na emissão da apólice" (RT III/1.088).

Ora, volta-se a insistir que, estando em plena vigência o contrato de seguro, que se aperfeiçoou com a emissão da apólice e com o pagamento do prêmio, ocorrendo o sinistro e, ausente quaisquer das hipóteses previstas na avença que exclua a responsabilidade da seguradora apelante, nada mais lhe compete, senão cumprir com sua obrigação de pagar pelo risco assumido.

Cumpra anotar, por derradeiro, que a circunstância de estar o automóvel segurado regularmente registrado no Detran leva à presunção de que, quando efetuado aquele cadastramento, foi apresentada toda a documentação pertinente à importação, já que sem ela, certamente, não seriam expedidos os certificados de fls. 15/16.

Em situação assemelhada, *mutatis mutandis*, decidiu o Tribunal de Alçada do Paraná:

"(...) 2. O pagamento da indenização não pode estar condicionado a apresentação da liberação alfandegária definitiva quando a venda, pelo importador, tem apoio em Mandado de Segurança que determina a expedição e/ou liberação da guia de importação, e quando o próprio Detran autoriza o registro e regular transferência do veículo em questão. Caso em que não há sequer garantia de que não viria, a seguradora, ainda assim, a aceitar a proposta. Não há falar-se, por isso, em perda de direitos, consoante item 12 das condições gerais entregues ao segurado, sobretudo quando o seguro é feito através de corretora, na própria loja onde o veículo foi adquirido, e já se propunha a pagar, a seguradora, administrativa, o valor contratado" (TAPR, AC 7.294 de Curitiba, rel. Des. Otto Luiz Sponholz).

Ante o exposto, conhece-se do recurso, porém, nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 26 de novembro de 1998.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente com voto;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 96.012345-8, DA CAPITAL****Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Indenização. Seguro compreensivo especial. Imóvel financiado pelo SFH. Vícios de construção. Ação proposta contra a incorporadora, a instituição financeira e a de seguros. Decisão que impôs apenas à construtora o ônus de indenizar. Responsabilidade solidária dos demais litisconsortes. Exclusão de cobertura afastada.*

*O agente financeiro não está isento de responsabilidade pela qualidade da obra financiada, ante a imposição governamental no sentido de exercer fiscalização sobre ela, fazendo sugestões acerca não apenas dos materiais utilizados, como também do projeto arquitetônico, através dos engenheiros designados.*

*“O contrato de seguro em regra é feito para cobrir qualquer prejuízo. É o princípio do risco integral. Bem por isso e sobretudo em sede de seguro habitacional: ‘... impende interpretar a apólice no sentido mais favorável à parte, pois se cuida de contrato de adesão, e que, portanto, deve merecer uma exegese favorável, nos pontos em que possa ocorrer alguma dúvida, à parte que contratou o seguro, que aliás tem a finalidade de resguardar aqueles que, para ter moradia própria, tiveram que socorrer-se dos financiamentos sob o Sistema Financeiro da Habitação’ (1ª CC — TJRS, in RJRGS, vol. 120/320, in JC 62/165)”.*

*“Atenta contra o princípio da boa-fé a limitação da cobertura securitária que a ré procura impor. A se julgar correta a interpretação afirmada pela seguradora, o contrato toma-se de utilidade quase nenhuma, eis que os riscos a que comumente estão sujeitos os prédios são justamente derivados de erros na construção. Decisão confirmada” (Ap. Cív. n. 46.513, da Capital, rel. Des. Francisco Borges).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.012345-8, da comarca da Capital, em que são apelantes e apelados Condomínio Edifício Residencial Ana Lúcia, Iacy da Silva Borges, Wanderlei Araújo Lopes, e outros, Sólido*

*Engenharia e Incorporações de Imóveis Ltda. e Banco Brasileiro de Descontos — Bradesco:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provi-

mento parcial ao recurso dos autores e julgou prejudicado o recurso adesivo.

Custas de lei.

1. Condomínio Edifício Residencial Ana Lúcia, Iacy da Silva Borges, Wanderlei Araújo Lopes e sua esposa, Eva da Silva Lopes, Luiz Henrique Belloni Faria e sua esposa, Fátima Regina Pereira Faria, Alceo Ferreira de Souza e sua esposa, Ocemar Ramos de Souza, Alcides Sabino Santos Filho e sua esposa, Carmencita Fátima Miranda Santos, Selda Hammes Fitzgerald, Arno Aloísio Eidt e sua esposa, Dolores Eidt, Fued Derze e sua esposa, Leila de Araújo Derze, ajuizaram ação ordinária de preceito cominatório cumulada com perdas e danos contra Sólido Engenharia e Incorporações de Imóveis Ltda., Banco Brasileiro de Descontos S/A – Bradesco, e Seguradora Bradesco S/A, asseverando que em 26/8/88 a primeira ré, na qualidade de incorporadora e construtora, em assembléia geral, efetuou a entrega do empreendimento ao primeiro autor e das unidades habitacionais aos demais acionantes, na condição de adquirentes.

Acrescentaram que, na mesma oportunidade, a primeira ré firmou termo de compromisso, comprometendo-se a concluir serviços e obras que não restaram concluídos, tais como eliminar infiltração de água no teto do apartamento 404 (item 11 do compromisso) e corrigir fissuras nas paredes do Edifício.

Aduziram que apesar dos insistentes pedidos dos autores, decorridos vários meses sem qualquer espécie de iniciativa da incorporadora e da instituição financeira, informada dos problemas em 5/4/89 e 26/9/89, não

foi tomada qualquer providência concreta no sentido de sanar tais irregularidades. Em face da total e completa omissão das rés construtora e financiadora, e como os problemas do prédio e das unidades habitacionais agravavam-se de maneira assustadora, o Condomínio, ao longo do ano de 1990, efetuou, às suas próprias expensas, uma série de reparos no prédio e nas unidades habitacionais dos autores, com o fito de amenizar as deficiências apresentadas.

Pugnaram, pois, com fulcro nos arts. 1.245 e 159, ambos do Código Civil, a condenação dos réus a efetuar as necessárias reformas que ainda restam inconclusas, com o objetivo de garantir a solidez da obra, bem como o pagamento das verbas já despendidas naquelas reformas já efetuadas e pelos danos causados aos bens que guarnecem as unidades habitacionais.

Contestando, Bradesco Seguros S/A argüiu, preliminarmente, ilegitimidade passiva ad causam, argumentando ser Atlântica Seguros a empresa que atua no ramo imobiliário; e prescrição da ação, com fulcro no art. 178, § 6º, II, do Código Civil. Ao depois, denunciou a lide ao Instituto de Resseguros do Brasil — IRB, na qualidade de litisconsorte necessário. No mérito, aduziu que, além de não ter tido ciência do sinistro, inexistente cobertura dos danos indigitados, por se tratar de vício construtivo e ter o segurado efetuado reparos no imóvel.

Por seu turno, Bradesco S/A sustentou, em preliminar, a ilegitimidade ativa de Alceo Ferreira de Souza e sua esposa, Ocemar Ramos de Souza, Selda Hammes Fitzgerald,



Arno Aloísio Eidt e sua esposa, Dolores Eidt, Fued Derze e sua esposa, Leila de Araújo Derze, que não figuram como mutuários perante a instituição financeira; ilegitimidade passiva ad causam, pois apenas concedeu o financiamento pleiteado pelos autores, fato que não lhe acarreta responsabilidade pelos defeitos construtivos. Quanto à questão de fundo, disse que, embora tenha concedido financiamento para a construção, não lhe cabe nenhuma responsabilidade técnica pela obra executada.

Os autores impugnaram as contestações, rebatendo as prefaciais e ratificando a matéria de fundo.

Citado, o IRB também sustentou preliminar de ilegitimidade passiva e pugnou pela improcedência do feito.

No saneador, que restou irrecorrido, foi deferida a produção de prova pericial.

Realizada a perícia, na audiência de instrução e julgamento, como não houvesse prova oral a ser produzida, as partes limitaram-se a ofertar suas alegações, sob a forma de memorial.

Sentenciando, o Dr. Almiro Zagou julgou parcialmente procedente o pedido, condenando apenas a ré Sólido Engenharia e Incorporações de Imóveis Ltda. a executar os serviços necessários para sanar e corrigir os defeitos apontados na perícia e a indenizar os autores pelos danos havidos nos móveis e outros pertences, sem prejuízo dos encargos de sucumbência. Por ter entendido que o Bradesco e a seguradora não tinham responsabilidade na composição dos danos, condenou os autores no pagamento de honorários advocatícios, ar-

bitrados em 20% sobre o valor da causa aos patronos do Banco Bradesco e da Bradesco Seguros S/A, e 10% para o patrono do IRB.

Irresignados, os autores interuseram recurso, pugnando pela reforma da decisão, relativamente à parte da sentença que excluiu a responsabilidade do agente financeiro e da companhia seguradora, bem como relativamente ao percentual da verba honorária que lhes foi imposta. Sustentaram que o agente financeiro tem a obrigação de fiscalizar a correta execução dos projetos arquitetônico, elétrico e hidráulico, bem como o correto emprego de mão-de-obra. De outro lado, a seguradora também responde pelos danos pleiteados, porque a apólice cobre os riscos decorrentes de vício construtivo.

Bradesco Seguros S/A e Banco Bradesco S/A ofertaram contra-razões ao recurso interposto, aplaudindo a decisão profligada.

Adesivamente, Banco Bradesco S/A apelou, pugnando pela reforma do decisum, entendendo que não poderia o Magistrado ter deixado de afastar a ilegitimidade passiva ad causam aventada, sob o argumento de que a preliminar se confundiria com o próprio mérito.

2. O recurso é provido parcialmente, julgando-se prejudicado o recurso adesivo.

2.1. O art. 1.245 do Código Civil dispõe que "nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto,

quanto a este, se, não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra”.

Inicialmente, cumpre salientar que o vício de construção é aquele que compromete a segurança do prédio ou o torna impróprio ao uso a que se destina, sendo o empreiteiro responsável pela construção, assim como por todos os defeitos que porventura venham comprometer a sua solidez e segurança, já que se obrigou pela conclusão da obra dentro dos padrões técnicos exigidos.

Restou incontroverso nos autos, ao depois, não apenas pela argumentação das partes mas principalmente a partir da perícia efetivada, que os danos causados na estrutura da obra ocorreram em virtude de vícios de construção.

No presente reclamo, atém-se a discussão à possibilidade de atribuir-se à instituição financeira e à seguradora a responsabilidade pelos danos decorrentes de vício construtivo.

2.2. O digno Togado sustentou, no decisum profligado, que a instituição financeira não obrou com culpa porque não restou comprovado que os erros e falhas fossem flagrantes e, ademais, que os materiais utilizados fossem de visível má qualidade. De fato, o laudo pericial não revelou se as falhas construtivas eram contemporâneas ao período em que se processava a fiscalização do cronograma físico-financeiro.

Todavia, as diversas resoluções editadas pelo Banco Central impõem aos agentes do Sistema Financeiro da Habitação a obrigatoriedade de zelar e fiscalizar a aplicação do capital mutuado, inclusive designando

arquiteto ou engenheiro para exercer a efetiva fiscalização dos trabalhos, do início até a conclusão das obras.

De outra senda, ainda que os engenheiros da instituição financeira compareçam nos locais da obra apenas uma vez no período de um mês, conforme relatado pelo sr. perito, embasado em dados empíricos do seu cotidiano, era de exigir-se que a liberação das verbas necessárias ao prosseguimento da obra fosse condicionada ao cumprimento de regras básicas de engenharia, garantidoras do empreendimento.

Diga-se, ao depois, que tal fiscalização incorreu na hipótese em apreço, tendo em vista que os vícios construtivos e, conseqüentemente, os danos apresentados nos imóveis foram originados do descumprimento das regras apontadas, as quais eram, indubitavelmente, identificáveis — e até sanáveis, ao longo da execução da obra.

Nessa contextura, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária da instituição financiadora, juntamente com a incorporadora, perante os proprietários da obra construída.

Neste sentido, aliás, a Corte já decidiu, em acórdão da lavra do eminente Des. Trindade dos Santos, in verbis:

“Indenização. Imóvel construído com financiamento do BNH. Defeitos de construção. Responsabilidade solidária do agente financeiro. Ilegitimidade passiva ad causam arredada. Sentença confirmada.

— Impondo as diversas resoluções a respeito emitidas pelo Banco Central do Brasil aos agentes financeiros

ros do Sistema Financeiro da Habitação a obrigatoriedade de zelar e fiscalizar a aplicação do capital mutuado, inclusive designando arquiteto ou engenheiro para exercer a efetiva fiscalização dos trabalhos, do início até a conclusão das obras, também no referente à utilização de materiais inferiores aos descritos, torna-se inarredável, nesse contexto, a responsabilidade solidária do agente financeiro pelos defeitos construtivos constatados no imóvel financiado.

“O reconhecimento dessa responsabilidade ressoa como decorrência lógica, posto que, se existe imposição no sentido de o agente financeiro exercer fiscalização sobre a obra, com o engenheiro por si designado devendo fiscalizar, inclusive, os materiais aplicados, fazendo sugestões na hipótese de serem eles de inferior qualidade, não há como se isentar o agente financeiro de responsabilidade no tocante à qualidade da obra em si.

“Nessas circunstâncias, se a qualidade da obra mostra-se deficiente, acarretando prejuízos ao financiado, inafastável é o dever do agente financeiro em proceder à necessária cobertura indenizatória” (Ap. Cív. n. 45.540, de Rio do Sul).

“Neste mesmo diapasão também já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Responsabilidade civil. Construção defeituosa. Solidariedade do agente financeiro do BNH, que não se presume, mas se extrai da apreciação dos elementos da causa e do exame das circunstâncias dos fatos. A responsabilidade da instituição financeira decorre, também, de ter ela não apenas financiado a aquisição das unida-

des habitacionais aos mutuários, mas também a construção do edifício todo, impondo-se-lhe zelo e fiscalização na aplicação do capital mutuado, o que inclui obediência aos projetos, inclusive quanto à não-utilização de materiais inferiores aos descritos. Resolução nº 31/68 do Banco Central, em seu art. 20, alíneas a e g: inexistência de contradição, pois, se existe a obrigação de zelar pela aplicação de materiais recomendados (letra a), a fiscalização da aplicação do financiamento não isenta o agente financeiro de responsabilidade pelas obras ou sua fiscalização (letra g), porque então a responsabilidade por negligência decorre de lei (art. 159 do CC), não tendo a resolução o condão de revogá-la. Função social do contrato e do SFH, cujo agente não está cuidando só do seu dinheiro, mas de obra que será repassada à população” (RJTJRS 145/144).

Dessarte, o agente financeiro não está isento de responsabilidade, devendo, por isso mesmo, responder solidariamente pelos danos havidos.

2.3. De outro lado, o ilustre Juiz prolator da decisão objurgada recusou a pretensão indenizatória contra a seguradora, sob a asserção de que os vícios construtivos não estariam cobertos pelo contrato.

Do contrato de fls. 47, constata-se que os imóveis cobertos pelo seguro estavam garantidos contra danos provenientes de incêndio, desmoroamento total, desmoroamento parcial (assim entendida a destruição ou desabamento de paredes, vigas ou outros elementos estruturais), ameaça de desmoroamento, devidamente comprovada, destelhamento, inundação ou alagamento.

No entanto, a previsão de “ameaça de desmoronamento”, não obstante acompanhada da expressão “devidamente comprovada”, não possui o condão de elidir a responsabilidade da instituição seguradora, porquanto a prodigalidade de rachaduras e infiltrações, ocasionadas pelos vícios de construção, afetaram o prédio não apenas esteticamente, mas também estruturalmente. A exigência de comprovação do perigo de desmoronamento configura-se não apenas leonina, mas também de alta periculosidade, mormente se levarmos em consideração as verdadeiras tragédias no ramo da construção civil que atualmente estão assolando o país, ocasionando o desabamento de prédios e colocando em risco a vida de famílias inteiras.

Neste mesmo sentido, esta egrégia Câmara já teve oportunidade de manifestar-se, em acórdão da lavra do eminente Des. Alcides Aguiar, com a seguinte ementa:

“Seguro habitacional — Ação de responsabilidade obrigacional — Danos em imóveis construídos com recursos do Sistema Financeiro da Habitação — Seguro compreensivo — Negativa da cobertura securitária ao argumento de não estarem cobertos os riscos decorrentes de falhas de construção — Perícia — Danos comprovados e oriundos de vícios de construção — Obrigação devida...” (Ap. Cív. n. 48.257, de São José).

Logo adiante, arremata:

“Embora não presente o risco de desmoronamento do imóvel bastante a ensejar a cobertura securitária é a constatação de infiltração de água e conseqüente apodrecimento do ma-

deirame, corroído por cupins, com umidade e rachaduras nas paredes, decorrentes da má execução e escolha dos materiais empregados.

“O contrato de seguro em regra é feito para cobrir qualquer prejuízo. É o princípio do risco integral. Bem por isso e sobretudo em sede de seguro habitacional: ‘... impende interpretar a apólice no sentido mais favorável à parte, pois se cuida de contrato de adesão, e que, portanto, deve merecer uma exegese favorável, nos pontos em que possa ocorrer alguma dúvida, à parte que contratou o seguro, que aliás tem a finalidade de resguardar aqueles que, para ter moradia própria, tiveram que socorrer-se dos financiamentos sob o Sistema Financeiro da Habitação’ (1ª CC - TJRGS, in RJRGS”, vol. 120/320, in JC 62/165)”.

Neste mesmo sentido:

“Indenização. Contrato de seguro. Construção de imóvel com recursos do SFH. Ameaça de desmoronamento. Vícios de construção. Irrelevância. Exclusão de cobertura afastada.

“Atenta contra o princípio da boa-fé a limitação da cobertura securitária que a ré procura impor. A se julgar correta a interpretação afirmada pela seguradora, o contrato toma-se de utilidade quase nenhuma, eis que os riscos a que comumente estão sujeitos os prédios são justamente derivados de erros na construção.

“Decisão confirmada” (Ap. Cív. n. 46.513, da Capital, rel. Des. Francisco Borges).

Todavia, convém ressaltar que apenas os autores lacy da Silva, Wanderlei Araújo Lopes e sua espo-

sa, Eva da Silva Lopes, Luiz Henrique Belloni Faria e sua esposa, Fátima Regina Pereira Faria, comprovaram documentalmente a existência de vínculo contratual com a seguradora. Assim, a seguradora deverá responder solidariamente, indenizando tais segurados das verbas despendidas na adequação dos imóveis, conforme restar apurado em liquidação de sentença. Aos demais autores, bem como ao próprio condomínio, por não terem comprovado tal vínculo, não lhes socorre o direito invocado.

2.4. No pertinente ao recurso adesivo, acionado pelo agente financeiro, tendo restado definida a responsabilidade solidária deste no recurso interposto pelos autores, nada há mais a discutir, tendo-se, por isso mesmo, por prejudicado o recurso adesivo.

2.5. Concluindo, a Câmara condena os réus Sólido Engenharia e

Incorporações de Imóveis Ltda., Banco Brasileiro de Descontos S/A — Bradesco, Seguradora Bradesco S/A, bem como o IRB — Instituto de Resseguros do Brasil, aos mesmos encargos definidos na sentença, estendendo-se ao agente financeiro e à seguradora os encargos sucumbenciais.

3. Em face de todo o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso dos autores, julgando-se prejudicado o recurso adesivo.

Presidiu a sessão de julgamento, com voto, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges e dela participou, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu.

Florianópolis, 3 de setembro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Pedro Manoel Abreu,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.005380-0, DE GASPAR**

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Possessória. Constituto possessório. Transferência da posse do bem sobre o qual se postula a proteção possessória. Entabulado o pacto, a posse para o alienante torna-se injusta, perdendo o caráter ad interdicta em face do proprietário.*

*Evidenciando-se pelo contrato que os autores transferiram a posse do bem sobre o qual postulam a proteção possessória, não gozam do direito de invocar a edição do interdito. Tendo entabulado o pacto, sua posse transmutou-se, tornando-se injusta, perdendo o caráter ad interdicta em face do proprietário.*

*Assim, não mais há falar em direito possessório dos alienantes, mas de mera detenção, configuradora do constituto possessório,*

*posto que passaram a possuir a coisa não mais em nome próprio mas em nome alheio. É o que se verifica, v. g., quando alguém, possuindo um bem, na qualidade de proprietário, o aliena, mas continua a possuí-lo, como arrendatário, comodatário, ou como depositário.*

*A posse, ainda que tismada por diversos vícios, pode ensejar o manejo dos interditos, desde que seja melhor do que aquela exercida pelo turbador, esbulhador ou autor da ameaça. Todavia, tal situação não é possível, se a posse dos autores nem sequer entremostra respaldar-se em razão de direito, à vista do contrato.*

*Vistos, relatados e discutidos este autos de Apelação Cível n. 97.005380-0, da comarca de Gaspar, em que são apelantes Antônio Moser e sua esposa, Horacy Machado Moser, sendo apelados Engelberto Deschamps e sua esposa, Olga Deschamps:*

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

Custas legais.

1. Antônio Moser e sua esposa, Horacy Machado Moser, ajuizaram ação de manutenção de posse cumulada com perdas e danos, narrando, na exordial, ser possuidores de área de terra de 33.961,03m<sup>2</sup>, parte remanescente de imóvel maior, com área de 334.565m<sup>2</sup>, na cidade de Ilhota. Contaram que, por ocasião da venda do imóvel, reservaram-se verbalmente parte dele (os já mencionados 33.961,03m<sup>2</sup>) e que, nas vendas posteriores, tal convenção continuou sendo respeitada.

Os autores asseveraram, todavia, que os réus passaram a turbar a posse, derrubando cercas e retirando a plantação de cana que mantinham, razão por que clamaram pela proteção possessória.

Juntaram documentos a fls. 7 usque 15.

Realizada audiência de justificação de posse, o DD. Juiz de Direito deferiu a medida liminar pleiteada.

Contestando o pedido, os réus sustentaram que em 22 de novembro de 1979, por meio de contrato de permuta (fls. 44/7), os autores transmitiram a posse à Construtora e Comércio H. Schultz e Cia. Ltda., que já era proprietária do bem, tendo-o adquirido de José Pereira (fls. 8). Contaram, outrossim, que a construtora desmembrou o imóvel, tendo sido alienados aos réus os lotes de números 1, 2, 4, 5, 6 e 9, restando aos autores o lote n. 3. Defenderam, dessarte, que sua posse advém da aquisição dominial junto à Construtora H. Schultz.

Servindo-se da duplicidade da ação, os réus pugnaram igualmente pela proteção possessória.

Juntaram documentos às fls. 43/59.

Replicando, os acionantes aduziram que, de fato, firmaram contrato de compromisso de permuta, mas que a posse não foi transferida à construtora porque o pacto não fora cumprido integralmente.

Audiência de conciliação inexistente (fls. 70).

Na audiência de instrução e julgamento foram ouvidas testemunhas de ambas as partes. Na mesma oportunidade o DD. Juiz de Direito, Dr. Elton Vitor Zuquelo, entregou a prestação jurisdicional, observando que, em virtude do pacto de fls. 44/7, os autores transmitiram a posse do bem sob litígio, passando à condição de meros detentores, por força do constituto possessório. Assim, julgou improcedente o pedido, revogando a liminar outrora concedida e conferindo a posse aos réus.

Inconformados, os autores interpuuseram recurso de apelação averbando, preliminarmente, que a sentença é nula porque, com o falecimento de um dos acionados, Engelberto Deschamps, não se realizou a substituição de parte.

No mérito, obtemperaram que a interveniente, Construtora e Comércio H. Schultz, não poderia ter transferido a posse aos réus, porquanto o contrato de permuta entre a construtora e os autores atribuiu àquela tão somente a posse precária. Sustentaram que, no contrato de permuta, a transmissão da posse à refalada construtora apenas fora prometida, não tendo sido efetuada.

Contra-arrazoando o apelo, a ré sustentou a deserção do recurso e não haver a nulidade apontada pelos recorrentes, uma vez que a meeira e os herdeiros ratificaram os atos praticados.

Tocantemente à questão de fundo, reiteraram as assertivas vertidas na peça contestatória.

Após, os autos foram alçados a esta instância.

2. De início, impende afastar a alegada nulidade da sentença que, segundo os apelantes, teria ocorrido porque, não obstante a morte de um dos réus, o feito não foi suspenso para que se procedesse à habilitação do espólio ou dos herdeiros. Consabido que não é de ser declarada nulidade sem que haja dano, mormente quando os próprios interessados — aqui, os sucessores do de cujus — demonstram não ter sofrido prejuízo, tanto que se habilitaram nos autos, juntando procuração às fls. 113.

Digno de nota, além disso, que o óbito não era do conhecimento do Sentenciante, tendo sido comprovado apenas em sede recursal, pelo que não se poderia pretender fosse determinada a suspensão do processo.

Destruindo idêntica controvérsia, em acórdão relatado com o descortino costumeiro pelo Des. Alcides Aguiar, esta Câmara externou:

“...a suspensão do processo só ocorrerá ante a denúncia do fato e mesmo assim, se já iniciada a audiência, aquela só advirá a partir da publicação da sentença ou do acórdão.

“A clareza do dispositivo legal encontra ressonância nos Tribunais, onde de forma tranqüila considera-se que ‘a morte de parte ou do seu representante legal ou do procurador causa a suspensão do prazo, desde que o Juiz a conheça em face da prova’ (RT 490/120); ‘a morte do representante legal da parte só suspende o processo se o Juiz ou o Tribunal tiverem ciência do fato. São eficazes os atos processuais praticados depois do óbito não denunciado. O acórdão proferido nes-

tas circunstâncias não é suscetível de rescisão, porque ignorava a causa suspensiva do processo. O art. 265, § 1º, do CPC, pressupõe a ciência do fato (...)’ (2º G. de CC, TJ/RGS, in RJTJ/RS, n. 101/209).

“Como destaca neste último julgado o ilustre Des. Galeno Lacerda, citando Pontes de Miranda: ‘Se o Juiz ignora a morte, pode proferir a sentença (...)’” (Ap. Cív. n. 36.291, de Chapecó, in JC 71/242).

Tocantemente ao mérito, o contrato de fls. 44/7 atesta que os autores transferiram a posse do bem sobre o qual postulam a proteção possessória, não gozando, portanto, do direito de invocar a edição do interdito. Tendo entabulado o pacto, sua posse transmutou-se, tornando-se injusta e, consecutório inafastável, perdendo o caráter ad interdicta em face do proprietário.

A permuta realizada não deixa dúvidas acerca da inconsistência da irresignação dos autores/apelantes, comprovando, ao depois, exercer posse revestida de juridicidade apenas sobre os 600m<sup>2</sup> ressalvados no contrato de permuta, no parágrafo 6º da quinta cláusula. Afora a área mencionada não há falar em direito possessório dos apelantes, mas de mera detenção, tratando-se, como bem salientado no decisum, de constituto possessório.

Preleciona Orlando Gomes que “No *constitutum possessorium*, o possuidor de uma coisa em nome próprio passa a possuí-la em nome alheio. Na posse anterior, o *animus* era *domini*, o qual se substituiu pelo *animus nomine alieno*. É o que se verifica quando alguém, possuindo um bem, na qualidade de proprietário, o aliena, mas conti-

nua a possuí-lo, seja, por exemplo, como arrendatário ou como comodatário, seja como depositário...” (Direitos Reais. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pág. 52).

Ainda que se não reputasse válida a permuta, a escritura pública de fls. 8 já seria suficiente para atestar o direito da interveniente (Construtora e Comércio H. Schultz), pois inexistente no instrumento da avença qualquer cláusula a excluir a gleba sobre a qual os acionantes pretendem ver-se mantidos.

Bem verdade que no juízo possessório, em regra, não se discute o domínio; entretanto, no caso sob estudo, à míngua de elementos consistentes a indicar qual a melhor posse, o domínio há de ser posto em tela ad *colorandum possessionis*, o que importa compulsar o contrato de compromisso de compra e venda encartado a fls. 52/3.

Quanto à assertiva dos autores de que o contrato de permuta de fls. 44/6 não fora cumprido, não é merecedora de crédito, tendo-se em vista que inexistem nos autos quaisquer provas de que tenha sido resolvido. O descumprimento parcial do referido contrato, mesmo se provado — e não o foi —, não poderia ser objeto de apreço neste feito, demandando o aforamento de ação própria.

Irrefutável que a posse, ainda que tisonada por diversos vícios, pode ensejar o manejo dos interditos, desde que seja melhor do que aquela exercida pelo turbador, esbulhador ou autor da ameaça. Todavia, a situação perscrutada por este Sodalício revela, por um lado, que a posse dos autores nem sequer entremostra respaldar-se



em razão de direito, à vista do contrato de permuta, amiúde mencionado; por outro, que os demandados adquiriram a propriedade do bem sob litígio.

Mostrando-se lânguida a posse exercida pelos apelantes, conceder-lhes a proteção possessória seria medida absolutamente avessa ao direito; imperioso, então, seja deferida aos apelados, ressalvada, à evidência, a área de 600m<sup>2</sup> sobre a qual os autores mantêm posse jurídica, tudo em consonância com o disposto na sentença increpada.

3. Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 26 de fevereiro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Pedro Manoel Abreu,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.005176-2, DE JAGUARUNA**

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Ação ordinária. Contrato de abertura de crédito fixo. Novação. Inocorrência. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade aos contratos bancários. Multa contratual. Redução para 2%. TBF pactuada. Cumulação com comissão de permanência. Impossibilidade. Juros. Capitalização. Vedação legal. Limitação a 12% ao ano. Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, CF.*

*É indispensável, para ocorrer novação, que assim seja da vontade expressa das partes ou por incompatibilidade entre o novo pacto e o anterior, isso porque, não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira (RT 591/149).*

*A jurisprudência mais recente, inclusive do STJ, vem consagrando o entendimento de que mesmo os bancos devem pautar-se pelas diretrizes do Código de Defesa do Consumidor. O produto, nesse caso, é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo o banco fornecedor; e consumidor, o mutuário ou creditado.*

*Cuidando-se de matéria de ordem pública, a multa moratória é de ser minorada, ex officio, de 10 para 2% do saldo devedor, de sorte a amoldar-se ao § 1º do art. 52 do Estatuto do Consumidor.*

*Não há ilegalidade na utilização da TBF — Taxa Básica de Financiamento — como índice de correção monetária desde que previamente pactuada pelas partes (Ap. Cív. n. 97.015472-0, rel. Des. Eder Graf).*

*Consoante a dicção da Súmula 30 do STJ, são inacumuláveis a comissão de permanência e a correção monetária, o que não significa, entretanto, que aquela nunca possa ser exigida. Para que ambas sejam viáveis — além da expressa contratação da comissão —, necessário diferirem os lapsos temporais em que incidam, utilizando-se a primeira até o aforamento da execução e a última a partir deste.*

*A prática do anatocismo continua sendo vedada em nosso sistema jurídico, sendo autorizada unicamente nas operações regidas por leis especiais, ainda que expressamente convencionada. Neste sentido, inclusive, a Súmula 121 do STF, da qual não estão excluídas as instituições financeiras, em face da Súmula 596, conforme o entendimento do próprio Pretório Excelso.*

*“Entre mais de uma solução possível no ordenamento jurídico, escolhe-se aquela ditada por critério valorativo e político, no sentido de que os juros remuneratórios são limitados a 12% ao ano, tanto pelo entendimento da auto-aplicabilidade da norma constitucional, quanto pela incidência da legislação infraconstitucional” (TARS, ADCOAS n. 8157524).*

*Recurso adesivo. Não conhecimento. Ausência de sucumbência recíproca. Matéria, ademais, não articulada na contestação e não enfocada na sentença.*

*Tendo sido julgado improcedente o pedido, não tem o réu interesse recursal, uma vez que não restou vencido e para o recurso adesivo é condição de admissibilidade a sucumbência recíproca, a teor do art. 500 do CPC.*

*Se a matéria deduzida na insurgência não foi articulada na litis contestatio, e também não constituiu fundamento da sentença, está colhida pela preclusão consumativa, em face do princípio da eventualidade, importando sua invocação apenas em sede recursal em inovação intolerável, não verificada hipótese de ordem pública.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.005176-2, da comarca de Jagu-*

*runa, em que é apelante Pedro Antônio Martins, sendo apelado Banco do*

*Estado de Santa Catarina S/A — BESC:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso adesivo e prover parcialmente o apelo.

Custas da lei.

1. Pedro Antônio Martins aforou ação ordinária em face do Banco do Estado de Santa Catarina S/A, alegando, em suma, conforme relatado na sentença profligada, que por muitos anos movimentou sua conta corrente no acionado, sendo-lhe concedido limite de crédito em conta corrente (cheque nobre). Pela utilização do referido crédito, o banco passou a exigir-lhe juros extorsivos e capitalizados, além de atualização monetária pela Taxa Referencial — TR — ou outro índice cartelizado, repassados automaticamente em sua conta, culminando num saldo negativo exagerado. Alegou que, sob pressão, renegociou o débito por contrato de abertura de crédito fixo para pagamento parcelado, documento que foi assinado em branco, sob pena de corte de crédito e negativação perante o Serasa e SPC.

Aduziu não ter tido acesso ao crédito decorrente da operação, integralmente utilizado para cobrir o saldo negativo de sua conta, e, em razão da impossibilidade de pagamento das parcelas, por aumento exagerado, bem como do quantum global, celebrou novo contrato, não adimplido pelos mesmos motivos.

Discorreu sobre o cabimento da ação, apontando os contratos, atacando a usura. Citou os arts. 1.062 e 1.262 do CC, e 192 da Carta da República, trazendo farta matéria acerca do

tema, atacando a capitalização dos juros, assim como sua cobrança em percentual acima do limite constitucional e a utilização das taxas TR, ANDIMA, ANBID, CETIP, CDB e CDI.

Aludiu ser nulo o contrato que objetivar o ilícito civil e penal, além de portar vícios na origem, por erro, dolo ou simulação.

Invocou o Código de Defesa do Consumidor, argumentando ser ilegal a cumulação da comissão de permanência com correção monetária, assim como nulas as estipulações acerca das taxas aplicáveis sob a primeira titulação, tecendo considerações e requerendo a procedência do pleito, com a efetivação das providências solicitadas na inicial e condenação do réu no pagamento das custas processuais e honorários de advogado.

Citado, o requerido apresentou resposta, em forma de contestação, arguindo, em preliminar, a invalidade da citação.

No mérito, informou que o produto do contrato de abertura de crédito fixo havido entre as partes foi utilizado para liquidar dívida anterior, caracterizando-se a novação. Impugnou as afirmativas efetuadas e, aduzindo que todos os itens foram efetivamente contratados, explicou limitar-se a aplicar regras do Banco Central.

Trouxe doutrina a respeito da força obrigacional dos contratos, entendeu lícita a capitalização mensal dos juros e a atualização dos valores pelos índices atacados, lembrando que a limitação constitucional carece de regulamentação, citando o art. 1.262 do Código Civil, pugnando pela improcedência do pleito.

Sentenciando, a Dra. Juíza de Direito julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor atribuído à demanda, bem como no percentual de 20% do valor da causa, a título de litigância de má-fé.

O acionante opôs embargos de declaração, a final rejeitados, alegando contradição e omissão do decisum, por não ter examinado a nulidade da novação e a limitação de juros.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, o autor apelou, reprisando a matéria deduzida na exordial, postulando, preferencialmente, a anulação da sentença por cerceamento de defesa. Alternativa e secundariamente, a reforma da decisão para, admitida a análise do débito, desde sua origem, declarar-se a nulidade dos títulos. E, por fim, alternativa e terciariamente, reconhecer-se e declarar-se o excesso apontado e decorrente das ilegalidades e abusos perpetrados pelo apelado, com a aplicação de juros extorsivos e capitalizados mensalmente, atualização monetária por índice ilegal e aplicação de comissão de permanência com taxas unilateralmente fixadas, para declarar-se a inexistência do débito ou sua redução, expungido o excesso.

O apelado, de seu turno, propugnou a manutenção da decisão impugnada, recorrendo adesivamente com intuito de ver declarada a inadmissibilidade da ação declaratória proposta, já que aforada antecedentemente execução para a cobrança do débito.

O recurso adesivo foi contrarrazoado, tendo os autos alçado a esta instância jurisdicional.

2. Como se demonstrará, merece provido parcialmente o apelo, não se conhecendo do recurso adesivo.

2.1. No pertinente ao recurso adesivo, de efeito, não merece conhecido por duplo fundamento — primeiro, porque o réu não restou vencido. Ao depois, a matéria enfocada não foi suscitada na contestação, importando em inovação não tolerada, traduzida em ataque a fundamento não expresso na sentença.

De fato, tendo sido julgado improcedente o pedido, não tem o réu interesse recursal, uma vez que não restou vencido e para o recurso adesivo é condição de admissibilidade a sucumbência recíproca, a teor do art. 500 do CPC.

Neste sentido, colhe-se a lição de Humberto Theodoro Jr. (in Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 18ª edição, Editora Forense, Rio, 1996, pág. 560):

“O recurso adesivo aplica-se exclusivamente nos casos de sucumbência recíproca (art. 500). É comum, em tais circunstâncias, uma das partes conformar-se com a decisão no pressuposto de que igual conduta será observada pelo adversário. Como, no entanto, o prazo de recurso é comum, pode uma delas vir a ser surpreendida por recurso da outra, no último instante”.

No mais, como pontuou o autor, a matéria deduzida não foi articulada na litis contestatio, e também não constituiu fundamento da sentença, estando, portanto, colhida pela preclu-

são consumativa, em face do princípio da eventualidade.

No magistério de Humberto Theodoro Júnior, "Pelo princípio da eventualidade ou da preclusão, cada faculdade processual deve ser exercitada dentro da fase adequada, sob pena de se perder a oportunidade de praticar o ato respectivo".

E acrescenta:

"Assim, a preclusão consiste na perda da faculdade de praticar um ato processual, quer porque já foi exercitada a faculdade processual, no momento adequado, quer porque a parte deixou escoar a fase processual própria, sem fazer uso de seu direito" (in op. cit., pág. 31).

A preclusão consumativa, na definição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em seu festejado Código de Processo Civil Comentado, dá-se "quando a perda da faculdade de praticar o ato processual decorre do fato de já haver ocorrido a oportunidade para tanto, isto é, de o ato já haver sido praticado e, portanto, não pode tornar a sê-lo" (2ª ed., Ed. RT, 1996, SP, págs. 611/12).

Não se conhece, portanto, do recurso adesivo.

3. Tocantemente ao apelo, merece provimento parcial.

3.1. Não há falar em cerceamento de defesa, em vista do julgamento antecipado da lide.

A matéria discutida era eminentemente de direito, justificando o conhecimento direto do pedido, a teor do art. 330, I, do CPC, conforme concluiu judiciosamente o decisório impugnado.

Diga-se que a lide envolve basicamente a interpretação de cláusulas contratuais, à luz da Constituição, do Código de Defesa do Consumidor e de outras matérias reguladas pela legislação infraconstitucional, de modo que a produção de provas não lhe restringiu o exercício do contraditório.

3.2. De outro vértice, ao contrário do que concluiu a douta sentença profligada, incorreu na espécie a novação, mas simples renovação de obrigação originariamente pactuada que, pelo seu conteúdo, apenas teve o condão de confirmar obrigação anteriormente ajustada.

Para renovar, ou novar a obrigação, é indispensável o ânimo, pois, segundo J. M. Carvalho Santos (in Código Civil Brasileiro Interpretado, 6ª ed., Livraria Freitas Bastos, 1955, pág. 178), o animus novandi é erigido em elemento decisivo para a novação. Não se presumindo, necessário se faz 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.

Washington de Barros Monteiro (in Curso de Direito Civil, 4º vol., 28ª ed., Saraiva, 1995, pág. 297) 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.

No mesmo diapasão, a orientação da jurisprudência:

"É indispensável, para ocorrer novação, que assim seja da vontade expressa das partes ou por incompatibilidade entre o novo pacto e o anterior, isto porque, não havendo âni-

mo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira" (RT 591/149).

"A tolerância quanto à observância de prazo, seja pela prorrogação, ou eliminação daquele ajustado, autoriza, à falta de outras obrigações em sentido contrário, tão-somente o reconhecimento de alteração ou modificação da obrigação originária, posto que não se caracteriza, nessas hipóteses, a novação, cujos elementos fundamentais não sejam afetados. Outrossim, 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; não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira" (JB 124/170).

A propósito do tema, esta Corte já teve ensejo de pronunciar-se em diversas oportunidades. Na Apelação 32.857, rel. Des. Eder Graf, "novação não se presume" (CA — 551/210); na Apelação 24.340, rel. Des. Hélio Mosimann, "A novação não se presume, devendo o animus novandi resultar cabalmente provado" (JC 53/140); na Apelação 23.810, rel. Des. Ernani de Palma Ribeiro, "Como preleciona o insigne Clóvis Beviláqua, 'A novação de dívida pressupõe: 1) o acordo entre as partes, 2) uma obrigação válida anterior, 3) o ânimo de novar, expresso ou claramente demonstrado deduzido dos termos da nova obrigação, porque, na falta desta intenção, subsistem as duas obrigações, vindo a segunda reforçar a primeira, 4) validade da segunda obrigação" (JC 51/133); no Agravo de Instrumento n. 3.421, rel. Des. Norberto Ungaretti, "Novação. Sem que uma dívida seja efetiva-

mente substituída pela outra, não há novação" (CA — 289/72).

Nesse contexto, é possível revisar o contrato de abertura de crédito fixo constante de fls. 105.

No que pertine aos contratos anteriores, mencionados na exordial, nenhuma prova produziu o autor de sua existência. Desse modo, não é possível o exame das condições neles estabelecidas.

3.3. Sustenta o apelante que o contrato em apreço encerra cláusulas abusivas, pelo que postula sua adequação aos ditames do Código de Defesa do Consumidor.

A orientação que imperava nesta Corte de Justiça era de que o referido Codex não se prestava a reger instituições financeiras, porque o produto negociado pelo banco não seria entregue ao destinatário final, incidindo, por isso, a legislação bancária.

No entanto, jurisprudência mais recente vem consagrando que mesmo os bancos devem pautar-se pelas diretrizes do Código de Defesa do Consumidor. Nesta senda:

"...A orientação jurisprudencial tem evoluído no sentido de possibilitar o controle judicial dos contratos de adesão, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, ainda que se trate de pacto de crédito bancário..." (Ap. Cív. n. 49.970, de Blumenau, relatada pelo signatário, j. 16/5/96).

Em precedente do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, assentou-se:

"O conceito de consumidor, por vezes, se amplia, no CDC, para proteger quem 'equiparado'. É o caso do art. 29. Para o efeito das práticas co-

merciais e da proteção contratual, 'equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas'.

"O CDC rege as operações bancárias, inclusive as de mútuo ou de abertura de crédito, pois relações de consumo.

"O produto da empresa de banco é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo, portanto, fornecedora; e consumidor o mutuário ou creditado" (RT 697/173).

O Superior Tribunal de Justiça também tem dado mostras da nova tendência jurisprudencial:

"Código de Defesa do Consumidor. Bancos. Cláusula penal. Limitação em 10%. 1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco..." (REsp. n. 57.974, do Rio Grande do Sul, rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, in DJ de 29/5/95, pág. 15.524).

Nesse contexto, ressalta, de pronto, que, em virtude da índole pública da matéria, a multa contratual estabelecida no contrato em 10% do saldo devedor há de ser minorada, ex officio, para 2%, em observância ao art. 52, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 9.298/96.

Nesta senda, aliás, já decidiu a Corte na Ap. Cív. n. 97.011311-0, de Ponte Serrada, em aresto da lavra do signatário:

"A jurisprudência mais recente, inclusive do STJ, vem consagrando o entendimento de que mesmo os bancos devem pautar-se pelas diretrizes do Código de Defesa do Consumidor. O produto, nesse caso, é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo o banco fornecedor; e consumidor o mutuário ou creditado.

"Cláusula penal. Multa contratual. Limitação em 2%. Cuidando-se de matéria de ordem pública, a multa moratória é de ser minorada, ex officio, de 10 para 2% do saldo devedor, de sorte a amoldar-se ao §1º do art. 52 do Estatuto do Consumidor".

3.4. No caso vertente, pretende o apelante expungir do débito o que denomina de excesso, decorrente da aplicação de juros extorsivos e capitalizados mensalmente, atualização monetária por índice ilegal e aplicação de comissão de permanência por taxas unilateralmente fixadas.

Compulsando-se o contrato de fls. 105, assim como o demonstrativo do débito de fls. 106, verifica-se que estão sendo exigidos os encargos contratados, correspondentes a juros de 2% ao mês, mais a Taxa Básica de Financiamento — TBF, multa contratual de 10% e juros moratórios de 12% ao ano. Além disso, para o caso de inadimplência, ajustou-se a cobrança de comissão de permanência igual aos encargos previstos, ou a critério do banco, de acordo com as taxas de mercado.

3.4.1. Sobre a TBF, não se vislumbra ilegalidade em sua cobrança,

como ainda recentemente averbado esta Corte no julgamento da Ap. Cív. n. 97.015472-0, de Abelardo Luz, em que foi relator o eminente Des. Eder Graf :

“...Não há ilegalidade na utilização da TBF — Taxa Básica de Financiamento — como índice de correção monetária desde que previamente pactuada pelas partes” (in DJ 19/6/98, pág. 17).

Neste tocante, portanto, imerece acolhimento a insurgência.

3.4.2. Todavia, a TBF, como índice de atualização monetária, não poderá ser exigida concomitantemente com a comissão de permanência.

Consoante a dicção da Súmula 30, são inacumuláveis a comissão de permanência e a correção monetária, o que não significa, entretanto, que aquela nunca possa ser exigida. Para que ambas sejam viáveis — além da expressa contratação da comissão —, necessário diferirem os lapsos temporais em que incidam, utilizando-se a primeira até o aforamento da execução e a última a partir deste.

Nessa senda há aresto relatado pelo eminente Des. Trindade dos Santos, vazado nos seguintes termos:

“Como já proclamou o colendo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo:

‘Livres são as partes para a contratação e, se embutiram no contrato a costumeiramente denominada comissão de permanência, em percentuais claros, nenhuma ilicitude ou abuso há por ser encontrado. O que não pode ocorrer ou aceitar-se é a cumulação da comissão de perma-

nência e correção monetária para um mesmo período. Ou manter-se a comissão de permanência a partir do momento em que, por força de lei, deve ser aplicada a correção monetária’ (JTACSP 102/62).

“É, igualmente, o posicionamento adotado por este Sodalício.

“A título de exemplificação, destaque-se:

‘A comissão de permanência é inacumulável com a correção monetária. Aquela faz-se devida até o ajuizamento da execução e a última a partir deste’ (Ap. Cív. n. 40.602, de Blumennau, rel. Des. Alcides Aguiar)” (1ª CC., Ap. Cív. n. 88.092221-4 (52.236), de São José, j. 13/6/97).

Ainda:

“...Comissão de permanência e correção monetária — Compossibilidade.

“Há compossibilidade na cobrança da comissão de permanência com a correção monetária, bastando que a incidência de uma e outra ocorra em momentos distintos; aquela, até a execução do contrato; esta, a partir daí” (3ª CC, Ap. Cív. n. 96.009279-0, de Bom Retiro, rel. Des. Eder Graf, j. 26/11/96).

De todo o modo, não poderá o apelado aplicar taxas ao seu talante. Conforme pertinentemente sustenta o apelante, são inaplicáveis as taxas ANBID/CETIP. Neste lote o direito o socorre, tendo esta Corte, acerca da matéria, decidido:

“Referente à aplicação da taxa ANBID/CETIP, incide a vedação do art. 115 do Código Civil, por ser potestativa.



“Já decidiu esta Primeira Câmara, que ‘a taxa de juros através do índice ANBID (Associação Nacional dos Bancos de Investimentos e Desenvolvimento) é potestativa (art. 115 do Código Civil) por sujeitar a parte ao arbítrio da outra” (Ap. Cív. n. 38.815, de Itapiranga, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, DJE de 21/8/92).

Colhe-se do corpo do v. acórdão:

“A taxa ANBID (Associação Nacional dos Bancos de Investimentos e Desenvolvimento) é unilateral, originada de instituição destinada à defesa dos interesses das empresas financeiras, sendo verdadeiramente potestativa, infratora do art. 115 do Código Civil, que reza: ‘São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes’.

“O índice unilateral é contra legem, verdadeiramente potestativo, isto é, depende ‘do poder da vontade ou do mero arbítrio de uma das partes estipulantes, que têm interesse no negócio jurídico’ (Pedro Nunes, Dicionário de Tecnologia Jurídica, 5ª ed., vol. I, pág. 245), cuja cláusula ‘não é possível à formação de vínculo jurídico, por lhe faltar vontade séria de se obrigar’ (Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, Freitas Bastos, 9ª ed., vol. III, pág. 34)” (AI 97.005208-1, Des. Silveira Lenzi).

3.4.3. No que toca à capitalização de juros, igualmente assiste razão ao apelante.

A prática do anatocismo continua sendo vedada em nosso sistema

jurídico, sendo autorizada unicamente nas operações regidas por leis especiais, ainda que expressamente convencionalizada. Neste sentido, inclusive, a Súmula 121 do STF, da qual não estão excluídas as instituições financeiras, em face da Súmula 596, conforme o entendimento do próprio Pretório Excelso:

“É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionalizada (Súmula 121). Dessa proibição não estão excluídas as instituições financeiras, dado que a Súmula 596 não guarda relação com o anatocismo. A capitalização semestral de juros, ao invés da anual, só é permitida nas operações regidas por leis especiais que nela expressamente consentem. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RTJ 92/1.341).

No mesmo diapasão:

“Juros. Capitalização. A capitalização semestral de juros, ao invés da anual, só é permitida nas operações regidas por leis ou normas especiais, que expressamente autorizem. Tal permissão não resulta do art. 31 da Lei n. 4.595, de 1964. Decreto n. 22.626/1933, art. 4º. Anatocismo: sua proibição. *Ius cogens*. Súmula 121. Dessa proibição não estão excluídas as instituições financeiras. A Súmula 596 não afasta a aplicação da Súmula 121. Exemplos de leis específicas, quanto à capitalização semestral, inaplicáveis à espécie. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido, por negativa de vigência do art. 4º do Decreto n. 22.626/1933, e contrariedade do acórdão com a Súmula 121, dando-se-lhe provimento” (RTJ 124/616, rel. Min. Néri da Silveira).

Não discrepa desse entendimento a orientação do STJ:

“Contrato de abertura de crédito — Cheque especial — Juros — Capitalização mensal — Inadmissibilidade — Financiamento que não se inclui no elenco em que leis especiais admitem prática do anatocismo.

“O Superior Tribunal de Justiça, após período inicial de divergência, adotou entendimento permissivo da capitalização mensal dos juros, mas isso em existindo expresso dispositivo de lei que a admita, como para os créditos rurais o art. 5º do Dec.-lei 167/67, para os créditos industriais o art. 5º do Dec.-lei 413/69, e para os créditos comerciais o art. 5º da Lei 6.840/80. A não ser assim, vige a Súmula 121 do STF, não revogada pela Súmula 596 do mesmo pretório (RTJ, 124/616). Recurso especial não conhecido” (RT 697/191, rel. Min. Athos Carneiro).

Esta Corte de Justiça já teve ensejo de pronunciar-se sobre o assunto na Ap. Cív. 45.023, de Taió, em que foi relator o Des. Eládio Torret Rocha:

“Processo de execução. Embargos do devedor. Capitalização indevida de juros em contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente. Anatocismo caracterizado. Apelo acolhido.

“A capitalização de juros mês a mês é prática ilegal, mesmo pactuada pelas partes, por atentar contra a direção do art. 4º do Decreto n. 22.626/33, não revogada pela Lei n. 4.595/64. É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada (Súmula 121 do STF). A Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal em ne-

num momento atingiu a orientação do enunciado contido na Súmula 121, da mesma Corte, que continua em pleno vigor, a coibir a ocorrência do anatocismo” (DJ n. 9347, de 27/10/95, pág. 10).

No mesmo norte decidiu esta colenda Câmara, na Ap. Cív. n. 96.001030-0, de Videira, em aresto sob a relatoria do signatário:

“Embargos do devedor. Contrato de abertura de crédito rotativo. Capitalização de juros. Anatocismo. Vedação nas operações de crédito, ainda quando pactuadas. Tolerância apenas nas hipóteses de expressa previsão legal. Súmula 121 do STF.

“A prática do anatocismo continua sendo vedada em nosso sistema jurídico, sendo autorizada unicamente nas operações regidas por leis especiais, ainda que expressamente convencionada. Neste sentido, inclusive, a Súmula 121 do STF, da qual não estão excluídas as instituições financeiras, em face da Súmula 596, conforme o entendimento do próprio Pretório Excelso”.

3.4.4. No que toca à limitação constitucional dos juros reais, é consabida a posição do STF a propósito da negativa de auto-aplicabilidade do § 3º do art. 192 da Constituição Cidadã. Entretanto, a orientação contrária vem-se espalhando. Apesar de vencido, o Min. Paulo Brosard, na ADIn n. 004-DF, teve o ensejo de sustentar a eficácia imediata da norma prefalada, comentando em seu voto:

“Tenho para mim que o § 3º do art. 192 tem em si mesmo elementos bastantes para imperar desde logo e independentemente de lei comple-

mentar, até porque esta, querendo ou não o legislador, não poderá ter como juro máximo 12% ao ano, incluídas nessa taxa, que, aliás, não é nova entre nós, toda e qualquer comissão ou tipo de remuneração direta ou indiretamente referida à concessão do crédito. Isto porque, como é sabido, como a chamada lei de usura prescrevesse como limite máximo a taxa de juros de 12%, instituições financeiras, sob pressão do fenômeno inflacionário, passaram a cobrar outras taxas sob rótulos distintos.

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

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

“É o caso da ‘taxa de juros reais’ inscrita no § 3º do art. 192 da

Constituição, que tem conceito jurídico indeterminado, e que, por isso mesmo, deve o juiz concretizar-lhe o conceito, que isto constitui característica da função constitucional” (RTJ 147/816).

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

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

“A norma que regulamentará referido parágrafo jamais poderá firmar juros superiores aos 12%; pode-

rá, sim, estabelecer um limite menor. E, neste caso, qual a necessidade de lei regulamentadora se esta nunca poderá fixá-los acima de 12% ao ano. Por isso, o § 3º do art. 192 da CF tem eficácia plena e imediata, já que veda expressamente a cobrança de juros superiores ao limite nele fixado, além de assegurar direito dos operadores do mercado financeiro de vê-lo aplicado. Ou seja, com ou sem lei complementar, a taxa de juros reais não poderá ser mais que 12% ao ano; a lei a ser elaborada é que estará subordinada ao § 3º do art. 192, e não este subordinado àquela; não há necessidade de repetir o que já está na Constituição.

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

Na refinada intelecção do Des. Trindade dos Santos, “Por insculpir uma norma essencialmente restritiva, o art. 192, § 3º, da Lei Maior, erigiu um direito auto-exercitável no âmbito do sistema financeiro pátrio, já que delimitou, com plenitude, a taxa máxima de juros reais a ser praticada no território nacional. A não ser por puro protecionismo aos economicamente mais fortes, verdadeiramente detentores do monopólio financeiro, é que se poderá admitir possa o legislador ordinário contrapor-se, em norma regulamentadora, à realidade implantada constitucionalmente, instituindo, então, uma

taxa superior a 12% anuais” (1ª CC, Ap. Cív. n. 97.010947-4, de Maravilha, j. 4/11/97).

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

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

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

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

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

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

“Entre mais de uma solução possível no ordenamento jurídico, escolhe-se aquela ditada por critério valorativo e político, no sentido de que os juros remuneratórios são limitados

a 12% ao ano, tanto pelo entendimento da auto-aplicabilidade da norma constitucional, quanto pela incidência da legislação infraconstitucional" (TARS, 3º Gr. Cív., Emb. 196080501, de Planalto, rel. Carlos Alberto Alves Marques, in ADCOAS n. 8157524).

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

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

"Juros reais. Artigo 192, § 3º.

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

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

"O dispositivo constitucional, saliente-se, é auto-aplicável, pois somente os incisos do art. 192 é que dependem de lei regulamentadora, enquanto o limite dos juros é dado no § 3º, só remetendo para lei complementar a definição da sanção penal ao crime de usura. Ocorre, como ficou assentado na Apelação Cível 189078439, da 1ª Câmara do egrégio Tribunal de Alçada, que a norma já contém, em seu enunciado, todos os

elementos necessários à sua aplicação. Logo, é auto-executável, de incidência imediata (BIM 153/36, JTARGS 75/156, 78/356, 79/200, 80/200 e 357, 83/246 e 273), aderindo-se, enfim, à corrente que teve como precursores no Estado os acórdãos mencionados em JTARGS 79/320" (3ª CC).

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

O egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais já decidiu:

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

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

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

"Pronunciamos-nos, pela imprensa, a favor de sua aplicabilidade imediata, porque se trata de uma norma autônoma, não subordinada à lei prevista no caput do artigo. Todo pa-

rágrafo, quando tecnicamente bem situado (e este não está, porque contém autonomia de artigo), liga-se ao conteúdo do artigo, mas tem autonomia normativa. Veja-se, por exemplo, o § 1º do mesmo art. 192. Ele disciplina assunto que consta dos incs. I e II do artigo, mas suas determinações, por si, são autônomas, pois uma vez outorgada qualquer autorização, imediatamente ela fica sujeita às limitações impostas no citado parágrafo.

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

Ainda com esteio na doutrina, tem-se que a norma enfocada “a) ... é auto-aplicável, bastando-se por si na qualidade de diretiva material permanente...; b) admitindo-se, para argumento, a necessidade de regulamentação, deve-se obter-se que a Constituição delimitou clara e explicitamente o percentual de 12% anuais, vinculando o legislador, julgador e os

particulares nesses limites; c) também ad argumento, ainda que programático, o dispositivo tem conteúdo limitativo e eventual lei complementar regulamentadora não poderia ultrapassar a taxa estipulada, sob pena de declaração de inconstitucionalidade” (Gustavo Saad Diniz, Juros nos Contratos Particulares de Mútuo e Financiamento Bancário de Crédito, in Revista Jurídica, vol. 240, pág. 27).

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

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

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

Nesse contexto, é atilada a conclusão de Édis Milaré, ao consignar que “...no Estado Social de Direito, à extrema facilidade com que novos direitos são declarados, contrapõe-se a minguada atuação prática desses direitos” (apud Sílvio Dobrowolski, A Necessidade de Ativismo Judicial no Estado Contemporâneo, in Revista da

Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, vol. 2, pág. 164).

A limitação constitucional aos juros reais é medida de importância socioeconômica invulgar, significando, na lição de MacPherson, que "...as normas sociais e os valores éticos devem prevalecer sobre os valores do mercado impessoal ou pelo menos resistir a eles" (apud César Pasold, *A Função Social do Estado Contemporâneo e o Poder Judiciário*, in *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, vol. 2, pág. 37).

Enfatize-se que prostrar a efetivação do balizamento constitucional dos juros importaria volatilizar a *Lex Mater*, tornando-a letra morta, mera solenidade, tendo por cicerones um constituinte desprezado — por descurar da clareza do texto constitucional — e um Judiciário complacente com a voracidade dos bancos.

4. Por todo o exposto, não se conhece do recurso adesivo, provendo-se parcialmente, entretanto, o apelo, para julgar-se em parte procedente o pedido para, com fundamento no CDC, reduzir a multa contratual de 10 para 2%, e aplicar ao contrato juros reais de 12% ao ano, afastada a capitalização, mais TBF, excluída a comitância de tal encargo com a comissão de permanência, sem prejuízo dos juros moratórios convencionados, arbitrando-se os honorários advocatícios em R\$ 1.000,00.

Participou da sessão de julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges.

Florianópolis, 19 de novembro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Pedro Manoel Abreu,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 51.513, DA CAPITAL****Relator: Des. Orli Rodrigues**

*Ação civil pública — Abertura irregular de logradouro — Desmatamento de área de preservação permanente — Alegação de serviço prestado a terceiro — Irrelevância — Configuração do dano ambiental — Licença não configurada — Responsabilidade que apenas exige nexos causal entre o agente e o dano — Manutenção da sentença — Recurso conhecido e desprovido.*

*1. Configurado o dano ambiental, a responsabilidade do agente mostra-se objetiva, exigindo-se apenas o nexo causal entre a sua conduta e o resultado lesivo.*

*2. A destruição de Mata Atlântica, área de preservação permanente, enseja a propositura de ação civil pública visando a reparação em espécie do ato lesivo.*

*3. Ato da administração pública não possui o condão de autorizar dano ao meio ambiente, que goza de proteção sob o manto da Lex Legum pátria.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 51.513, da comarca da Capital (2ª Vara), em que é apelante Raulino José de Souza, sendo apelado o representante do Ministério Público:*

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

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

O ilustre membro do Parquet Estadual, no uso de suas atribuições constitucionais, propôs ação civil pública, na seara ambiental, em face do Sr. Raulino José de Souza.

Na preliminar destaca a agressão de área de preservação perma-

nente, situada nas encostas do Morro da Cruz, ocorrendo abertura irregular de uma viela neste local. Colima por medida liminar que obrigue o requerido ao imediato fechamento da estrada. Por pretensão derradeira pede a condenação do requerido em obrigação de fazer, resultante na recomposição da cobertura vegetal devastada, bem como ao pagamento de custas e honorários. Sedimenta suas pretensões no art. 225, § 4º, da Carta Magna, no Diploma Federal n. 7.347/85 e nas Leis Municipais ns. 1.224/74 e 1.516/77.

Às fls. 41/42, foi deferida a medida liminar suscitada na exordial.

Em resposta à peça vestibular, o requerido aduz ser parte ilegítima no feito, pois apenas realizava serviço de terraplanagem para terceiro, devendo ocorrer o chamamento ao processo



do Sr. Luiz Athanázio Gonzaga, proprietário do terreno. No mérito, alegou estar amparado por permissão municipal.

O representante ministerial, vislumbrando responsabilidade solidária, opinou pelo chamamento ao processo nos termos da contestação. Após infrutíferas diligências do Sr. Oficial de Justiça, o Juízo foi informado, pelo requerido, que o Sr. Luiz Athanázio reside na cidade do Rio de Janeiro. Diante da situação, após inércia do requerido em promover os atos necessários para a citação, foi o chamamento indeferido pelo preclaro Juiz a quo.

Percorrida incólume a fase instrutória, sendo apresentadas as alegações finais por parte de autor e réu, os autos restaram cerrados para sentença.

Dando desfecho à lide, o preclaro Togado Singular julgou procedente a demanda, ressaltando a comprovação do dano ambiental, e a impertinência da alegação de que haveria licença municipal para edificar naquela área.

Desgostoso com a prolação da sentença monocrática, o requerido produziu o presente reclamo de apelação, sustentando não ter ocorrido dano à vegetação, assim como o fato de ter ele apenas realizado serviço a mando de terceiro.

Nas contra-razões, o Ministério Público ratificou o posicionamento da inicial, propugnando pela manutenção do julgado.

A colenda Procuradoria de Justiça, com a chancela do Excelentíssimo Procurador de Justiça Joel Rogé-

rio Furtado, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Ascenderam os autos a este egregio Sodalício.

É o relatório.

## II — Voto

O apelante lança, de início, conjecturas nas cercanias da legitimidade, aventando ter sido contratado para nivelar propriedade de terceiro.

A questão da responsabilidade por dano ambiental mostra-se remanescente na doutrina e jurisprudência pátria. O dano in voga consagra a responsabilidade civil objetiva, mais precisamente a teoria do risco integral, bastando o liame entre a ação do agente e o prejuízo ambiental.

Por se tratar de risco integral, desinteressam à lide as causas excludentes de reparação, não se questiona a intenção danosa ou não do agente, bem como a licitude da atividade por ele desenvolvida.

A doutrina é generosa em colar o entendimento supra:

“O direito brasileiro assume o princípio da responsabilidade objetiva pelo dano ecológico, o que é uma tendência do direito estrangeiro...”.

E ainda:

“Lembra a posição de Sérgio Ferraz que indica as cinco consequências da adoção da responsabilidade objetiva nesse campo: a) irrelevância da intenção danosa (basta um simples prejuízo); b) irrelevância da mensuração do subjetivismo (o importante é que, no nexo de causalidade, alguém que tenha participado e, tendo participado, de alguma sorte, deve ser

apanhado nas tramas da responsabilidade objetiva); c) inversão do ônus da prova; d) irrelevância da licitude da atividade; e) atenuação do relevo donexo causal” (Direito Ambiental Constitucional, José Afonso da Silva, 2ª ed., 1995, págs. 215/216).

“Com a Constituição de 1988, a responsabilidade civil objetiva do poluidor foi constitucionalizada. Segundo esse sistema, não se aprecia subjetivamente a conduta do poluidor, mas a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e seu ambiente. Nesse caso, para que se possa pleitear a reparação de dano, basta que o autor demonstre onexo causal entre a conduta do réu e a lesão ao meio ambiente a ser protegido” (A Ação Civil Pública em Defesa do Ambiente, Édis Milaré, pág. 210. Apud: Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 — Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação).

O egrégio Pretório Catarinense não destoa das propedêuticas doutrinárias:

“Ao poluidor responsável por fato lesivo ao meio ambiente descabe invocar a licitude da atividade ensejada pela autorização da autoridade competente. A responsabilidade no âmbito da defesa ambiental é objetiva. Bastante é a prova donexo causal entre a ação do poluidor e o dano, para que nasça o dever de indenizar” (Apelação Cível n. 40.190, de Biguaçu, rel. Des. Alcides Aguiar).

Resta claro nos autos que o apelante é quem praticou os atos danosos na área de preservação, não tendo como se escusar da responsabilidade objetiva.

Melhor sorte não o socorre quanto ao fato de possuir licença municipal para edificar na área, alegação ventilada nos autos, mas jamais provada. Mesmo que o apelante tivesse juntado a presente licença, o que, frisamos, não fez, seria inócua a pretensão de, com base nesta manifestação administrativa, afastar os rigores da lei.

Pautado em insignes mestres, esposam-se as seguintes lições:

“Apenas, o Município, ao legislar sobre meio ambiente, terá obrigatoriamente de estar atento às normas já estabelecidas pela União e pelos Estados, que são hierarquicamente superiores às normas municipais”.

E prosseguindo:

“Outro ponto importante nessa matéria é que, na lição de Paulo Affonso Leme Machado, o licenciamento, como medida decorrente do exercício do Poder de Polícia, não cria direitos para o seu beneficiário e pode ser revogado ou modificado a qualquer tempo. Inexiste, assim, para o empreendedor direito adquirido ao exercício de sua atividade nas condições em que inicialmente licenciada” (Limites e Controles dos atos do Poder Público em Matéria Ambiental, Alvaro Luiz Valery Mirra, págs. 35 e 42).

“Não libera o responsável nem mesmo a prova de que a atividade foi licenciada de acordo com o respectivo processo legal, já que as autorizações e licenças são outorgadas com a inerente ressalva de direitos de terceiro, nem quem exerce a atividade poluidora dentro dos padrões fixados, pois isso não exonera o agente de verificar, por si mesmo, se sua atividade é ou

não prejudicial, está ou não causando dano” (Direito Ambiental Constitucional, José Afonso da Silva, 2ª ed., 1995, pág. 216).

“Há que se aduzir, como consequência lógica, que a emissão de autorização ou permissão ou licenciamento pelo Poder Público, ainda que perfeitamente acorde com a legislação vigente, apenas trará para este, solidariamente, a obrigação de indenizar. A licitude da atividade não é excludente, em hipótese alguma, da responsabilidade civil nesses casos” (Dano Ambiental, Prevenção e Repressão, Ed. RT, 1993, pág. 247).

Na situação em tela, a licença nem sequer foi acostada aos autos, e, mesmo que fosse, haveria de prevalecer a máxima latina: *Propter privatorum commodam non debet communi utilitari praeiudicari* (a utilidade dos particulares não pode prejudicar a utilidade comum).

Por fim é de se rechaçar por completo o trocadilho de palavras feito pelo recorrente quando, em suas razões, afirma:

“(…) realmente houve danificação de vegetação, mas não ao ponto de depredação, porquanto não tinham sido arrancadas ou extraídas do solo, somente passando por cima desta vegetação”.

O caderno processual não permite dúvidas quanto ao dano. Aliás, o sutil jogo de palavras entre dano e depredação jamais poderá prosperar.

As fotos são cristalinas em demonstrar que a vegetação foi extirpada. Mesmo que admitíssemos que o apelante apenas passou por cima da vegetação com uma retroescavadeira, conforme se depreende das razões, já

se configuraria a responsabilidade da reparação. Ou seria a vegetação uma poça d’água, assimilando o peso de um trator para retornar ao status quo ante?

Ademais, passou despercebido pelo apelante que a Lei n. 7.347/85, em seu art 1º, consagra a expressão danos morais e patrimoniais. Ou seja, a confissão é de clareza meridiana quando das razões da apelação se colhe: “Para tanto, realmente houve danificação da vegetação”.

Ao Poder Judiciário incumbe papel decisivo no zelo da questão ambiental, patrimônio da humanidade, e importante indicativo da qualidade de vida dos habitantes do planeta. Nesse viés são lapidares os dizeres do eminente jurista Cândido Dinamarco:

“Ao Judiciário está, indiscutivelmente, reservado papel de grande relevância, como órgão estatal capaz de dar resposta às exigências sociais, inclusive no plano da proteção ambiental. O Judiciário constitui, efetivamente, legítimo canal, por meio do qual se permite ao universo axiológico da sociedade impor suas pressões”.

Ante ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

### III — Decisão

A Câmara, após debates e votação, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e desprovê-lo.

O julgamento foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Relator e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Newton Trisotto.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça tem a chancela do Exmo. Sr. Dr. Joel Rogério Furtado.

Florianópolis, 9 de junho de 1998.

*Carlos Prudêncio,  
Presidente para o acórdão;  
Orli Rodrigues,  
Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.012282-9, DE IÇARA**

**Relator: Des. Orli Rodrigues**

*Dano moral — Condenação de estação emissora de programas de rádio no pagamento de indenização decorrente de abalo moral — Recurso de apelação não acompanhado do comprovante de depósito integral do valor da condenação — Exegese do art. 57, § 6º, da Lei n. 5.250/67 — Deserção — Reclamo não conhecido.*

*Nas hipóteses de condenação por dano moral, efetuadas com supedâneo na Lei de Imprensa, não se conhece do recurso interposto, se desacompanhado do comprovante da realização do depósito integral do valor da condenação (art. 57, § 6º, da Lei n. 5.250/67).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.012282-9, da comarca de Içara (Vara Única), em que é apelante Rádio Difusora de Içara Ltda., sendo apelado Ilson da Silva:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por maioria de votos, não conhecer do recurso.

Custas legais.

### **I — Relatório**

Trata-se de recurso de apelação interposto por Rádio Difusora de Içara Ltda., inconformada com a prestação jurisdicional entregue nos autos da ação de reparação de danos morais que lhe propôs Ilson da Silva, na qual

foi a demandada condenada ao pagamento da importância equivalente a 100 (cem) salários mínimos ao autor, a título de indenização por danos morais.

Pugna primeiramente a recorrente, pela análise do agravo retido por ela interposto nos autos, em razão do indeferimento, pelo emérito Julgador Monocrático, da citação de Francisco de Assis Cachoeira, Darcioni Silva e Marisa Medeiros, para responderem à lide na condição de litisconsortes passivos.

No tocante ao mérito, sustenta não haver qualquer parcela de sua culpa para que o autor sofresse o abalo moral que alega, pedindo, alternativamente, a redução do valor da reparação.

Contra-arrazoando o reclamo, pugna o apelado pela manutenção do decisório objurgado.

Esta é a sinopse da matéria autuada.

## II — Voto

Dispõe o art. 57, § 6º, da Lei Federal n. 5.250/67:

“§ 6º. Da sentença do juiz cabe-rá apelação, a qual somente será admitida mediante comprovação do depósito, pelo apelante, de quantia igual à importância total da condenação. Com a petição de interposição do recurso o apelante pedirá expedição de guia, para o depósito, sendo a apelação julgada deserta se, no prazo de sua interposição, não for comprovado o depósito”.

Comentando o tema, ensina o renomado Darcy Arruda Miranda:

“Da sentença do juiz, julgando procedente ou improcedente a pretensão do autor, cabe o recurso de apelação. Todavia para que o mesmo seja recebido, faz-se mister que o apelante comprove haver efetuado o depósito de quantia igual à importância total da condenação. Assim, com a petição de interposição do recurso, o apelante deverá pedir a expedição de guia para o depósito, e, deferido este, juntar o seu comprovante no prazo da interposição, sob pena de deserção da apelação. O legislador, na espécie, parte do pressuposto de ser o réu o apelante, uma vez que exige o depósito do quantum da condenação, embora se trate de apelação com efeito suspensivo” (Comentários à Lei de Imprensa, tomo II, 2ª edição revisada e atualizada — 1994, pág. 701).

E, acrescentando, colhe-se do escólio de Freitas Nobre:

“Não importa, simplesmente, que o depósito tenha sido feito. É preciso que dele se dê em tempo hábil ciência ao juiz. É indispensável que dentro do prazo o juiz seja cientificado, comprovadamente, do depósito correspondente ao total da condenação” (Comentários à Lei de Imprensa — Lei da Informação, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1978, pág. 319).

Da doutrina não diverge a jurisprudência deste egrégio Sodalício:

“Lei de Imprensa. Dano moral. Condenação. Recurso. Exigência do prévio preparo. Constitucionalidade. Pressuposto de admissibilidade não atendido. Deserção decretada. Recurso desprovido.

“Consoante o disposto na Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67, art. 57, § 6º), no caso de condenação por dano moral, é pressuposto de admissibilidade do recurso o comprovante do depósito do valor total da condenação, pena de deserção. Tal pressuposto não vulnera os princípios constitucionais do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa” (AI n. 97.002961-6, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 8/5/97).

E ainda:

“A teor do disposto no art. 57, § 6º, da Lei Federal n. 5.250/67, é condição de admissibilidade do apelo da empresa jornalística a comprovação do depósito integral da condenação, por ocasião de sua interposição” (Apelação Cível n. 88.081747-1 (48.678), de Canoinhas, relator Des. Anselmo Cerello, j. 30/10/97).

Na hipótese dos autos, não tendo sido efetuado o aludido depósito, ou, ao menos, inexistindo nos autos prova de sua realização, não merece ser conhecido o recurso interposto pelo vencido, eis que deserto.

Des. Trindade dos Santos, com voto vencido, e Newton Trisotto, com voto vencedor.

### III — Decisão

Florianópolis, 18 de agosto de 1998.

A Câmara, após debates, por maioria de votos, decidiu não conhecer do recurso.

Participaram do julgamento, presidido pelo relator, os Exmos. Srs.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Orli Rodrigues,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 98.001008-0, DE JARAGUÁ DO SUL

**Relator: Des. Orli Rodrigues**

*Direito de família — Ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos, julgada procedente na instância inicial — Recurso do vencido, arguindo preliminares que, sendo rejeitadas, impõem a apreciação do mérito da irresignação pleiteando a reforma do julgado monocrático — Proemias afastadas e provimento parcial do apelo interposto.*

1. *Não se pode falar em cerceamento de defesa, se o magistrado deixa de deferir a realização de perícia grafotécnica, desnecessária ao deslinde da quaestio.*

2. *“Basta que na sentença haja um relatório, ainda que não minucioso, e um fundamento inteligível, ainda que seja mal fundamentada, para que não possa ser considerada nula” (RT 614/166).*

3. *Os alimentos devem ser fixados observando-se o binômio de que trata o artigo 400 do Código Civil.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.001008-0, da comarca de Jaraguá do Sul (1ª Vara), em que é apelante A. E. M. R., sendo apelado A. I. M.,

representado por sua progenitora, V. M. M.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, afasta-

das as preliminares, dar provimento parcial ao recurso para fixar a pensão alimentícia em 10% (dez por cento) sobre a remuneração do servidor.

Custas de lei.

## I — Relatório

Trata-se de recurso de apelação interposto por A. E. M. R., informado com a prestação jurisdicional que nos autos da ação de investigação de paternidade contra si proposta por A. I. M., representado por sua mãe, V. M. M., declarou sua paternidade com relação ao autor, condenando-o ainda ao pagamento de pensão alimentícia no equivalente a 8 salários mínimos por mês, desde a citação.

Sustenta o recorrente em preliminar a ocorrência de cerceamento de defesa, pelo fato de o Magistrado não ter permitido a realização de perícia grafotécnica, e não haver respondido prontamente na sentença o pedido de fixação da verba alimentar em 10 salários mínimos.

Afirma ainda que a sentença deveria ser considerada nula, por não conter relatório, reafirmando a ocorrência de cerceamento de defesa pelo fato de o MM. Juiz de Direito não ter atendido o seu pedido para que o Sr. Perito prestasse esclarecimentos acerca da prova pericial realizada.

Impugna a prova testemunhal colhida nos autos, argumentando ter sido “arrumada”, e que tal elemento probante não teria esclarecido a data do suposto namoro entre a genitora do autor e o requerido, afirmando ainda que, pelo fato de uma das testemunhas residir em Joinville, não poderia

afirmar a ocorrência ou não de alegado relacionamento amoroso.

Rebate a fixação da verba honorária no importe de 8 salários mínimos mensais, afirmando que o arbitramento ter-se-ia dado apenas com base no nome socialmente em evidência da família do demandado, que alega não mais possuir o mesmo patrimônio de outros tempos. Sustenta que sua renda atualmente estaria limitada ao salário de R\$ 850,00, sendo que o pagamento da pensão nos moldes fixados na sentença estaria a comprometer o sustento da família do demandado. Argumenta não poder ser compelido a arcar com as despesas de toda a família do autor, acrescentando que sua genitora goza de boa situação financeira.

Da decisão que recebeu o recurso de apelação em duplo efeito, o autor interpôs agravo de instrumento.

Reconsiderando o despacho anteriormente exarado, o MM. Juiz de Direito imprimiu ao recurso apelatório apenas o efeito devolutivo com relação aos alimentos, mantendo o duplo efeito com relação à investigação de paternidade.

Apresentando contra-razões recursais, o apelado rebate as pretensões do recorrente, afirmando que a sentença não pode ser considerada nula, pois, ainda que sinteticamente, possui fundamentação. Diz que a perícia técnica pleiteada pelo apelante não possui utilidade pelo fato de que foi declarada a paternidade com base em exame pericial (HLA), não sendo considerados a fotografia e o cartão de Natal na determinação da paternidade. Quanto aos demais pontos suscitados pelo recorrente, afirma o ape-

lado não terem sido provocados oportunamente, havendo, desta feita, preclusão, dizendo, relativamente à verba alimentar, ter sido arbitrada de acordo com as posses do demandado.

O recurso de agravo interposto pelo apelante foi julgado prejudicado ante a reforma pelo Julgador a quo da decisão atacada.

Contra a decisão que reconsiderou o despacho de recebimento do recurso de apelação em seu duplo efeito, o apelante interpôs recurso de apelação.

Houve parecer do representante ministerial em Primeira Instância, pelo conhecimento e desprovemento do reclamo.

Às fls. 129 dos autos, o emérito Julgador Monocrático deferiu o pedido do autor de expedição da carta de sentença.

Contados e preparados, os autos foram remetidos a esta egrégia Corte de Justiça, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luiz Carlos Freyesleben, manifesta-se pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

É o relatório.

## II — Voto

O parecer ministerial da lavra do competente Procurador de Justiça Doutor Luiz Carlos Freyesleben joeirou com proficiência a matéria autuada.

Por isso, adota-se como razão de decidir:

“Ressabido que a sentença que não conter relatório, com menção

ao nome das partes, ao pedido e à resposta do réu, é nula, pois o relatório é requisito essencial à validade do decum. Entretanto, ‘Basta que na sentença haja um relatório, ainda que não minucioso, e um fundamento inteligível, ainda que seja malfundamentada, para que não possa ser considerada nula’ (RT 614/166). De outro lado, ‘Não invalida a sentença o fato de o Magistrado não examinar todas as alegações deduzidas pelas partes’ (RT 614/166), bastando que examine aquelas que, efetivamente, tenham importância para o deslinde da questão controvertida.

“Vejo que, no caso, o doutor Juiz de Direito nomeou as partes, referiu-se, ainda que em apertada síntese, ao pedido e à resposta, relatando, também em apertadíssima síntese, o andamento do processo, até o momento em que o feito foi endereçado ao órgão do Ministério Público, cuja manifestação foi secundada pela sentença ora inactivada. Assim, não se pode dizer que a sentença ressentisse-se da falta de um relatório, pois este existe, não se havendo de falar em nulidade.

“Naquilo que diz respeito à perícia grafotécnica requerida pelo réu, não vejo por que devesse o Magistrado atender a tal requerimento, mormente aqui, onde está evidente que a sentença calca-se, fundamentalmente, na prova testemunhal e na prova pericial hematológica, pelo sistema do HLA, não chegando a fazer referência específica à fotografia e ao cartão de Natal acostados ao processo e portando, ambas, o autógrafo do réu-apelante. É que, ainda que essas provas circunstanciais não estivessem nos autos, apesar de serem boas



evidências, a conclusão do julgamento, acredito, deveria ser a mesma a que chegou o Magistrado, bastando ver, para isso, a prova testemunhal e o exame pericial realizado em laboratório especializado, na Capital paranaense, elementos esses em perfeita harmonia no contexto probatório. Portanto, desnecessária era a prova grafotécnica. E tanto é assim que L. S. S. H., compromissada, disse, às fls. 57v., 'que conhece bem a mãe do autor, bem como o réu e pode dizer que ambos namoraram aproximadamente 10 anos; que o réu, inclusive, alugou uma casa para ela em Guaramirim, em cima de uma loja de tecidos; que o réu, freqüentemente, dormia lá naquela casa com a mãe do autor; que durante esse tempo todo apenas o réu era namorado da mãe do autor, valendo dizer que A. era o único homem na sua vida'.

"A testemunha D. S., discrepante das outras duas ouvidas apenas no que diz respeito ao tempo de namoro entre a mãe do autor e o suposto pai, confirma, às fls. 57v., as palavras de L. S., afirmando que o réu e a mãe do menor namoraram 5 anos e que, ao longo desse namoro, o réu alugou uma casa para a amásia, em Guaramirim, lá pernoitando muitas vezes.

"Anota ainda a testemunha que, 'em conversa com A. este sempre confirmou a paternidade em relação ao autor'. E realça 'que na época o único namorado da mãe do autor era o próprio réu'.

"A terceira testemunha, M. B. de L. (fls. 58), confirma a versão dada pelas duas testemunhas antecedentes, afirmando que o menor é filho do

réu, por ter com ele grande semelhança física; que a mãe do autor e o suposto pai namoraram cerca de dez anos e o réu, moço rico, alugou uma casa, em Guaramirim, para M., lá pernoitando inúmeras vezes. Conta ainda que o réu chegou a freqüentar sua casa, em companhia de M., no período em que mantiveram relacionamento.

"A esta prova não fez o investigado a menor resistência, nada havendo que possa revelar a existência da *exceptio plurimum concubentium*, em nada pesando o fato de, posteriormente, vir a mãe do investigador a ter outro filho de outra pessoa.

"Não bastando a unanimidade da prova testemunhal, há ainda, nos autos, a prova pericial, realizada em Curitiba, pelo sistema HLA, conclusiva no sentido de afirmar a relação parental consanguínea entre o investigador e o investigado.

"De forma desarrazoada, o recorrente investe contra o exame pericial asseverando a sua pouca validade como prova e reclamando de direito cerceado, por não ter obtido do Magistrado a oportunidade de ver o resultado do exame hematológico (HLA) escandido, em todas as suas minúcias, pelo perito responsável pela emissão do laudo. Ora, se a conclusão, por alguma razão coerente, não correspondesse à realidade, deveria o réu ter impugnado o laudo pericial. Entretanto, ainda que lhe tenha sido dada tal ensanchar, preferiu dela usar para pedir, apenas e tão-somente, esclarecimentos ao perito sobre como chegou à conclusão da existência de consanguinidade entre o réu e o investigador.

“Evidente que tal pedido é absolutamente impertinente, tendo sido, por isso mesmo, afastado pelo Magistrado, que, acertadamente, não se deu ao trabalho de responder àquela pretensão.

“Cabe aqui o aditamento de que se serviu o ilustre e culto Promotor de Justiça, em Primeiro Grau, para manifestar sua opinião, nestes autos, cujo teor peço vênia para reproduzir. Diz o Promotor: ‘...teve o recorrente oportunidade de se manifestar sobre o laudo pericial e, ao invés de impugná-lo com argumentos sérios, preferiu, na tentativa de procrastinar o feito, pedir esclarecimentos inteiramente descabidos (STJ, 2ª Turma, Ag. 45539, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. 14/12/1993, DJU 1º/2/1994, pág.1.303)’ (parecer de fls. 127).

“Afastada, portanto, deve ser a alegação de imprestabilidade da prova técnica, assim como o alegado cerceamento de defesa.

“Valiosa é, fora de dúvida, a prova pericial realizada, constante de prova hematológica, pelo sistema HLA (de histocompatibilidade), conquanto ofereça como resultado a probabilidade, estimada em 99,97%, de que o réu é, seguramente, o pai do menor investigante. Essa prova, no caso, além de conclusiva e portadora de mínima margem de erro, está em perfeita harmonia com a prova colacionada nestes autos, dando ao Magistrado a certeza e a convicção de que a paternidade podia e devia ser declarada. E tanto essa prova hematológica sofisticada é segura que, a respeito, peço vênia, mais uma vez, para utilizar o aresto colhido, nos repositórios jurisprudenciais, pelo ilustre Promotor

de Justiça, doutor Cristian Richard Stahelin Oliveira (fls. 127):

‘Investigação de paternidade. Devendo ser segura a prova de filiação, não deve ser desprezado exame pericial, pelo menos o hematológico simples, a ‘voz do sangue’ que deve ser sempre ‘chamada a depor’ (Afrânio Peixoto, apud Artur Marques da Silva Filho, RT 655/54), capaz de excluir a paternidade, embora o ideal seja a realização de exame pelo sistema HLA (de histocompatibilidade), que se constitui ‘numa eficaz prova hematológica’ (autor e obra citados), realizável nesta capital, ou, em última análise, o teste pelo sistema DNA, ‘que fornece 100% de certeza’ (idem, idem), mas que é, ainda, de custo muito elevado. Conversão em diligência, que pode e deve ser feita em Segundo Grau quando, como no caso, de todo conveniente lastrear julgamento seguro, a fim de que, no juízo de origem, seja providenciada a realização da perícia, de preferência pelo sistema HLA’ (Ap. Cível n. 43.370, de Itajaí, rel. Des. João José Schaefer, in DJ n. 8.877, de 31/11/93, pág. 4).

“Impende salientar, neste passo, que não é preciso, em temde investigação de paternidade, que a prova produzida apresente-se espetacularmente favorável ao autor; basta que haja indícios fortes que conduzam ao entendimento de que há possibilidade evidente do reconhecimento do liame parental consanguíneo. Assim, ainda que se estivesse diante do exame pericial hematológico simples e não do sofisticado exame, pelo método HLA, desde que o teste guardasse harmonia com as demais provas autuadas, nenhum obstáculo existiria ao reconhecimento da con-

sangüinidade reclamada. Não sendo este o caso dos autos, pois aqui a prova basta e o exame pericial é dos mais modernos, garantindo uma probabilidade em torno de 99,97%, é fora de dúvida que o Juiz, de forma segura, devia mesmo reconhecer a paternidade reclamada, tal como o fez" (excertos do parecer de fls. 133 usque 144).

Com relação ao insurgimento contra a fixação da pensão alimentícia em oito salários mínimos, o recorrente tem razão, porque não está, conforme dispõe a lei substantiva civil, obrigado a suportar ônus alimentar além das suas possibilidades, já que demonstrou auferir a quantia bruta de R\$ 850,00 mensais junto ao empregador indicado (ut doc. de fls. 91).

É dever da genetriz do menor investigante também provar suas necessidades, conforme dimana da doutrina e jurisprudência reinante.

### III — Decisão

Ante o exposto, a Câmara, após debates, decidiu, por votação uniforme, afastar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso, para fixar a pensão alimentícia em favor do menor investigante e ora recorrido no equivalente a 10% (dez por cento) sobre a remuneração do recorrente.

Presidiu o julgamento o relator, com participação dos Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Newton Trisotto, ambos com votos vencedores.

A manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça tem a chancela do Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 9 de junho de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Orli Rodrigues,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 96.009507-1, DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Declaratória. Inexistência de base legal para a emissão de duplicata de prestação de serviços. Ação julgada improcedente. Sentença reformada. Reclamo recursal, para tanto, provido.*

*Inadmissível a emissão, por comissária aduaneira, de duplicata de prestação de serviços, quando os valores pretendidos não dizem respeito, propriamente, aos trabalhos de desembaraço de mercadorias para os quais lhe foi outorgada procuração, mas sim a impostos e taxas cujos recolhimentos, conquanto ligados àquele desembaraço, não contaram com autorização expressa da contratante. Ainda mais quando, por entender desnecessários os pagamentos feitos, a contratante sobre eles estabelece controvérsia, o que torna in-*

*dispensável a utilização das vias ordinárias para a respectiva cobrança e discussão.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.009507-1, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que é apelante Comatex — Comércio Importação e Exportação Ltda., sendo apelada Codel — Comissária de Despachos Ltda.:*

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

Custas legais.

Comatex — Comércio Importação e Exportação Ltda. aforou, contra Codel — Comissária de Despachos Ltda., ação declaratória de inexistência de débito cumulada com sustação definitiva de protesto.

Expôs, em síntese, ter contratado a requerida para prestar serviços de despachante aduaneira, efetuando o desembaraço de mercadorias importadas pela autora, as quais chegaram ao país em 15/8/95 pelo porto da cidade do Rio Grande, pagando a postulante, por tais serviços, o preço de R\$ 500,00.

Entretanto, a demandada, a seu livre arbítrio, pagou tributos (IPI e ICMS) desnecessários, pretendendo, então, o reembolso desses valores, para o que emitiu duplicata no importe de R\$ 11.700,42, levando-a, na sequência, a protesto.

Sustentou a postulante inexistir causa debendi para o título emitido, posto não ter ele relação com qualquer transação de compra e venda de mercadorias nem relação com prestação de serviços, haja vista não

terem sido outorgados poderes à acionada para efetuar qualquer adiantamento de impostos à conta da requerente.

Salientou, no mais, que tais tributos somente seriam devidos quando da comercialização dos produtos dentro do país, sendo que, acaso a demandada se entenda credora da importância questionada, deveria ter ingressado com ação de cobrança e não ter emitido a duplicata que emitiu, uma vez ausentes os pressupostos legais a tanto.

No mais, informou que a duplicata não obedece aos requisitos determinados pela Corregedoria da Justiça do TJSC, qual seja, estar acompanhada de fatura que discrimine a natureza do serviço prestado e do documento da efetiva prestação de serviço.

Diante do exposto, requereu a declaração da inexistência de débito com a sustação definitiva do protesto.

Em contestação, sustentou a demandada ter a acionante a obrigação de lhe pagar os valores despendidos a fim de desembaraçar as mercadorias importadas, integrando-se esse desembaraçamento nos serviços contratados, sendo que, não houvesse o pagamento dos tributos quitados pela contestante, não haveria a liberação dos produtos importados pela autora.

Pugnou pela improcedência do pedido portal, aplicando-se à requerente a pena de litigância de má-fé.

As fls. 123 a 128, a demandante manifestou-se sobre a contestação.

Entregando antecipadamente a tutela jurisdicional, o MM. Juiz de Direito Singular desacolheu o pedido inicial e o pedido da cautelar de sustação de protesto anteriormente aforada, revogando, inclusive, a liminar então deferida, por entender estar inserida na função do despachante aduaneiro a satisfação de todas as exigências feitas para o desembaraço das mercadorias.

Impôs à acionante o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Inconformada, apelou a autora, objetivando a reforma do decisum, reeditando para tanto os argumentos anteriormente expendidos.

Irrespondida a insurgência, alçaram os autos a este Tribunal de Justiça.

É o relatório.

A insurgência apelatoriamente interposta pela acionante ao duto decisório que a desfavoreceu, registre-se, impõe-se acatada, com a consequente reversão das conclusões do julgado monocrático.

De um apanhado dos autos, ressei ter a postulante recursal, efetivamente, outorgado procuração — a de fls. 114 — à apelada, para que ela promovesse o desembaraço de mercadorias por si importadas, as quais chegariam no porto de Rio Grande em 15/8/95, convencionado, como pagamento dos serviços, o importe de R\$ 500,00.

Conferiu a apelante à recorrida, de outro lado, poderes para requisitar serviços e tudo o mais praticar, desde que necessário e a bem de seus interesses.

Os honorários ajustados, de R\$ 500,00, foram pagos, como reconhecido pela própria recorrida.

Contudo, como remarcam os elementos trazidos ao processo, a apelada, para o desembaraço das mercadorias importadas pela insurgente, viu-se compelida a pagar taxas, impostos e outros emolumentos, importando em um débito em desfavor da recorrente na ordem de R\$ 11.700,42, que, não satisfeito por ela, redundou na emissão da duplicata objeto da ação intentada pela apelante, encaminhada a protesto.

Prima facie, inegavelmente, o crédito da demandada existe, sendo de responsabilidade da recorrente, pois que os gastos foram feitos exclusivamente em seu benefício e não extrapolando a órbita dos poderes outorgados.

Mas esse saldo credor da apelada estava a autorizar a emissão de duplicata de prestação de serviços?

Entende-se que não!

Ora, o pagamento das despesas antes referidas não é prestação de serviços propriamente dita.

Inexistiu, mesmo, pacto escrito do vínculo contratual — o de pagar aqueles acessórios — a autorizar a emissão da duplicata de serviços encaminhada a protesto, não sendo de ignorar-se que tal título só tem admitida a sua extração válida quando exista contrato autorizador dos serviços prestados, contrato esse que, como é óbvio, há de ter a forma escrita; para esse fim, mostra-se sem qualquer idoneidade qualquer outra espécie probatória.

E, conforme já se acentuou:

“Na ausência de contrato por escrito do vínculo contratual, que autorizou a emissão de duplicata por escrito, inidônea se mostra a ação executiva, cabendo ao credor recorrer ao procedimento comum para receber eventual crédito.

“Sem contrato escrito não pode o credor executar duplicata de prestação de serviço” (PJ 44/197).

Ainda:

“Para que tenha existência válida, a duplicata de serviço deve estar associada a documentos que comprovem a efetiva prestação do mesmo e o vínculo contratual que a autorizou. Esses requisitos não comportam mera comprovação testemunhal. Apelo provido” (TARS, Ap. Cív. n. 21.706, j. 18/12/79, rel. Juiz Ruy Rubem Ruschel).

Se em tais circunstâncias a duplicata emitida não detém condições de executoriedade, também, por óbvio, não pode ensejar a lavratura de protesto.

Aliás, em situação análoga, enfatizou o colendo Tribunal de Alçada do Paraná:

“Impõe-se a suspensão do protesto de duplicata de prestação de serviços profissionais de advogado, sacada com base no art. 22 da Lei n. 5.474/68, quando, por inexistir prova do ajuste do preço e dos honorários relativos aos efeitos descritos na cartula, pairam dúvidas e controvérsias a respeito de aceite do título. Nesse caso, caminho não resta ao profissional senão recorrer às vias ordinárias, para fazer valer seu pretenso direito. A liquidez somente se obtém pelo aceite” (Ap. Cív. n. 38.542-4, de Maringá, rel. Juiz J. J. Cordeiro Cléve).

Outrossim, em situação que igualmente guarda fortes conotações com a hipótese aqui in judicio, disse este Pretório:

“A duplicata, título causal que é, para seu saque ser regular e alicerçar relação jurídica perfeita, deve corresponder a uma efetiva operação de compra e venda mercantil, ou prestação de serviço, caso contrário é ilegal sua emissão, quando representativa de valor correspondente a dívida fiscal de ICMS” (Ap. Cív. n. 47.574, de Xanxerê, rel. Des. Solon D’Eça Neves).

Acentue-se, de outro lado, que, segundo dispõe expressamente o art. 24 do Decreto n. 646, de 9/9/92, que dispõe sobre a forma de investidura nas funções de despachante aduaneiro e ajudante de despachante aduaneiro e dá outras providências:

“Somente mediante cláusula expressa específica do mandato, poderá o mandatário subscrever termo de responsabilidade em garantia do cumprimento de obrigação tributária, pedido de restituição de indébito, de compensação ou desistência de vistoria”.

Dessa forma, se, nos termos expressos da lei regente da atividade de despachante aduaneiro, este somente poderá firmar termo de responsabilidade em garantia do cumprimento de obrigação tributária caso haja autorização expressa no mandato outorgado conferindo-lhe tal poder, evidentemente só poderá ele quitar, em favor da mandante, impostos, taxas ou emolumentos exigidos de cumprimento na operação de desembaraço de mercadorias caso municiado de poderes expressos e específicos para tanto; essa exigência não é suprida de forma implícita, em razão de o de-

sembaraço só ter-se possibilitado mediante o pagamento de tributos pretensamente de responsabilidade da contratante dos serviços.

E do mandato de fls. 114, resta ver, ausenta-se qualquer cláusula específica autorizando a apelada a quitar impostos, taxas ou emolumentos devidos pela recorrente e necessários ao desembaraço das mercadorias.

De mister, pois, é concluir-se que, com relação aos tributos pagos, inexistia, como inexistia, qualquer vínculo contratual entre as litigantes que, autorizando o respectivo pagamento, legitimasse o saque da duplicata de prestação de serviços impugnada.

Como acentuamos no acórdão referente à Apelação Cível n. 51.099, de Sombrio:

“A duplicata de prestação de serviços não precedida de prova escrita da contratação dos serviços, nem da prévia fixação do quantum que o título ostenta, não se convola em documento representativo de dívida líquida, certa e exigível. Duplicata emitida sem a concorrência das apontadas condições não estabelece

qualquer relação obrigacional entre sacado e sacador, não autorizando, destarte, o aforamento de execução por título extrajudicial”.

Por essas razões é que se acolhe a insurgência recursal encerrada nestes autos, para, reformando-se a douta sentença hostilizada, julgar-se procedente a ação declaratória de inexistência de débito cumulada com sustação definitiva de protesto, tornando-se definitiva a sustação determinada liminarmente.

Invertem-se os encargos sucumbenciais, ressaltando-se à apelada o direito de acionar as vias ordinárias na busca de seu alegado crédito.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto.

Florianópolis, 22 de setembro de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente com voto;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.005478-8, DE CHAPECÓ**

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Funcionalismo público municipal. Sujeição ao regime jurídico único. Verbas celetistas não aplicáveis de forma automática. Adicional de insalubridade. Incidência, seja por determinação constitucional, seja pelo próprio Estatuto dos Servidores Públicos do município de Chapecó. Ação acolhida somente nesse aspecto. Sentença mantida. Remessa desprovida.*





Na audiência de instrução e julgamento, o réu requereu a juntada de cópia do laudo de avaliação de insalubridade e salubridade das atividades e operações dos servidores públicos municipais (fls. 47), com a autora, no prazo concedido, manifestando-se a respeito (fls. 48 e 49), sustentando que as atividades de coleta e industrialização do lixo estão classificadas no Anexo n. 14 da Norma Regulamentadora n. 15, com a redação dada pela Portaria n. 12 de novembro de 1979, da Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho, como insalubres em grau máximo, juntando, então, os documentos de fls. 50 a 58.

Suspenso o feito, a requerimento das partes, pelo prazo de 60 dias, a autora, uma vez ultrapassado tal prazo, requereu a realização de perícia, para a apuração do grau de insalubridade da atividade que desempenhava.

Deferida a prova técnica, a requerente formulou quesitos, com o louvado judicial concluindo, então, pela existência de insalubridade em grau máximo no trabalho executado pela reclamante.

O Ministério Público opinou pela procedência parcial da ação, condenando-se o requerido ao pagamento de adicional de insalubridade, em grau máximo, durante todo o período trabalhado.

Julgando antecipadamente a lide, o MM. Togado Monocrático albergou o entendimento de que nenhum dos pedidos formulados pela autora com base na legislação trabalhista encontram agasalho, pois o Município, em face da ordem jurídica vigente, não pode aplicar as normas da CLT.

Quanto aos requerimentos de hora extra e adicional de insalubridade, que possuem previsão na legislação municipal, sustentou que o primeiro não pode ser reconhecido, pela ausência, nos autos, de prova documental essencial à espécie. No tocante ao adicional de insalubridade, asseverou que restou provada a situação de risco em que a autora trabalhava, pelo que, em tal tópico, acolheu o pedido, reconhecendo como devido o adicional de insalubridade à reclamante, no período em que laborou para o réu nas condições estabelecidas no laudo pericial. Condenou o acionado ao pagamento dos honorários do perito, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 5% sobre o valor dado à causa, devidamente atualizado.

Não interposto recurso voluntário, ascenderam os autos a esta Instância, com a colenda Procuradoria-Geral de Justiça manifestando-se pelo conhecimento e desprovemento da remessa necessária, mantendo-se íntegro o decisum proferido no Primeiro Grau de jurisdição.

É o relatório.

Ao reexame obrigatório impõe-se negado provimento, com a decorrente confirmação da douda sentença proferida.

Remarque-se, de início, que o decisum monocrático, excluídas as demais verbas pleiteadas, reconheceu em favor da autora da ação apenas o direito à percepção do adicional de insalubridade, em seu grau máximo, no decorrer de todo o período trabalhado, o de 1º/11/93 a 31/4/95, estando restrita a discussão recursal, pois, somente a esse aspecto da

questão posta em juízo; quanto aos demais pedidos, reafirme-se, foram eles rejeitados, com a sentença sob reapreciação transitado em julgado nesses aspectos, posto que não manifestado qualquer inconformismo pela acionante.

Mesmo porque, submetida ao regime jurídico único, ainda que nomeada esdruxulamente para o cargo comissionado de Assistente de Serviços Gerais, não tinha a postulante, como é evidente, direito às verbas que lhe foram negadas, como aviso prévio, FGTS, seguro-desemprego, bem como às horas extras, já que, quanto a estas, inexistiu a necessária comprovação documental.

Ocorre que:

"(...) Em face da ordem jurídica vigente, incogitável é a possibilidade de o Município aplicar normas da CLT" (ACMS n. 5.274, de Lages, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Isso porquanto não há como se olvidar que:

"Tratando-se de servidor público, prevê a Carta da República (art. 39) que ficam sujeitos a um regime jurídico único que, segundo opção do legislador, é o estatutário (Lei n. 8.112, de 11/12/90)" (AI n. 96.009198-0, de Joinville, rel. Des. Francisco Borges).

Efetivamente, no entanto, fazia ela jus ao adicional insalubridade, vez que, de conformidade com a perícia realizada nos autos, suas atividades eram desenvolvidas em condições insalubres, no grau máximo.

E a Lei Complementar Municipal n. 16, de 29/12/92, que instituiu o Estatuto dos Servidores Municipais de Chapecó, é por demais clara, ao pre-

ver, em seu art. 94 e ss., a concessão, aos servidores municipais, dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade.

Como já acentuou este Pretório:

"Funcionalismo Público. Gratificação de insalubridade. Transformação do regime, de celetista, para estatutário, nos termos da LC n. 28/89. Benefício que deve ser pago de acordo com a legislação de regência do funcionalismo (Lei n. 6.745/85, Decreto n. 31.773/87 e Portaria n. 0214/88/SEAD), afastadas as normas da CLT, a partir da data em que ocorreu a mudança do regime" (Ap. Cív. n. 44.308, da Capital, rel. Des. Nestor Silveira).

Outrossim, a respeito, expõe o festejado José Cretella Júnior:

"21. Natureza e local de trabalho.

"A regra jurídica constitucional do art. 7º, XXIII, determina o 'adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei'. Assim, a natureza do trabalho e o próprio local são causas determinantes de aumento de vencimentos, mas nesse caso o quantum recebido não pode servir de referencial, pela aplicação do princípio da isonomia, ficando fora, assim, da incidência da regra jurídica constitucional.

"22. Aplicação do art. 7º aos servidores públicos.

"Aplica-se aos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os que exercem funções na Admi-

nistração Pública direta e nas autarquias e, em especial, são válidos os incisos do art. 7º enumerados: IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX" (Comentários à Constituição de 1988, Forense Universitária, vol. V, págs. 2.412 e 2.413).

Pelos motivos assim expostos é que se confirma a sentença prolatada, negando-se, em decorrência, provimento à remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. New-

ton Trisotto, tendo, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, emitido parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 4 de agosto de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente com voto;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.006661-1, DE LAGUNA**

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Funcionário público municipal. Cargo comissionado. Horas extras. Prestação não comprovada a contento. Falta de previsão, além do mais, na lei organizativa local. Descabimento. Sentença reformada. Remessa provida.*

*Os funcionários exercentes de cargos comissionados, a exemplo de todos os demais servidores públicos, somente fazem jus à percepção de horas extras quando, a par de haver um controle rígido acerca das horas trabalhadas diariamente, no decorrer da semana e do mês, a matéria encontre previsão na lei organizativa local.*

Custas legais.

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.006661-1, remetidos pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara e Fazenda Pública da comarca de Laguna, em que é autora Ema Araújo e requerido o município de Laguna:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, prover a remessa.

Ema Araújo aforou ação de reconhecimento de direito c/c pedido de indenização contra o município de Laguna, alegando, em suma, que, em 3/2/92, tomou posse em cargo comissionado, passando a desenvolver a função de telefonista, com a sua exoneração sendo ditada em 13/1/95, sem que lhe fossem pagas as verbas rescisórias devidas.

A postulante, acentua a inicial, cumpria jornada de trabalho das 8 às 12 e das 14 às 18 horas, perfazendo um total de 8 horas, quando a carga horária de sua categoria é de 6 horas, trabalhando, além disso, aos sábados, domingos e feriados, sem qualquer retribuição.

Requeru, por isso, a condenação do Município ao pagamento das diferenças salariais a partir de 3/2/92, juros pelo não-recebimento dos salários até o último dia do mês a que correspondem, horas extras com 50% de majoração e complemento de férias e descanso semanal; e, ainda, a condenação em danos morais de 50 salários mínimos, em virtude do atraso no pagamento dos salários.

Contestando, o Município de mandado pugnou pela improcedência do pedido, alegando, em linhas gerais, que a autora sempre recebeu corretamente seus vencimentos, sendo que, apenas no mês de fevereiro de 1992, seu salário foi reduzido, em razão do número de dias trabalhados.

Alega, ainda, que o horário de serviço da autora sempre foi de 6 horas diárias, justamente o horário de funcionamento da Prefeitura Municipal, não tendo ela jamais trabalhado aos sábados, domingos e feriados.

Após a manifestação de fls. 36 e 37 da requerente, foi o processo saneado, realizando-se a audiência de instrução e julgamento, na qual prestou a autora depoimento, inquiridas, na seqüência, cinco testemunhas.

Produzidas as alegações finais (fls. 65 a 68), o Dr. Promotor de Justiça opinou pela procedência parcial da ação, condenando o município de Laguna a pagar duas horas extras

diárias, referentes à diferença da jornada da profissão telefonista, de 6 para 8 horas, com reflexos nas férias e descanso semanal remunerado.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o acionado a pagar à postulante, durante o período em que esteve em vigor o contrato de trabalho desta, duas horas extras diárias, devidamente corrigidos os valores e acrescidos de juros legais.

Transitada a sentença em julgado para as partes, os autos alçaram a esta Casa, por força do disposto no art. 475, II, do CPC, com a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestando-se pelo conhecimento e provimento da remessa, desacolhido, então, o pleito da autora.

É o relatório.

Ao reexame necessário a que está afeta a douta sentença exarada, impõe-se prestado provimento.

A recorrida, ressalte-se de início, não era funcionária concursada nem foi contratada via Consolidação da Legislação Trabalhista para a ocupação de determinadas funções, consoante expediente sempre condenável, mas invariavelmente utilizado pelos nossos administradores públicos.

Foi ela, ao contrário, nomeada para o exercício de cargo comissionado e, pois, de demissão ad nutum, posto tratar-se de cargo cujo preenchimento atrelava-se exclusivamente à esfera de arbitrariedade do nomeante e, pois, à sua confiança.

As peculiaridades inerentes a esses cargos de confiança torna-os incompatíveis com o pagamento de

horas extras, vez que os seus ocupantes já ingressam no serviço público em uma situação totalmente vantajosa, não tendo que se sujeitar a qualquer certame público.

Evidentemente, em sendo assim, antagoniza-se com o próprio princípio da livre nomeação e exoneração dos ocupantes de cargos comissionados a extensão a estes dos direitos e vantagens conferidos aos servidores efetivos.

Como com total propriedade acentuou o insigne Procurador de Justiça que, nestes autos, lançou parecer — Dr. Odil José Cota —:

“A verdade é que os cargos públicos comissionados são destinados para as funções de direção e assessoramento e não tem sentido, nem lógica jurídica, pagar horas extras para os nomeados para esses cargos.

“O fato de alguns alcaides, ou por desconhecimento ou até por má-fé ligada a outros interesses, nomearem em cargos comissionados pessoas para exercerem funções que, em tese, não se caracterizam com tais cargos, pela torpeza bilateral entre o nomeante e o nomeado, não confere, data venia, ao prestador dos serviços os direitos próprios do servidor público concursado ou mesmo celetista”.

Acentuou, a propósito, o colendo Supremo Tribunal Federal:

“Concurso público. Plausibilidade da alegação de ofensa da exigência constitucional por lei que define cargos de oficial de justiça como de provimento em comissão e permite a substituição do titular mediante livre designação de servidor ou credenciamento de particulares. Suspensão cautelar deferida — 1. A exigência

constitucional do concurso público não pode ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressupõem o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza; precedentes. 2. Também não é de admitir-se que, a título de preenchimento provisório de vaga ou substituição do titular do cargo — que deve ser de provimento efetivo, mediante concurso público —, se proceda, por tempo indeterminado, a livre designação de servidores ou ao credenciamento de estranhos ao serviço público” (ADIn. n. 1.141 (ML) — GO — TP, DJU 4/11/94, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Destarte, in casu, mesmo que se possa pressupor, ou ainda que se tenha como comprovado, que a recorrida, exercendo a função comissionada de telefonista, tenha trabalhado oito ou mais horas diariamente, ou, ainda, em sábados, domingos e feriados, não faz jus à percepção de horas extras.

Essas horas extras, acaso efetivamente prestadas, o foram por mera liberalidade da postulante e como inerente ao próprio vínculo de confiança existente entre ela e a autoridade executiva municipal que a nomeou.

De outro lado, ressalte-se que, pelo que se infere dos autos, a autora não era propriamente operadora de mesa telefônica e sim encarregada do posto telefônico da localidade de Figueira, município de Laguna, pelo que o seu horário não estava subordinado ao limite de seis horas diárias.

Joaquim Castro Aguiar, em sua obra "O Servidor Municipal", expõe a respeito:

"O art. 227 estabelece jornada máxima de seis horas por dia para os operadores de serviços telefônicos. A lei se refere a operadores, no que não há que se incluir todo e qualquer empregado do serviço telefônico. Serventes, contínuos, zeladores, vigias etc. não são operadores. A lei quis amparar os trabalhadores que, operando em aparelhos telefônicos, se dedicam à transmissão de mensagens, seja por meio de sinais, seja verbalmente. E a jurisprudência trabalhista tem entendido que 'os simples telefonistas de mesas de ligações, empregados de empresa que não exploram o serviço, estão sujeitos ao regime normal de oito horas'" (1970, Rio, José Konfino Editor, págs. 118 e 119).

De qualquer forma, quanto ao pagamento de horas extras aos exercentes de cargos comissionados, há que se consignar com apoio no escólio do brilhante Ivan Barbosa Rigolin:

"Somente seria plenamente exercitável o pagamento de horas extras aos servidores ocupantes de cargos em comissão se fosse efetivamente rígido o controle das horas que trabalhassem a cada dia, durante a semana e por todo o mês. Não o sendo, prejudicada restará qualquer tentativa de aplicação escorreita da previsão do art. 73" (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Cíveis, São Paulo, Saraiva, 1995, 4ª ed., pág. 145).

O mesmo jurista, na obra "O Servidor Público na Constituição de 1988", registra:

"Hora extraordinária 50% mais cara que a normal. Também trabalhista a inspiração, apenas que significativamente aumentado o percentual diferencial existente antes da Carta. Quis a Carta ou restringir drasticamente a exigência de prestação de serviço (e também pelos servidores públicos) ou, se exigido, remunerá-lo muito condignamente. Não resta dúvida: pagar pela hora extra o valor de uma hora e meia de trabalho normal é um grande desestímulo à sua exigência. A matéria, de qualquer modo, precisará, por questão de ordem, figurar na lei organizativa local, ainda que o direito seja exigível pelo servidor desde a promulgação da Carta" (Saraiva, 1989, pág. 177).

Empresta-se provimento, pelas razões expostas, à remessa obrigatória, reformando-se, em decorrência, a sentença prolatada.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues, dele participando, igualmente com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto; pela egrégia Procuradoria-Geral de Justiça, emitiu parecer o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 4 de agosto de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 98.006951-3, DE CRICIÚMA****Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Acidente do trabalho — Osteoartrose cervical, dorsal e lombar — Doença degenerativa — Possibilidade de agravamento pelas condições do trabalho desenvolvido — Reconhecimento do liame etiológico — Marco inicial do pagamento — Auxílio-doença previdenciário — Conversão no congêneres infortunistico — Evento ocorrido ao abrigo da Lei n. 9.032/95 — Aspecto prático inexistente — Recurso do obreiro parcialmente provido.*

*— Mesmo nas nosologias degenerativas, cabível mostra-se a reparação de índole infortunistica, acaso não excluída a possibilidade de o trabalho ter contribuído com sua parcela para determinar o resultado lesivo, posto que a lei, para a configuração acidentária, não exige que o trabalho seja a causa única e exclusiva do estado mórbido detectado.*

*— As leis de infortunistica impõem-se interpretadas sociologicamente, dentro do caráter eminentemente protetivo que têm em face dos obreiros colocados sob a sua égide, resolvendo-se em favor dos segurados as dúvidas existentes, mormente as que pertinem à relação de causa e efeito entre trabalho e quadro mórbido ostentado. Assim, suficiente é a simples possibilidade de que a moléstia incapacitante, ainda que de etiologia degenerativa, possa ter sido potencializada ou agravada pelo trabalho desempenhado, para que se estabeleça o nexo causal, com a concessão ao segurado do benefício acidentário compatível com o quadro positivado.*

*— Delineado o liame causal apenas pela prova pericial levada a efeito no curso da ação, negada qualquer relação entre o acidente típico que gerou anterior concessão ao obreiro do auxílio-doença, não é a partir da cessação deste que começa a incidir o benefício do auxílio-acidente. O marco inicial do benefício, nessa hipótese, inicia sua fluência na data da realização da perícia estabelecida da respectiva relação de causa e efeito.*

*— Inexistem razões de ordem prática para converter-se em acidentário o benefício do auxílio-doença concedido na esfera previdenciária, em se tratando de acidente do trabalho ocorrido já sob a égide da Lei n. 9.032/95. É que, ao contrário dos diplomas infortunisticos precedentes, o diploma legal em referência igualou o auxí-*

*lio-doença previdenciário e o seu congênere acidentário, passando a adotar para ambos um único percentual, o de 91% (noventa e um por cento).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.006951-3, da comarca de Criciúma (Vara dos Feitos da Fazenda, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que é apelante Avelino dos Santos Costa, sendo apelado o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS):*

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

Custas legais.

Avelino dos Santos Costa afo-rou ação acidentária contra o Instituto Nacional do Seguro Social, expondo, em resumo, ser empregado da Empresa Barriga Verde Transporte e Comércio Ltda. desde 7/3/95, exercendo a função de motorista, sendo que, em 9/6/95, ao descarregar caixas de copos do caminhão em que trabalhava, escorregou e caiu de costas no chão, com as caixas caindo sobre seu corpo, cabendo ao Sindicato dos Condutores de Veículos e Trabalhadores em Transportes Rodoviários de Cargas e Passageiros de Criciúma a comunicação do sinistro à entidade previdenciária.

Em face da ocorrência relatada, permaneceu o postulante sob o auxílio-doença previdenciário no período de 12/7/95 a 20/9/95, oportunidade em que lhe foi dado alta médica definitiva; entretanto, continua o acionante com problemas em sua coluna vertebral e membros inferiores, o que

lhe impede de exercer plenamente suas atividades como motorista.

No encerramento, pugnou pela procedência da ação, condenado o Instituto demandado a transformar o benefício auxílio-doença comum em auxílio-doença acidentário, no período acima referido, com o pagamento das respectivas diferenças existentes entre os dois benefícios, concedendo-lhe, outrossim, o benefício do auxílio-acidente, tendo como marco inicial o dia 20/9/95, a contar da data da alta médica, com as parcelas vencidas sendo devidamente atualizadas, impostos à autarquia demandada, ainda, os encargos da sucumbência.

Em contestação, o ente previdenciário acionado negou a origem acidentária do benefício do auxílio-doença pago ao postulante, acentuando, mais, inexistir qualquer elemento indicativo da redução da capacidade funcional do autor, fazendo com que, de acordo com o laudo médico, o benefício prestado tivesse caráter previdenciário.

Mas, ainda que venha a ser comprovado por meio de perícia médico-judicial o direito do autor, deverá o benefício que lhe for outorgado ter seu marco inicial na data do exame pericial, com a atualização monetária ocorrendo pelos índices previstos na Lei n. 8.213/91 e juros de conformidade com a lei civil, arbitrados em quantia certa os honorários advocatícios.

Realizada a avaliação pericial, ouvidas as partes e o Ministério Público sobre as conclusões técnicas, o



MM. Julgador Singular ditou a improcedência do pedido portal, ante a inexistência de vinculação entre a atividade profissional do autor e os males ortopédicos atualmente por ele ostentados, posto que constatado pelo expert judicial que as seqüelas portadas pelo obreiro são de ordem degenerativa, sem que tenha ocorrido agravamento em razão das atividades laborativas do postulante.

Inconformado com o teor da sentença exarada, apelou o vencido, enfatizando que, de acordo com a perícia médica realizada, foi constatada a existência de lesões e seqüelas, as quais o obrigam a despender maiores esforços para a realização de seu trabalho de motorista.

Ofertada resposta ao recurso, o Dr. Promotor de Justiça posicionou-se pelo provimento parcial do apelo, concedendo-se ao recorrente, apenas, o pagamento do benefício do auxílio-acidente mensal e vitalício.

Ascendendo o feito a esta Casa, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência parcial do apelo, concedendo-se ao apelante apenas o benefício do auxílio-acidente.

É o relatório.

Apenas em parte está a merecer acolhimento o pleito insurgencial sustentado pelo obreiro postulante.

Não, resta ver, quanto à conversão do benefício do auxílio-doença previdenciário pago ao apelante no interregno de 12/7/95 a 20/9/95, uma vez que, ocorrido o acidente laborativo sofrido pelo demandante recursal em 9/6/95, a matéria já se encontrava submetida à égide da Lei n. 9.032/95.

E, ao contrário dos diplomas infortunísticos precedentes, a Lei n. 9.032/95 igualou, na sua forma percentual, o benefício do auxílio-doença previdenciário e o seu congênere acidentário, passando a adotar para ambos um único percentual — o de 91% (noventa e um por cento), não tendo o autor logrado comprovar, em momento algum, que o benefício em questão foi-lhe satisfeito em percentual inferior.

Entretanto, em face do contexto probatório dos autos, inegavelmente deve o requerente ser agraciado com o auxílio-acidente a que alude o art. 86, inciso I, da Lei n. 8.213/91, a ser satisfeito no percentual de 50% nos termos do mesmo dispositivo de lei, com as alterações decorrentes da Lei n. 9.032, de 28/4/95, e da Lei n. 9.129, de 2/11/95.

Sublinhe-se que, nos moldes do diploma acidentário, para efeitos de proteção infortunística considera-se acidente do trabalho aquele em que o trabalho atue como concausa do resultado incapacitante.

Consoante leciona o emérito Irlneu Antônio Pedrotti:

“Pode-se definir concausa como sendo o elemento que concorre com outro, formando o nexo entre a ação e o resultado, entre o acidente e/ou doença profissional ou do trabalho e o trabalho exercido pelo empregado. O próprio texto da lei oferece o conceito: ‘...acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para...’”.

Linhas após, diz o festejado jurista:

“As circunstâncias que antecedem ao aparecimento da doença ou

do acidente são chamadas de causas predisponentes" (Acidentes do Trabalho — Comentários, São Paulo, Edição Universitária de Direito, 2ª ed., 1992, pág. 104).

Sobre o assunto, elucidam Marco Segre e Hilário Veiga de Carvalho:

"Quanto às causas predisponentes não excluem elas a admissão do infortúnio, pela alegação de que o empregado já estaria predisposto para o mal que, depois, se manifestou. Sim, poderia estar predisposto, mas foi aceito no trabalho e o estava exercendo; desde que o trabalho entrou com a sua parcela para determinar o resultado lesivo, a lei ampara o empregado, visto como, insista-se, não exige causa única nem exclusiva. O estado anterior, assim, não consta para a impugnação do nexos; e está certo que assim seja, visto que uma certa predisposição para vários males sempre se pode descobrir praticamente em todas as pessoas e a sua invocação, se fosse possível, viria tornar inoperante qualquer lei que exigisse mais do que o cientificamente justo".

Arrematam os citados autores:

"Enfim, as concausas preexistentes não se tomam em consideração para negar o nexos. Nestes termos, basta, então, que se admita, entre o exercício profissional e o infortúnio (acidente-tipo, doença profissional e doença das condições do trabalho) o nexos causal amplo que o texto legal e a jurisprudência corretamente ampararam. Se as lições de patologia ensinam que o trabalho pode ter contribuído, mesmo que indiciariamente, como adjuvante, para o resultado — o nexos é admissível" (Compêndio de

Medicina Legal, Saraiva, 1978, pág. 190).

É bem a situação dos autos!

In casu, consoante ressalta dos autos, padece o recorrente de osteoartrose degenerativa cervical, dorsal e lombar, nosologia essa de origem essencialmente degenerativa, consoante acentuam o perito judicial e o assistente técnico do apelado, não tendo ela qualquer vinculação com o acidente do trabalho sofrido pelo acionante em 9/6/95.

De regra, as doenças degenerativas, a exemplo daquelas inerentes a grupos etários e as endêmicas, adquiridas pelos segurados habitantes de regiões nas quais elas se desenvolvam, estão à margem do campo de incidência da legislação de infortunistica.

Contudo, se para a eclosão destas, ou para o agravamento do respectivo quadro mórbido, houver qualquer repercussão, por menor que seja, do trabalho desenvolvido pelo segurado, ou do ambiente ou posturas em que esse trabalho é executado, inarredável é a caracterização do liame causal, colocando-se ele, então, à sombra protetiva da legislação infortunistica.

Dúvidas inexistem, dessa forma, serem reparáveis infortunisticamente as moléstias de origem degenerativa que afetam a coluna lombar, quando agravadas elas pelas condições hostis em que o labor se desenvola.

Ainda quando dúvidas existam acerca da efetividade da necessária relação de causa e efeito, a solução favorável há que propender em favor

do obreiro, por incidente, nesse caso, o princípio do *in dubio pro misero*.

É o entendimento sedimentado nesta Corte, como exemplifica o acórdão seguinte:

“Leis trabalhistas e de previdência devem ser interpretadas sociologicamente no sentido de amparar trabalhadores. As dúvidas devem ser resolvidas de modo mais favorável aos empregados” (Ap. Cív. n. 48.234, DJE n. 9.218, de 20/4/95, pág. 6).

Na hipótese sob apreciação, tem-se que, segundo o vistor judicial, sendo o mal portado pelo autor de índole essencialmente degenerativa, não guarda ele qualquer relação com o acidente do trabalho sofrido por ele em 9/6/95, nem sequer as condições de trabalho agravaram o panorama mórbido detectado pericialmente, arredando, desse modo, qualquer relação etiológica entre o mal e o trabalho do demandante.

Contudo, o assistente técnico da autarquia previdenciária detentora do monopólio do seguro social, às fls. 40, em resposta ao quesito de n. 4, enfatiza que “as lesões encontradas podem ter-se agravado em face das condições em que se desenvolve o trabalho do autor — motorista — sempre sentado, executando os mesmos movimentos de pernas e braços”.

E, em atendimento ao quesito 5 de fls. 40, ao ser indagado especificamente “se o trabalho realizado como motorista contribuiu para o agravamento da doença”, concluiu o mesmo assistente técnico “que a posição sentada por muito tempo pode originar quadro de lombalgia”.

Destarte se, como afiançado pelo próprio assistente técnico do

apelado, posturas deficitárias, como aquelas que são exercidas na posição sentada, com a execução sempre dos mesmos movimentos de pés e mãos, podem não só fazer eclodir um quadro de lombalgia, como agravar o mesmo quadro, e se o apelante trabalha sempre sentado, executando sempre os mesmos movimentos de pés e mãos, características essas que são primordiais na sua atividade específica — a de motorista —, há, quando menos, dúvidas sobre a etiologia acidentária, ao menos no seu agravamento, ensejando indícios fortes dessa vinculação.

De modo algum, em sendo assim, poderá ser excluído, no caso vertente, o nexó etiológico essencial à definição do infortúnio laborativo.

E, conforme observa o mestre Hilário Veiga de Carvalho:

“O trabalho rude do obreiro que reclama grande esforço físico e a tomada de posicionamentos deficitários, ao longo do tempo, vão provocando continuadas lesões da coluna lombar, ocasionadas por microtraumatismos, que são causas de instalação de uma patologia lombar ou do agravamento de um quadro mórbido preexistente” (Acidente do Trabalho, pág. 77).

Na mesma esteira, já foi gizado por este Pretório:

“Ação reparatória — Acidente do trabalho — Moléstia afetando a coluna lombar — Condições hostis do trabalho — Redução da capacidade laboral reconhecida pelo expert judicial — Concessão do benefício infortunistico.

“Reparáveis, infortunicamente, as moléstias congênitas, ou de origem degenerativa, que afetam a colu-

na lombar, quando agravadas pelas condições hostis em que o trabalho se desenrola" (Ap. Cív. n. 19.002, de La-ges, rel. Des. Reynaldo Alves).

Assim:

"Se as moléstias incapacitan-tes, mesmo degenerativas, foram po-tencializadas ou agravadas pelo tra-balho desenvolvido pelo obreiro, os benefícios devidos são de natureza acidentária" (Ap. Cív. n. 47.740, de Orleans, rel. Des. João José Schae-fer).

Destaquem-se desta Corte mais os acórdãos assim ementados:

"Havendo alteração degenera-tiva da coluna cervical e lombar, em decorrência de artroses, podendo ter agravada a enfermidade em razão das condições adversas e forçadas da sua atividade, configurando-se a con-causa e, portanto, o nexa etiológico, o mineiro de subsolo faz jus ao benefí-cio acidentário compatível" (Ap. Cív. n. 34.821, de Criciúma, rel. Des. José Bonifácio Silva).

"Acidente do trabalho — Males da coluna lombar, após vários anos de atividade braçal — Doença degenerativa, porém agravada (concausa) pela natureza do trabalho — Nexa etiológi-co comprovado — Auxílio-doença aci-dentário concedido — Recurso ape-nas do INSS — Apelo desprovido" (Ap. Cív. n. 47.678, de Sombrio, rel. Des. Alcides Aguiar).

"Constatado que o obreiro é portador de doença degenerativa da coluna lombar, agravada pelas condi-ções hostis de trabalho, implicando em redução da capacidade laborativa que impossibilite o desempenho nor-mal da atividade que exercia, admissí-vel a concessão do auxílio-acidente,

com reabilitação profissional" (Ap. Cív. n. 47.859, de Criciúma, rel. Des. Eder Graf).

No mesmo diapasão, acentua-mos na ementa do acórdão referente à Apelação Cível n. 96.011109-3, de Criciúma:

"Inserem-se na abrangência re-paratória infortunistica as nosologias que, embora de ordem degenerativa, possam ter sofrido a atuação coadju-vante, quando menos para a possibili-dade de seu agravamento, da ativida-de laborativa desenvolvida, em razão das posturas deficitárias em que é de-senvolvido o trabalho. Nessa hipóte-se, é admissível o reconhecimento do liame etiológico, com qualquer dúvida a respeito existente resolvendo-se em favor do obreiro, com a incidência, en-tão, do princípio do in dubio pro mise-ro".

Reconhecido esse nexa etioló-gico, faz jus o segurado apelante à percepção do benefício do auxí-lio-acidente previsto no art. 86, I, da Lei n. 8.213/91, a ser pago no percentual ditado pela Lei n. 9.032, de 28/4/95, qual seja o de 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício.

O marco inicial da concessão do benefício em referência é contado da data da perícia médico-judicial le-vada a termo — 5/3/97 —, data em que, firmado o laudo emitido pelo as-sistente técnico do INSS, restou es-tabelecido o liame causal levado aqui em consideração para a outor-ga, ao recorrente, do benefício em questão.

As parcelas vencidas até a data da efetiva liquidação deverão ser sa-tisfeitas de uma única vez, considera-do o valor do salário-de-benefício vi-

gente à data inicial do benefício, atualizadas monetariamente, mês a mês, pelo IGP-DI (Índice Geral de Preços — Disponibilidade Interna), tal como resulta dos termos dos arts. 2º e 8º da Medida Provisória n. 1.415, de 29/4/96, com reiteração no art. 2º da Medida Provisória n. 1.463/22, de 29/1/98.

Sobre o montante incidirão juros moratórios legais, contados desde a data da citação inicial do recorrido.

Por outro lado, arcará o órgão previdenciário demandado com o pagamento dos honorários advocatícios, os quais são fixados em 10% (dez por cento) sobre o montante das prestações vencidas ao momento da liquidação, com os acréscimos de atualização monetária e de juros legais.

Derradeiramente, correm por conta do apelado as custas processuais, posto que, no referente a elas,

não goza a autarquia de qualquer isenção, tal como resulta dos termos da Súmula 20 do TRF da 4ª Região e da Súmula 178 do Superior Tribunal de Justiça.

À vista do exposto é que se dá provimento apenas em parte ao recurso deduzido pelo segurado acionante.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues, dele participando, igualmente com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto; pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, emitiu parecer o Exm. Sr. Dr. Joel Rogério Furtado.

Florianópolis, 11 de agosto de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.008895-0, DE ITAJAÍ**

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Monitória. Cheque de sociedade comercial. Emitente que, nos termos do por si confessado, não detinha poderes para a emissão. Responsabilidade pelo pagamento. Legitimidade passiva incontestável. Sentença de procedência confirmada. Apelo desprovido.*

*Reconhecendo o demandado ter emitido o cheque respaldador da pretensão monitória contra ele ajuizada, para pagamento de débito seu e sem deter poderes para, em nome da firma comercial titular da conta corrente, emití-lo, pratica ato contrário à lei, nos termos do art. 10 do Decreto n. 3.708, de 1919, sendo, por isso, responsável pelo seu pagamento.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.008895-0, da comarca de Itajaí (2ª Vara Cível e Registros Públicos), em que é apelante Jurandir Jaime Meirinho, sendo apelado Ademar Feustel:*

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

Custas legais.

Objetivando a cobrança do valor de R\$ 5.160,00, oriundo de empréstimo garantido, pelo demandado, por meio do cheque n. AS-080776, sacado contra a conta corrente mantida pela Distribuidora Meirinho Ltda., Ademar Feustel ajuizou, contra Jurandir Jaime Meirinho, ação monitória, sustentando, em linhas gerais, que, apresentado o cheque para desconto, foi ele devolvido por insuficiência de fundos.

As tentativas de cobrança amigável do débito revelaram-se infrutíferas, pelo que ao requerente outra alternativa não restou que não a busca das vias judiciais para receber o seu crédito.

Expedido o mandado de pagamento (art. 1.102, letra b, do CPC), o demandado ofertou embargos, invocando a sua ilegitimidade para residir no pólo passivo da ação, posto ter sido o débito contraído pela Distribuidora Meirinho Ltda., representada pelo embargante, na qualidade de seu gerente, postulando, então, a extinção do feito monitório.

Colhida a manifestação do autor, na audiência de instrução e julgamento, tomados os depoimentos pes-

soais dos litigantes e ouvida uma testemunha do postulante, os litigantes produziram alegações finais.

Sentenciando, o Julgador singular, após arrear a argüição de ilegitimidade passiva ad causam do demandado, rejeitou os embargos por ele apresentados, convertendo o débito referente ao cheque questionado em título executivo judicial, acrescentando-se de juros e atualização monetária, determinando o prosseguimento da ação na sua fase executonal.

Inconformado com o decisum exarado, o demandado apelou, reeditando todos os argumentos expendidos nos embargos deduzidos, postulando a reforma do julgado monocrático.

Com a resposta recursal, os autos alçaram a esta Instância.

É o relatório.

A insurgência recursal manifestada pelo apelante não comporta agasalhamento, ante o acerto com que se houve o MM. Decisor monocrático ao equacionar o litígio aforado.

Os autos encerram, esclareça-se, ação monitória baseada em cheque emitido pela Distribuidora Meirinho Ltda., firmado, no entretanto, pelo insurgente.

Quer em seus embargos, quer em tema de apelo, buscando a reversão do julgado singular, utiliza-se o recorrente de um único argumento: que o cheque questionado, conquanto por si assinado, é de emissão da pessoa jurídica Distribuidora Meirinho Ltda., o que acarreta, em decorrência, a sua ilegitimidade para compor o pólo passivo da demanda monitória intentada.

Razão falece, entretanto, ao postulante recursal!

Ocorre que, no depoimento pessoal que prestou nestes autos, reconheceu ele expressamente que o empréstimo que resultou na emissão do cheque questionado, sacado contra o Banco Itaú S/A, foi por si contraído, tendo ele emitido refalado cheque, em nome da Distribuidora Meirinho Ltda., muito embora não tivesse poderes para, em representando a mesma, sacar cheques contra mencionada instituição bancária.

Essa confissão, base exponencial da rejeição, na instância a quo, da argüida ilegitimidade passiva ad causam, saliente-se, mostra-se suficiente para, com base nela, concluir-se pela legitimidade passiva do recorrente.

A respeito, anotam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

“Natureza jurídica da confissão. É meio de prova (CC 136, I, e CPC 348) que tem natureza de negócio jurídico unilateral, não receptício, processual ou não, conforme seja realizada fora do processo ou não. Seus elementos essenciais são a capacidade da parte, a declaração de vontade e o objeto possível” (Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 627).

Reportando-se ao assunto, ensina o lapidar Moacyr Amaral Santos:

“Na conceituação do Código, art. 348, ‘há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário’. Tendo lugar a confissão, que é meio de prova, provado está o fato

confessado, que independe de qualquer outra prova. Por outro lado, o fato confessado se torna incontroverso, não sendo, pois, objeto de prova” (Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª ed., 1976, vol. IV, pág. 48).

Dessa forma, confessando o apelante ter emitido o cheque em apreço em nome da pessoa jurídica à qual estava ele vinculado, quando não detinha poderes para tanto, em pagamento de um débito por ele próprio contraído, evidente é que se tornou ele responsável pelo pagamento do título.

Em acórdãos perfeitamente identificados com a situação detectada nos autos vertentes, já disse este Tribunal:

“O sócio-gerente de sociedade por quotas de responsabilidade limitada que exorbitar do mandato ou praticar atos com violação do contrato ou da lei, pode ser pessoalmente compelido a ressarcir os danos deles resultantes” (Ap. Cív. n. 51.546, de Lages, rel. Des. Newton Trisotto).

“Quem emite o cheque é parte legítima para responder à dívida de seu portador” (Ap. Cív. n. 96.009011-8, de São Francisco do Sul, rel. Des. Carlos Prudêncio).

“O sócio-gerente de sociedade de responsabilidade limitada, ao emitir cheque sem a necessária provisão de fundos, responde solidária e ilimitadamente pela prática do ato contrário à lei, nos termos do art. 10 do Decreto n. 3.708, de 1919” (Ap. Cív. n. 96.009151-3, de Mafra, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Na doutrina pátria, o tema tem merecido igual tratamento.

Assim, como enfatiza o preclaro João Eunápio Borges:

“Como órgão de representação da sociedade, é em nome dela que ele age, e dela, normalmente, são os efeitos benéficos ou prejudiciais dos atos praticados por seu representante legal.

“(…)

“Se, porém, o gerente exorbitar no exercício de suas funções, usando indevidamente ou abusando da firma social, praticando atos excedentes dos poderes que lhe foram atribuídos ou violadores da lei e de contrato, e assim causando prejuízos à sociedade ou a terceiros, incorrerá nas san-

ções previstas nos arts. 10 e 11 do Decreto n. 3.708” (Curso de Direito Comercial Terrestre, Rio, Forense, 1973, pág. 364).

Nega-se, pois, à vista das razões expostas, provimento à irresignação recursal manifestada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto.

Florianópolis, 6 de outubro de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente com voto;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.012670-0, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Embargos à execução. Duplicata de prestação de serviços.*

*As duplicatas sem aceite e não protestadas não configuram título hábil para o manejo da execucional.*

*As duplicatas sem aceite, mas cujo protesto foi tirado, somente formam título executivo se acompanhadas de prova da efetiva prestação dos serviços e do vínculo contratual que a autorizou.*

*Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.012670-0, da comarca da Capital (Unidade de Justiça Intensiva), em que são apelantes Seprol Computadores e Sistemas Ltda. e Seprol Assistência Técnica Ltda., sendo*

*apelado Aerolanches — Comércio e Serviços de Lanches Ltda.:*

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

Custas na forma da lei.



Trata-se de embargos à execução aforados por Aerolanches — Comércio e Serviços de Lanches Ltda., em que figuram como embargadas Seprol Computadores e Sistemas Ltda. e Seprol Assistência Técnica Ltda., julgados procedentes pela sentença de fls. 46/55.

Irresignadas com o teor do decisorium, apelam as vencidas, sustentando que foram prestados os serviços que deram origem às duplicatas em execução e que o ônus da prova da não prestação dos serviços incumbe ao apelado. Aduzem, também, que os serviços de manutenção em equipamentos de informática são prestados com periodicidade, mediante a simples chamada do cliente (fls. 11, item 1.1), e que, por cláusula contratual expressa (fls. 14, item 4.3), a empresa prestadora de serviços está autorizada a emitir as faturas e as respectivas duplicatas para pagamento no vencimento, das prestações mensais, ainda que o cliente não haja solicitado os seus serviços. Finalizam defendendo a higidez das duplicatas emitidas em estrita observância ao acordo de vontades firmado entre as partes.

O apelado deixou transcorrer in albis o prazo para oferecer contra-razões.

É o relatório.

A pretensão recursal relaciona-se com a possibilidade de manejo da via executiva, para a satisfação do direito ao adimplemento do contrato de prestação de serviços, firmado entre as apelantes e a apelada, do qual emanam as duplicatas acostadas aos autos da execucional.

Os títulos de crédito controversos não contêm a declaração do reconhecimento da obrigação de pagá-los assinada pelo comprador — aceite cambial.

À vista disso, cumpre ressaltar, primeiramente, que, à exceção das duplicatas juntadas às fls. 37, 41, 45, 49, 54, 57 e 60, as demais são absolutamente inidôneas, prima facie, para embasar o processo de execução, por força do disposto no art. 15, inc. II, alínea a, da Lei n. 5.474/68 (com a redação dada pela Lei n. 6.458/77), que exige o protesto da duplicata não aceita para tornar possível a execução, o que não restou comprovado.

Quanto às duplicatas protestadas, a mesma sorte impõe-se.

Ao contrário do que sustentam as apelantes, o ônus da prova da prestação dos serviços lhes incumbia, e não ao apelado.

O § 3º do art. 20 da Lei de Duplicatas determina que “aplicam-se à fatura e à duplicata ou triplicata de prestação de serviços, com as adaptações cabíveis, as disposições referentes à fatura e à duplicata ou triplicata de venda mercantil”.

Seguindo a orientação legislativa, perfeitamente aplicável — com as adaptações cabíveis, diz a lei — à duplicata de prestação de serviços, a determinação de que o processo de execução somente pode ser utilizado para a duplicata não aceita caso “esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria” (art. 15, inc. II, alínea a).

O ônus da prova da prestação dos serviços, assim, é, ex vi legis, do sacador — no caso, das apelantes.

Mutatis mutandis, é lição de J. C. Sampaio de Lacerda:

"A duplicata ou triplicata não aceita, portanto, terá que ser previamente protestada a fim de poder instruir a ação executiva, acompanhando a petição inicial ainda de qualquer documento comprobatório da remessa ou da entrega da mercadoria. É, assim, uma condição essencial para a ação executiva, nesta última hipótese, que, de início, independentemente de qualquer outra prova, haja um comprovante documental da remessa ou da entrega da mercadoria. Se não puder ser a petição inicial acompanhada desse documento, a ação terá forçosamente que seguir o rito ordinário, como prescreve o art. 16" (A Nova Lei Sobre Duplicatas, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1974, págs. 30/31).

Os argumentos de que os serviços de manutenção em equipamentos de informática são prestados com periodicidade, mediante a simples chamada do cliente (fls. 11, item 1.1), e que, por cláusula contratual expressa (fls. 14, item 4.3), a empresa prestadora de serviços está autorizada a emitir as faturas e as respectivas duplicatas para pagamento no vencimento das prestações mensais, ainda que o cliente não haja solicitado os seus serviços, não impressionam.

Primeiro, porque a jurisprudência deste Tribunal tem interpretado o § 3º do art. 20 da Lei n. 5.474/68 (com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 436/69), no sentido de que, para a emissão da duplicata de prestação de serviços, é imprescindível a prova escrita da contratação, o que não consta nos autos, haja vista que o contrato, acostado às fls. 11/16 dos embargos e

da execução, é documento unilateralmente produzido, no qual não consta a assinatura do tomador dos serviços.

A propósito:

"Na conformidade do art. 22, parágrafo 3º, da Lei n. 5.474/68, para a emissão de duplicata de prestação de serviços é imprescindível a prova da efetividade destes, bem como a demonstração escrita da contratação, não podendo tal prova ser suprida, para o efeito da constituição do título, por manifestação oral" (Ap. Cív. n. 34.409, de Xanxerê, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, julgada em 1º/11/94) (no mesmo sentido, Ap. Cív. n. 96.010578-6, de Jaraguá do Sul, deste relator, julgada em 3/6/97).

Segundo, porque, mesmo que o teor do contrato firmado entre as partes correspondesse àquele do documento juntado pelas apelantes, a simples existência de cláusula contratual expressa, autorizando a empresa prestadora de serviços a emitir faturas e as respectivas duplicatas, ainda que o cliente não tenha solicitado os seus serviços, sem prova da efetiva prestação destes, não permite a cobrança executiva das duplicatas, pois a cláusula que assim dispõe desvirtua a finalidade do instituto, que é justamente representar o saque do serviço efetivamente prestado.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho traz à colação acórdão do TJDF:

"Duplicata — Prestação de Serviços — Locação de Móveis. Lícita a emissão de duplicatas por empresas que se dediquem à prestação de serviços, devendo o saque fundar-se no fato de serviços terem sido efetivamente prestados pelo emitente ao sa-

cado (TJDF, DJU, 22 out. 1982, pág. 10.783, BA n. 1.257)" (Código Comercial e Legislação Complementar Anotados, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 574).

Ressalte-se, outrossim, que se o contrato estabelecido entre as partes correspondesse, em todo o seu teor, àquele de fls. 13/16, poderiam, em tese, estar as apelantes incorrendo na tipificação do caput do art. 172 do Código Penal, ante o disposto no seu item 4.3, de seguinte teor:

"A Seprol emitirá antecipadamente as faturas relativas ao valor dos serviços técnicos de manutenção, faturas essas vencíveis nos dias especificados no anexo I, comprometendo-se o cliente a efetuar o pagamento, até a data do vencimento" (fls. 14) (grifei).

É lição corrente na mais abalizada doutrina que se equipara à duplicata simulada a "emissão de fatura e saque de duplicata nos contratos de venda de mercadorias para entrega

futura" (Rubens Requião, Curso de Direito Comercial, 2º volume, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, pág. 445) (no mesmo sentido, J. C. Sampaio de Lacerda, A Nova Lei Sobre Duplicatas, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1974, pág. 15; e, ainda, Waldirio Bulgarelli, Títulos de Crédito, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1982, pág. 320), por falta de provisão, o que ocorre, também, no caso da emissão de fatura nos contratos de prestação de serviços ainda não realizados.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 9 de fevereiro de 1999.

*Napoleão Amarante,*  
*Presidente com voto;*  
*Silveira Lenzi,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.012434-4, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Direito de família. Ação de investigação de paternidade. Agravo retido. Pedido de transferência da audiência de instrução e julgamento. Indeferimento. Não comparecimento do réu alegando compromisso comercial agendado na mesma data, no Rio Grande do Sul. Justificativa não comprovada e incapaz de afastar o prosseguimento da instrução. Agravo desprovido.*

*Mesmo que o réu tenha sido pessoalmente intimado da audiência apenas 24 (vinte e quatro) horas antes de sua realização, por meio de seu advogado deveria comprovar, antes de iniciados os tra-*

*balhos, o motivo justificado que o impossibilitaria de nela comparecer (art. 453 do CPC).*

*A simples alegação de compromisso comercial agendado na mesma data, em outra localidade, não tem o condão de sobrestar o prosseguimento da instrução.*

*Exame de DNA. Recusa injustificada. Fortes indícios da paternidade. Coincidência da concepção com o período do envolvimento íntimo da representante da autora com o indigitado pai.*

*Tendo o investigado por 4 (quatro) vezes frustrado a realização do exame de DNA, procrastinando injustificadamente tal providência por aproximadamente 2 (dois) anos, não pode pretender sua realização em grau de recurso.*

*“A recusa do investigado à realização da prova pericial sanguínea, senão equivale de per si à confissão da paternidade, robustece a convicção do laço familiar que lhe é irrogado, uma vez convergentes nesse sentido os demais elementos probantes” (Ap. Cív. n. 43.750, de Itajaí, rel. Des. Alcides Aguiar).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.012434-4, da comarca de Criciúma (Vara de Exceção), em que é apelante J. A. T., sendo apelado H. B., representada por sua mãe, S. B.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo retido e ao apelo.

Custas na forma da lei.

Trata-se de ação de investigação de paternidade ajuizada por H. B., menor impúbere, representada por sua mãe, S. B., em que figura como demandado J. A. T.

A autora alegou, em síntese, que sua mãe namorou o réu por um período aproximado de 4 (quatro) meses, no ano de 1989. Após um tempo

afastados, reencontraram-se em 1992, quando reiniciaram o namoro, tendo sido concebida no início do mês de fevereiro do ano de 1993, vindo a nascer em 5/11/93.

Afirmou que o réu nunca negou a paternidade, tendo, inclusive, prometido registrá-la, o que deixou de fazer, motivando o seu registro tardio, realizado por sua genitora, somente 6 (seis) meses após o nascimento.

O réu, contestando o feito, sustentou não ser o pai da autora e que conheceu sua representante em meados de 1989, mas nunca manteve relações sexuais com ela e que após esta data nunca mais a encontrou.

Após frustradas tentativas de realização do exame de DNA, ante o não comparecimento do réu, foi designada audiência de instrução e julga-

mento, tendo sido colhido o depoimento pessoal da representante da autora e de 3 (três) testemunhas (fls. 119/124).

A autora apresentou alegações finais em forma de memoriais, tendo o réu interposto agravo retido, atacando a interlocutória que indeferiu o pedido de suspensão da audiência de instrução e julgamento (fls. 130).

Após o oferecimento de alegações finais pelo demandado, o Magistrado singular, manifestando-se acerca da interposição do agravo retido, manteve a decisão combatida (fls. 140).

O Ministério Público de Primeiro Grau manifestou-se pela procedência do pedido.

Sentenciando, o Togado a quo julgou procedente o pedido inicial, declarando a autora filha natural do investigado (fls. 147/160).

Inconformado, apela o vencido, pugnando, preliminarmente, pela apreciação do agravo retido, afirmando, outrossim, que teve sua defesa cerceada, pois não pôde comprovar por meio de prova testemunhal, que o alegado pela autora tratava-se de inverdades. No mérito, sustenta que: a) nunca manteve um relacionamento sério e íntimo com a representante da autora; b) na época da concepção, residia na cidade de Laguna, sendo que o local apontado como de encontro entre ele e sua representante estava alugado naquele período, não podendo, portanto, prestar-se aos alegados encontros. Por derradeiro, pede o provimento do recurso para que se complete a instrução processual, com a realização, inclusive, do exame de

DNA, cuja produção afirma não lhe ter sido propiciada.

Em contra-razões, a apelada pugna pela manutenção do decisum.

O representante do Parquet manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

Alçaram os autos a esta Superior Instância, onde a Procuradoria-Geral de Justiça reitera a posição de sua congênera a quo.

É o relatório.

## 1 — Agravo retido

Insurge-se o investigado contra a decisão prolatada na audiência de instrução e julgamento que indeferiu o pedido de sua transferência, mesmo sob a justificativa de que na mesma data estava com compromisso comercial agendado em Novo Hamburgo (RS).

Alega que foi intimado somente no dia 2/3/98, por volta das 17h30min, véspera da audiência, impossibilitando a remessa de qualquer documento justificando sua ausência na audiência marcada.

Sustenta a inobservância do art. 192 do Código de Processo Civil, e que ante o não comparecimento no ato, não pôde arrolar testemunhas à comprovação do alegado na contestação.

Dispõe o art. 192 do Cânone Processual Civil:

“Quando a lei não marcar outro prazo, as intimações somente obrigarão a comparecimento depois de decorridas 24 (vinte e quatro) horas”.

Todavia, como salientado pelo próprio investigado na peça de agra-

vo, foi intimado para comparecer à audiência por volta das 17h30min do dia 2/3/98.

Ora, considerando que a audiência foi marcada para o mesmo horário — 17h30min — do dia seguinte, não se pode cogitar a não decorrência do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, mencionado pelo art. 192 do Código de Processo Civil.

Ademais, o § 1º do art. 453 dispõe nitidamente que “incumbe ao advogado provar o impedimento até a abertura da audiência; não o fazendo, o juiz procederá à instrução”.

Ante a gravidade do caso, onde está em jogo a investigação da relação parental da menor, não é crível que um suposto compromisso comercial, agendado no Rio Grande do Sul, possa assumir prioridade em face da obrigação judicial agendada.

Ademais, o investigado não logrou comprovar o alegado, o que certamente poderia ter providenciado nas 24 (vinte e quatro) horas anteriores à audiência. E os recibos acostados à peça do agravo efetivamente não podem prestar-se como prova para justificar o não comparecimento na audiência.

A propósito:

“Se o impedimento era previsível, a comunicação deve ser feita até a abertura da audiência” (RT 715/141).

E ainda:

“Para que seja encampado judicialmente pedido de transferência da audiência de julgamento, conforme autorizado pelo art. 452, II, do CPC, de mister é que o patrono da parte comprove, até a abertura dos traba-

lhos, a impossibilidade do seu não comparecimento. Possível é a comprovação ulterior, apenas quando razões de força maior impediram fosse ela feita até a abertura da audiência pretendida de adiamento. Não há que ser emprestado caráter de seriedade, entretanto, a pedidos de transferência cujos motivos não se fizeram provados, sequer em grau de recurso” (Ap. Cív. n. 96.012292-3, de Concórdia, rel. Des. Trindade dos Santos, julgada em 6/5/97).

O agravante alega, ainda, cerceamento de defesa, afirmando que restou prejudicado com a intimação tardia da audiência, pois não teve a oportunidade de arrolar testemunhas.

Porém, depreende-se dos autos (fls. 115) que o Togado a quo, em despacho irrecorrido, dispensou a produção da prova pericial e marcou a audiência de instrução e julgamento para o dia 3/3/98, oportunidade em que também designou a intimação das testemunhas arroladas, ou que eventualmente viessem a ser arroladas.

Tal decisão foi publicada no Diário de Justiça em 18/11/97 — quase 4 (quatro) meses antes da realização daquele ato — proporcionando às partes tempo suficiente para apresentarem o rol de testemunhas a serem intimadas à instrução do feito. Todavia, tendo o agravado deixado de efetuar tal providência, por certo renunciou a este direito, não podendo pretender, agora, anular toda a instrução processual por cerceamento de defesa.

Assim sendo, é descabida qualquer assertiva de cerceamento de defesa e despicienda qualquer insur-

gência à decisão atacada, que, a princípio, não passa de outra manobra processual provocada à procrastinação do feito.

## 2 — Apelação

A Constituição Federal de 1988, revogando as disposições da Lei n. 883/49, pretendeu banir do regulamento jurídico a distinção que anteriormente era feita entre filhos naturais, legítimos, ilegítimos, incestuosos ou adúlteros.

Agora pelo preceito da norma constitucional em vigor, filho, não importando sua natureza, deve possuir todos os direitos e qualificações inerentes aos filhos concebidos durante a convivência marital, sendo expressamente vedado qualquer tipo de discriminação.

É o que dispõe o art. 227, § 6º, da Carta Política:

“Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Por fim, a Lei n. 8.560/92 veio regular as ações de investigação de paternidade, propiciando aos filhos havidos fora do casamento perquirir sobre seus efetivos laços familiares e serem acolhidos pelos direitos civis provenientes da relação parental.

Todavia, o grande embate que dificultava a solução de ações desta natureza — referente aos meios de prova seguros ao reconhecimento da paternidade investigada — veio a ser praticamente eliminado com a superveniência do exame genético de DNA

(ácido desoxirribonucleico), que garante uma segurança praticamente absoluta da paternidade, ou seja, uma probabilidade equivalente a 99,9999% de certeza.

A realização deste exame pode ser requerido pelas partes, pelo representante do Ministério Público, ou, até mesmo, pelo Magistrado, que em busca da verdade real, em determinadas situações, não se pode deixar amarrar pelo princípio dispositivo que lhe impôs a legislação processual, já que este mesmo diploma (art. 130) atribuiu-lhe liberdade e poderes para solicitar as provas que entender necessárias à correta solução do litígio.

Na espécie, a autora, não tardando ajuizar a investigatória — aproximadamente 4 (quatro) meses após o seu nascimento —, já na peça inaugural pugnou pela realização do exame de DNA, conseqüentemente, comprometendo-se a arcar com as despesas antecipadas a este título.

Assim sendo, marcada a data à realização do referido exame no dia 3/10/95, este restou frustrado ante o não comparecimento do investigado (fls. 56).

Por oportuno, foram reiteradamente designadas novas datas à realização da perícia — 11/6/96, 14/4/97 e 8/9/97 —, que da mesma forma não se realizaram pelo mesmo motivo, ou seja, a ausência do requerido. Não obstante, na última data, tenha sido pessoalmente intimado da pretensa realização do exame.

Neste vai-e-vem de intimações, e frustradas tentativas da realização do refutado exame, transcorreram praticamente 2 (dois) anos. Ou seja, o destino da menor H. B. ficou paralisa-

do durante todo este período, em decorrência única e exclusiva do descaso do requerido com aquela, e, com o próprio Poder Judiciário, que definitivamente não pode prestar-se a manobras desleais e antiéticas para prorrogar a solução de um litígio.

Tal descaso, certamente, leva à indelével conclusão de que o investigado não estaria disposto à realização do exame. Todavia, não há como entender tal atitude, pois já que nega veementemente a paternidade em sua contestação, não haveria maior interessado à efetivação do exame do que ele próprio, pois não é crível que alguém deseje a declaração de uma paternidade inexistente.

Para corroborar a tamanha desconsideração com o interesse da menor e com o Poder Judiciário, o indigitado pai não se deu ao trabalho de sequer adiar um suposto compromisso comercial marcado no Rio Grande do Sul, para atender ao compromisso judicial (audiência de instrução e julgamento) marcado na mesma data. E o que é pior, não apresentou qualquer justificativa dentro dos critérios legais exigidos.

Para finalizar, e causar assombro geral, em suas razões de apelação pede a realização do exame de DNA, cuja produção injustificadamente e reiteradas vezes negou-se a participar.

Como já salientado, a relutância do investigado à realização do exame genético, pode ser entendida como negativa à sua produção. Tal negativa gera uma presunção relativa de veracidade dos fatos alegados na peça inicial da investigação.

Sobre o tema este Tribunal já se manifestou:

“A recusa do investigado à realização da prova pericial sanguínea, se não equivale de per si à confissão da paternidade, robustece a convicção do laço familiar que lhe é irrogado, uma vez convergentes nesse sentido os demais elementos probantes” (Ap. Cív. n. 43.750, de Itajaí, rel. Des. Alcides Aguiar, julgada em 16/6/94).

E ainda:

“A parte não está obrigada a produzir prova. Tem o ônus de fazê-lo, no entanto, como expressão de conduta, em abono de seu interesse em obter a vantagem da decisão a seu favor. A recusa do réu em investigação de paternidade, de se submeter a exame hematológico (DNA), conduz a que se admita a presunção de veracidade dos fatos alegados, não se positivando, diante da sóbria análise judiciária, a argüida *exceptio plurium concumbentium*” (Ap. Cív. n. 96.000634-6, de Lages, rel. Des. Anselmo Cerello, julgada em 3/4/97).

Em determinadas hipóteses, na incansável busca da verdade real, tem-se possibilitado às partes a produção do exame de DNA em grau de recurso, convertendo-se o julgamento em diligência para este fim.

Todavia, a hipótese dos autos não se enquadra nesta situação excepcionalíssima, haja vista que foi propiciado ao indigitado pai, demais vezes, a oportunidade de submeter-se ao exame. Porém, negando-se a fazer na fase instrutória, tornou sua produção inviável em sede recursal.

Ademais, a matéria encontra-se preclusa, pois, por meio do despacho irrecorrido de fls. 115, o Magis-



trado a quo dispensou a realização do exame pericial de DNA, na tentativa de evitar que o processo se eternizasse por culpa do apelante.

Sendo assim, as provas constantes dos autos, conjugadas com os fortes indícios da indigitada paternidade, são suficientes e apontam à correta solução do litígio, não havendo qualquer reparo a ser feito na sentença monocrática que a declarou.

“Na ação de investigação de paternidade, o que leva à convicção do juiz não é, geralmente, um ou alguns fragmentos probatórios, mas o conjunto da prova, tirando-se de cada segmento o que mais importa, cuja soma dá ao magistrado a certeza necessária para decidir. Vale dizer, a coerência entre os diversos elementos que, unidos, formam um todo harmônico. Esta coerência e harmonia são a subsistência da melhor prova, proporcionando as condições para uma sentença — juridicamente correta” (Fernando Simas Filho, *A Prova na Investigação de Paternidade*, Juruá, Curitiba, 1991, pág. 42).

A prova testemunhal confirma, com clareza e precisão, que o apelante e a representante da autora mantiveram relacionamento íntimo no período de sua concepção.

Assim declarou a testemunha S. D. P.:

“Que costumava ver o réu e a mãe da autora no clube União Mineira, sociedade local, onde funcionava uma discoteca aos domingos; que não conhece outros namorados da mãe da autora; que depois que conheceu a mãe da autora, o único homem que sabe ter se relacionado com a mãe biológica foi o réu; que tem lembrança da

época que a mãe biológica ficou grávida; que tem lembrança que nesta mesma época de que a mãe biológica se relacionava com o réu; que logo depois o réu ‘sumiu’; que geralmente a mãe biológica ia para o clube com a depoente e outras amigas, e o réu a levava para casa” (fls. 121).

Por seu turno, M. V. N. consignou:

“Que a depoente costumava frequentar o clube União Mineira; que conheceu o demandado no referido local; que tem conhecimento que o réu e a mãe da autora ‘ficavam juntos’ no referido clube, tendo conhecimento a depoente que o réu apanhava a mãe biológica em casa; que não sabe dizer quantas vezes viu o casal juntos, mas foram várias; que não conheceu outro homem que tivesse se relacionado com a mãe da autora; que depois que ficou constatada a gravidez, ‘o réu sumiu e eu não vi mais ele no clube’” (fls. 122).

E finalmente, S. F. afirmou:

“Que lembra que pelo ano de 1992, já no seu final, via a mãe da autora junto com o réu na discoteca que existia no clube União Mineira; que a mãe da autora e o réu ‘ficavam juntos’ quando iam na discoteca; que desconhece qualquer fato que desabone a conduta da mãe da autora; que desconhece outros relacionamentos da mãe da autora com outros homens” (fls. 123).

Nota-se, portanto, que o período do envolvimento íntimo da representante da autora e do réu, por certo, coincide com sua concepção. Não se podendo cogitar, também, a *exceptio plurium concumbentium*, sequer alegada.

Embora o apelante alegue a deficiência da instrução probatória, denota-se pelo conteúdo do processado que não realizou o exame, tampouco preocupou-se em arrolar testemunhas para rebater as alegações contra si articuladas.

Quedou-se inerte, tentando apenas procrastinar o feito e adiar a solução da demanda que certamente já tinha conhecimento que lhe seria desfavorável, pois as suas atitudes corroboradas com outros elementos apurados na instrução processual, embora não se possa entender como confissão, geram fortes indícios orientadores de uma certeza praticamente absoluta da paternidade.

Não seria exagero, diante das circunstâncias, ressaltar que condutas como esta, onde o investigado posterga, retarda e tumultua a busca da solução definitiva do reconhecimento da paternidade investigada, em tese, poderia ensejar, inclusive, ao investigante, a procura da indenização correspondente por danos morais.

“A reparação civil, admitida como passível de reparação pelo gravame moral impingido ao investigante, haverá de decorrer daquela atitude

claramente postergatória do reconhecimento parental; onde o investigado se vale de todos os subterfúgios processuais para dissimular a verdade biológica, fugando-se com esfarrapadas desculpas ao exame pericial genético, ou mesmo esquivando-se da perícia com notórios sintomas de indisfarçável rejeição ao vínculo de parentesco com filho, do qual tem sobradas razões para haver como seu dependente” (Rolf Madaleno, ADV — Seleções Jurídicas, Março/98, pág. 70).

Diante do exposto, nega-se provimento ao agravo retido e à apelação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Eder Graf, que o presidiu, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 23 de fevereiro de 1999.

*Napoleão Amarante,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Silveira Lenzi,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.017751-0, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Embargos de terceiro.*

*Configuram os embargos de terceiro remédio jurídico apropriado para a defesa do proprietário de bem constritado, por determinação emanada de processo judicial a cuja eficácia ele não estava sujeito.*

*Fraude contra credores. Impossibilidade de seu reconhecimento na via estreita dos embargos de terceiro. Entendimento consagrado na Súmula 195 do STJ.*

*“Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores”.*

*Honorários de advogado. Fixação equitativa. Aplicação do § 4º do art. 20 do CPC.*

*Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.017751-0, da comarca de Criciúma (3ª Vara), em que figura como apelante Nelson Zaccaron, sendo apelada Vivian Mara Felipe Zanette:*

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

Custas na forma da lei.

Trata-se de embargos de terceiro aforados por Vivian Mara Felipe Zanette, em que figura como embargado Nelson Zaccaron, julgados procedentes pela sentença de fls. 151/155.

Irresignado, apela o vencido, aduzindo que o negócio jurídico de cessão de meação, efetuado entre o executado e a embargante, caracteriza fraude contra credores, sendo inoperante ante o credor de boa-fé, e que a apelada nunca teve a posse, direta ou indireta, do bem, não se prestando os embargos de terceiro para a defesa da propriedade. Requer, por fim, a redução da verba honorária.

A apelada, em contra-razões, pugna pela manutenção do decism.

É o relatório.

Dispõe o art. 1.046 do CPC que “quem, não sendo parte no processo, sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienacão judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhes sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos”.

Interpretando o dispositivo, Vicente Greco Filho salienta que:

“A condição de senhor ou possuidor é a qualidade que fundamenta a pretensão de exclusão. Essa qualidade não é objeto da ação, mas parte de seu fundamento jurídico. Quem não for nem senhor nem possuidor não tem interesse processual nem legitimidade para os embargos de terceiro” (Direito Processual Civil Brasileiro, vol. 3, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 253).

No caso sob julgamento, a embargante, ora apelada, adquiriu, mediante Termo de Cessão de Meação, firmado por instrumento público lavrado no 1º Tabelionato de Notas e Ofício de Protestos de Títulos de Criciúma (fls. 31), o imóvel registrado na matrícula n. 27.702, do Registro de Imóveis de Criciúma, o qual foi objeto de penhora ordenada nos autos do proces-

so de execução promovido pelo embargado, ora apelante, contra Domingos Colombo (fls. 11/13).

O negócio jurídico de cessão de meação foi firmado com o executado em 2/12/92, tendo por objeto "todos os seus Direitos de Meação, por falecimento da Sra. Maria Américo Colombo" (fls. 31).

Dispõe o instrumento contratual que a cessão é feita para que a apelada "possa usar, gozar e livremente dispor como seu que é e fica sendo de hoje em diante" o imóvel constritado.

Muito embora em seu depoimento pessoal prestado em Juízo, a apelada tenha afirmado que, "na verdade, nunca teve a posse direta daquele terreno, que fica nos fundos da casa de Domingos Colombo" (fls. 134), e que "não há nenhuma residência sobre os cinco lotes que recebeu em garantia, mas acredita que Domingos Colombo utilize aquela área como lazer" (fls. 135), o negócio jurídico empreendido entre o executado e Vivian Mara Felipe Zanette não contém qualquer vício, sendo válido e eficaz, tendo transferido a propriedade do bem constritado a esta, que, inclusive, já o recebeu em pagamento, conforme comprova a certidão de partilha acostada às fls. 87/97.

Se de fato houve, em todas as relações jurídicas que culminaram pela transferência do bem ao patrimônio da apelada, ato praticado em fraude contra credores, como alega o apelante, a questão não pode ser dirimida na via estreita dos embargos de terceiro, sendo indispensável a propositura de ação específica para este fim.

Este o entendimento consagrado na Súmula 195 do STJ, in verbis:

"Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores".

A alegação de que os embargos de terceiro não configuram meio idôneo para a proteção da propriedade, quando esta é agredida por ordem emanada de processo a cuja eficácia o proprietário do bem constritado não se encontra sujeito, é insubsistente.

Sobre o assunto, Antônio Carlos Marcato discorre que:

"Os embargos de terceiro visam à obtenção de um provimento jurisdicional que proteja quer a propriedade, quer a posse do embargante, podendo, por isso mesmo, fundamentar-se tanto em direito real quanto pessoal; e não se limitam ao processo civil, podendo ser utilizados em qualquer situação onde houver ato de constrição judicial, seja no processo penal, no trabalhista ou no falimentar" (Procedimentos Especiais, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1998, pág. 200).

E Humberto Theodoro Júnior confirma que este remédio jurídico "não se limita à tutela puramente possessória. Na verdade, qualquer direito material incompatível com o ato executivo, pode ser argüido e protegido através da ação especial do art. 1.046 do Código de Processo Civil" (Curso de Direito Processual Civil, vol. III, 17ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 321).

Alexandre de Paula completa, afirmando:

"A redação do caput e a do § 1º deixam a impressão de que aquele que

é apenas senhor, não tendo posse, como é o caso v. g., do nu-proprietário no usufruto, não tem legitimidade para a oposição dos embargos de terceiro. Assim não ocorre, porém. Para a ação de embargos estão legitimados todos aqueles que são apenas titulares do domínio, ou do domínio e da posse, ou são apenas possuidores, ou sobre a coisa tenham direito pessoal ou real" (Código de Processo Civil Anotado, vol. 4, 7ª ed., São Paulo, RT, 1998, pág. 3.950).

O entendimento de Hamilton de Moraes e Barros não discrepa. Ensina o doutrinador que estes embargos — também denominados de embargos de separação:

"Constituem meio idôneo de proteção de domínio e de posse, ou de direito real ou obrigacional que confere posse sobre a coisa alheia" (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IX, Rio de Janeiro, Forense, pág. 291) (grifei).

A possibilidade de defesa do direito de propriedade por meio dos embargos de terceiro representa o restabelecimento da tradição do Direito Brasileiro. Da obra de João Monteiro colhe-se que, até o ano de 1850, os fundamentos de fato para que os embargos de terceiro pudessem ser admitidos eram:

"a) ou o domínio sobre a coisa que fez objecto da condenação ou que foi penhorada, b) ou simplesmente a posse, ou c) o domínio e posse conjuntamente" (Programma do Curso de Processo Civil ou Apontamentos para as Lições da 3ª Cadeira do 4º

Ano da Faculdade de Direito de S. Paulo, vol. III, 2ª ed., São Paulo, Duprat & Comp., 1905, pág. 346).

Foi tão-somente com a entrada em vigor do Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, que passou a conferir-se legitimidade para a propositura dos embargos de terceiro somente àquele que provasse ser, concomitantemente, o senhor e legítimo possuidor do bem constritado.

A disciplina atual, porém, como vimos, admite a utilização desta via também para a defesa exclusiva do direito de propriedade, demonstrado este em cognição sumária.

A verba honorária estipulada pelo Togado a quo observou as regras contidas no § 4º do art. 20 do CPC, tendo fixado com equidade a remuneração do patrono da parte vencedora, levando em consideração o pequeno valor da ação e a necessidade de arbitrar os honorários de forma a bem remunerar o trabalho desempenhado, sem que se avilte a nobre profissão dos advogados.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 30 de março de 1999.

*Napoleão Amarante,*  
*Presidente com voto;*  
*Silveira Lenzi,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 97.002436-3, DE ITAJAÍ****Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

*Responsabilidade civil — Poder Público — Salto de trampolim — Morte — Culpa in vigilando — Indenização devida — Exe-gese do art. 37, § 6º, da CF — Pensionamento — Critérios — Dano moral — Cumulação com danos materiais — Possibilidade — Apli-cação da Súmula 37 do STJ — Sentença mantida — Remessa e recur-so desprovidos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.002436-3, da comarca de Itajaí, remetidos pelo Juízo de Direito da 3ª Vara, Infância e Juventude, em que é apelante o município de Navegantes, sendo apelados Heroci João Pereira e sua mulher, Joaquina Flor Pereira:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento à remessa e ao recurso voluntário.

Custas na forma da lei.

Heroci João Pereira e sua mulher, Joaquina Flor Pereira, qualificados às fls. 2, promoveram ação de indenização por ato ilícito contra o município de Navegantes, para haverem deste, além da soma correspondente às despesas com o funeral de José Miguel Pereira, filho dos autores, uma pensão equivalente a dois terços da remuneração então percebida pelo de cujus, até que a vítima completasse 65 (sessenta e cinco) anos, bem como indenização a título de danos morais.

Para o escopo pretendido, alegam que José Miguel Pereira, na ocasião com vinte e três anos, ao saltar de um trampolim existente na Praia de

Navegantes, “perto do Farol”, veio bater com a cabeça na areia do fundo do mar, causando a sua morte dias mais tarde por “traumatismo raquimedular”.

Juntaram os documentos de fls. 8/24.

Deferida a gratuidade da justiça, o Município, citado, contestou o pedido, arguindo, em preliminar, a inépcia da inicial. No mérito, sustentou que, “mesmo admitindo-se hipoteticamente a autoria da construção do dito trampolim”, não se poderia imputar àquele qualquer responsabilidade, uma vez que a culpa pelo evento partiu exclusivamente da vítima, que não verificou a profundidade do mar naquele dia e local, não sendo, por outro lado, devida, também, qualquer indenização por danos morais. Asseverou, ainda, que, no caso de eventual condenação, a pensão é devida à base de 1/3 do salário mínimo, até que a vítima viesse completar 25 (vinte e cinco) anos.

Replica às fls. 39/41.

Especificadas as provas, saneado o feito e requerido o seu prosseguimento quanto à pessoa da autora, em face do falecimento de Heroci João Pereira, sobreveio a audiência de instrução e julgamento, na qual foi tomado o depoimento pessoal da autora e

inquiridas 6 (seis) testemunhas arroladas pelas partes.

Alegações finais em forma de memorial às fls. 82/84 e 85/88.

A Promotora de Justiça opinou favoravelmente à pretensão, inobstante no início de seu parecer tenha afirmado restar caracterizada a concorrência de culpas (?).

O Juiz de Direito Substituto preferiu a decisão, julgando parcialmente procedente o pedido.

Apelou o Município pedindo a reforma do decismum, aduzindo, além dos argumentos anteriores, a impossibilidade da cumulação de indenização por danos materiais com danos morais.

Com as contra-razões e a manifestação do Ministério Público, os autos ascenderam a este Tribunal, e aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Raul Schaefer Filho, opinou pelo provimento parcial da remessa e do recurso voluntário.

É o relatório.

Inegável o acerto da decisão hostilizada.

O § 6º do artigo 37 da Carta de 88 consagra a responsabilidade objetiva das pessoas de direito público:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Vale dizer: admite-se que o Estado produza prova no sentido da sua completa ausência de culpa no re-

sultado danoso, ou mesmo da concorrente participação da vítima para o ilícito a fim de ver-se liberado da condenação, ou, então, minorada a quantia a ser paga a título de indenização.

Nesse sentido, a jurisprudência:

“...o princípio da responsabilidade objetiva — já advertiu o Supremo Tribunal Federal — não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias — como o caso fortuito e a força maior — ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/223; RTJ 55/50).

“Responsabilidade civil objetiva do Poder Público — Princípio constitucional.

‘— A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público”.

No caso sub judice, tal prova não foi produzida pelo Município, ten-

do inclusive admitido, por ocasião das razões recursais, a efetiva participação da Prefeitura de Navegantes na construção do referido trampolim.

Além disso, tendo sido ele construído em local público, integrando o patrimônio urbanístico daquela cidade litorânea, era dever do Município a fiscalização e controle, para evitar eventuais acidentes com banhistas, instalando no local placas orientando aqueles acerca da utilização do trampolim no caso da maré encontrar-se "baixa", não se exigindo que tais cautelas partissem da vítima, porquanto, estando ali sobreposto o referido objeto, presumível que seria para ser utilizado.

Washington de Barros Monteiro, em sua obra 'Curso de Direito Civil', 25ª ed., 1991, pág. 393, leciona:

"Culpa in vigilando é a que promana da ausência de fiscalização por parte do patrão, quer relativamente aos seus empregados, quer no tocante à própria coisa".

A prova oral espelha as assertivas acima, senão vejamos:

"...que os funcionários pela obra da construção do trampolim são 'Sabiá' e o 'Tingo', que, na época, eram funcionários da Prefeitura, e ainda hoje o são" (Leonel Hilário Maurício, fls. 69).

"...que a prefeitura de Navegantes foi a responsável pela obra do trampolim. Que não existia no local nenhuma placa de sinalização com referência ao uso do trampolim" (João Assis Machado, fls. 71).

"...que não havia nenhuma placa de sinalização no local; que as pessoas que freqüentavam o trampolim

comentavam que o mesmo foi construído pela prefeitura de Navegantes a pedido da comunidade; que outras duas pessoas haviam-se machucado no trampolim antes de José Miguel; que não era costume freqüentar o trampolim; que foi a primeira vez que o depoente e a vítima foram ao local; que nem o depoente nem José Miguel eram surfistas; que foram ao local porque foi um dia de folga no local onde trabalhavam; que o depoente trabalhava junto com José Miguel no estaleiro Alfredo Weiss; que o depoente e a vítima tinham a mesma função no estaleiro; que pintavam, calafetavam e emassavam barcos; que o salário do depoente era o mesmo do da vítima; que o contrato era feito por trabalho, por empreitada; que, na época, para trabalhar no barco, tanto o depoente quanto a vítima ganhariam de três a quatro salários mínimos; que o salário era pago conforme o tamanho do barco; que o contrato empregador era verbal; que a vítima ajudava na manutenção da casa; que pagava contas, dava dinheiro; que a vítima reservava uma pequena parte do salário para si, e a maioria gastava na casa" (Delmo José Rodrigues, fls. 74).

"...que o depoente nunca viu a vítima no local onde ocorreram os fatos; que não existia placa de sinalização indicando as condições do mar no local (...) que na época 'Tingo' e 'Sabiá' trabalhavam na Prefeitura, e ainda hoje trabalham; que 'Tingo' é Secretário do Meio Ambiente; que Sabiá trabalha no Departamento de Compras" (Marcelo de Talles Costa, fls. 77).

"...que foi pedida autorização à Prefeitura para construção do trampolim, e a Prefeitura autorizou de acordo



com o projeto apresentado; que a madeira para o trampolim foi doada pelo estaleiro Nene, localizado em Machados; que foi usada uma barra de dois metros de aço de uma polegada, comprada em uma loja na Rua Silva, em frente ao Colégio Nilton Kuker, especializada em artigos para construção de barcos; que o concreto utilizado no trampolim foi feito por pedreiro, de nome João Batista Cruz, funcionário da Prefeitura" (Milton Eugênio Müller, fls. 78).

Quanto ao pensionamento, faz-se as seguintes considerações:

Efetivamente, não há nos autos prova no sentido dos rendimentos auferidos pela vítima, inobstante tenha exercido trabalho remunerado. Nesse sentido, vejam-se mais precisamente os testigos de fls. 69, 70, 71 e 74.

Esta Câmara tem entendido que, na falta de outros elementos, o parâmetro adotado é o do salário mínimo.

A propósito:

"Calcula-se a pensão mensal devida aos familiares do morto tomando-se por base dois terços do salário que ele percebia, à época do evento, reajustável de acordo com as correções que recaírem sobre o padrão remuneratório do respectivo cargo ou função. O salário mínimo só é considerado como parâmetro na falta de outros elementos" (JC, vol. 65/174).

"O pensionamento é 'devido desde a data do falecimento da vítima, no percentual de 2/3 (dois terços) do salário mínimo'" (REsp. n. 55.029-7/MG, DJU de 26/2/96).

Correto, também, o percentual adotado.

Como bem salientou o Magistrado, "os alimentos são destinados a suprir a lacuna financeira imposta à família no momento em que um de seus integrantes, que concorria para as despesas do lar, veio a falecer. Mesmo com a morte do autor (varão), as despesas de manutenção da casa para a viúva em pouco ou em nada se alteraram, pois os gastos mensais com o pagamento de taxas de água e luz, quitação de impostos, aquisição de mantimentos e o custo da própria manutenção da casa permaneceram praticamente inalterados. Neste contexto, estabeleço o valor da pensão mensal em 2/3 (dois terços) do salário mínimo" (fls. 112).

Este percentual deve ser pago à autora (o autor faleceu no transcorrer da ação) até o seu falecimento, ou até a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos.

"Em família de modestos recursos, a obrigação do filho de auxiliar os pais não encontra limite temporal. Tempo de vida provável da vítima, 65 anos (RTJ, 123/1.0065; Rev. STJ, 10/449)" (REsp. n. 30.800-1—RJ, rel. Min. Athon Carneiro, in RT 700/213, DJU de 22/3/93).

"A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não discrepa quanto à idade de 65 anos, como limite de pensionamento, por não ser possível presumir-se que aos 25 anos a vítima cessaria de auxiliar na manutenção dos familiares" (Ap. Cív. n. 49.705, de Gaspar, rel. Des. Eder Graf).

No tocante à cumulação dos danos morais com danos materiais, tal é perfeitamente possível, diante da exegese da Súmula 37 do Superior

Tribunal de Justiça, vazada nos seguintes termos:

“São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundas do mesmo fato”.

Acerca do assunto, vale a pena repisar a seguinte passagem:

“Na reparação do dano moral, que tem feição preventiva e punitiva, não se busca atribuir preço à honra, ao afeto, à imagem, à vida, mas oferecer uma compensação, um lenitivo à vítima ou a seus familiares, pela dor injustamente infligida. Visa-se mitigar o sofrimento, minimizar os efeitos da lesão e não eliminar o dano, porque uma vez perpetrado não é possível a sua reversão” (Ap. Cív. n. 51.150, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Ante o exposto, nega-se provimento à remessa e ao recurso voluntário.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Santo Salvador.

Florianópolis, 1º de setembro de 1998.

*Eder Graf,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Cláudio Barreto Dutra,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.007462-2, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

*Separação judicial — Dissolução da sociedade conjugal por culpa imputada exclusivamente ao separando — Prova farta nesse sentido — Lei n. 6.515/77, artigo 19.*

*Pensão alimentícia — Ex-marido que teria incentivado a mulher à indolência, proibindo-a de exercer atividade lucrativa — Padrão de vida elevado — Graduação em nível superior, idade e higidez da separanda — Possibilidade de adaptar-se ao mercado de trabalho mas não às contingências da atualidade, compreendidas, nestas, fatores como experiência e competitividade — Circunstâncias que, por si só, não constituem motivos para liberar o ex-marido da obrigação alimentar — Finalidade do instituto que não pode ser desvirtuada — Conjugação do binômio possibilidade-necessidade — Artigo 400 do Código Civil — Deferimento do benefício à separanda, ressalvado o direito de, futuramente, ser revisto ou extinto (CC, art. 401) — Precedentes jurisprudenciais — Sentença reformada tão-somente nesta parte.*

*“A capacidade laborativa da esposa não exonera o marido da obrigação alimentícia, pois não pode obrigá-la a trabalhar; a obrigação de sustentar a mulher somente cessa, para o marido, quando do abandono do lar e a este recusa voltar, quando muito a capacidade laborativa dela será elemento a influir na fixação do quantum da prestação” (apud Ap. Cív. n. 96.000323-1, de São José do Cedro).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.007462-2, da comarca da Capital (2ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões), em que é apelante R. K. de S. F., sendo apelado C. M. F.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, prover parcialmente o recurso.

Custas na forma da lei.

Na 2ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões da comarca da Capital, C. M. F. ajuizou ação de separação judicial contra R. K. de S. F., tendo ajuizado, de forma preparatória, as medidas cautelares de separação de corpos e arrolamento de bens, conforme autos apensos. Os fatos estão mencionados no relatório de fls. 472/474, que reproduzo:

“Fundamenta o pedido na insensatez da requerida nas questões financeiras comprometendo toda a renda do casal e as pressões psicológicas constantes que tornaram a vida em comum insuportável, tanto que o casal já se encontra há algum tempo dormindo em quartos separados.

“Colacionou os documentos de fls. 5 a 23.

“A audiência de conciliação não obteve êxito.

“A requerida contestou e concomitantemente apresentou reconvenção.

“Na resposta alegou inépcia da inicial, por imprecisão.

“No mérito, argumenta que foi o comportamento do autor que levou ao final do relacionamento, principalmente pela sua fãrmaco dependência. A pressão psicológica, exercida pela ré, sempre foi no sentido de que o autor fizesse tratamento para se livrar de seus distúrbios e de sua dependência a remédios, notadamente do psicotrópico Dormonid.

“Sustenta, ainda, que o autor não lhe prestava assistência imaterial, já que só mantinha relações sexuais uma vez por mês, no dia 4, véspera do dia em que recebia seu salário.

“Afirma que sempre teve um alto padrão de vida em seu casamento e sempre efetuou gastos sob incentivo do autor.

“Na reconvenção aponta que a culpa é do autor, face a sua dependência de remédios indutores do sono, num nível insuportável. Para evitar os efeitos da intoxicação tomava várias caixas de leite durante a noite, derramando leite pelo quarto tornando-o inabitável.

“Alega, ainda, que o autor reconvindeu quem abandonou o lar, quando disse que ia sair em viagem

de negócio e na verdade não retornou mais ao lar.

“A reconvenção foi autuada em apartada e em apenso, sendo que a ré reconvinde juntou os documentos de fls. 12 a 71.

“O autor reconvinde contestou, negando a versão apresentada pela reconvinde, se insurgindo contra o pedido de alimentos, e juntando mais documentos.

“A reconvinde teve oportunidade de rebater a contestação, fls. 105 e seguintes, juntando outros documentos.

“O Ministério Público manifestou-se em todas as fases do processo.

“Na instrução, foi tomado o depoimento pessoal da requerida, fls. 168, as demais testemunhas foram inquiridas através de carta precatória.

“As partes ofereceram alegações finais através de memoriais. O autor, fls. 308 e seguintes, e da requerida, fls. 320, oportunidade em que as partes analisaram a prova e repisaram o pedido da inicial e reconvenção.

“Após a juntada dos memoriais foram suscitados problemas referentes à pensão alimentícia e uso dos bens do casal, juntados os documentos referentes aos salários do autor, fls. 361 e seguintes.

“O Ministério Público manifestou-se pelo indeferimento do pedido inicial de separação judicial e pelo deferimento da reconvenção, fls. 461/469, bem como do julgamento procedente para as cautelares”.

Pela sentença de fls. 472 a 479, a Juíza assim se pronunciou:

— julgou improcedente o pedido formulado por C. M. F.;

— acolheu a reconvenção aforada por R. K. de S. F. e inacolheu o pedido relativo à verba alimentar;

— julgou procedentes as cautelares de separação de corpos e arrolamento ajuizadas pelo separando;

— fixou os honorários advocatícios a ser compensados reciprocamente e facultou à reconvinde a opção quanto ao uso do nome.

A separanda recorreu, discordando, em extenso arrazoado, acerca dos acordos realizados por força do encargo alimentar e a manutenção de cães de raça de propriedade do casal, e asseverando que os provisórios e definitivos deveriam ser fixados no importe de 40% (quarenta por cento) de todos os rendimentos do apelado.

Defendeu, em síntese, a reforma do julgado no que diz respeito a tal verba, rebatendo as assertivas de que sua idade, a propriedade de sala comercial e graduação em nível superior seriam suficientes à adaptação e inserção no mercado de trabalho, do qual teria sido afastada por imposição do ex-marido.

Derradeiramente, pugnou a reforma da sentença a fim de que se lhe fossem deferidos os alimentos, visto ser obrigação do separando continuar proporcionando o mesmo padrão de vida que o casal mantinha até a separação. Pediu o arbitramento destes no percentual de 40% de todos os rendimentos por ele auferidos.

A irresignação foi recebida em ambos os efeitos, sendo concedido vista ao apelado para as contra-razões.

Na peça, percorreu o histórico do processo e acrescentou, em rela-

ção ao tema objeto do recurso, que a apelante, contando menos de quarenta anos de idade, estaria em perfeitas condições de reconstruir sua vida e capacitada para o trabalho, dizendo, ainda, que a significativa pensão, recebida num período de três anos, assim como os bens móveis e imóveis que possui, seriam suficientes para dar início a uma atividade profissional.

Requeru o desprovemento do recurso e a manutenção da sentença.

O Ministério Público opinou no sentido de desprover-se o apelo, sendo que os autos, preparados, foram remetidos a esta Corte.

Aqui, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Jobél Braga de Araújo, foi pelo conhecimento e desprovemento da irresignação.

É o relatório.

Sabe-se que a separação judicial constitui uma das causas da dissolução da sociedade conjugal e que, em decorrência dela, cessam os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e o relativo ao regime de bens (artigos 2º e 3º, caput, da Lei n. 6.515/77).

O requerimento, antecedido de postulações relacionadas ao afastamento do lar conjugal, arrolamento de bens e vários incidentes, foi acolhido com fulcro nos artigos 2º, inciso IV (quando, em verdade, refere-se ao inciso III), e 5º, caput, da lei de regência. Para tanto, basta ler a parte conclusiva da sentença e constatar que a culpa pela separação foi imputada unicamente ao cônjuge-separando:

"(...)

"A primeira queixa da reconvincente é quanto a dependência química, do reconvincente, em remédios para indução do sono (Dormonid) utilizados em escala tal, que culminaram por tornar insustentável a vida conjugal. Afirma que face ao uso de muitos comprimidos da droga, todas as noites, o reconvincente, para evitar uma intoxicação, passava as noites bebendo leite, e, meio adormecido, andava pela casa, derramava leite por todo o canto, tornando a mesma inabitável, o que, com efeito, se vislumbra das fotografias anexadas aos autos.

"Defende-se o autor-reconvincente, dizendo que passou a utilizar a medicação apontada, em face do comportamento da autora, fora dos padrões normais, pois mantinha 40 cães dentro do apartamento, tornando impossível, em face do cheiro e o latido dos mesmos, que o reconvincente dormisse, após retornar cansado do trabalho.

"A conduta de fármaco dependente, apontada pela reconvincente, que deu origem à falência do casamento, já existia antes, quando o casal ainda residia em Porto Alegre, e antes da aquisição dos 40 cães, conforme restou demonstrado na instrução do processo, quer pelas provas documentais, fita gravada em anexo, e principalmente pelos depoimentos das testemunhas deprecadas à comarca de Porto Alegre, as quais afirmaram que a dependência química do reconvincente já datava da época em que o casal residia naquela capital.

"O depoimento do proprietário da farmácia, N. C., inquirido às fls. 266/270, dos autos principais, faz prova bastante do uso exagerado de re-

médios, quando afirmou que conhecia o casal desde meados de 1988, e que fornecia os remédios ao reconvindo, e que o mesmo consumia exageradamente a medicação Dormonid, que é da linha dos psicotrópicos, só podendo ser vendido com receituário azul. Sustentou que foi fornecedor dos remédios para o reconvindo até 1992.

“As inúmeras receitas e notas fiscais de compra da medicação Dormonid, que se encontram nos autos, fortalecem o argumento da reconvinte, de que o marido tomava excessivas doses do mesmo, e que a substância, usada em excesso, apresenta os perigos descritos na bula que se encontra às fls. 21, e esclarecidos pelo proprietário da farmácia, fls. 266.

“Desta feita, restou demonstrado que a dependência ao medicamento Dormonid, já existia à época em que o casal residia em Porto Alegre, e ainda não conviviam com 40 cães dentro do apartamento, conforme testigos inquiridos por carta precatória, que freqüentavam a casa dos cônjuges. Se extrai do depoimento de S. B. A., fls. 294/298, que afirma existirem uns 3 ou 4 cachorros no apartamento do casal, quando viviam em Porto Alegre.

“Dentro deste quadro não é difícil de acreditar que a vida íntima do casal tenha sido sobremaneira afetada, pelo uso constante da substância psicotrópica, faltando o reconvindo com os deveres de assistência, esta não entendida, no caso, como assistência material, mas sim afetiva e sexual, restando descumpridos deveres do casamento e tornando insuportável a vida em comum.

“O reconvindo, em matéria de defesa, alega ter sofrido tentativas de

chantagem e manipulação do pacto nupcial, por parte da reconvinte, e insiste que a conduta da mulher foge aos padrões normais. Na verdade não se pode dizer que é um comportamento comum criar 40 cachorros num apartamento. Mas o casamento durou muitos anos, tendo antes convivido em regime de concubinato tempo suficiente para o reconvindo aferir o comportamento da virago, e, mesmo assim, casou com pacto antenupcial de comunhão universal de bens, fez pacto nupcial de reserva de bens para a mulher, e arcava com as despesas dos cães de raça, que criavam, o que faz supor a sua concordância. Não sobressaem, portanto, os motivos alinhavados pelo reconvindo, ao imputar a culpa da sua dependência química e da falência do casamento à reconvinte”.

Ensina o mestre Yussef Cahali, que “para o reconhecimento da culpa ou responsabilidade recíproca, nosso direito não prescinde da reconvenção; sem esta, o precedente comportamento do autor só interessa para a determinação de efeitos colaterais relacionados com a guarda dos filhos e prestação alimentícia, efeitos que devem ser explicitados na sentença” (“Divórcio e Separação”. São Paulo, Editora RT, 1994, pág. 775).

Reside a insurgência no fato de ter sido julgado improcedente o pedido de alimentos, não obstante reconhecida a culpa do separando pelo fracasso da vida em comum.

O representante Ministerial traçou com muita propriedade os lindes da matéria, principalmente sobre o tema objeto do recurso, relativo à prestação de alimentos à recorrente, tida

como jovem, saudável, graduada em nível superior e, portanto, capaz de adaptar-se ao mercado de trabalho, mormente porque proprietária de sala e box na cidade de Porto Alegre, onde estaria residindo.

Realmente, tais fatos são incontestáveis, na medida em que tanto a idade, higidez, colação de grau em nível superior e capacidade de trabalho da apelante restaram comprovados nos autos ou por ela não contestados. Nesse contexto — e diante somente, dessas circunstâncias —, é viável dizer-se que não fazia jus aos alimentos, já que imprescindível era a prova inequívoca do binômio possibilidade-necessidade do alimentante e da beneficiária.

Todavia, diz Yussef, “a lei abre exceção a essa regra, se a separação judicial foi decretada por fato imputável a um dos cônjuges (Lei do Divórcio, art. 5º, caput), ou foi sua a iniciativa da ação (art. 5º, §§ 1º e 2º); em qualquer dos casos, tendo sido sua a responsabilidade pela separação judicial, esta responsabilidade se resolve na reparação a que tende a prestação alimentícia do art. 19.

“Assim, aquele dever de assistência (obrigação de fazer), transformado em dever de socorro (obrigação de dar) e se substituindo pelos alimentos indenizatórios, deixa de ser recíproco, remanescendo como cominação exclusiva imposta ao cônjuge responsável pela separação; a contrario sensu a pretensão aos alimentos tem como pressuposto necessário a ausência de responsabilidade do beneficiário pela separação judicial decretada” (ob. cit., pág. 916).

Ainda que se admitisse a prova de um só desses pressupostos (possibilidade/necessidade ou culpa pela separação), o que nos autos se vislumbra é que ambos restaram demonstrados.

Certo é que o casal, enquanto juntos, manteve um padrão de vida considerado alto para a média das pessoas. A exemplo das viagens ao exterior (fotos de fls. 60/65 e gastos com cartão de crédito de fls. 137/146, autos da reconvenção), moradia (apartamento localizado numa das regiões mais caras da cidade: Av. Beira-Mar), e, criação/manutenção de cães de raça (fls. 131/133, da reconvenção). Fala-se casal, porque as despesas não eram feitas em desacordo com a vontade de qualquer dos separandos ou, pelo menos em tese, tinham a aprovação do apelado, que fazia frente a todas elas.

Essa situação perdurou por longos anos, como pode ser visto pela data de algumas das viagens (março/81), e se manteve até a separação de fato, quando então o apelado retirou-se do lar e passou a prover o sustento da apelante com o desconto de percentual fixo sobre seus vencimentos líquidos; isto em abril de 1995 (fls. 11/12 da separação de corpos).

A conclusão a que se chega, mesmo com a insurgência do apelado, é que a apelante foi proscrita do mercado de trabalho por vontade própria, mas mediante o incentivo, pode-se dizer, do ex-marido. Sim, porque o cargo de auxiliar de escritório junto ao Banco Meridional em Porto Alegre (fls. 36/37 da reconvenção) prova o exercício de atividade profissional antes do casamento (a

contratação data de 16/5/78), e, seu licenciamento, após este. Considerando que o vínculo era com instituição financeira sediada no Rio Grande do Sul e que, ao acompanhar o marido e mudar para este Estado, não viabilizou a possibilidade de remoção para agência daqui, é possível concluir que tanto o trabalho como a compensação pecuniária eram, naquele momento, dispensáveis, justamente porque o apelado a mantinha.

E se era sustentada por ele, é óbvio que desabitou com a rotina e exigências cada vez mais acentuadas do mercado; ou seja, o que há dez, quinze anos atrás representava um futuro promissor, a exemplo da colação de grau em curso superior, hoje é sinônimo de possibilidade que deve ser conjugado com outros critérios como experiência e competitividade. Nos dias atuais não basta, portanto, ter uma sala, curso superior e juventude — circunstâncias que, no dizer do apelado, seriam suficientes à subsistência da apelante — já que por sua culpa, outras causas, sem dúvida, no mínimo influenciaram a supressão da apelante do mercado de trabalho.

A jurisprudência, em tais casos, decidiu:

“Relativo à fixação da obrigação alimentar, é certo, que a separanda faz jus, eis que não se desfaz o vínculo matrimonial e culpa dela não se identifica, a priori, na motivação do fracasso matrimonial. Certo haverá ela de buscar trabalho, dentro das habilitações (bacharel em direito, curso de línguas na Alemanha e Inglaterra) e com o desembaraço que ainda lhe permite a idade de 28 (vinte e oito) anos, e com o produto dele susten-

tar-se. Entretanto, no momento que se segue à separação de corpos ou de fato, com o decorrente processo de adaptação a uma situação nova, sobretudo quando se considera a própria oposição do marido durante o casamento, foi determinante a sua inatividade e do descondicionamento para o trabalho, conforme se depreende das provas acostadas nos demais processos, em que as mesmas partes litigam, força é convir que algum tempo deve ser concedido, sem se exigir que ela se mantenha pelos próprios meios. Se e quando a situação modificar-se, sempre será tempo de se rever o problema do ponto de vista das necessidades da separanda, inclusive tomando-se em conta que ela deverá ter acesso aos rendimentos dos bens que lhe hajam de tocar em partilha” (6ª CC do TJRS, da lavra do Des. Adroaldo Furtado Fabrício, in “Separação Judicial e Divórcio”, de Wilson Bussada, citado no despacho proferido no AI n. 97.001751-0, de Sombrio, rel. Des. Alcides Aguiar).

Ademais, “a capacidade laborativa da esposa não exonera o marido da obrigação alimentícia, pois não pode obrigá-la a trabalhar; a obrigação de sustentar a mulher somente cessa, para o marido, quando do abandono do lar e a este recusa voltar, quando muito a capacidade laborativa dela será elemento a influir na fixação do quantum da prestação” (Ap. Cív. n. 24.546, rel. Des. Rubem Córdova)” (apud Ap. Cív. n. 96.000323-1, de São José do Cedro, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Ainda que os três anos que antecederam a sentença de separação representassem tempo suficiente a esta adaptação, porquanto beneficia-



da com a pensão do ex-marido, ainda assim não se pode dizer que a apelante não faça jus aos alimentos, tão-somente porque em franca extinção a profissão de ex-mulher (parecer de fls. 467). Até porque, em se considerando como "profissão" a situação da apelante, há que se ter como mau empregador o apelado, que não só deixou de cumprir seus deveres perante o casamento, como foi condenado por isto e não recorreu.

Como o apelado deve e pode sustentar e a apelante precisa e quer os alimentos, o requerimento, nesse particular, deve ser acolhido, sem olvidar a possibilidade de ser revistos ou abolidos caso provada a mudança das condições financeiras das partes ou da situação civil da alimentanda.

Observa Ney de Mello Almada:

"O arbitramento da pensão alimentícia não se cristaliza como imutável, podendo, antes, sofrer variação, assim pelo aumento ou diminuição da necessidade do alimentário, como por variações iguais na disponibilidade financeira do devedor" ("Direito de Família", pág. 336).

Há provas de que o apelado é aposentado pelo INSS, tem vínculos (2) com a empresa Zero Hora Editora Jornalística e com o Governo do Estado do Rio Grande do Sul, de onde auferiu seus proventos e rendimentos (fls. 146v.) e que repassava à apelante o equivalente a vinte e cinco por cento (25%) sobre o ganho junto à Empresa Jornalística Diário Catarinense (fls. 12 da separação de corpos).

A apelante, ao que se tem notícia, reside em Porto Alegre onde, pre-

sume-se, esteja exercendo alguma atividade profissional, até porque com a separação deixou de usufruir boa parte do conforto que antes desfrutava pelo convívio com o marido.

Os alimentos, assim como não devem servir de incentivo à inação do beneficiário, não podem comprometer a subsistência do devedor, sendo razoável fixá-los no percentual de 20% (vinte por cento), que deverá ser descontado, mensalmente, dos rendimentos do apelado e repassado à apelante mediante depósito em juízo ou na forma que melhor aprover às partes.

Ante o exposto, a Câmara, em votação unânime, deu provimento parcial ao recurso, para julgar procedente o pedido de alimentos, condenando o apelado a pagar mensalmente à apelante o equivalente a 20% (vinte por cento) de todos os seus rendimentos líquidos, mantendo-se inalterada a sucumbência, em face da norma contida no art. 21 do CPC.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer; lavrando parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 1º de dezembro de 1998.

*Eder Graf,*

*Presidente para o acórdão;*

*Cláudio Barreto Dutra,*

*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 98.008739-2, DE SÃO JOSÉ****Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

*Ordinária de cobrança — Contrato de empreitada — Estaqueamento visando futura instalação de empreendimento comercial — Continuidade das obras obstada por força da inadimplência da contratante — Cisão da empresa firmatária da avença e constituição de duas outras, com distribuição dos encargos remanescentes — Exclusão da responsabilidade de uma delas para com o pacto relativo ao estaqueamento — Alterações contratuais sucessivas — Cadeia que permite aferir a quem de direito deve ser imputada a obrigação perante o credor — Denominação e representação legal da empresa advinda da cisão, idêntica às da sociedade originária — Incorporação — Direito subjetivo do credor — Prova — Exegese do artigo 1.092 do Código Civil — Sentença de improcedência reformada — Recurso provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.008739-2, da comarca de São José (2ª Vara Cível e Registros Públicos), em que é apelante JP Construções Ltda., sendo apelada Multipar Investimentos e Participações Ltda.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na 2ª Vara Cível da comarca de São José, JP Construções Ltda. ajuizou ação de cobrança contra Multipar Investimentos e Participações Ltda., alegando, resumidamente, que:

— firmou com a ré contrato de empreitada, destinado ao fornecimento de estacas pré-moldadas de concreto, para a construção do "Shopping Producenter", a ser edificado por esta em terreno de sua propriedade, na lo-

calidade do Bairro Aririu, na comarca de Palhoça;

— o valor do contrato teria sido fixado em CR\$ 10.156.848,00, a ser pago em três parcelas de CR\$ 3.385.616,00, vencíveis em 30/12/93, 30/1/94 e 28/2/94;

— iniciados os trabalhos, a ré teria deixado de pagar a primeira das parcelas, sendo, diante disso, suspensos em 8/1/94, após quase quatro meses de obras;

— no período mencionado, teriam sido cravados 2.180 metros lineares de estacas com seção 26X26, mais 122 unidades de luvas, tudo consoante "Relatório de Cravação e Controles Diários de Cravação", assinados pelo encarregado da obra e sócio da ré, Thomaz Damian Preve Neto;

— ajustou-se que para cada bate-estacas necessário à realização do serviço, e teriam sido dois, a ré pagaria a importância de Cr\$ 30.000,00;

— a empreitada, seja material, seja mão-de-obra, mais luvas e a mobilização dos bate-estacas, teria atingido CR\$ 5.570.512,00 que corrigida e acrescida de multa contratual e os juros da cláusula 4ª §§ 2º e 11º atingiria o montante de R\$ 145.936,18;

— sem êxito as tentativas de cobrança, valeu-se das vias judiciais.

Requeru a citação da ré e sua condenação no pagamento de R\$ 145.936,18, correção, juros, custas e honorários.

Na contestação, a demandada iniciou por fazer algumas considerações a latere, julgadas porém relevantes. Disse que:

— noticiou que meses após a celebração do contrato, após o inadimplemento e após a autora ter cessado os trabalhos, Thomaz e Floriano, sócios da Preve Construtora, Incorporadora e Administradora Ltda. teriam procurado o Dr. Mário Pille, aqui dado como representante legal da ré, para, como parceiro, salvar um empreendimento iniciado sem experiência empresarial;

— dito empreendimento, segundo alegado, consistiria em mero esboço de projeto, com consulta de viabilidade em trâmites na Prefeitura, projeto de incentivos fiscais dependendo de lei a ser votada pela Câmara de Vereadores;

— diante desse quadro, o ajuste celebrado entre Preve Construtora e o Dr. Mário Pille teria tomado o nome de “Protocolo de Intenções”, formalizado somente mais tarde como “Pacto de Associação e Outras Avenças”;

— passo seguinte, já regularizada a compra do terreno, reelaborado o projeto e reprogramado o cronograma físico-financeiro, teria acontecido a cisão da empresa Preve, em 30 de junho;

— dita cisão teria resultado em alteração contratual, dali nascendo Multipar e AP Construtora e Administradora, as quais teriam assumido as obrigações, ressaltando-se porém que não havia qualquer outro compromisso com terceiros salvo às “tratativas que dizem com as fundações”;

— ao celebrar o negócio, que tomou a forma de cisão, a ré não estava assumindo algo que alegadamente não existia;

— tanto isso seria verdadeiro que a autora teria apresentado à Multipar, logo que concluídos os reestudos, uma nova proposta de trabalho para as fundações;

— concluídos os estudos, nova situação absolutamente inusitada se apresentou: o projeto aprovado considerava como existente uma avenida que não existia, inviabilizando-se com isso o registro imobiliário e o próprio empreendimento;

— postas essas considerações, a ilegitimidade passiva seria inafastável porquanto a cisão implicaria na declaração do patrimônio, direitos e obrigações no ato e naquele ato nenhuma referência teria sido feita ao contrato de que se pretende valer a autora.

Disse ainda que, no mérito, seria aferível que, além de pedir contra quem não seria parte, a autora teria pedido mal, apresentando-se como inextricável o cálculo que fez para chegar ao valor apresentado como

indenização, e que o contrato celebrado teria atingido US\$ 97.306,46, sendo de indagar-se como a demandante chegou ao valor de R\$ 145.936,18.

Finalizando, requereu o acolhimento da preliminar, com a extinção do processo sem julgamento do mérito ou então a improcedência da ação, com a condenação, num ou noutro caso, nas verbas de sucumbência.

A resposta foi impugnada, designando-se audiência de conciliação, saneamento e instrução.

Sem êxito a proposta de composição, ausente qualquer necessidade de prova, expressamente afirmada, as partes limitaram-se, a título de alegações finais, a ratificar as manifestações anteriores.

A sentença de fls. 261/267 julgou improcedente o pedido.

Apelou a vencida, oportunidade em que ratificou os argumentos iniciais, dando ênfase às sucessivas alterações contratuais e à questionada cisão da apelada. Pediu, a final, o provimento do recurso a fim de ser julgada procedente a demanda.

Preparo e contra-razões de praxe, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

Empreitada, segundo Arnoldo Wald, costuma ser definida como o "contrato pelo qual alguém se obriga a fazer determinada obra para outrem, mediante retribuição" (Curso de Direito Civil Brasileiro. "Obrigações e Contratos", 10ª ed., Editora RT, 1992, pág. 348).

A esse título, firmaram, apelante e a empresa Preve Engenharia e

Arquitetura Ltda., a avença estampada às fls. 9/13, mediante cláusulas e condições que especifica. Isso em 10/9/93.

Dividiu-se o valor do contrato em três parcelas, vencíveis em 30/12/93, 30/1/94 e 28/2/94, sendo que, com o inadimplemento da primeira, a apelante teria suspenso os trabalhos.

Restou incontroversa a prova de que houve a fixação das estacas (fls. 19/168), e a inadimplência não foi negada pela apelada.

No entanto, a controvérsia reside na legitimação passiva, já que a apelada e mesmo a sentença entenderam que a devedora seria outra e não aquela contra quem a ação foi direcionada.

Em vista disso, faz-se necessário o cotejo das sucessivas alterações contratuais para se aferir a quem coube, efetivamente, a responsabilidade da dívida para com a apelante, já que a pendência obrigacional é questão pacífica.

No dizer da recorrente, desde o pacto inicial ocorreram três alterações no contrato social da apelada, quais sejam:

1) na primeira, operada em 24/12/93, a apelada alterou sua denominação (que antes era Preve Engenharia e Arquitetura Ltda.) para Preve Construtora, Incorporadora e Administradora Ltda. (fls. 236/239).

2) na segunda, ocorrida em 30/6/94, foi realizada a cisão parcial da Preve Construtora, Incorporadora e Administradora Ltda., sobrevindo a constituição de uma nova empresa

(AP Construtora e Administradora Ltda.), fls. 228/234.

3) na terceira alteração, também do dia 30/6/94, a empresa, já então cindida Preve Construtora, Incorporadora e Administradora Ltda., alterou sua denominação social para Multipar Investimentos e Participações Ltda. (fls. 17/18).

No dizer de Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues Netto, cisão é a “operação pela qual se desmembra uma sociedade existente para, com parcelas de seu patrimônio, ser realizado capital em outra sociedade (já existente ou a ser criada para esse fim), persistindo a sociedade cindida, ou pela qual se desmembra todo o capital da sociedade para constituir capital de outra sociedade já existente ou a ser criada para esse fim, extinguindo-se a sociedade cindida”.

Acrescentando, mais adiante, que “há cisões com permanência da sociedade cindida e cisões com extinção da sociedade cindida (cisão total). Há cisões com atribuição de parcelas de capital para sociedade já existente ou para sociedade constituída ad hoc” (‘A Nova Lei das S/A’, São Paulo: LTr, 1998, pág. 186).

Vê-se que a cisão parcial, levada a efeito pela segunda das alterações, consignou que à sociedade constituída AP Construtora e Administradora Ltda. teriam sido transmitidas todas as transações, obrigações, inclusive previdenciárias, trabalhistas, fiscais e outras, à exceção daquelas decorrentes do patrimônio não transferido ou remanescente (fls. 198/199).

Só que referida empresa AP (originada da cisão da Preve Constru-

tora) passou a denominar-se Preve Construtora, Incorporadora e Administradora Ltda., quando da alteração operada em 15/5/95 (fls. 241/245). Ou seja, passou a ter denominação idêntica àquela que a originou.

Com isso, estabeleceu-se uma confusa cadeia sucessória, podendo assim ser resumida:

— Preve Engenharia e Arquitetura (firmatária do contrato de fls. 9/13) passou a chamar-se Preve Construtora, Incorporadora e Administradora, conforme fls. 236;

— Com a cisão parcial, originou-se a empresa AP Construtora e Administradora Ltda. (fls. 228/234);

— A sociedade então formada (AP) alterou sua denominação para “Preve Construtora, Incorporadora e Administradora Ltda.” (fls. 241/245).

Em relação aos sócios, as transmutações não foram em menor número, bastando observar-se que Albertina Maria de Bitencourt Preve e Floriano Henrique Guimarães de Alencastro — que antes figuravam no contrato social da Preve — passaram a compor a empresa advinda da cisão, AP Construtora e Administradora Ltda., para, após outra alteração, retirarem-se da sociedade, transferindo suas cotas aos novos sócios: Tomaz Damian Preve Neto e Luiza Helena Menegaz de Alencastro.

Resulta desse emaranhado a seguinte conclusão: Tomaz Damian Preve Neto e Luiza Helena Menegaz de Alencastro permaneceram como sócios da empresa cindida Preve e passaram a figurar também como sócios da AP (que depois passou a denominar-se, igualmente, Preve Construtora, Incorporadora e Admi-

nistradora Ltda.); logo, a identidade de sócios, razão social e CGC faz concluir que se operou, quando menos e ainda que irregularmente, uma incorporação societária, consistente “na operação pela qual uma sociedade de qualquer tipo é absorvida por outra do mesmo ou de diversa configuração jurídica, extinguindo-se aquela” (Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues Netto, op. cit., pág. 182).

O documento de fls. 248 faz prova de que Preve Construtora, Incorporadora e Administradora Ltda. foi sucedida pela apelada Multipar Investimentos e Participações Ltda., inobstante ausente o contrato social. Já o de fls. 209, elaborado no intuito de eximir a Multipar de qualquer liame obrigacional, não é apto a produzir o efeito pretendido, porque a certidão colacionada às fls. 248 faz prova em sentido contrário, além do que, “as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários” (Código Civil, art. 131, caput).

A par disso, detinha esta última legitimidade para responder no pólo passivo, pois as sucessivas alterações da contratante originária conduziram a ela a obrigação assumida perante a apelante. Até porque “é parte legítima aquele que, em tese, tem ação, desde que prove os fatos alegados. Neste sentido: RTFR 133/217” (Theotonio Negrão, CPC, 28ª ed., 1997, pág. 74).

Vê-se, por outro lado, que os serviços foram prestados, já que os documentos acostados à exordial dão conta da quantidade e extensão, e, parcial ou não, o que está sendo co-

brado constitui, efetivamente, a prestação entregue (2.180 metros lineares de estacas com seção 26X26 mais 122 unidades de respectivas luvas, e, ainda, 440 metros lineares de estacas com seção 20X20 mais 24 unidades de respectivas luvas, além do valor equivalente à utilização de dois bate-estacas: CR\$ 60.000,00). O que se vê às fls. 210/214 é um documento datado de 20/12/94, onde consta uma proposta de serviços dirigida à Multipar. O fato de referida prova encontrar-se no poder da apelada nada acrescenta em seu favor, porque dirigia a empresa que, hipoteticamente, viabilizaria a continuidade do empreendimento naquele local.

Sabe-se que nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprir a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro (Código Civil, artigo 1.092). Aqui, o que se discute não é a rescisão, mas sim a percepção dos valores despendidos pela apelante até o momento em que cumpriu sua parte na avença.

O direito de ação, desde a histórica polêmica de Windscheid e Muther, no século passado, que oportunizou a sistematização científica do Direito Processual, afigura-se como um “direito subjetivo público, abstrato e autônomo em relação ao direito substancial, tendo por sujeito passivo o próprio Estado”. E, conforme salienta Moacir Amaral Santos, o direito de ação ou o direito à jurisdição, “é de natureza coativa correspondendo-lhe a obrigação do Estado à prestação jurisdicional. É um direito contra o Estado. É de caráter abstrato, porque exercível por quem tenha ou não razão, o que será apurado tão-somente na sentença” (in “Primeiras Linhas do Di-

reito Processual Civil”, vol. 1º, 8ª ed., págs. 160/1).

Humberto Theodoro Jr. enfrenta, pedagogicamente, a autonomia do direito de ação, quando enfatiza: “O direito subjetivo que o particular tem contra o Estado e que se exercita através da ação não se vincula ao direito material da parte, pois não se pressupõe que aquele que o maneje venha a ganhar a causa. Mesmo o que ao final do processo não demonstra ser titular do direito que invocou para movimentar a máquina judicial, não deixa de ter exercido o direito de ação e de ter obtido a prestação jurisdicional, isto é, a definição estatal da vontade concreta da lei” (in *Processo Cautelar*, EUD, SP, 1976, pág. 32).

À vista disso, não há dúvida que a apelante não só tem ação como também razão no direito que postula.

Mutatis mutandis, a jurisprudência é uníssona em dizer:

“Para que a alegação de *exceptio non adimpleti contractus* tenha procedência é essencial que a parte que a alega, no caso a construtora ré, comprove o cumprimento das suas respectivas obrigações, o que não aconteceu. ‘A paralisação integral da obra, amplamente demonstrada nos autos, autoriza a rescisão do contrato de empreitada e a obrigação da empresa faltosa em arcar com as perdas e danos apuráveis em liquidação de sentença...’ (Ap. n. 89.01.23130-1, 14/5/90, 1ª T., TFR, rel. Juiz Aldir Passarinho, in *ADV JUR*, 1990, pág. 387, vol. 49.712)” (Dagma Paulino dos Reis, “*Dicionário Jurisprudencial*”, 2ª ed., RT, 1994, pág. 594).

Desta Corte:

“Empreitada de mão-de-obra e material — Atraso na construção dos prédios com inobservância do cronograma que integra o contrato — Rescisão deste por culpa da empresa construtora e sua condenação a indenizar perdas e danos pela forma prevista na avença, acrescida de correção monetária a partir do inadimplemento” (RTJ — 109/1.232)” (apud Ap. Cív. n. 97.006243-5, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf).

A cláusula penal, prevista e devida (fls. 12, cláusula 11ª), foi estipulada no percentual de 10% sobre o valor atualizado do contrato.

Orlando Gomes, depois de dizer que a cláusula penal pode ser prevista para a “inexecução do contrato”, ou para a “infração de uma de suas cláusulas”, ou para a “simples mora”, diz que nas duas últimas hipóteses é ela cumulativa com a obrigação principal.

Ou seja, “além do cumprimento da obrigação principal, assiste ao credor o direito a exigir do devedor que também lhe pague a indenização prefixada na cláusula” (Obrigações, Ed. Forense, 1976, pág. 193).

A procedência do pedido é medida que se impõe.

Sem voto discrepante, a Câmara deu provimento ao recurso para, em julgando procedente o pedido inicial, condenar a apelada no pagamento da quantia de R\$ 145.936,18, já incluída a multa, com correção monetária pelos índices oficiais e juros a partir da citação, além das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação (CPC, artigo 20, § 3º).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer.

Florianópolis, 24 de novembro de 1998.

*Eder Graf,*  
*Presidente com voto;*  
*Cláudio Barreto Dutra,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.013394-7, DE SANTA CECÍLIA**

**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

*Ação ordinária de cobrança — Seguro de vida em grupo (“Ouro Vida”) — Morte do segurado decorrente de acidente de trânsito — Prova nesse sentido — Pagamento, no entanto, por morte natural, em vez de acidental — Recibo impresso de quitação no montante pago — Campo de eficácia que se circunscreve apenas ao valor recebido e não à obrigação devida — Sentença de procedência do pedido mantida — Recurso desprovido.*

— *“O documento de quitação fornecido em folha impressa pela seguradora, em que consta o cerceamento ao direito de qualquer reclamação em juízo ou fora dele, é desprovido de juridicidade, vez que posto como condição para a entrega da quantia entendida como correta por aquela, e não à obrigação devida, o fornecimento do recibo, quitando o montante pago a título de indenização de seguro obrigatório, não tem o condão de tornar o direito à diferença decorrente de aplicação errônea dos valores dele constantes” (Ap. Cív. n. 0866-1/95, de Blumenau).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.013394-7, da comarca de Santa Cecília, em que é apelante Sul América Cia. Nacional de Seguros S/A, sendo apelada Maria Evair Lima de Carvalho:*

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

Custas na forma da lei.

Ação ordinária de cobrança aforada por Maria Evair Lima de Carvalho, qualificada às fls. 2, contra Sul América Cia. Nacional de Seguros S/A, objetivando, em síntese, o recebimento da diferença do que lhe foi pago a título de seguro de vida em grupo (“ouro vida”), no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), por “morte acidental” de seu marido, Dorgélio Dias Carvalho.

Alega que tal importância lhe é devida, porquanto em tais casos o pagamento é em dobro, conforme cláu-



sula contratual que, se não efetuado, “caracterizará o enriquecimento ilícito por parte da requerida”.

Requeru a procedência do pedido, juntando os documentos de fls. 9/17.

Citada, a ré argüiu, em preliminar, a carência de ação por ilegitimidade passiva ad causam, em face do recebimento pela autora da importância de R\$ 153.855,00 (cento e cinquenta e três mil, oitocentos e cinquenta e cinco reais). No mérito, aduziu que a morte do segurado foi natural por “causa desconhecida”, conforme escritura pública de declaração do Sr. Vilson Vigolo, que anexa.

Réplica às fls. 53/59.

Designada audiência de publicação de sentença e, intimadas as partes, o Juiz de Direito julgou procedente o pedido.

Apelou a vencida, pedindo a reforma do decisum, aduzindo os mesmos fatos anteriores.

Com as contra-razões, os autos, preparados, ascenderam a este Tribunal.

É o relatório.

A irrisignação, porque calcada nos mesmos argumentos espancados pela decisão objurgada, não merece agasalho nesta Corte.

Segundo o Boletim de Acidente (documento de fls. 10 e verso), elaborado pelo Subtenente Evaldo Alves Nazário, a vítima, o segurado Dorgélio Dias de Carvalho, dirigindo “no sentido Feliz Natal à Fazenda Santa Terezinha, aproximadamente 5km da sede da Fazenda Santa Terezinha, ao atravessar um bueiro, existia dois obstáculos cobertos com terras (areia) cho-

cando o veículo no obstáculo na cabeceira do bueiro, batendo seu abdômen no volante, segundo testemunha o mesmo desmaiou no momento, depois voltou em si, sendo que a testemunha dirigiu o veículo até a fazenda do Sr. Nereu. Chegando no local o mesmo veio a falecer. Obs. Não tendo ferimentos expostos”.

O acidente ocorreu no dia 21 de junho de 1996, e três (3) meses após, isso no dia 10 de novembro, foi pago pela requerida à autora a quantia de R\$ 153.855,00 (cento e cinquenta e três mil, oitocentos e cinquenta e cinco reais), “referente à indenização por morte natural”, dando a ela “plena, rasa, geral e irrevogável quitação para nada mais reclamar em relação ao referido sinistro, seja em juízo ou fora dele, a qualquer tempo ou lugar”, conforme documento de fls. 17.

É que o segurado mantinha com a instituição financeira Banco do Brasil S/A um seguro de vida em grupo, denominado “Ouro Vida”, de conformidade com a apólice VG n. 5.901, plano M 327.1, datada de 19 de outubro de 1994, tendo como beneficiária a ora apelada, e, “na sua falta, os filhos” (fls. 61).

Aludido documento traz em seu bojo o valor dos prêmios: R\$ 100.000,00 em caso de morte natural, R\$ 200.000,00 para morte acidental e R\$ 100.000,00 em caso de invalidez por acidente.

Ora, o boletim de acidente alhures, sequer impugnado, exprime a veracidade da causa mortis do segurado ser esta, a toda evidência, decorrente de acidente de trânsito.

Assim é que a quantia paga à autora não condiz com o que foi contratado, pois, em se tratando de morte acidental, o valor segurado deveria necessariamente ser em dobro (nesse sentido a apólice de fls. 61), sendo, portanto, devida a diferença pretendida.

Quanto à quitação plena e total mostra-se, como bem salientou o Des. Alcides Aguiar, in Ap. Cív. n. 50.024, de Balneário Camboriú, “destituída de valor jurídico desde que, por erro substancial, aquele vem a receber indenização bem menor que a realmente devida”.

É o caso dos autos.

Mutatis mutandis:

— “O documento de quitação fornecido em folha impressa pela seguradora, em que consta o cerceamento ao direito de qualquer reclamação em juízo ou fora dele, é desprovido de juridicidade, vez que posto como condição para a entrega da quan-

tia entendida como correta por aquela, e não à obrigação devida, o fornecimento do recibo, quitando o montante pago a título de indenização de seguro obrigatório, não tem o condão de tornar o direito à diferença decorrente de aplicação errônea dos valores dele constantes” (Ap. Cív. n. 0866-1/95, de Blumenau, rel. Juiz Cercato Padilha).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer.

Florianópolis, 1º de dezembro de 1998.

*Eder Graf,*

*Presidente para o acórdão;*

*Cláudio Barreto Dutra,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 49.361 (88.083648-7), DE TUBARÃO**

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Processo cautelar. Busca e apreensão de veículo. Ação de embargos de terceiro fundada no domínio do bem, ao argumento de haver recebido todos os documentos para a transferência junto ao departamento de trânsito. Prova produzida ao longo da instrução que revela pertencer a propriedade ao embargado. Sentença que julga improcedente o pedido. Apelo desprovido.*

*Proprietário do veículo é aquele em cujo nome tenha sido feito o registro no Departamento de Trânsito. Não havendo registro em nome daqueles que disputam o bem, prova-se a propriedade pela tradição ou por qualquer outro meio.*

*Prova testemunhal. Impugnação, no recurso, de depoimento de testemunha, à consideração de que teria interesse no litígio, pelo*

*fato de ser sócio da firma que vendeu o veículo. Ausência de prova da alegação.*

*O fato de a testemunha ser sócio da firma que intermediou a compra e venda do automóvel objeto da lide não autoriza a conclusão de que tenha interesse no litígio, especialmente se não contraditada e não existir nos autos prova da alegação.*

*Recurso adesivo. Pretendida restituição imediata do bem, condicionada, pela sentença, ao trânsito em julgado. Propriedade inquestionável. Art. 505, parte final, do Código Civil. Recurso provido.*

*Inquestionável a propriedade do bem objeto do litígio, não se justifica que permaneça em poder daquele a quem efetivamente não pertence o domínio, obrigando o legítimo proprietário a suportar, para havê-lo, além do decorrido desde a instauração da demanda, o tempo do processamento de recurso que não tem efeito suspensivo.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 49.361 (88.083648-7), da comarca de Tubarão (1ª Vara), em que é apelante Cláudio Zaccaron e apelados Ducar Comodoro Comércio de Veículos Ltda. e Eglis Zin Silveira:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento à apelação e prover o recurso adesivo.

Custas na forma da lei.

Cláudio Zaccaron opôs embargos de terceiro à ação cautelar de busca e apreensão de coisa móvel intentada por Ducar Comodoro Comércio de Veículos Ltda. contra Zico Automóveis Ltda., buscando a restituição do veículo de sua propriedade, sustentando que em dezembro de 1991 negociou com este último a compra de um veículo Ford Del Rey L, ano 1989, tendo recebido o automóvel, o certifi-

cado de propriedade e o recibo de transferência devidamente assinado e com firma reconhecida. Disse que um dos embargados, Eglis Zin Silveira, ingressou nos autos da ação de busca e apreensão sem provar a propriedade do automóvel, razão pela qual lhe faltaria legitimidade. Aduziu, outrossim, que não é parte nos autos do processo que originou os embargos, e que, na qualidade de terceiro de boa-fé, seus bens não podem sofrer constrição judicial.

Em despacho fundamentado o MM. Juiz deferiu a liminar, determinando a restituição do veículo ao embargante.

Citado, o embargado Eglis Zin Silveira ofereceu resposta, asseverando, preliminarmente, a falsidade do documento de fls. 14; a intempestividade dos embargos, consoante o disposto no art. 1.048 do CPC, e a ilegitimidade ativa ad causam do embargante, requerendo a decretação da

carência de ação e, como conseqüência, a extinção do processo sem julgamento do mérito, a teor do preceituado nos artigos 267, VI, e 301, X, todos do CPC. Postulou, finalmente, a revogação da liminar. No mérito requereu a total improcedência do pedido.

O embargado Eglis Zin Silveira argüiu incidente de falsidade documental, ao argumento de que o documento de fls. 14 foi abusivamente preenchido.

Em razão do incidente de falsidade, o magistrado suspendeu o processo principal.

O embargante contestou, dizendo que o documento foi entregue a um despachante que o preencheu com seus dados e o datou sponte sua, alegando, outrossim, que é praxe entre aqueles que atuam no ramo de compra e venda de automóvel agir em dessa forma.

Houve pedido de produção de prova testemunhal no incidente por ambas as partes.

A embargada Ducar Comodoro Comércio de Veículos Ltda. apresentou contestação aos embargos, argüindo, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva ad causam e, no mérito, pleiteando a improcedência do pedido.

Na audiência de instrução e julgamento foi inquirida a testemunha Lourivaldo Souza Blasius (fls. 348), ouvidas as demais por intermédio de carta precatória.

Nas alegações finais o embargante requereu o desacolhimento do incidente por falta de provas, e o embargado Eglis Zin Silveira a declaração de que o documento de fls. 14 é falso, levando em consideração o de-

poimento da testemunha mencionada acima e a confissão ficta do embargante, por não ter comparecido à audiência.

O Magistrado declarou o embargado Eglis Zin Silveira carecedor do incidente de falsidade documental, afastou as preliminares invocadas, e, a final, julgou prejudicado o pedido formulado por meio dos embargos de terceiro e revogada a liminar, ordenando a expedição, em favor do embargado, após o trânsito em julgado, do mandado de restituição, com base nos documentos de fls. 41, 43, 55, 56, 57, 58; declarações de fls. 175/176 e depoimentos de fls. 231 e 348.

O requerido opôs embargos de declaração, que foram autuados em apenso, objetivando a eliminação de contradição que sustenta existir na sentença, os quais restaram rejeitados.

Inconformado, apelou o vencido, buscando a reforma da sentença, alegando que o embargado Eglis Zin Silveira não produziu prova suficiente de que era o titular do domínio, prevalecendo, dessarte, o documento de fls. 14, que reconhece como sua a propriedade do automóvel.

O apelado apresentou contra-razões e interpôs recurso adesivo, por intermédio do qual pretende a devolução incontinenti do bem, sem que seja necessário aguardar o trânsito em julgado da decisão final.

Respondendo ao recurso adesivo, o recorrido pleiteou o seu desprovimento.

Efetuada o preparo, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

O apelante busca a reforma da sentença brandindo o documento de fls. 14, sustentando que demonstra inequivocamente que a propriedade do veículo lhe pertence.

Proprietário do veículo é aquele em cujo nome tenha sido feito o registro no Departamento de Trânsito. Entretanto, tal não se verifica no caso concreto, posto que o documento de fls. 14 não prova o aludido registro; revela apenas que o apelante possuía autorização para proceder à transferência para o seu nome, que não pôde ser realizada em face da anterior alienação do automóvel ao apelado, a qual exsurge do conjunto probatório.

Com efeito, pacificou-se o entendimento pretoriano no sentido de que se prova a transferência do domínio, em casos que tal, quer pela tradição, quer por outros meios idôneos.

Ora, o apelado demonstrou, por intermédio dos depoimentos de Lourivaldo Souza Blasius e Airton de Oliveira prestados no Processo Crime n. 512/92 (fls. 55 e 57), bem como pelo testemunho prestado por Lourivaldo Souza Blasius na audiência de instrução e julgamento (fls. 348), ter adquirido o disputado automóvel da firma Zico Automóveis Ltda., anteriormente a dezembro de 1991.

Por outro lado, o argumento de que a testemunha Lourivaldo Souza Blasius teria interesse no feito em face da sua condição de sócio da empresa Zico Automóveis Ltda. é inconsistente, à míngua de prova que o corrobore.

Com efeito, não há a menor evidência de interesse da testemunha no desfecho da demanda, não autorizando essa conclusão o fato do Sr.

Lourivaldo Souza Blasius ser sócio da firma que vendeu o automóvel, especialmente porque a empresa não integra a relação processual. Adite-se, por oportuno, que se verdadeira a alegação, o apelante a teria contraditado por ocasião de seu depoimento, o que não ocorreu.

O recurso adesivo, por seu turno, persegue a imediata restituição do bem — que a sentença proferida nestes autos de embargos de terceiro protraiu para após o seu trânsito em julgado — à consideração de que da revogação da liminar resulta a imediata subtração da eficácia da medida deferida.

O apelado foi desapossado do bem objeto do litígio em 23 de junho de 1992, na oportunidade do cumprimento do mandado de restituição, que foi concretizado pelo auto de fls. 94.

Decorridos 6 (seis) anos desde o desapossamento e concluindo-se finalmente que a propriedade do veículo pertence efetivamente ao embargado, não se lhe pode negar a restituição imediata do bem, especialmente se considerarmos o prejuízo por ele experimentado, não só pelo fato de estar impossibilitado de usar o automóvel que lhe pertencia, mas e principalmente em face do desgaste e desvalorização que o bem sofreu ao longo de todo esse tempo.

Nesse passo, inquestionável a propriedade do bem objeto do litígio, não se justifica que permaneça em poder daquele a quem efetivamente não pertence o domínio (art. 505, parte final, do Código Civil), obrigando o legítimo proprietário a suportar, para havê-lo, além do decorrido desde a

instauração da demanda, o tempo do processamento de recurso que não tem efeito suspensivo.

Destarte, provê-se o recurso adesivo, a fim de expungir da sentença a condição estipulada para a restituição do bem ao apelado — o trânsito em julgado da decisão definitiva.

Ante o exposto, negou-se provimento à apelação e proveu-se o recurso adesivo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello.

Florianópolis, 10 de dezembro de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 96.004386-1, DE CHAPECÓ**

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Ação de despejo. Sublocação. Infração contratual. Reconhecimento do pedido do autor. Requerimento do benefício previsto no art. 61 da Lei n. 8.245/91. Inocorrência dos pressupostos legais. Impossibilidade. Ausência de contestação. Revelia decretada.*

*O reconhecimento do pedido previsto no art. 61 da Lei de Locações, com a conseqüente concessão do prazo de 6 (seis) meses para a desocupação do imóvel, não se confunde com a revelia, subsistindo apenas quando o despejo fundar-se nas hipóteses de que trata aquela norma. Não se verificando qualquer das circunstâncias nela contempladas e não impugnando o réu os fatos narrados pelo autor, impõe-se a decretação da revelia.*

*Despejo por infração contratual. Notificação premonitória. Desnecessidade.*

*A ação de despejo fundada em infração contratual dispensa notificação prévia do locatário, eis que configura conseqüência direta do não cumprimento das regras acordadas.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.004386-1, da comarca de Chapecó (Juizado Especial de Causas Cíveis), em que é apelante Edney Moraes, sendo apelado Thomas Morandini:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas ex lege.

Thomas Morandini ajuizou ação de despejo contra Edney Moraes, sus-

tentando que o requerido sublocou o imóvel objeto do contrato de locação firmado com o autor, infringindo disposição contratual previamente acordada, que vedava referida prática. Informando que o demandado violou o preceituado no art. 23 da Lei n. 8.245/91, perturbando o sossego dos vizinhos, requereu o acolhimento do pleito.

Citado, o requerido limitou-se a manifestar concordância com o pedido do autor, solicitando a concessão do benefício previsto no art. 61 da Lei do Inquilinato, para que lhe fosse outorgado o prazo de 6 (seis) meses para desocupar o imóvel.

Pronunciando-se acerca do pedido do réu, o requerente negou-lhe aquiescência, postulando a decretação imediata do despejo, ante a falta de contestação à pretensão deduzida na inicial.

O MM. Juiz, decretando a revelia do demandado, julgou procedente o pedido, determinando o despejo do réu ou de quem estivesse ocupando o imóvel. Condenou o vencido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitrou em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Irresignado, apelou o requerido, sustentando, preliminarmente, cerceamento de defesa, em face do julgamento antecipado da lide e carência de ação, em virtude da ausência de notificação premonitória para desocupação do imóvel. No mérito, alegou que, restando silente o requerido no prazo para resposta, deveria o MM. Julgador ter interpretado sua inércia como anuência ao pedido do autor, o que importaria em homologa-

ção de acordo, com concessão do prazo de 6 (seis) meses para desocupação do imóvel.

Postulou, a final, a nulidade ou, alternativamente, a reforma da sentença.

Apresentadas as contra-razões, os autos foram enviados à Turma de Recursos, a qual, verificando a sua incompetência, determinou a remessa a esta Corte.

É o relatório.

Compulsando os autos verifica-se que, citado para contestar, o apelante pronunciou-se, manifestando expressamente sua concordância com pedido do autor e requerendo que lhe fosse concedido o benefício previsto no art. 61 da Lei n. 8.245/91, ou seja, o prazo de 6 (seis) meses para desocupar o imóvel, benesse que não lhe foi concedida porque o pleito não se fundava em nenhuma das hipóteses previstas naquele dispositivo.

Diga-se, por oportuno, que presentes os requisitos nele previstos, o reconhecimento do pedido do autor não se confunde com a revelia. No entanto, na ausência daqueles e limitando-se o requerido a aquiescer com o pleito do autor, restando silente quanto aos fatos por ele articulados, haja vista que o prazo para resposta decorreu sem que o apelante apresentasse qualquer manifestação contrária à pretensão deduzida, torna-se evidente a revelia, eis que se trata de direito disponível, circunstância que autoriza o julgamento antecipado da lide, consoante dispõe o art. 330, II, do Código de Processo Civil, presumindo-se verdadeiros todos os fatos narrados pelo autor.

A manifestação de fls. 24 — requerendo prazo para desocupar o imóvel — não supre, de forma alguma, a ausência de contestação, eis que em momento algum houve impugnação dos fatos narrados na inicial, cingindo-se a concordar com a pretensão do autor.

Nesse passo, Humberto Theodoro Júnior, em sua festejada obra Curso de Direito Processual Civil, ensina:

“Há revelia, outrossim, tanto quando o réu não comparece ao processo no prazo da citação, como quando, comparecendo, deixa de oferecer contestação” (obra citada, vol. I, 18ª edição, Editora Forense, 1996, pág. 393).

Inadmissível que só agora, em grau de recurso, venha o réu opor-se ao pedido do autor, invocando, inclusive, cerceamento de defesa, que efetivamente não ocorreu, eis que lhe foi concedido o mais amplo direito de defesa. Entretanto, permaneceu inerte.

Por outro vértice, a alegada carência de ação, decorrente da ausência de notificação premonitória, não se configura.

Com efeito, “na ação de despejo fundada no inciso II do artigo 9º dispensa-se a prova da propriedade do imóvel, bastando ao autor demonstrar sua condição de locador. Também não se exige notificação prévia, para constituir o locatário em mora, podendo o locador ingressar diretamente com a ação, tão logo lhe chegue ao conhecimento a prática da infração” (Souza, Sylvio Capanema de, Da Ação de Despejo, 3ª edição, 1998, Editora Forense, Rio de Janeiro, pág. 252).

Ora, tendo o réu — locatário — conhecimento dos deveres impostos pelo contrato e de que da infração a qualquer deles resultaria numa sanção, qual seja, o despejo, podendo o locador requerê-lo sem que de sua pretensão necessitasse notificar o locatário.

Igualmente sem consistência o argumento de que o autor não provou o fato constitutivo de seu direito, máxime em razão da confissão ficta, efeito da revelia.

Nesse norte, a propósito, a lição de Sylvio Capanema de Souza, verbis:

“No momento em que o réu abre mão do seu direito de contestar o pedido, quando poderia se valer de toda e qualquer matéria de defesa, na forma do artigo 301 do CPC, e concorda com a desocupação, entendemos que não mais cabe discutir o direito material do autor, impondo-se o acolhimento da pretensão deduzida na inicial” (ob. cit., pág. 73).

Repelidos os argumentos iniciais, ressalte-se, por derradeiro, que a conduta unilateral do requerido — postular o benefício do art. 61 da Lei de Locações — não traduz acordo. Presentes os requisitos que autorizam a concessão do benefício, não pode o autor a ela opor-se, circunstância que por si só descaracteriza a figura da transação, a qual necessita, por óbvio, de consenso de vontades.

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello.



Florianópolis, 26 de novembro de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.015196-9, DE CHAPECÓ**

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Acidente do trabalho. Trabalhador braçal. Moléstia da coluna lombar. Agravamento decorrente da natureza do ofício. Nexo etiológico comprovado. Auxílio-acidente concedido. Honorários do perito. Fixação consoante o preceituado no Regimento de Custas do Estado. Verba honorária mitigada, no rumo da orientação predominante nesta Corte. Recurso parcialmente provido.*

*Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Cível n. 97.015196-9, da comarca de Chapecó (2ª Vara), em que é apelante o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS e apelado João Maria Silveira Alves:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

João Maria Silveira de Alves ajuizou ação acidentária contra o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou, alternativamente, auxílio-acidente, ao argumento de que foi acometido de moléstia em virtude das atividades laborais que desenvolvia.

Processado o feito e com o parecer do Dr. Promotor de Justiça, opinando pelo desprovimento do pedido, o Dr. Juiz de Direito julgou-o proce-

dente em parte e condenou o requerido a pagar ao autor auxílio-acidente, na base de 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício do segurado. Como consectário, impôs ao réu os ônus da sucumbência, fixando a remuneração do perito judicial e honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre o valor das prestações vencidas.

Irresignado, apelou o vencido, reeditando todos os argumentos apresentados, postulando a reforma do decurso.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a este grau de jurisdição.

Instada a manifestar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, mediante parecer do Dr. Joel Rogério Furtado, opinando pelo provimento parcial do recurso, a fim de que o cálculo dos honorários do perito observe o disposto no Regimento de Custas do Estado, bem como para que os ho-

norários de advogado sejam reduzidos a 10% (dez por cento) do valor da condenação.

É o relatório.

Pretende o autor, por este meio, o recebimento do benefício da aposentadoria por invalidez ou, alternativamente, a percepção do benefício do auxílio-acidente, a partir da cessação do auxílio-doença, alegando que as dores lombares que lhe acompanham desde o acidente laboral não lhe permitem a realização de qualquer atividade, o mesmo ocorrendo em relação à dermatite adquirida em um dos pés, em razão de contato com substâncias químicas, presentes no seu campo de trabalho.

No tocante ao primeiro benefício postulado, os laudos apresentados deixam claro que embora o apelado tivesse reduzida a sua capacidade laborativa, em face do quadro mórbido constatado, não apresentava, contudo, incapacidade plena para o trabalho, circunstância que frustra a pretensão.

O pedido alternativo, no entanto, foi bem acolhido pela sentença.

É incontroverso, examinados os laudos, que o segurado apresenta escoliose da coluna lombar e redução dos espaços discais, osteoartrose e osteofitose, doença degenerativa, é verdade, que avança com a idade, mas cujo desenvolvimento acelerado resulta do trabalho que impõe sobre carga à coluna.

Dessa forma, conquanto a enfermidade diagnosticada não tenha, no caso, segundo os peritos, origem na atividade laboral, resta claro, no entanto, que o trabalho contribuiu para o seu rápido avanço, aumentando o

desgaste, que trouxe como consequência a redução da capacidade para o trabalho.

Diante desse quadro, o benefício é devido, não se exigindo que a enfermidade tenha decorrido da atividade laboral, bastando, como na hipótese, que o trabalho, pelas suas características, a tenha agravado ou abreviado a degeneração.

Os precedentes jurisprudenciais desta Corte, pesquisados pelo Dr. Juiz de Direito, são do teor seguinte:

“Doença degenerativa exacerbada pela atividade braçal do obreiro. Presença da concausa. Nexo etiológico comprovado. Auxílio-acidente (art. 86, II, da Lei n. 8.213/91) (...) Mesmo de ordem degenerativa, a doença lombar, uma vez agravada em razão da atividade braçal desempenhada pelo obreiro arrostando-lhe incapacidade laboral, autoriza a concessão do benefício legal pertinente” (Ap. Cív. n. 47.716, de Orleans).

“Acidente de trabalho. Males da coluna lombar, após vários anos de atividade braçal. Doença degenerativa porém agravada (concausa) pela natureza do trabalho. Nexo etiológico comprovado. Auxílio-doença acidentário concedido (...)” (Ap. Cív. n. 47.678, de Sombrio).

Nesse contexto, pois, verifica-se que não procede o recurso que entende indevido o benefício.

Improcede, igualmente, a irrisignação, no ponto em que pretende seja o benefício considerado a partir do laudo pericial, por isso que anteriormente, ao suspender o auxílio-doença, concedido administrativamente, o órgão anciliar já demonstrava conheci-

mento da doença, contando-se, pois, da suspensão indevida, o dies a quo.

Procede, no entanto, o inconformismo no que tange aos honorários, fixando-se os advocatícios, no rumo da jurisprudência dominante nesta Corte, em 15% (quinze por cento) das prestações vencidas, calculados os do perito de acordo com o que determina o Regimento de Custas do Estado.

Ante o exposto, deu-se provimento parcial ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello; emitindo parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Joel Rogério Furtado.

Florianópolis, 12 de novembro de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.000416-0, DE JARAGUÁ DO SUL**

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Alimentos. Desistência, pela mulher, por ocasião da separação consensual e quando da conversão desta em divórcio. Pretensão de obtê-los, posteriormente, sob a alegação de que são necessários à sua subsistência, em face de mudança, para pior, de sua situação econômica. Carência de ação.*

*O divórcio, pondo fim ao casamento, faz cessar os direitos e deveres dos cônjuges. Assim, se a mulher, por ocasião da separação judicial e da conversão desta em divórcio isenta o marido da obrigação de mantê-la, não lhe pode exigir, posteriormente, alimentos, à míngua de amparo legal.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.000416-0, da comarca de Jaraguá do Sul (2ª Vara), em que é apelante I. L. e apelado J. E. C. F.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Jaraguá do Sul, perante a 2ª Vara Cível, I. L. intentou contra seu ex-marido, J. E. C. F., ação ordinária, pretendendo a modificação de cláusula do acordo celebrado por ocasião do divórcio, alegando, em síntese, que embora o houvesse desobrigado da prestação alimentar quando da separação consensual e na oportunidade da conversão desta em divórcio, deles agora necessita, razão pela qual os persegue, à consideração de

que são irrenunciáveis. Concluiu postulando a concessão de provisórios, bem como do benefício da assistência judiciária, e, a final, condenação do requerido a pensioná-la.

O pedido de alimentos provisórios foi indeferido.

Na contestação, asseverou o requerido a improcedência da pretensão, ao argumento de que a autora deles desistiu expressamente por ocasião da separação judicial e na oportunidade da conversão desta em divórcio, acrescentando que vive, atualmente, em concubinato, circunstância que se pultaria eventual resíduo obrigacional que lhe coubesse.

Na réplica a autora insistiu nos argumentos constantes da inicial, negou o concubinato e afirmou que o relacionamento afetivo que mantém não passa de simples namoro, que lhe é permitido em face do desaparecimento, com a separação, do dever de fidelidade.

Na seqüência, manifestou-se o Dr. Promotor de Justiça pela extinção do processo, sem julgamento do mérito, em face da carência de ação.

Por fim, trilhando o mesmo rumo, a Dra. Juíza de Direito extinguiu o processo, por força da impossibilidade jurídica do pedido.

Inconformada, a autora apelou, reeditando argumentos anteriormente expendidos.

Houve contra-razões e o pronunciamento do Dr. Promotor de Justiça, pela confirmação da sentença.

Nesta Instância, pelo Ministério Público, interveio o Dr. José Galvani Alberton, opinando pelo desprovisionamento do recurso.

É o relatório.

Transcreve-se, integralmente, como razão de decidir, o lúcido parecer do ilustre Procurador de Justiça, que apreciou superiormente a espécie, nestes termos:

“O recurso em tela, de fato, não merece provimento.

“A obrigação de prestar alimentos entre cônjuges decorre do dever de mútua assistência, o qual desaparece com o divórcio, que põe fim à sociedade conjugal.

“Havendo a homologação do divórcio consensual, no qual o varão é desobrigado de prestar alimentos à mulher, carece esta de ação para, posteriormente, dele pleitear alimentos.

“A propósito, assim ensina Yussef Said Cahali:

“Sempre no pressuposto da inaplicabilidade da Súmula 379 do STF, em sede de conversão consensual da separação judicial em divórcio, a jurisprudência, nessas linhas gerais, vem proclamando iterativamente que, se inexistente o direito de ser a mulher pensionada pelo marido no momento da conversão — seja em virtude de renúncia da pensão quando da separação consensual, seja em razão da dispensa dos alimentos quando da separação ou posteriormente a ela — a conversão consensual homologada extingue de vez pretensão de direito da mulher a posterior reclamação da verba alimentar.

‘Assim, ausente ressalva do direito de alimentos quando da conversão, carece a mulher de ação alimentar posteriormente à dissolução do casamento: o divórcio dissolve o casamento mesmo e, ressalvadas algu-

mas situações excepcionais, impõe a cessação de todos os seus efeitos. Como lógica decorrência, deixa igualmente de existir o dever de mútua assistência entre os ex-cônjuges. Estes, absolutamente desligados entre si, resultam liberados para contraírem novas núpcias, já não são marido e mulher para efeito algum, nada devem um ao outro, a ponto de que, para restabelecer-se a união conjugal, torna-se necessário um novo casamento. Sendo essa a realidade estabelecida pela Lei do Divórcio, até mesmo por exceção soa um tanto estranho que, em algum caso, subsiste, como resíduo, o dever de alimentar. A Lei n. 6.515/77, sobretudo por seus arts. 2º e 24, deixa muito clara a distinção entre simples terminação da sociedade conjugal e a extinção do vínculo matrimonial, esta resultante da morte de algum dos cônjuges ou do divórcio. Bem por isso, cumpre evitar-se a aplicação de regras, princípios e idéias ligados à antiga instituição do desquite terminativo só da sociedade conjugal — à realidade inteiramente nova do divórcio' (Dos Alimentos, 2ª ed. revista e ampliada, 2ª tiragem, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, págs. 323/324).

"A jurisprudência não destoa dessa orientação, como pode ser observado adiante:

'Alimentos. Mulher que deles desiste quando da separação judicial consensual. Ausência de ressalva quanto ao respectivo direito na oportunidade da conversão da separação em divórcio. Pretensão posteriormente deduzida com lastro na mudança de situação econômica. Carência de ação.

'O divórcio dissolve o casamento e, dentre outros efeitos que produz, faz desaparecer o direito de exigir alimentos e a obrigação de prestá-los. Logo, deles havendo desistido quando da separação judicial consensual e ausente ressalva quanto ao respectivo direito na oportunidade da conversão em divórcio, carece a mulher de ação alimentar posteriormente à extinção do vínculo matrimonial' (Apelação Cível n. 88.075241-8 (46.408), de Rio do Sul, relator Des. Eládio Torret Rocha).

"E ainda:

'Alimentos. Renúncia pela mulher ao ensejo do acordo de separação judicial. Prestação requerida posteriormente, sob o argumento de indispensável necessidade. Ausência de prova suficiente. Confirmação da sentença que julgou improcedente a ação. Recurso desprovido.

'A Súmula 379 do Pretório Excelso, ao prever a irrenunciabilidade dos alimentos em ação de separação judicial, facultando à renunciante ou assistente o direito de obtê-los posteriormente impõe uma restrição à sua aplicação, condicionando-a à integração dos pressupostos legais para a sua incidência. Desta forma, não é suficiente a invocação do teor de tal Súmula para que a mulher, que deles abriu mão, obtenha os alimentos que reclama. É imprescindível, antes de mais nada, que a parte, que dispensou a sua prestação, produza prova suficiente de que as circunstâncias que a levaram a abdicar dos alimentos sofreram modificações, tornando inquestionável a necessidade da percepção atual desses alimentos.

‘Tendo a autora da ação de alimentos sido aquinhoadada, quando da separação judicial, com bens economicamente expressivos, cuja administração pode oferecer, à primeira vista, rendimentos apreciáveis, e não tendo ela provado com suficiência a presente necessidade dos alimentos que reclama, o pleito por si deduzido estará fadado a insucesso.

‘No entendimento pessoal deste relator, entretanto, a hipótese seria de carência da ação. Isso porquanto, a obrigação alimentar ou pressupõe a existência de vínculo de parentesco, como expresso nos arts. 396 e 397 do CC, ou se assenta no dever de mútua assistência entre os cônjuges (arts. 231, III, do CC, e 19 da Lei do Divórcio). E tendo a alimentanda renunciado a eles, por ocasião do acordo de separação judicial, não conta a mesma com ação para, posteriormente, obrigar o ex-marido a prestá-los. A renúncia, nessa hipótese, é válida e eficaz, haja vista que apenas e somente os alimentos decorrentes de vinculação sangüínea são irrenunciáveis. A mulher separada, todavia, não é parente do ex-marido, somente fazendo jus a alimentos futuros quando o casal assim convencionou. A obrigação marital deriva do casamento, que estabele-

ceu a sociedade conjugal, pelo que, desfeita esta, desaparecida tal sociedade, seus efeitos não podem perdurar apenas para compelir o marido, e só este, a deveres conjugais não mais existentes’ (Apelação Cível n. 49.356, de Xanxerê, relator Des. Trindade dos Santos).

“Desta forma, não tendo a apelante conseguido demonstrar a existência de vínculo obrigacional que imponha ao demandado o dever de prestar-lhe alimentos, a demanda carece de viabilidade procedimental, ex vi do disposto no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, eis que juridicamente impossível a postulação deduzida” (fls. 78/81).

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello, emitindo parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. José Galvani Alberton.

Florianópolis, 19 de novembro de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.004555-0, DE MARAVILHA**

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Embargos à execução. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência.*

*Não se caracteriza o cerceamento de defesa quando há nos autos elementos bastantes a formar o convencimento do juiz, permiti-*

*tindo-lhe o julgamento antecipado da lide.*

*Cheque. Emissão em garantia de dívida. Subsistência da eficácia executiva.*

*A emissão de cheque em garantia de dívida não o desnatura como ordem de pagamento à vista, nem lhe retira a eficácia executiva.*

*Título de crédito incompleto. Cártula assinada em branco. Presunção de mandato tácito para preenchimento posterior. Admissibilidade. Súmula 387 do STF.*

*A assinatura de cheque em branco equivale a mandato tácito outorgado ao favorecido para o seu preenchimento, assumindo o emitente o risco de vê-lo completado em desacordo com o que fora pactuado ou para outra finalidade que não a avençada.*

*Título de crédito. Execução. Exceções pessoais. Inoponibilidade a terceiro de boa-fé. Art. 25 da Lei n. 7.357/85.*

*À luz do disposto no art. 25 da Lei do Cheque, é vedada a discussão da causa debendi em execução proposta por terceiro, portador de boa-fé, sob pena de afronta ao princípio da autonomia das obrigações assumidas, eis que o cheque, como título não causal que efetivamente é, desvincula-se de qualquer negócio subjacente.*

*Honorários advocatícios. Atuação em causa própria. Cabimento.*

*O direito à verba honorária decorre da sucumbência, cabendo mesmo quando o autor deduz pretensão em causa própria.*

*Honorários advocatícios fixados no percentual máximo. Julgamento antecipado da lide. Supressão da fase instrutória. Redução. Cabimento.*

*O julgamento antecipado da lide suprime a produção de provas e, como consecutório, reduz o trabalho do advogado, impedindo, por isso, a fixação dos honorários no percentual máximo.*  
*vilha, em que é apelante Ildo Luiz Krein e apelado Valdayr Damaren:*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.004555-0, da comarca de Mara-*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar a prefacial de nulidade e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso.

Custas legais.

Embargando a execução que lhe move Valdayr Damaren, Ildo Luiz Krein sustenta nunca haver negociado com o exequente e que em transação comercial que realizou com Armando Delazzeri ofereceu como garantia da dívida o cheque ora cobrado, devidamente assinado, mas não preenchido. Quitado o débito, recusou-se o vendedor a devolver a cártula, ao argumento de restar saldo a ser pago, cujo montante, apesar das tentativas do embargante de liquidá-lo, nunca lhe foi informado.

Aduziu que o referido cheque foi emitido para garantir outro título, circunstância que afasta sua exequibilidade, tornando-o inexigível, e que o embargado demanda por dívida já paga, razão pela qual enseja a aplicação da pena prevista no art. 1.531 do Código Civil.

Salientou que a assinatura e o preenchimento do cheque tiveram sua origem em épocas diferentes e que não há vínculo obrigacional entre as partes, haja vista não ter formalizado negócio jurídico com o exequente, inexistindo, portanto, causa para a emissão da cártula cobrada.

Asseverando excesso de execução e caracterização da litigância de má-fé, concluiu postulando a procedência dos embargos.

O embargado ofereceu impugnação, alegando ser portador de boa-fé do título.

Entregando a prestação jurisdicional, o Dr. Juiz de Direito julgou improcedentes os embargos e determinou o prosseguimento da execução, condenando o embargante ao pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais fixou em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Inconformado, apelou o vencido, argüindo, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa em virtude do julgamento antecipado da lide, o qual obstou a produção das provas requeridas.

No mérito, além de reeditar todos os argumentos anteriormente expendidos com vistas à reforma do veredicto, insurgiu-se, ainda, contra percentual em que foram arbitrados os honorários, posto que o exequente postula em causa própria, bem como por ter sido suprimida a fase instrutória em razão do julgamento antecipado da lide, motivos pelos quais pleiteou sua mitigação.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a este grau de jurisdição.

É o relatório.

A preambular de cerceamento de defesa deve ser afastada, pois o caso concreto versa sobre questão puramente de direito, e sendo esclarecedores os documentos acostados aos autos, prescinde da produção de outras provas, o que só protelaria ainda mais o desfecho da lide.

Nesse passo, havendo nos autos elementos suficientes para a formação do convencimento do julgador ou sendo a matéria tão-somente de direito, age com acerto o juiz que, ao abrigo do art. 740 do Código de Processo Civil, julga antecipadamente a



lide, não se podendo falar em cerceamento de defesa.

Rejeitada a preliminar, procede-se ao exame do mérito.

Inicialmente, registre-se que o fato de o cheque ter sido emitido em garantia de dívida não o desnatura como ordem de pagamento à vista, nem lhe retira a eficácia executiva, fruto da literalidade e autonomia que a lei confere aos títulos cambiais.

Nesse sentido, assentou a jurisprudência:

"Ainda que emitido como garantia de dívida, o cheque não fica desnaturado como ordem de pagamento a (sic) vista, nem tem abstraída a sua executoriedade, diante dos termos do art. 32, parágrafo único, da Lei n. 7.357/85" (Ap. Cív. n. 96.012292-3, de Concórdia, rel. Des. Trindade dos Santos).

Igualmente não o desnatura o fato de haver sido emitido em branco. A cártula emitida sem que lhe seja atribuído valor não tem maculada sua força executiva, eis que a assinatura do cheque em branco equivale a mandato tácito outorgado ao favorecido para o seu preenchimento no momento que melhor lhe aprouver. Assume o emitente, dessa forma, o risco de vê-lo completado em desacordo com o que fora pactuado ou para outra finalidade que não a avençada. O essencial é que o cheque esteja completo e devidamente preenchido no momento em que o portador vier a utilizá-lo. Do detalhe, a propósito, trata a Súmula 387 do Supremo Tribunal Federal.

Este, aliás, o entendimento predominante na doutrina, verbis:

"O preenchimento, pelo beneficiário ou tomador, de um cheque que lhe tenha sido emitido em branco ou incompleto, em princípio não induz, necessariamente, à idéia de ilícito. Muito ao contrário, como obtempera Paulo Restiffe Neto, 'presume-se que o preenchimento se faça de conformidade com os acordos realizados', (...).

"Assim, na eventualidade de alguém entregar a outrem um cheque em branco ou incompleto (o que, diga-se de passagem, não é aconselhável), e este, posteriormente, completá-lo, caberá ao sacador ou emitente positivar a existência de ilícito, de qualquer forma não prevalecendo a arguição contra terceiro de boa-fé" (Almeida, Amador Paes de, Teoria e Prática dos Títulos de Crédito, 12ª edição, 1989, Ed. Saraiva, São Paulo, págs. 108 e 109).

Oportuno reproduzir precedente jurisprudencial desta Corte:

"Em face da literalidade e autonomia do cheque, seu pagamento dispensa discussão acerca da origem da obrigação cambiária. Emitido em branco, ou seja, apenas assinado, confere o emitente ao portador poderes para preenchê-lo, não podendo questionar sua validade, a menos que comprove a existência de má-fé. A simples divergência da caligrafia utilizada no preenchimento do valor com a da assinatura, não é suficiente para maculá-lo ou caracterizar má-fé, mormente quando admitiu o emitente havê-lo entregue assinado, em branco" (Ap. Cív. n. 96.001816-6, de Balneário Camboriú, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

O cheque constitui título cambiário não causal e, segundo o dispos-

to no art. 25 da Lei do Cheque, norma esta recepcionada pelo art. 22 da Lei Uniforme, desvinculado de qualquer obrigação precedente, de modo que o direito do portador é abstrato, independente do negócio jurídico que lhe deu causa.

Portanto, não poderá o emitente, demandado em ação de execução, fundar sua defesa em relações pessoais mantidas com aquele em favor de quem foi originariamente emitido o cheque. O devedor só pode opor direito pessoal quando acionado pelo próprio credor a quem emitiu a cártula, e não ao portador legitimado pela posse de boa-fé.

Incontestes a inoponibilidade das exceções ao terceiro portador de boa-fé, está este, em face da abstração e autonomia do cheque, resguardado contra defesas ou exceções concernentes a negócios dos quais não tenha participado. Como consectário, vedada estará a investigação da causa debendi em ação proposta pelo portador de boa-fé, sob pena de afronta ao princípio da autonomia das obrigações assumidas.

A respeito, assentou o Superior Tribunal de Justiça:

“Execução ajuizado (sic) por portador do cheque, terceiro de boa-fé. Embargos do devedor oferecidos pelo emitente, alegando descumprimento do negócio subjacente, rejeitados pela sentença e acolhidos em Segundo Grau de jurisdição.

“O cheque é título literal e abstrato. Exceções pessoais, ligadas ao negócio subjacente, somente podem ser opostas a quem tenha participado do negócio. Endossado o cheque a terceiro de boa-fé, questões ligadas à

causa debendi originária não podem ser manifestadas contra o terceiro legítimo portador do título. Lei n. 7.357/85, artigos 13 e 25.

“Recurso especial conhecido e provido, para o restabelecimento da sentença de improcedência dos embargos” (RSTJ 13/379).

Por derradeiro, o fato de o exequente ter pleiteado em causa própria não lhe retira o direito de haver honorários, à luz do preceituado no caput do art. 20 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei n. 6.535, de 1976, no rumo da jurisprudência predominante, capitaneada pela Suprema Corte (RTJ 114/414).

A postulada mitigação dos honorários em virtude do julgamento antecipado da lide, entretanto, merece acolhimento. Com efeito, o julgamento conforme o estado do processo suprime a produção de provas e, como consequência, reduz consideravelmente o trabalho do advogado, motivo pelo qual não se justifica a estipulação da verba honorária no percentual máximo.

Destarte, impõe-se a redução dos honorários de advogado para 15% (quinze por cento) sobre o valor do débito, valor suficiente para remunerar condignamente o causídico.

Este, aliás, o entendimento sufragado pelos tribunais pátrios, referidos por Yussef Said Cahali em sua obra *Honorários Advocatícios* (3ª edição, 1997, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, pág. 466, nota 23):

“Honorários de advogado — Julgamento antecipado da lide — Redução pretendida — Admissibilidade” (Julgados TACívSP 47/97).

E ainda:

“Cabe prover-se o apelo da ré. Isto porque a singeleza do pedido exitoso e o julgamento antecipado da causa não estavam a justificar uma verba honorária em seu patamar máximo: 20%. Proponho seja reduzida a 15%” (Julgados TARS 94/220).

Ante o exposto, a Câmara, à unanimidade, deu provimento parcial ao recurso, unicamente para reduzir a verba honorária para 10% (dez por

cento) sobre o valor corrigido do débito.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello.

Florianópolis, 15 de outubro de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.006552-3, DE CUNHA PORÃ**

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Investigação de paternidade — Prova — Exame do DNA — Justiça gratuita — Circunstância que não deve impedir a realização do exame — “Termo de ajustamento de conduta” — Julgamento do feito — Exame indispensável — Sentença anulada.*

*A perícia do DNA (sistema de determinação de seqüências de aminoácidos codificados do DNA) e da tipagem HLA (antígenos leucocitários de histocompatibilidade), reconhecida de confiabilidade absoluta na determinação da paternidade, até mesmo após a morte do suposto pai, porquanto pode afirmar probabilidade cumulativa de paternidade de 99,99999%, deve ser realizada sempre que possível e/ou resultar exigível por eventual dúvida no restante da prova, porque dela se poderá formar conjunto gerador da certeza absoluta de ser o autor filho do imputado pai.*

*Em face do mandamento constitucional que garante acesso à justiça e assistência judiciária gratuita, os litigantes necessitados não podem ser prejudicados com a não realização de exame pericial por eles requerido simplesmente porque não podem pagar seu custo; ao Estado cabe buscar e propiciar os meios.*

*No Estado de Santa Catarina, em sendo necessário exame de DNA e estando “comprovada a hipossuficiência de recursos do requerente”, o juiz não poderá deixar de determiná-lo porquanto, segundo “Termo de Ajustamento de Conduta” celebrado entre o*

*Ministério Público e o Estado, por intermédio da Secretaria da Saúde, este adquirirá os reagentes e adequará seu Laboratório Central —Lacen— para realização “dos testes de DNA”, cabendo ao órgão ministerial requerer, nas ações ajuizadas, “a condenação do requerido ao ressarcimento dos custos”.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.006552-3, da comarca de Cunha Porã, em que é apelante G.R. e E. R., representados por sua mãe M. T. R., sendo apelado V. A. B.:*

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

Custas na forma da lei.

Na comarca de Cunha Porã, G. R. e E. R. (ambos menores impúberes, representados por sua mãe, M. T. R.) ajuizaram ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos contra V. A. B., alegando que sua genitora trabalhava como doméstica na casa da mãe do requerido, tendo com este relacionamento sexual, advindo o nascimento dos requerentes. Afirmaram, ainda, que a mãe mantinha relações sexuais somente com o requerido no período entre 1984 até final de 1989; que este não reconheceu a paternidade, nem presta qualquer auxílio para a manutenção dos menores, que vivem em condições precárias. Requereram o exame de DNA, para o reconhecimento da paternidade e a condenação do réu à prestação de alimentos.

O requerido contestou, aduzindo que jamais teve qualquer relacionamento íntimo com a mãe dos requerentes, que se prostituía e tem 5 (cinco) filhos; por fim, negou a paterni-

dade, prontificando-se à realização do exame de DNA.

O representante do Ministério Público opinou pela realização do exame de DNA.

As partes manifestaram-se sobre as provas que pretendiam produzir, com os autores insistindo na realização do exame de DNA, requerendo que as despesas decorrentes deste exame ficassem a cargo do requerido, porque não tinham condições econômicas de provê-los.

Foi deferida a realização apenas de exame hematológico, sendo nomeada perita (fls. 22v.), cujo laudo concluiu: “não é possível afirmar com convicção e nem descartar a referida filiação ou paternidade” (fls. 52).

Os autores perseveraram pela realização do exame de DNA, aduzindo que não têm condições de arcar com as despesas do exame, visto que beneficiários da assistência judiciária gratuita.

Realizou-se audiência de instrução e julgamento, onde foram tomados os depoimentos pessoais da genitora dos autores e do requerido, além da testemunha arrolada pelos requerentes.

As alegações finais foram apresentadas em forma de memoriais, com as partes repisando seus argumentos anteriores.

O órgão ministerial opinou pela improcedência do pedido.

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito julgou improcedente o pedido, porque, diante da fragilidade das provas produzidas, não foi possível afirmar a coincidência de relações sexuais com o período de concepção.

Irresignados, os vencidos apelaram, pedindo, preliminarmente, a nulidade do processo, desde o momento em que foi negado o direito dos apelados de obterem gratuitamente a realização do exame de DNA; no mérito, que a mãe teve relações sexuais com o apelado, que era solteiro, devendo a paternidade ser reconhecida.

Contra-arrazoado o recurso, o Ministério Público de Primeiro Grau opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Os autos subiram a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer no sentido de converter-se o julgamento em diligência, para o fim único de realizar-se o exame de DNA.

É o relatório.

1. Os apelantes buscam, preliminarmente, nulidade da sentença porque não lhes foi deferida a realização de perícia de DNA, gratuitamente, sustentando que não tinham condições de arcar com tais despesas, uma vez que são beneficiados pela assistência judiciária gratuita.

Em se tratando de investigação de paternidade, onde o bem jurídico a ser tutelado versa sobre direito indisponível (interesse de menor em ver reconhecido seu pai), o Juiz deve agir com maior prudência no que tange ao deferimento e apreciação das provas, para evitar qualquer situação de injustiça, no mais das vezes irreparável ao menor; nestes casos nem sempre há

certeza absoluta dos fatos, pois basta a certeza subjetiva do magistrado, como se tem chamado o livre convencimento judicial, para ver-se solucionada a lide. Porém, não há negar que, em processos dessa natureza, a produção de provas deve ser a mais ampla possível, deixando o magistrado de ser espectador no processo, devendo intervir, mesmo que ex officio, para produção das provas que achar conveniente para o melhor esclarecimento da verdade.

No caso, entendeu o ilustre Dr. Juiz de Direito sentenciante que a única fonte para dirimir a questão encontrava-se na prova oral, tendo em vista que os autores nada haviam produzido para comprovar a paternidade que pretendiam ver reconhecida.

Assim, diante da clarividência da prova oral, aliada ao resultado não conclusivo da perícia hematológica realizada pelo exame dos grupos sanguíneos, pois que somente pode excluir a paternidade, mas não afirmá-la. A certeza absoluta poderia ser obtida por meio do exame de DNA, não oportunizado aos apelantes porque litigantes pobres.

2. Sabe-se que o exame de DNA é, atualmente, o método mais seguro, definitivo e confiável na determinação da paternidade, oferecendo 99,99999% de probabilidade, por isso ser indispensável quando não evidenciado outras provas capazes de elidir qualquer dúvida a respeito do direito a ser reconhecido.

A propósito, a lição do Dr. Sérgio D. J. Pena, Professor Titular do Departamento de Bioquímica do Instituto de Ciências Biológicas da UFMG e Presidente do Núcleo de Genética

Médica (Gene), historiando que na era pré-DNA, a comparação entre indivíduos era classicamente feita de maneira indireta, pelo uso de marcadoras ou polimorfismos protéicos que permitiam o estabelecimento de certas diferenças e semelhanças. No homem, os marcadores mais utilizados eram os grupos sanguíneos, os polimorfismos de proteínas séricas e eritrocitárias e os antígenos leucocitários de histocompatibilidade (HLA), que, em conjunto, permitiam a identificação de cada pessoa. Por isto, quando “estudamos as características de um indivíduo no laboratório, por meio dos seus grupos sanguíneos, HLA etc., estamos examinando principalmente as proteínas ou seus produtos. Não estamos estudando diretamente os genes.

“Assim como quando nos distanciamos de uma certa imagem, há uma perda progressiva de detalhes, também em genética perdemos detalhes, quando nos afastamos da mensagem genética original e estudamos uma única proteína, os produtos desta proteína ou os produtos da ação conjugada de várias proteínas. É por causa disso que não podemos fazer inferências genéticas de paternidade baseados somente na aparência física das pessoas, já que essa aparência depende da ação conjunta de várias proteínas. A perda de detalhes é grande demais. Para obtermos uma imagem nítida e perfeita da individualidade de uma pessoa, necessitamos de uma imagem nítida e perfeita de seus genes, que só pode ser obtida pelo estudo direto do DNA” (Determinação de Paternidade pelo Estudo Direto do DNA: Estado da Arte no Brasil, in Direitos de Família e do Menor — Inova-

ções e Tendências, Doutrina e Jurisprudência, do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 3ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 1993, págs. 244/245).

Fernando Simas Filho comenta:

“Esse exame é o definitivo, porque não deixa qualquer margem de dúvida. Ele é a resposta positiva aos sonhos de Landsteiner, e às manifestações nesse sentido por autores como Afrânio Peixoto, Arnaldo Amado Ferreira, Barbier, Race, Brewer, Oswaldo Pataro Moreira e outros.

“Esse exame pode ser efetuado determinando-se as seqüências de aminoácidos, em um par de alelos (locus simples), ou em diversos pontos e regiões dos cromossomos (locus múltiplo). No primeiro caso, é necessária a análise de diversos locus simples, para atingir a mesma potencialidade de dois loci múltiplos.

“Em qualquer dos casos, o resultado é de exclusão ou afirmação de paternidade, com 100% de certeza. A única diferença é que no primeiro caso, locus simples, o resultado é fornecido em probabilidade de paternidade, com freqüência acima de 99%; no segundo caso, o resultado afirma ou nega a paternidade!

“(…)

“Freqüência acima de 99% (nove e nove por cento), em se tratando de exame feito no DNA, é considerada universalmente como certeza científica!” (A Prova na Investigação de Paternidade, 4ª ed., Curitiba, Juruá, 1995, pág. 113).

A respeito do valor do exame de DNA nas ações de investigação de

paternidade, este Órgão Fracionário manifestou-se recentemente:

“Investigação de paternidade — Prova — Conjunto de testemunhas e exames de HLA e DNA — Certeza absoluta da paternidade — Pedido procedente — Sentença confirmada.

“Nas causas de investigação de paternidade, o julgador deve agir com prudência, embora disponha de ampla liberdade na apreciação da prova pois, no mais das vezes, onde não há uma certeza absoluta, maneja presunções e indícios capazes de gerar uma certeza relativa, que resulta em um estado subjetivo de convicção.

“A perícia do DNA (sistema de determinação de seqüências de aminoácidos codificados do DNA) e da tipagem HLA (antígenos leucocitários de histocompatibilidade), reconhecida de confiabilidade absoluta na determinação da paternidade mesmo após a morte do suposto pai, tendo afirmado probabilidade cumulativa de paternidade de 99,99999%, aliada à expressiva prova testemunhal, formam conjunto único gerador da certeza absoluta de ser a autora filha do apontado pai” (Ap. Cív. n. 97.014188-0, de Joinville, da lavra deste relator, j. 20.10.98).

Nesta egrégia Terceira Câmara Civil já se fixou:

“Investigação de paternidade — Exame de DNA valor probatório.

“Nas ações de investigação de paternidade, a realização de exame de DNA, atribuindo ao réu probabilidade cumulativa positiva de paternidade de 99,99995%, constitui prova robusta a conduzir à procedência do pedido, máxime quando corroborada pelos demais elementos probatórios

carreados aos autos” (Ap. Cív. n. 96.004880-4, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf, j. 5/11/96).

3. Dessa forma, diante da fragilidade do quadro probatório, e considerando-se que não houve recusa do apelado quanto à realização da perícia de DNA (apenas não a requereu), não há motivo para negar sua realização.

Houve equívoco do ilustre Julgador ao sentenciar que a possibilidade de realizar-se tal perícia de DNA às expensas do Estado, quando se tratar de parte beneficiada pela assistência judiciária gratuita, é incerta e o perito não pode aguardar indefinidamente “uma possível ação estatal visando subsidiar os custos do tal exame (sobretudo quando se vê a inoperância e lardeza do Estado em muitas outras áreas vitais à sociedade)” (fls. 86), porque tal circunstância significaria a verdadeira desagregação da justiça e do primado constitucional que assegura a assistência judiciária aos necessitados.

Em julgado recente, o colendo Superior Tribunal de Justiça afirmou que o Juiz pode determinar, quando julgar indispensável referido exame de DNA, seja realizado às expensas do Estado, pois a parte que obteve o benefício da assistência judiciária gratuita não pode ser punida por pertencer a uma camada social menos favorecida, e assim não ter seu direito reconhecido, porque deve ser cumprido o mandamento constitucional que garante o acesso à Justiça e o auxílio aos mais necessitados.

“Investigação de paternidade. Justiça gratuita. Exame pericial. DNA.

Antecipação das despesas pelo Estado.

“Antes de determinar a realização da prova pericial do DNA, deve o Juiz de Direito promover a coleta de outras provas que permitam a formação de seu convencimento sobre a pretensão deduzida. Ainda assim, julgada indispensável, poderá determiná-la às expensas do Estado, que proverá os meios necessários. Precedente da Segunda Seção” (REsp. n. 98730/MS, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 16/11/98, pág. 94).

Ainda:

“(…)”

“I — Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.

“II — Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art.267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória.

“III — Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e res-

guardando o princípio do contraditório.

“IV — Na fase atual de evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a Ciência tem proclamado idônea e eficaz” (REsp. n. 140665/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 3/11/98, pág. 147).

É claro que deve haver cautela, para não se cometer exageros, como anotou a mesma Corte em medida cautelar contra bloqueio e saque de soma em dinheiro sem previsão legal:

“Processo civil. Justiça gratuita. Exame de DNA. Honorários de perito. Depósito prévio. Determinação que o Estado custeie. Impossibilidade. Ação cautelar para conferir efeito suspensivo. Pedido procedente.

“I — O Estado, não sendo parte na demanda, não está obrigado a adiantar despesas para realização de exame DNA, mesmo em se tratando de parte que litiga sob o pálio da gratuidade. Cabe ao julgador, antes de impor o pagamento da perícia, buscar, em outras provas, às vezes suficientes, a solução da causa.

“II — A regra que impõe o pagamento das despesas de perícia por parte da Fazenda somente se aplica nos casos em que, como parte, requer a realização da prova. Nas espécies em que, não sendo parte no feito, é intimado para custear a prova pericial, tem o ente público a prerrogativa de pagar as despesas a final.

“III — Não se discute a necessidade de o Estado amparar os jurisdicionados que não podem pagar para ter seu direito reconhecido, sobretudo em face de mandamento constitucional que garante o acesso à Justiça e o



auxílio aos mais necessitados. Todavia, para tanto seria imprescindível que houvesse previsão orçamentária, não sendo lícito determinar-se retirada de grande soma de dinheiro público que, provavelmente, teria destino certo, considerando todas as ações” (MC n. 1195/MS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 21/9/98, pág. 162).

4. Bem por isso que no Estado de Santa Catarina celebrou-se, em 17/6/98, “Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta” entre o Ministério Público estadual e o Estado de Santa Catarina por seu Secretário de Estado da Saúde, pelo qual ajustaram, na cláusula segunda:

“Cláusula segunda — das obrigações

“O Governo do Estado se compromete, através da Secretaria de Estado da Saúde, a:

“Adquirir os reagentes e adequar o Lacen para realização dos testes de DNA, nos casos de investigação de paternidade, em procedimentos administrativos do Ministério Público e judiciais em que fique comprovada a hipossuficiência de recursos do requerente, através de requisição dos Juízos e do Ministério Público, onde constará a afirmação de hipossufi-

ciência nas Comarcas, isto a partir de 1º/9/98, bem como, informar ao Ministério Público o valor de cada kit de reagentes.

“O Ministério Público do Estado se compromete, através dos Promotores de Justiça a:

“Requerer nas ações ajuizadas a condenação do requerido ao ressarcimento dos custos do exame de DNA, cuja verba será recolhida à Secretaria de Estado da Saúde, bem como nas investigações administrativas”.

5. Ante ao exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento para anular o processo a partir da sentença, inclusive, para que seja realizado o exame de DNA, nos moldes do termo de ajustamento de conduta referido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Átila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 10 de dezembro de 1998.

*Alcides Aguiar,*

*Presidente com voto;*

*Nilton Macedo Machado,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.000924-3, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Ação civil pública — Construções clandestinas — Demolição para proteção ao meio ambiente — Parque Municipal da Lagoa do Peri — Citação dos cônjuges — Desnecessidade.*

*Na ação civil detonada para proteção ao meio ambiente não é necessária a citação dos cônjuges dos demandados, por não versar sobre qualquer das hipóteses previstas no § 1º do art. 10 do CPC.*

*Processo civil — Instrução — Dispensa de prova pela parte — Julgamento antecipado — Nulidade inexistente.*

*A parte que desejar produzir prova deverá requerê-la e demonstrar sua imprescindibilidade, não lhe sendo lícito postular nulidade do processo em face do julgamento antecipado proferido por ter a parte contrária desistido das provas que requereira.*

*Não há cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide quando a matéria é de direito e de fato e os aspectos decisivos da causa estão suficientemente demonstrados documentalente, não se justificando a realização de audiência.*

*Ação civil pública — Parque Municipal da Lagoa do Peri — Construções clandestinas em área non aedificandi — Demolição para proteção ao meio ambiente — Desnecessidade de dano efetivo — Indenização não devida — Direito à igualdade — Procedência do pedido — Sentença confirmada.*

*A ação civil pública é o instrumento adequado à proteção ao meio ambiente (assim como ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), utilizado não só para reprimir como para impedir danos ao mesmo ambiente, não exige prova de dano efetivo, mas apenas sua probabilidade; basta ameaça para justificar a via processual, com a qual se afasta possível irreparabilidade.*

*Na proteção ao meio ambiente não se requisita tombamento patrimonial ou dominialidade pública como condição da ação, mas apenas a existência de interesse público na sua preservação. Da mesma forma, basta a probabilidade de dano (visa impedir), não sendo lógico esperar sua ocorrência para depois reprimi-lo.*

*Havendo limitação ao direito de construir em área de preservação permanente e declarada non aedificandi, qualquer obra clandestina (entendendo-se por tal a que for feita sem prévia aprovação do projeto ou sem alvará de licença) deve ser imediata e sumariamente embargada pela Administração que pode, na esfera de seu poder de polícia, efetivar sua demolição.*

*“A tolerância com edificações clandestinas em áreas de preservação permanente fará com que, estimulados pelo uso de meios retardatários da execução da liminar demolitória, nas violências contra o meio ambiente sejam perpetradas, em prejuízo de toda a comunidade” (AI n. 96.001089-0, Capital, Des. Eder Graf).*

*A demolição de obra clandestina levantada em área de preservação permanente não acarreta direito a qualquer reparação ou indenização, nem fere o direito à igualdade em face de outras eventuais clandestinidades, pois todos são iguais perante a lei para cumpri-la e por ela serem tutelados, jamais para descumpri-la.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.000924-3, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 1º Cartório), em que são apelantes Valéria Santos, Antônio Augusto Sisson Filho e Itamar Vandresen, sendo apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso para declarar, ex officio, a nulidade do processo em relação a ré Marlene Vieira de Souza, e, no mais, negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca da Capital, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por um de seus representantes, aforou ação civil pública contra o município de Florianópolis, Valéria Santos, Antônio Augusto Sisson Filho, Adriana Disconzi, Marlene Vieira de Souza e Itamar Vandresen alegando que, por meio do Decreto n. 1.408/76, foi tombada a bacia da Lagoa do Peri e adjacências, como patrimônio natural do município de Florianópolis, criando uma série de

limitações administrativas para preservação do meio ambiente, seguindo-se a Lei n. 1.828/81, que “cria o Parque Municipal da Lagoa do Peri e institui seu plano diretor de ocupação e uso do solo”.

Diante da inércia do poder de polícia da Municipalidade, os réus Valéria Santos, Antônio Augusto Sisson Filho, Adriana Disconzi, Marlene Vieira de Souza e Itamar Vandresen levantaram edificações clandestinas na área, sem observar a legislação pertinente e sem aprovação do órgão Municipal competente, consoante vitórias realizadas por ocasião do processo administrativo instaurado pela Secretaria de Urbanismo e Serviços da Prefeitura Municipal de Florianópolis.

Aduziu, ainda, que o registro apresentado por Escritura Pública de Cessão de Direitos Possessórios, lavrada em 1º de outubro de 1993, em favor de Valéria Santos, não tem validade, uma vez que a área nela consignada está contida em área pública non aedificandi e de preservação permanente, pelo que requereu a concessão de medida liminar para suspender os efeitos do registro público

expedido em favor da ré Valéria dos Santos, referente à área em foco, assim como para que o Município promova a demolição das edificações clandestinas construídas na área e, por fim, a anulação daquele registro público.

Colacionou documentos a fls. 24/245.

A medida liminar foi concedida (fls. 248/250).

Citados, os réus (com exceção da ré Marlene Vieira de Souza, posto que não foi encontrada — Certidão de fls. 252v. — e tampouco foi citada por edital) agravaram de instrumento, restando suspensa a decisão liminar demolitória em relação a Valéria Santos.

Contestando, Antônio Augusto Sisson Filho e Valéria Santos verberaram, preliminarmente, a incompetência da Justiça Estadual; a inépcia da petição inicial e a carência da ação. No mais, argüiram ser legítimos possuidores das áreas por eles ocupada, nas quais não promoveram qualquer desmatamento ou atos de destruição, e que a clandestinidade das obras realizadas decorreu da inércia da Administração Pública Municipal em implantar órgãos previstos em lei para a análise dos projetos e desmembramentos relativos ao parque florestal. Por fim, sustentaram que seus terrenos encontram-se dentro da área do parque destinada ao lazer, esta que é ocupada por mais 150 famílias, além de bares, pousadas, um clube e campo de futebol, e que o tombamento do local não foi seguido da necessária desapropriação, sendo a Lei n. 1.828/81 discricionária, posto que permite o exercício do direito de proprie-

dade tão-somente aos nativos e seus dependentes.

Itamar Vandresen, a seu turno, apresentou defesa afirmando que, em momento algum, foi notificado da irregularidade e clandestinidade de suas edificações, uma vez que a vistoria do imóvel foi realizada pela Municipalidade sem a sua presença e o respectivo laudo foi entregue para uma pessoa de nome Sandro Cláudio Coelho, o qual não conhece; que só em 28/3/1996 tomou ciência da ação em curso, quando do recebimento da citação pelo Oficial de Justiça; que, em 2/4/1996, recebeu a Comunicação n. 20/96, concedendo-lhe o prazo de 14 (quatorze) dias para desocupar o imóvel, a contar de 29/3/96, conquanto o prazo deveria ser computado a partir do seu recebimento no dia 2 daquele mês; que, em 12/4/1996, a Prefeitura Municipal, na companhia da Polícia Militar, deu início ao processo de demolição de várias casas, inclusive a do contestante, apesar das várias tentativas para elastecer o prazo, pelo que requereu a produção de provas, a fim de demonstrar que foi eleito procedimento inadequado para o deslinde da questão, pugnando pela responsabilização do Ministério Público pelos danos materiais sofridos e outros que se puderem detectar, suportando, ainda, os ônus da sucumbência (fls. 281/284).

Juntaram documentos a fls. 314/372 e 385/430.

O Município apresentou resposta, sustentando, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva ad causam. No mérito, que tomou todas as providências cabíveis tão logo foi cientificado das construções clandestinas, ten-

do, inclusive, demolido as casas existentes na área, de forma a afastar sua responsabilidade.

Houve manifestação do autor sobre as defesas (fls. 442/443 e 565/566).

Apresentados memoriais, o Dr. Juiz de Direito sentenciou, julgando, quanto ao município de Florianópolis, extinto o feito, sem julgamento do mérito, ex vi do art. 267, VI, do CPC; quanto aos demais réus, parcialmente procedente o pedido exordial e, via de consequência, tendo em conta que todas as edificações foram demolidas administrativamente, com exceção da construção da ré Valéria Santos, como notícia o parecer de fls. 494, determinou a demolição desta edificação, por contrariar os regulamentos administrativos pertinentes. Ademais, tendo em conta a sucumbência recíproca, condenou os réus em 50% das custas processuais, compensando-se os honorários advocatícios.

Inconformados, Valéria Santos, Antônio Augusto Sisson Filho e Itamar Vandresen apelaram, asseverando que a ação foi proposta sem a necessária prova de dano ao meio ambiente, ou de provável dano, decorrente dos atos de moradia por eles perpetrados, o qual não se presume; a ausência de depoimento dos réus em Juízo; a infundada desistência da produção de provas por parte do autor, que havia requerido a apresentação de laudo circunstanciado da situação do parque (fls. 22), tendo, na fase de especificação de provas, pugnado pelo julgamento antecipado da lide (fls. 574); a inexistência de dominialidade pública sobre o perímetro do parque; que a lesividade é conditio sine qua

non à ação de proteção ambiental, uma vez que na área existem vultosas obras de responsabilidade do poder público, o que fere o princípio da igualdade entre a administração e os administrados; e que a manutenção do decisum é discriminar os réus (e ofender seu direito à moradia), haja vista que a maioria das casas construídas na ilha o foram sem alvará.

Por fim, ressaltaram que na expropriação o particular tem o direito de levantar do imóvel as construções que lhe aprouver e que o tombamento não pode ser praticado sem desapropriação e justa indenização, sem as quais não há vedação ao direito de construir, nos termos do art. 5º, inc. XXIV, da CF; o cabimento de indenização mesmo que se tratasse de simples posse. Individualmente, requereram a anulação do processo, eis que necessária a citação da esposa do réu Antônio Augusto Sisson Filho e, bem assim, dos concubinos de Valéria Santos e Itamar Vandresen; a ausência de notificações endereçadas às pessoas dos réus; e, em caso de inacolhimento, "que se dignem estes doutos julgadores a explicitarem no acórdão o porquê da não aplicação da jurisprudência colacionada ao feito pelos réus"; e culminaram requerendo a reforma integral da sentença, principalmente no que concerne à condenação demolitória, por caracterizar desapropriação indireta.

Os apelantes apresentaram nova manifestação tendente a corrigir erro na parte do pedido, a fim de prequestionar matéria constitucional (fls. 712/713).

Em contra-razões, o Ministério Público defendeu a manutenção da

decisão monocrática, posto que a demanda versa sobre ocupações e construções ilegais em parque de preservação permanente de domínio público e transcreveu a marcha cronológica das preocupações oficiais, na tentativa de desocupar a área. Ressaltou que os registros de posses deram-se após o tombamento da área da Lagoa do Peri, o que deflagra a ocupação clandestina dos apelantes que se proclamam proprietários ou, alternativamente, legítimos possuidores, titulares de direito à indenização, ante a incidência de expropriação indireta.

Ademais, descrevendo referida área de preservação permanente, ratificou os termos da exordial e ressaltou que o objeto da lide circunscreve à aplicabilidade da pena administrativa de demolição, na forma do que estabelece o art. 48, I, da Lei Municipal n. 1.246/74, haja vista que os réus foram advertidos várias vezes acerca das irregularidades das construções, mediante notificações e embargos administrativos, transcrevendo o relatório exarado pela Municipalidade, em 3/3/94, demonstrativo das inúmeras notificações. Ao final, refutou a alegada nulidade do processo, afirmando que a ação civil pública versa o resguardo do patrimônio público, social e o meio ambiente, sem se confundir com ação real imobiliária, na qual a exclusão de um dos cônjuges pode ser levantada por aquele que for excluído.

Ascendendo os autos a este egrégio Tribunal, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do apelo.

Em apreciação nesta Câmara, os autos baixaram em diligência, a fim

de que fosse regularizada a representação processual dos apelantes.

Com a juntada do substabelecimento (fls. 753), retornou o feito a esta Instância.

É o relatório.

O recurso é conhecido, mas não provido.

1. Primeiramente, declara-se, ex officio, a nulidade do processo em relação à ré Marlene Vieira de Souza, porquanto, consoante informa a certidão do Sr. Oficial de Justiça de fls. 252v., não foi citada, posto que não encontrada pessoalmente, nada havendo nos autos que demonstre tenha sido citada por edital, o que efetivamente vicia o feito apenas em relação a ela, pois a sentença a condenou, inclusive nos ônus da sucumbência.

A nulidade do processo em face da ré Marlene Vieira de Souza não o macula para os demais réus, haja vista não se tratar de litisconsórcio unitário, mas facultativo, onde cada um dos réus teve delimitada sua área e suas construções, com direito a contraditório e ampla defesa.

2. De outro lado, não há se falar em nulidade do processo por ausência de citação dos cônjuges e companheiros dos réus/apelantes, tendo em vista que a ação civil pública não se confunde com ação real imobiliária. Nesta, a ação diz respeito a direitos reais sobre bens imóveis (como usucapião, reivindicatória, imissão de posse, desapropriação direta, nunciação de obra nova, hipoteca etc.), enquanto aquela tem por objeto a proteção jurisdicional ao meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou qualquer outro inte-

resse ou direito difuso ou coletivo, bem como a defesa da ordem econômica.

Na ação civil para proteção ao meio ambiente chama-se ao processo aquele que lesa o bem juridicamente protegido, não sendo necessária a citação dos cônjuges por não versar a demanda sobre qualquer dos casos previstos no § 1º do art. 10 do Código de Processo Civil.

A ré Valéria Santos é a pessoa que aparece na escritura pública de cessão e transferência de direitos possessórios de fls. 72/73 e fls. 516/517, ressaltando, ainda, ser a companheira de Cláudio Almeida Couto Arraes, com o qual convive maritalmente; como a demanda é dirigida contra Valéria Santos, não se há de exigir a citação de seu companheiro, posto que a edificação que se pretende demolir foi levantada no mesmo terreno da escritura suso mencionada (fls. 72/73), do qual a titular da posse é Valéria.

As notificações e embargos administrativos em nome de Cláudio Almeida Couto Arraes (fls. 54/63) não viciam o processo de nulidade porque, repita-se, como companheiro da ré Valéria Santos (pessoa indicada na escritura pública de cessão e transferência de direitos possessórios), é óbvio que ambos tinham ciência das irregularidades na edificação, sendo este o caso mais vistoso de desobediência às intimações administrativas, segundo se pode observar do relatório de fls. 45/48, onde constam 6 (seis) notificações administrativas, datadas de 10/2/94, 14/2/94, 16/2/94, 20/2/94, 21/2/94 e 23/2/94, período suficiente para que providenciasse a demolição da construção. Depois, em franco

desrespeito às ordens e legislação, prosseguiram com o ilícito, inclusive realizando aumento, como se vê das notificações datadas de 22/7/94, 25/7/94, 26/7/94, 27/7/94, 28/7/94, 29/7/94, 30/7/94, 2/8/94, 3/8/94, 4/8/94 e 6/8/94 (fls. 94/104).

Contudo, mencionou-se, no Agravo de Instrumento n. 96.000289-8 (rel. Des. Eder Graf — fls. 569/572), que “em face da existência de dúvidas ponderáveis quanto à notificação pessoal dos réus acerca das infrações administrativas noticiadas na ação civil pública, é preferível que se aguarde o julgamento final para, só então, proceder-se à demolição das residências levantadas em área non aedificandi, tendo em vista a ausência de prova absoluta da ciência das notificações”; mas a verdade é que, na petição do mandado de segurança que impetram (Valéria Santos e Cláudio Almeida Couto Arraes), em 28/2/94 (a compra da posse foi em 1º/10/93), contra “ato arbitrário do Sr. Joaquim A. Aguiar, Chefe de Fiscalização do Parque da Lagoa do Peri”, que consistiu na ordem para demolição da casa por eles levada no carnaval realizado dias antes (17/2/94) e lá instalada, afirmaram naquela petição inicial, por procurador comum, com poderes especiais, ter inequívoco conhecimento das notificações, tanto que o ato administrativo objeto da impetração era uma das notificações.

Esta questão da intimação dos companheiros dos apelantes (Valéria, Itamar e Sisson) deve ter a mesma solução já dada nesta Casa ao Agravo de Instrumento n. 96.001089-0 (de Itamar Vandresen, qualificado, no estado civil, como solteiro na inicial do referido recurso e, também, nas

manifestações apresentadas nos presentes autos - fls. 285/286, 287 e 288), ressaltando-se claro que a demolição em relação a Valéria Santos refere-se às obras levantadas no perímetro do imóvel por ela possuído, por quem quer que seja (Cláudio Almeida Couto Arraes ou não).

3. De outro aspecto, não há nulidade do processo porque não ocorreu o alegado cerceamento de defesa; à parte é facultado desistir da produção das provas que reputar prescindíveis à elucidação da causa.

O requerimento de apresentação de laudo circunstanciado sobre a atual situação do parque (fls. 22), foi afastado quando da "especificação de provas", onde o Ministério Público requereu o julgamento antecipado da lide (fls. 574); igualmente no que diz respeito à tomada do depoimento pessoal dos réus, que sequer se manifestaram acerca da produção de provas (fls. 565 e certidão de fls. 576).

Quisessem os apelantes produzir tais provas, deveriam tê-las não só requerido como demonstrado sua imprescindibilidade.

É que, dispõe o Código de Processo Civil, o Juiz pode conhecer diretamente do pedido "quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência" (art. 330, I).

Os Tribunais Superiores recomendam esta solução:

"A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa es-

tão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado" (STF, RE n. 101.171, Min. Francisco Rezek, RTJ 115/789).

Ou:

"Inexiste cerceamento de defesa se os fatos alegados haveriam de ser provados por documentos, não se justificando a designação de audiência" (STJ, REsp. n. 1.344, Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 4/12/89, pág. 17.884).

4. Segundo o Decreto Municipal n. 1.408, de 4/6/1976, a bacia da Lagoa do Peri, mais os limites compreendidos entre a porção leste da bacia e a estrada SC 92 foram tombados como patrimônio natural de Florianópolis, integrando área de preservação permanente.

Posteriormente, a Lei Municipal n. 1.828, de 9/12/1981, criou o Parque Municipal da Lagoa do Peri e instituiu seu Plano Diretor de Ocupação do Solo, descrevendo os vários objetivos da sua criação, tais como "proteger o manancial hídrico da Bacia da Lagoa do Peri, de modo a permitir uma utilização adequada de seu potencial visando abastecer a população do sul da Ilha de SC; proteger o patrimônio natural representado pela flora, fauna e paisagem, de modo que possa ser utilizado como área de interesse ecológico e de pesquisa científica; propiciar o desenvolvimento social crescente da comunidade nativa; aproveitar as condições peculiares de sua paisagem natural e cultural para o adequado desenvolvimento de atividades educativas, de lazer e recreação".

No referido plano diretor consta, ainda, autorização para ocupação dos espaços catalogados no zonea-



mento ali estabelecido como Área de Paisagem Cultural, mediante edificações unifamiliares, exercida por pescadores artesanais e seus descendentes (art. 8º, § 2º), além das Áreas de Reserva Biológica, com destinação à preservação integral e permanente do ecossistema e de seus recursos, tendo em vista, especialmente, a reserva genética da flora e fauna para fins científicos, educacionais e/ou culturais (art. 6º), e de Lazer, que visa resguardar os atributos excepcionais da natureza, conciliando a preservação com a utilização para objetivos científicos, educacionais, de lazer e recreação (art. 9º), onde somente será permitida a construção dos equipamentos públicos necessários à consecução dos objetivos do Parque (art. 10).

A área de preservação permanente, tombada ou não, é afetada parcialmente pelo domínio público, e uma simples escritura pública de cessão de direitos possessórios não tem o condão de refutar esta restrição ao domínio privado.

Diante disso, vê-se que o direito à propriedade assegurado na Carta Política Federal (art. 5º, caput) não é absoluto e ilimitado, assim como não o é o direito de construir, que encontra limitações nas normas urbanísticas e no plano diretor municipal.

Segundo José Afonso da Silva as "limitações ao direito de propriedade consistem nos condicionamentos que atingem os caracteres tradicionais desse direito, pelo que era tido como direito absoluto, exclusivo e perpétuo. Absoluto, porque assegura ao proprietário a liberdade de dispor da coisa do modo que melhor lhe aprou-

ver; exclusivo, porque imputado ao proprietário, e só a ele, em princípio, cabe; perpétuo, porque não desaparece com a vida do proprietário, porquanto passa a seus sucessores, significando que tem duração ilimitada (CC, art. 527), e não se perde pelo não uso simplesmente.

"Importa ter em mente esses caracteres, porque as limitações são classificadas em função deles. Limitações constituem gênero: tudo que afete qualquer dos caracteres do direito de propriedade, o que pode verificar-se com fundamento no Direito Privado ou no Direito Público. Daí a primeira classificação em limitações de Direito Privado (como as de direito de vizinhança e limitações de Direito Público, como as urbanísticas e as administrativas). Importante, contudo, é observar as espécies de limitações, que são: restrições, servidões e desapropriação.

"As restrições limitam o caráter absoluto da propriedade; as servidões (e outras formas de utilização da propriedade alheia) limitam o caráter exclusivo; e a desapropriação, o caráter perpétuo" (Curso de Direito Constitucional Positivo, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, págs. 270/271).

E arremata: "restrições à propriedade são, pois, condicionamentos a essas faculdades do seu caráter absoluto. Porque existem essas restrições é que se costuma dizer que não existe mais o direito absoluto da propriedade. Existem restrições à faculdade de fruição, que condicionam o uso e a ocupação da coisa; restrições à faculdade de modificação da coisa; restrições à alienabilidade da coisa, quando, por exemplo, se estabelece

direito de preferência em favor de alguma pessoa" (ob. cit., pág. 271).

Quando há evidente limitação ao direito de construir em área non edificandi de preservação permanente, é que entra em ação o poder de polícia da Administração, com o fim de garantir a proibição e aplicar as sanções cabíveis, in casu, a demolição de obra clandestina.

Hely Lopes Meirelles ensina:

"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.

"O ato ilegal do particular que constrói sem licença rende ensejo a que a Administração use o poder de polícia que lhe é reconhecido, para embargar, imediata e sumariamente, o prosseguimento da obra e efetivar a demolição do que estiver irregular, com seus próprios meios, sem necessidade de um procedimento formal anterior, porque não há licença ou alvará a ser invalidado. Basta a constatação da clandestinidade da construção, pelo auto de infração, para o imediato embargo e ordem de demolição" (Direito de Construir, 6ª ed. atualizada

por Eurico de Andrade Azevedo, São Paulo, Malheiros, 1994, pág. 166).

A ação civil pública se presta para defesa do meio ambiente e para obrigar o proprietário a demolir construção erguida em área não edificável, destinada à preservação ou recuperação de patrimônio tombado; não há qualquer indenização a ser apreciada em favor do particular que descumpre a lei e o debate em torno do eventual direito à indenização por desapropriação indireta refoge ao limite da ação civil pública fundada em dano ambiental.

A legitimidade prioritária do Ministério Público está clara na Lei n. 7.347/85, quando estabelece que "qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção", para a propositura da ação e das medidas cautelares protetivas do meio ambiente.

José da Silva Pacheco leciona que "a ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7.347, de 24/7/1985, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1º), protegendo assim os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu" (in O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas, 3ª ed., revista atualizada e ampliada, São

Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, 454).

E segue: “quanto aos bens a serem protegidos e ao próprio meio ambiente, não há necessidade de que estejam tombados, bastando que haja interesse público na sua preservação mesmo porque o tombamento não é condição da ação. Um rio, por exemplo, nunca será tombado, mas nem por isso deixar-se-á de admitir a ação civil pública contra os seus poluidores”.

Feitas essas ponderações, analisemos o caso concreto.

5. A lei instituidora do plano diretor do parque foi regulamentada pelo Decreto Municipal n. 091, de 1º/7/1982, em vigor desde tal data.

Assim, de fácil constatação que as edificações levantadas pelos apelantes (e não há controvérsia a respeito) na Área de Lazer afirmada como non aedificandi, são ilegais, irregulares e clandestinas, posto que não obedeceram qualquer das normas retronencionadas.

A comprovada edificação de residências e anexos, sem licença, em área de preservação ambiental non aedificandi, mais especificamente na denominada Área de Lazer, enseja a medida administrativa de demolição, consoante os termos do art. 48 da Lei Municipal n. 1.246/1974:

“Art. 48 — Será imposta a pena de demolição, total ou parcial, nos seguintes casos:

“I — construção clandestina, entendendo-se por tal a que for feita sem prévia aprovação do projeto, ou sem alvará de licença”.

Não se olvide que todos os réus/apelantes adquiriram seus direi-

tos possessórios em 1993 e 1994, vale dizer anos depois do tombamento advindo com referido Decreto n. 1.408, de 4/6/1976, encampado com a criação do Parque da Lagoa do Peri e instituição de seu Plano Diretor de Ocupação e Uso do Solo, pela Lei n. 1.828, de 3/12/1981.

Dessa forma, quando adquiridos direitos de posse sobre as áreas (porque nenhum deles tem propriedade, o que resulta que não há exceção dominial) já se sabia da existência das restrições legais.

Restando comprovado que as construções foram levantadas contra embargos e notificações, de forma reiterada, como se não houvesse lei (“na marra”), não há se falar em impossibilidade da ação visando demolição, porquanto o Município sempre foi vigilante, como comprovou o autor, com os inúmeros autos de verificação, de embargos e notificações, sucessivamente desobedecidos.

Não se pode dar guarida a tais atos — construções clandestinas (sem plantas, sem projetos, sem alvará) — muito menos em área non aedificandi, posto que não podem ser regularizadas.

6. A proteção do Parque, como área de preservação permanente, é realizada através da proibição e da fiscalização de se levantarem construções fora dos limites consignados no seu plano diretor, evitando-se a forma clandestina; por isso, desnecessária a “prova do dano ambiental”, bastando a simples ameaça para configurar o dever de ação para resguardá-lo; não se exige prova de dano efetivo, mas apenas de sua probabilidade, bastando simples ameaça para justificar a

via processual, com a qual se afasta possível irreparabilidade.

Com efeito, as edificações clandestinas na área de preservação permanente da Lagoa do Peri, na faixa denominada Área de Lazer (fls. 53), devem sofrer a penalidade legal, qual seja a demolição, não se estendendo ao campo de futebol construído no local porque, sendo ele uma modalidade de lazer, nada mais justo que detenha localização correspectiva com a sua área.

Nesse sentido, já se pronunciou esta Corte de Justiça em acórdão da lavra do eminente Des. Eder Graf, no Agravo de Instrumento n. 96.001089-0, da Capital (fls. 610/617), detonado por Itamar Vandresen, com a seguinte ementa:

“Ação civil pública — Meio ambiente — Residências edificadas clandestinamente em área de proteção ambiental — Liminar demolitória — Pressupostos presentes — Viabilidade.

“É possível a concessão de liminar determinando a demolição de residência edificada clandestinamente em área de proteção ambiental, quando o particular foi devidamente notificado e teve a oportunidade de exercer a mais ampla defesa administrativa.

“A tolerância com edificações clandestinas em áreas de preservação permanente fará com que, estimulados pelo uso de meios retardatários da execução da liminar demolitória, novas violências contra o meio ambiente sejam perpetradas, em prejuízo de toda a comunidade”.

Do interior do aresto extrai-se orientação que se adota como fundamentação às razões de decidir:

“Ora, a liminar questionada compelia o Município de Florianópolis a efetuar a demolição, a teor do art. 48, I, da Lei Municipal n. 1.246/74, posto tratar-se de construções clandestinas, insusceptíveis de legalização, e ter havido a regular notificação dos invasores, como se lê no petítório de fls. 51/72 e despacho de fls. 73/75.

“Hely Lopes Meirelles comenta:

‘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 fato 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’ (Direito de Construir, 6ª ed., Malheiros, 1994, pág. 166).

“A tolerância com edificações clandestinas em áreas de preservação permanente fará com que, estimulados pelo uso de meios retardatários da execução liminar, novas e novas violências contra o meio ambiente sejam perpetradas naquela região da Lagoa do Peri, de tanta importância ecológica para a comunidade, como um todo.

“Foi exatamente neste norte que o ilustre Juiz deferiu a liminar, co-

mo se dessume da fundamentação do despacho e do próprio conteúdo da ação civil pública.

“O ilustre Promotor de Justiça enfatiza:

“Entende o Ministério Público do Estado de Santa Catarina que o presente agravo deve ser improvido.

“Isto porque o agravante se baseia em duas premissas não verdadeiras para tentar induzir em erro este egrégio Tribunal e poder permanecer no imóvel no qual habita de forma rorosamente contrária à lei.

“A primeira diz respeito à ausência de ampla defesa no procedimento para a demolição.

“Não diz o agravante que a Prefeitura Municipal de Florianópolis, por seu órgão competente, instaurou o Processo n. 55/S/95, em data de 14/6/95 para os fins de demolição do imóvel agora em discussão, tal qual documentos que seguem junto com a presente resposta.

“Quanto a este processo administrativo é interessante ver que às fls. 281/282 dos autos de ação civil pública, em sua contestação, o agora agravante afirma que por Portaria n. 070/95 do Senhor Secretário Municipal de Urbanismo e Serviços Públicos, foi designada uma Comissão para proceder vistoria e emitir laudo conclusivo na obra do contestante. O laudo foi elaborado sem a presença do proprietário e sem aviso de que a avaliação estaria sendo realizada, e a par desta situação se agrega outra, haja vista que por correio foi remetido o laudo, para o endereço Local: SC 406 — Parque da Lagoa do Peri, contra recibo de correspondência, sendo que este foi dado por recebido Sandro

Cláudio Coelho, que não lhe repassou, sendo que ademais é pessoa desconhecida na região.

“Tal situação, fosse verdadeira, mereceria inclusive apuração junto aos correios para responsabilização do responsável, e até a anulação do processo administrativo já referido.

“Porém, conforme se pode ver do ofício encaminhado pelo agora agravante ao Secretário Municipal de Urbanismo e Serviços Públicos, isto em 19 de setembro de 1995 (fls. 472/473) da ação civil pública, documento também juntado com esta resposta, Itamar afirma que em atendimento ao Ofício n. 594/95 GS/SUSP, recebido em 16/9/95, ao retornar do estágio, sendo que na exposição daquele documento repete que o documento foi recebido e que somente não compareceu à vistoria realizada porque estava fazendo o estágio obrigatório de Agronomia (fls. 472) e, a final, postula na hipótese do não acolhimento, viabilizando justa indenização do imóvel (fls. 473).

“Assim, pode-se afirmar que o agravante está tentando induzir esta ilustrada Câmara em erro.

“Na realidade, o agravante está litigando de má-fé quando postula o efeito suspensivo do agravo sob a alegação de ausência de ampla defesa.

“Pelos documentos que se junta, todos oriundos dos autos de ação civil pública que deram origem ao presente agravo, vê-se que inúmeras vezes, antes da instauração do Processo Administrativo n. 557/S/95, o agravante foi comunicado da irregularidade da construção que realizou, tendo sido notificado a demoli-la (fls. 485/487). Após, foi realizado o com-

petente processo administrativo, do qual o agravante teve ciência, chegando ao ponto de postular indenização pela construção, não podendo com isto, legitimamente, alegar ausência de ampla defesa.

“Na verdade a possibilidade de defesa foi dada, o que ocorreu é que a situação do agravante é indefensável.

“O imóvel em discussão foi construído sem alvará da PMF e está localizado dentro da área tombada do Parque da Lagoa do Peri (fls. 195).

“Segundo dispõe o artigo 12 da Lei n. 1.828/81 no Parque só serão permitidos usos e/ou edificações adequados aos seus objetivos, mediante expressa autorização do Executivo Municipal, ouvidos a Administração do Parque e o Órgão de Planejamento Municipal, regra esta que é reafirmada pelo Decreto n. 091/82.

“No caso, como o agravante não requereu e logo não teve deferida qualquer autorização, sua construção é rigorosamente clandestina.

“No que concerne à alegação de que o agravante reside com filha de nativos da região, o fato em nada pode beneficiá-lo.

“Isto porque o artigo 8º, § 2º, da Lei n. 1.828/81 (fls. 105/109, autos de ação civil pública) é claro quando determina que, além das atividades estabelecidas no parágrafo anterior, será permissível o uso residencial unifamiliar quando a edificação for destinada àqueles que já venham exercendo pessoalmente as referidas atividades na área, pescadores artesanais ali residentes, bem como assim seus dependentes, devendo esta última parte ser entendida no sentido do texto da lei, ou seja, des-

de que esses dependentes, pessoalmente, exerçam as atividades agrícolas, zootécnicas e de transformação artesanal tradicional, compatíveis com a preservação do ambiente natural (§ 1º, art. 8º).

“O agravante poderia ter feito este tipo de prova no transcorrer do processo administrativo e não o fez, limitando-se a postular uma indenização e, nos presentes autos, não há qualquer indício ou início de prova de que a dita companheira do mesmo exerça qualquer atividade, seja ela artesanal ou de qualquer outra natureza que a vincule à área; pelo contrário, a mesma se apresenta como estudante na declaração de fls. 23 (dos presentes autos).

“No que concerne à alegação de que o agravante teria adquirido o imóvel por escritura pública de cessão e transferência de direitos possessórios é de se observar que tal transação se deu em 27/2/91 (fls. 16/18, dos autos de agravo), quando a área foi tombada quase 15 (quinze) anos antes, em 4/6/78 (fls. 35 dos autos de ação civil pública), enquanto que o Parque Municipal da Lagoa do Peri foi criado em 3/12/81, ou seja, quase 10 (dez) anos antes da aquisição.

“Desta forma, quando o agravante adquiriu o direito de posse sobre o imóvel o mesmo já havia sido tombado há muitos anos, já estando lá instalado um Parque Municipal com fins preservacionistas.

“Logo, inconcebível aceitar-se que ao mesmo não foi dada ampla defesa.

“E de se observar ainda, conforme já afirmado na presente peça, e

devidamente documentado com peças dos autos da ação principal, que o agravante teve ciência de todo o procedimento instaurado contra si, apresentando defesa na esfera administrativa, defesa esta que não teve sucesso frente a inafastável clandestinidade da construção que pretende manter em pé, mesmo que com isto fira os interesses de toda a comunidade.

“A decisão agravada além de juridicamente correta é corajosa, conforme afirmado por S. Excelência o Des. Eder Graf no despacho relativo aos autos de Agravo de Instrumento n. 96.000289-8, razão pela qual sua manutenção é necessária para a realização da verdadeira Justiça.

“Por fim, ressalte-se mais uma vez que a construção do agravante foi realizada em área non aedificandi, sem autorização do órgão competente, em total afronta às leis de postura municipal e aqueles editadas para a preservação de nosso maior patrimônio que é a natureza, cada dia mais ferida pela ganância (sic — fls. 80/83).

“Já se decidiu em situação idêntica:

“Meio ambiente. Agressão. Dever do poder judiciário de coibi-la.

“Na forma preconizada pelo art. 225 da Constituição Federal, é assegurado a todos os brasileiros o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerado o meio ambiente como bem de uso comum. Ao Judiciário incumbe, como a todos em geral, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Nesse panorama, fortalecendo-se a consciência, dia a dia mais presente, de que a proteção ao meio

ambiente deve sobrepor-se aos interesses econômicos meramente particulares, há que se respaldar decissums que, objetivando a preservação da natureza em todos os elementos essenciais à vida humana e à assegução de um perfeito equilíbrio ecológico, reprimem a impetuosidade predatória das ações civilizadas que, albergadas em pseudo-exigências do desenvolvimento, devastam as florestas, exaurem o solo, eliminam a fauna, empobrecem a flora, poluem as águas e o ar, furtando dos que aqui habitam o mínimo de qualidade de vida (AI n. 10.088, de Criciúma, rel. Des. Trindade dos Santos, julgado em 28/5/96).

“Logo, o agravo não pode encontrar agasalho, esboroando-se a liminar aqui deferida”.

Ainda desta egrégia Corte de Justiça:

“Apelação cível em mandado de segurança. Obra clandestina e construída em área non aedificandi. Demolição. Possibilidade.

“A municipalidade pode, no exercício do poder de polícia que lhe é inerente, sumariamente determinar demolição de obra construída sem expedição de alvará de licença e aprovação de projeto arquitetônico pelos órgãos municipais competentes, quando ainda está localizado em área non aedificandi, observando normas técnicas e sem a menor possibilidade de regularização.

“A medida se mostra ainda mais legítima, sem ocorrência de cerceamento de defesa, quando a edilidade expede nada menos que oito autos de infração a embargo administrativo anterior sem qualquer resposta” (ACMS

n. 5.021, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio).

E mais:

“Ação de indenização. Demolição compulsória de obra clandestina. Procedimento administrativo regular. Sentença confirmada. Recurso desprovido.

“A construção clandestina, feita sem prévia aprovação do projeto, ou sem alvará de licença, em área non aedificandi, rende ensejo à municipalidade, 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, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

7. Quanto ao “dano ambiental”, cabe ressaltar que o fato de a construção das residências ter sido efetuada em meio à vegetação nativa, via de consequência, já importou em prejuízo ao meio ambiente. Por outro lado, como antes afirmado, a ação civil pública pode ser proposta em caso de simples ameaça de lesão ao meio ambiente, o que afasta qualquer alegação de necessidade de provar a existência de dano efetivo, pois a lesividade concreta não é *conditio sine qua non* à ação de proteção ambiental, bastando a simples possibilidade, o que não é o caso dos autos, tendo em vista que as construções foram edificadas em área proibida e de preservação permanente.

8. Fica sem sustentação legal a argüição de que a demolição não prescinde de processo expropriatório porquanto, tratando-se de construção clandestina em área non aedificandi, o ato municipal determinador da de-

molição exige apenas prévia verificação administrativa, o que ocorreu no caso em exame.

Nesse norte, a jurisprudência desta Corte:

“Mandado de segurança — Demolição de obra clandestina — Área non aedificandi — Inexistência de processo administrativo com audiência do infrator — Segurança concedida.

“A construção clandestina, por falta de alvará de licença ou de construção pode ser embargada e demolida, face o manifesto ilícito administrativo. Mas mesmo esses embargos e subseqüentes demolições não dispensam o respectivo processo administrativo, com audiência do interessado. Somente a desapropriação, por qualquer de suas modalidades, limita o uso, gozo e fruição da propriedade particular” (ACMS n. 5.082, de Imbituba, rel. Des. Vanderlei Romer).

A espécie não cuida de ação dominial, onde seria possível a invocação da exceção de domínio, nem tampouco de indenização por desapropriação direta ou indireta, já que a ação civil pública também tem natureza condenatória e cominatória, cuja compreensão é melhor alcançada com o que está disposto no art. 11 da Lei n. 7.347, de 24/7/1985:

“Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.



Considerando-se o desiderato perseguido nesta ação civil pública, a partir de seu preâmbulo, constata-se que o seu ideal é repor o bem ou interesse lesado ao seu *statu quo* ante sem que, para isto, se exija qualquer outra medida judicial, mormente quando se trata de área de preservação permanente; mesmo que assim não fosse, obra clandestina não pode ser indenizada, ainda mais quando levantada manu militari e às escondidas.

9. Esclareça-se, por fim, que se há outras famílias na área onde é proibida qualquer edificação, não englobadas nesta ação, já que este não é o seu objeto, tal fato não é impeditivo da procedência desta, mas resulta em que o autor deverá ficar vigilante e examinar a situação de cada uma daquelas (aliás, menciona-se a existência de outros pedidos de demolição).

Não custa lembrar que “a defesa do réu na ação civil pública é restrita à demonstração de que: a) não é o responsável pelo ato ou fato argüido de lesividade ao meio ambiente; ou b) não houve a ocorrência impugnada; ou c) a ocorrência não lesiva ao meio ambiente e sua conduta está autorizada por lei e licenciada pela autoridade competente. Inútil será a alegação de inexistência de culpa ou dolo, porque a responsabilidade do réu é objetiva (...)” (in Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, 18ª ed., atual. por Arnoldo Wald, São Paulo, Malheiros, 1997, pag. 156).

Assim, não restando provada nenhuma das defesas acima, não há se falar em ofensa ao princípio constitucional de igualdade, diante de

outras e eventuais clandestinidades, pois todos são iguais perante a lei para cumpri-la e por ela serem tutelados, jamais para descumpri-la.

A demolição das edificações clandestinas não fere o princípio da igualdade, conforme suscitado pelos apelantes, posto que só é assegurado dentro da legalidade, pois, como diz Carmen Lúcia Antunes Rocha, “igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental” (“O Direito Constitucional à Jurisdição”, apud José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, pag. 209 — original sem grifos).

José Afonso da Silva complementa que “as constituições só têm reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal: igualdade perante a lei. A Constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput)” (ob. cit., pag. 206); por conseguinte, a igualização se restringe àqueles que se encontram observando os parâmetros legais, não se podendo garanti-la aos infratores da lei, salvo boa e justa aplicação do que a mesma lei prevê como sanção aos seus violadores.

10. Por derradeiro, os apelan-tes suscitam prequestionamento de matéria constitucional (fls. 713); contudo, tal pretensão não pode ser levada a efeito por este órgão julgador, haja vista que não compreendida no

âmbito da devolução prevista no art. 515 do Cânone Processual, porque sua alegação surgiu somente no recurso, dela não tendo cuidado o decisor impugnado.

A propósito:

“A extensão do efeito devolutivo mede-se pela extensão da matéria impugnada tantum devolutum quantum appellatum. Como não se pode impugnar aquilo que não existe, segue-se que a cognição, no Tribunal, há de limitar-se ao que foi decidido na sentença apelada (RSTJ 53/167)” (in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 407).

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Alçada de São Paulo:

“Recurso — Apelação — Devolutividade — Questão não suscitada e nem discutida no processo — Inadmissibilidade — Exegese do art. 515, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.

“O efeito devolutivo da apelação abrange, quanto à extensão, a matéria impugnada, não se devolvendo ao Tribunal o conhecimento de questão estranha ao âmbito do julga-

mento do órgão inferior. Quanto às questões não apreciadas no grau inferior, nem apreciáveis ex officio, não basta que uma das partes as tenha argüido; é necessário que a outra parte haja impugnado a argüição” (JTACivSP — RT — 90/320).

Afasta-se, pois, o prequestionamento de matéria não discutida em Primeiro Grau de Jurisdição.

11. Diante do exposto, conhece-se do recurso para declarar, ex officio, a nulidade do processo em relação à ré Marlene Vieira de Souza, por ausência de citação e, ao mais, nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra e exarou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Francisco Hoepers.

Florianópolis, 27 de outubro de 1998.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Nilton Macedo Machado,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.001870-6, DE SÃO JOSÉ**

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Processo civil — Ação reivindicatória — Julgamento antecipado — Cerceamento de defesa inócurrenente.*

*Não há cerceamento de defesa quando não ficar evidenciada a necessidade de produção de prova em audiência, impondo-se, segundo os termos das peças postulacionais, o julgamento antecipado da lide.*

*Reivindicatória — Imóvel — Domínio comprovado — Posse injusta — Alegação de locação, em contrato com terceiro — Impossibilidade de oposição ao proprietário — Concessão da tutela antecipada — Reivindicatória procedente — Sentença confirmada.*

*A ação reivindicatória, pressupondo um proprietário não possuidor que age contra um possuidor não proprietário, reclama, para seu sucesso, o domínio do autor e a posse injusta do réu (art. 524, CC).*

*Não se confundem a posse injusta referida no artigo 524 do Código Civil, com a posse injusta do art. 489, do mesmo diploma legal. Aquela é qualquer posse que contrarie o domínio do autor, sendo desnecessário seja oriunda de violência, clandestinidade ou precariedade, bastando apenas que o possuidor não tenha o direito de possuir a coisa pois este somente advém do título de propriedade, não se o preenchendo com contrato de locação dúbio e firmado com terceira pessoa, despida de qualquer direito sobre o bem.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.001870-6, da comarca de São José (2ª Vara), em que são apelantes Marcelo de Castro Pereira e outro, sendo apelado Márcio Saturnino Kretzer:*

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

Custas na forma da lei.

Na comarca de São José, Márcio Saturnino Kretzer propôs ação reivindicatória c/c perdas e danos e pedido de tutela antecipada contra Marcelo de Castro Pereira e Adriana Pereira, alegando ter adquirido, em 10 de junho de 1997, por meio de financiamento com a Caixa Econômica Federal, o apartamento n. 103 do Ed. Residencial Dona Laura, no Bairro Campinas, município de São José,

que tinha como antigo proprietário o Sr. Euclere de Carvalho Gonzaga, o qual, em virtude da falta de pagamento das prestações, perdeu o imóvel em favor da credora hipotecária (Caixa Econômica Federal).

Justificou o pedido aduzindo que o antigo proprietário alojou os réus no imóvel, do qual se negaram a sair. Requereu, para tanto, a imissão na posse do imóvel e indenização por perdas e danos desde o dia da ilícita ocupação, além dos valores gastos com o intuito de reavê-lo e as despesas referentes a sua deterioração.

Deferido o pedido de tutela antecipada, o autor foi imitado na posse do imóvel.

Os réus agravaram da decisão e, contestando o feito, argüiram, em preliminar, o não cabimento da ação reivindicatória para resolver questões decorrentes de relação locatícia, eis que seriam locatários da Sra. Nilma

Heck (cessionária do imóvel conforme documento de fls. 56/60), consoante contrato de locação celebrado em 24 de junho de 1995; cabível seria a ação de despejo.

Em réplica, o autor afirmou que falta reconhecimento público aos documentos acostados pelos réus, sendo que o contrato de locação é documento falso, eis que nunca existiu a alegada relação locatícia; defendeu o cabimento da ação reivindicatória para reivindicar a posse do imóvel.

Sentenciando, o Dr. Juiz julgou procedente em parte o pedido do autor, ratificando a decisão antecipatória e condenando os réus ao pagamento de R\$ 20,00 (vinte reais) ao dia, no período compreendido entre 10 de junho e 8 de agosto de 1997, como indenização pelo uso indevido do imóvel, excluídos os valores referentes à luz e ao condomínio. Condenou os vencidos ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC.

Irresignados, apelaram os vencidos, arguindo, em preliminar, cerceamento de defesa, posto que com a concessão da tutela antecipada foi infringido o direito a sua ampla defesa; no mérito, reiteraram os mesmos argumentos, ou seja, que são possuidores do imóvel a justo título conforme contrato de locação firmado com a Sra. Nilma Heck, antiga proprietária deste.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância.

É o relatório.

1. Trata-se de ação reivindicatória em que o autor, munido do título que lhe garante propriedade, reivin-

dica a posse do imóvel descrito na inicial, do qual os réus recusavam-se a sair, e na contestação juntaram documentos buscando provar a alegada relação locatícia, fazendo apenas pedido genérico de produção de provas, através de “todos os meios de prova em direito admitidos, principalmente prova testemunhal”.

É sabido que não ocorre cerceamento da defesa quando, consoante a prudente discricção do Juiz, a matéria questionada, por dispensar a produção de outras provas em audiência, permite o julgamento antecipado da lide, como na hipótese, porquanto se locação houve, esta foi celebrada com terceiro não proprietário e não podia mesmo ser oposta ao titular do domínio.

Fixou o Superior Tribunal de Justiça:

“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. 21.2988—DF, rel. Min. Dias Trindade, DJU n. 117, de 22/6/92, pág. 9.759).

Ou ainda:

“Prova. Cerceamento de defesa.

“Sendo desnecessária a produção de prova em audiência, é permitido ao Juiz proferir o julgamento antecipado da lide.

“Recurso especial não conhecido” (REsp. n. 5.525—RS, Min. Barros Monteiro, DJU n. 119, de 24/6/91, pág. 8.642).

Neste Tribunal, deste relator:

"A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado" (STF) (JC 75/190)" (Ap. Cív. n. 97.000517-2, de Urussanga).

2. O autor adquiriu, em 10 de junho de 1997, com financiamento da Caixa Econômica Federal, o imóvel em questão e, pretendendo dele tomar posse imediatamente, já que estava morando de favor com seus pais, encontrou ocupado pelos réus; notificou-os extrajudicialmente (fls. 35) para que desocupassem o apartamento e, não obtendo êxito, propôs a ação reivindicatória, que é aquela prevista no art. 524 do Código Civil, que prevê: "a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua".

Nas palavras de J. M. Carvalho Santos:

"O direito de usar pressupõe a detenção. Não se concebe sem que a coisa esteja sob dominação direta da pessoa.

"(...)

"O direito de gozar, ou jus fructu dos romanos, é o direito de perceber todos os frutos ou qualquer utilidade da coisa (...).

"(...) Consiste o direito de dispor em fazer da coisa, que não mais se poderá reproduzir, ao menos para a mesma pessoa, a saber: transformá-la, consumi-la, destruí-la (...)" (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. VII).

E como garantia desses direitos, dá-se ao proprietário o poder de reaver, ou melhor, reivindicar a coisa de quem quer que a possua injustamente.

Paulo Tadeu Haendchen e Rê-mulo Letteriello entendem que, "sendo fundamento da ação o direito de propriedade que pressupõe o usar, gozar e dispor da coisa, é evidente que se o proprietário não está usando, gozando e dispondo, tem na ação reivindicatória o remédio para restabelecer o seu direito, tal qual deveria ser" (Ação Reivindicatória, 5ª ed., SP, Saraiva, 1997, pág. 19).

A ação reivindicatória é uma ação "por meio da qual o proprietário de uma coisa pede, contra o possuidor ou detentor da mesma, o reconhecimento de seu direito de propriedade e, como conseqüência, a restituição da própria coisa com suas acessões.

"A ação de reivindicação, na expressão de Wieland (...), 'é a ação dada ao proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário (...)' (Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. VII, pág. 281), ou, como sustentou Lafayete, é "ação proposta pelo proprietário que tem o domínio e não tem a posse, contra o não proprietário, que não tem o domínio, mas tem a posse" (Direito das Coisas, § 82).

Neste Tribunal:

"Ação reivindicatória — Posse dos réus subordinada à anterior proprietária do imóvel que, apesar de exercida de boa-fé, é injusta à luz do critério do art. 524 do Código Civil — (...).

"Em tema de reivindicatória, a injustiça da posse deve ser interpreta-

da não à luz do critério previsto no art. 489 do Código Civil, mas, sim, sob a ótica da repugnância ao direito. Assim, ainda que não seja violenta, clandestina ou precária, mas exercida de boa-fé, por tolerância ou sob subordinação à anterior proprietária do imóvel, há que ser considerada injusta a posse quando se colocar em antagonismo ou abrir luta com o domínio, ao qual deve ceder” (Ap. Cív. n. 36.590, de Ibirama, rel. Des. Gaspar Rubik).

Deste relator:

“A ação reivindicatória, pressupondo um proprietário não possuidor que age contra contra um possuidor não proprietário, reclama, para seu sucesso, o domínio do autor e a posse injusta do réu” (Ap. Cív. n. 41.962, de Criciúma).

3. Ao autor da reivindicatória cabe, pois, provar o seu domínio e que a coisa esteja injustamente em poder do réu. Injustamente, aqui, não quer significar a posse violenta, precária ou clandestina do art. 489 do Código Civil, mas aquela sem título de propriedade ou sem o caráter de posse direta adquirida por meio das vias adequadas.

Quanto ao domínio, este restou comprovado com a matrícula do imóvel juntada pelo autor às fls. 22; já no que se refere à posse, o autor afirmou que os réus estavam “alojados indevidamente” no imóvel, negando-se a desocupá-lo, tendo eles, como matéria de defesa, alegado a existência de relação locatícia, trazendo aos autos cópia de um suposto contrato de locação que teriam firmado com a Sra. Nilma Heck.

Ora, sabe-se que “a posse do réu deve ser injusta para ter sucesso a reivindicatória. Se a posse do réu é justa, como no caso de, embora não titular de domínio, ter o réu a posse em razão de contrato de locação, não pode a ação prosperar, devendo ser, já no saneador, decretada a carência da ação. A posse injusta do réu, além de ser requisito para o julgamento de procedência da ação, ainda o é para a própria admissibilidade da reivindicatória. É que a ação reivindicatória não se presta ao pedido de restituição de uma coisa, em virtude de direito pessoal, como nos casos de comodato, depósito e locação. Se o comodatário, depositário ou locatário possui a coisa em virtude de contrato, seja ele verbal ou escrito, não se pode falar em posse injusta, ainda que o contrato esteja vencido” (Paulo Tadeu Haendchen e Rêmulo Letteriello, Ação Reivindicatória, 5ª ed., SP, Saraiva, 1997, pág. 38).

Pontes de Miranda deixou escrito que para caracterizar a posse injusta não é necessário que ela seja oriunda de violência, clandestinidade ou precariedade, bastando, apenas, que o possuidor não tenha o direito de possuí-la e este direito advém do título de propriedade; logo, possuidor injusto é todo aquele que possui sem título, ou seja, sem direito de possuir, sem jus possidendi.

A respeito da posse injusta:

“Para os efeitos da reivindicatória, doutrina Sá Pereira, o conceito de posse injusta não se decalca, exatamente, no art. 489 do Código Civil, isto é, não se infere apenas da violência, precariedade ou clandestinidade (Manual do Código Civil, vol. 8, pág.

25). O sentido da posse injusta se torna aqui mais amplo, o que é facilmente perceptível considerando-se que se a posse de boa-fé pudesse excluir a reivindicatória, o domínio estaria praticamente extinto diante do fato da posse. Mesmo de boa-fé a posse cede ao domínio nessa ação específica de defesa dele. A detenção injusta se há de entender, então, como detenção sem título de propriedade, ou sem o caráter de posse direta através das vias adequadas' (Seabra Fagundes)" (Ap. Cív. n. 51.650, de São Carlos, rel. Des. Newton Trisotto).

Assim, mesmo que se considerasse o contrato de locação juntado pelos réus como válido (é fotocópia não autenticada e celebrado com terceira pessoa que não possuía direito para assim fazê-lo), ainda assim ele não seria óbice ao pedido reivindicatório do autor, eis que não respeita as condições necessárias.

É que a Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91), no seu art. 8º, garante ao locatário o direito de permanecer no imóvel, mesmo em havendo alienação, quando o contrato de locação for por tempo determinado, tiver cláusula de vigência para o caso de alienação e estiver averbado na matrícula do imóvel.

Maria Helena Diniz, comentando a Lei do Inquilinato, ensina:

"O dispositivo sub examine refere-se à hipótese de transferência da posição jurídica do titular do domínio relativamente ao prédio locado, mediante alienação (...) E o novo adquirente do imóvel locado será aquele que vier a substituir ao locador, por ato inter vivos, no seu direito de propriedade, constituindo-se, portanto, em ter-

ceiro, alheio à relação jurídica ex locato (...), nada tendo que ver com o inquilino; (...)

"(...)

"Assim, se durante a locação for alienado o imóvel, o adquirente não ficará obrigado a respeitar o contrato, se nele não for consignada a cláusula de vigência em caso de alienação, se não houver sua averbação e se a locação for por tempo indeterminado" (Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada, SP, Saraiva, 1992).

Os papeluchos exibidos pelos apelantes não preenchem qualquer destas condições, tendo o eminente Des. Eder Graf escrito, no acórdão lavrado no Agravo de Instrumento (AI n. 97.008998-8), que confirmou a antecipação da tutela:

"Quanto aos contratos de locação de fls. 40, 41 e 42, nem parece que foram celebrados com diferença de dois anos, pelo seu aspecto recente, mesma caneta esferográfica, mesma testemunha e igual vestígio de esparramamento da tinta no verso.

"Tudo conduz à idéia de simulação.

"Todavia, se inexistisse esse vício, ainda assim restaria a inocuidade para fins de obstar a antecipação de tutela em favor do adquirente legitimado pela matrícula imobiliária" (fls. 145, 146).

Diante do exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 22 de setembro de 1998.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Nilton Macedo Machado,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.001890-0, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Alimentos — Exoneração — Mudança de fortuna da credora e concubinato, embora sem coabitação — Prova — Pedido procedente.*

*Os alimentos devidos ao ex-cônjuge, por força da obrigação de mútua assistência, não se confundindo com indenização, servem para prover a subsistência de quem não pode fazê-lo sozinho; para isto, na lição de Clóvis, foi criado o instituto e não com a finalidade de “fomentar a ociosidade ou estimular o parasitismo”.*

*Comprovado que a ex-cônjuge, possuindo microempresa com quatro empregados, está em condições de prover a própria subsistência por seu trabalho, não há por que deixá-la percebendo verba alimentar do outro.*

*Na concepção atual, o concubinato caracteriza-se como uma convivência sexual duradoura e notória entre um homem e uma mulher, mantida certa fidelidade recíproca, onde a comunidade de residência (dispensa-se a vida em comum sob o mesmo teto) e a possibilidade de casamento não são essenciais.*

*O estabelecimento de relação concubinária da mulher com outro homem faz cessar o dever alimentar carreado ao ex-marido.*  
 dos recursos, dar provimento ao agravo retido e negar provimento à apelação.

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.001890-0, da comarca da Capital (2ª Vara da Família), em que é apelante M. V. B., sendo apelado H. I. V.:*

Custas na forma da lei.

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer

Na comarca da Capital, H. I. V. ajuizou ação cautelar inominada para suspender pagamento de pensão alimentícia contra M. V. B., de quem se encontra separado judicialmente desde 31/8/94, quando passou a lhe pa-



gar pensão alimentícia referente a 10% (dez por cento) de sua renda bruta. Alegou que a requerida já possui condições de prover seu próprio sustento, visto que é proprietária de bem-sucedido estabelecimento comercial relacionado à fabricação e venda de chocolates, além de viver em concubinato, mas em casas separadas, desde o final de 1995, com L. S.

Realizou-se audiência de justificação prévia, com a ouvida de duas testemunhas.

Indeferido o pedido liminar, o requerente ingressou com a ação principal, de exoneração de pensão alimentícia, sob os mesmos fundamentos da cautelar (mudança de fortuna da credora — instalação de confeitaria classe A — e concubinato com outro homem, mesmo sem coabitação).

A requerida apresentou contestação, argumentando que já era microempresária do ramo de fabricação de chocolates artesanais à época da separação judicial e que para se instalar no novo endereço comercial (já que antes praticava suas atividades na própria residência) contou com auxílio efetivo de seus pais. Afirmou, ainda, que “é obrigada a trabalhar, porque a minguada pensão que ela recebe do ex-marido não é suficiente para continuar dando o mesmo padrão às filhas” (fls. 49) e que sua relação com L. S. não caracteriza concubinato.

Em separado, apresentou impugnação ao valor da causa, que obteve concordância do impugnado, mas não foi acolhida pelo Dr. Juiz de Direito.

O requerente manifestou-se, reiterando as alegações da exordial.

Efetuada a audiência de conciliação, esta restou inexitosa, pelo que se prosseguiu com a instrução, por meio da inquirição das testemunhas das partes e do depoimento de uma das filhas.

As partes apresentaram alegações finais em forma de memorial, seguindo-se parecer ministerial no sentido de se oportunizar à requerida manifestar-se sobre fatos novos aduzidos pelo requerente.

Após a intimação da requerida, houve novo parecer, em que se opinou pela procedência do pedido.

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito julgou procedente o pedido principal para exonerar o requerente do pagamento de pensão alimentícia à requerida e julgou extinta a ação cautelar de suspensão de alimentos.

Inconformada, apelou a vencedora, requerendo, preliminarmente, seja conhecido e provido o agravo retido interposto nos autos de impugnação ao valor da causa; no mérito, sustentou não constituírem motivos para a exoneração do pagamento da pensão os fatos alegados na sentença recorrida, como a idade da apelante (37 anos, mantidos sem problemas de saúde), a transferência do seu ponto comercial e o aumento do número de empregados em seu estabelecimento, que, segundo afirma, seriam os mesmos que já possuía antes da separação. Aduziu, ainda, ser inverídica a asseveração de que vive em concubinato, porquanto mantém simples namoro com L. S., não podendo ser considerados como documentos e provas de “longo deleite no exterior” os pape-

lotes juntados pelo apelado, visto que sem assinatura e sem menção à sua origem.

O apelado ofereceu contra-rações e manifestou-se no sentido de modificar-se o valor da causa para R\$ 6.000,00.

Com a manifestação do representante do Ministério Público de Primeiro Grau, que opinou pelo provimento do agravo retido e não provimento da apelação, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça corroborou o parecer exarado pela Promotória.

É o relatório.

1. Por meio do agravo retido interposto nos autos de impugnação ao valor da causa, concernente à cautelar inominada proposta pelo apelado, busca a apelante a reforma da decisão que concluiu por manter o valor de R\$100,00 (cem reais) atribuído na inicial, não obstante tenha sido o valor da ação principal corrigido para R\$7.080,00 (sete mil e oitenta reais), com a aquiescência do apelado.

Sabe-se que o valor atribuído à causa de exoneração de pensão alimentícia, por derivar de ação de alimentos, deve ser aquele correspondente a doze vezes o valor da pensão vigente que se pretende extinguir.

O valor da ação cautelar, por sua vez, deve aproximar-se o máximo possível do valor daquela que se procura assegurar. A cautelar ajuizada buscava a suspensão da pensão alimentícia até o julgamento da ação principal, sendo perfeitamente possível, portanto, que possua o valor correspondente ao da ação exoneratória,

ainda mais quando aceito pela parte contrária.

No caso em tela, o requerido, ora apelado, concordou com a alteração do valor da causa para R\$ 6.000,00 (seis mil reais), correspondente a doze prestações da pensão que a apelante recebia à época.

Assim, não há motivo para que seja indeferido o requerimento de modificação do valor inicialmente dado à causa, razão pela qual é provido o agravo retido.

2. O autor, para exonerar-se de pagar alimentos à apelante, fundou-se em dois motivos: mudança da fortuna da credora (instalação de confeitaria classe A) e concubinato com outro homem, mesmo sem coabitação.

O ajuste referente aos alimentos, que foi homologado na separação consensual, está expresso: “o cônjuge feminino, microempresária, por não ter meios próprios para manter sua subsistência, perceberá mensalmente pensão alimentícia, que será devida pelo cônjuge masculino...”, pois desde aquela época a microempresa já existia e estava estabelecida na casa do casal; com a separação, venderam o imóvel, partilhando o produto, surgindo a necessidade da instalação em outro local. Daí o novo endereço, só que agora incrementado, com quatro empregados (a apelante, na apelação, trouxe documento que já possuía — e por isto agora não mais podia juntá-los — noticiando que anteriormente tinha três empregados), de boa aparência, higiene e asseio, prestando diversos serviços.

A apelante não aceita a exoneração da pensão alimentícia, alegan-

do não possuir condições financeiras de sustentar a si e às filhas, sendo indispensável a pensão prestada por seu ex-marido, ainda que modesta.

A obrigação de prestar alimentos entre ex-cônjuges decorre do dever de mútua assistência, previsto no art. 231, III, do CC, que não se extingue com a dissolução do casamento. No entanto, tal obrigação cessa com o advento de fatos novos que venham a modificar a situação do cônjuge alimentado.

Verifica-se, do conjunto das alegações e provas trazidas aos autos, que a apelante possui meios próprios de subsistência, já que, tendo condições de conservar um estabelecimento comercial com quatro empregados, o mínimo que tal estabelecimento deve render servirá ao menos ao necessário para o seu sustento (e as partes não se preocuparam em demonstrar, contabilmente, qual o real faturamento da microempresa).

Com efeito, determina o art. 401 do CC:

“Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução, ou agravação do encargo”.

É nesse sentido a lição de Basílio de Oliveira:

“Acerca do direito alimentar da mulher devido pelo marido, os nossos tribunais têm deliberado, in concreto, ser justa a exoneração pelo marido se a ex-esposa passou a exercer atividade laborativa remunerada e que aumentou seu patrimônio” (Alimentos:

Revisão e Exoneração, 3ª ed., Rio de Janeiro, Aide, 1994, págs. 221/222).

Sendo assim, possuindo a apelante condições de manter-se por seus próprios meios, não há razões para que subsista ao seu ex-marido a obrigação de pagar-lhe pensão alimentícia, transcrevendo-se, neste particular, o seguinte tópico da sentença lavrada pelo Dr. Henry Goy Petry Júnior:

“A acionada tem hoje somente 37 anos de idade (fls. 20). Noutras palavras, vive momento de vigor físico e, normalmente, de plena aptidão ao desenvolvimento de quaisquer atividades, inclusive culturais.

“Ao que se colhe dos autos, não tem ela problema de saúde ou de cultura que a torne incapaz de ou dificulte o exercício de atividade laboral. Pelo contrário, o processado permite concluir que não só pode trabalhar, como autônoma, como permite avançar nesta atividade. Sim, vê-se que a demandada, à época da separação, logrou alimentos porque, como microempresária, não percebia o suficiente para ‘a sua subsistência’ (fls. 14). Vale dizer, não tinha o essencial para prover seu auto-sustento.

“Agora, passados mais de três anos, a situação se alterou, para melhor, e significativamente. Não há, vênia, como negar esta ascensão. Destaque-se que a acionada conseguiu, após a separação, estabelecer-se em rua central (Felipe Schmidt) e montar aprazível (fls. 100) ambiente. Não é só. O lugar é ‘muito bonito’ (fls. 78) e também é ‘bem freqüentado’ (fls. 81), afirmação esta oriunda de testemunha arrolada por ela. Para quem efetuava suas vendas na própria residência, e

de forma artesanal (fls. 78), é inegável reconhecer o progresso.

“Não é só. A filha dos litigantes destacou que ‘A demandada tem quatro empregados no empreendimento...’ (fls. 82). Ora, ou a contestante é daquelas almas caridosas que hoje não existem mais ou incrementou sua renda e, por isso, necessitou de empregados. Os autos mostram a ocorrência da segunda hipótese.

“E não se argumente que a transferência para aquele local ocorreu em face da venda do patrimônio comum e, ainda, que lá os encargos são maiores. É que não houve prova de nenhuma das afirmações, e a referente ao aluguel era de fácil produção. Mais. Inarredável concluir que o atual ambiente, notadamente pelo local, atinge um espectro muito maior de clientes, e daí a necessidade de quatro empregados. Aliás, em sua residência, ao que se sabe, a ré não servia chá (fls. 77). Logo, maior a rentabilidade atual, ensejando o reconhecimento de situação a permitir a exoneração perseguida, até porque ninguém aumenta seu contingente de empregados face a escassez da freguesia.

“Ademais, as alegações que suscita, segundo as quais as necessidades das filhas hoje são maiores, não servem para o fim que pretende. Os alimentos dos quais o autor pretende se exonerar são destinados à acionada, sua ex-esposa, e servem para a manutenção desta; logo, não podem se prestar a outra finalidade. Ademais, se verdadeira a colocação, é reconhecimento expresso de que não necessita da verba para manter-se.

“Diante de tal contexto, tenho que o acolhimento é imperioso. Afinal, alimentos servem para prover a subsistência de quem não pode fazê-lo sozinho. Do contrário, data maxima venia, estar-se-ia privilegiando e incentivando o ócio, atribuindo caráter comercial ao casamento, apequenando a alimentária, tornando-a eternamente dependente do alimentante etc., etc., etc. Casamento não é negócio e pensão alimentícia não é indenização, aqui, ou seguro!

“Arnaldo Rizzardo in Direito de Família, vol. II, Aide, 1994, pág. 765, explica: ‘De idêntico modo, dá-se a exoneração sempre que o alimentando, com seus ganhos, torna-se capaz apenas para o sustento próprio. De outro lado, não há que se pensar, relativamente aos ex-cônjuges, que a prestação alimentícia tem um fundo, senão uma natureza, de indenização. Por mais ampla que se conceba a indenização, não é justificável no casamento. Seria tratar a relação conjugal como simples contrato, indiferente aos valores e elementos que a tornam um instituto, que nasce primeiramente da própria natureza, e que apenas secundariamente atinge a esfera jurídica’.

“Como já mencionado, a reconhecida igualdade, cânone constitucional, efetiva inclusive nos encargos (Ap. Cível n. 44.908, de Lages, rel. Des. Francisco Oliveira Filho), não permite a manutenção de situações incompatíveis com este status. A evolução social, a atual condição da mulher, estão a exigir nova postura judicial. E isto, de certa forma, já ocorre.

“Veja-se, *mutatis mutandis*:

‘Direito de família. Civil. Alimentos. Ex-cônjuge. Exoneração. Filho...(omissis).

‘Inaplicável à espécie, porque não se trata no caso de fixação de pensão alimentícia, o entendimento que se vem firmando no sentido de que, hodiernamente, dada a equiparação profissional entre mulheres e homens, ambos disputando em condições de igualdade o mercado de trabalho, não se mostram devidos, nas separações sem culpa, alimentos aos ex-cônjuges, salvo se comprovada a incapacidade laborativa de um deles’ (STJ, Recurso Especial n. 21.697-0—SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

‘Não destoa o Eg. Tribunal de Justiça:

‘Como bem acentua Yussef Said Cahali (op. cit., pág. 548), citando Clóvis, ‘aquele que possui bens ou está em condições de prover à sua subsistência por seu trabalho, não tem direito de viver às custas dos outros. O instituto dos alimentos foi criado para socorrer os necessitados, e não para fomentar a ociosidade ou estimular o parasitismo. Eles se dão, pietatis causa, ad necessitatem, e não ad utilitatem e, muito menos, ad voluptatem’. E completa, mais adiante, mencionando Lourenço Prunes, que ‘o indivíduo válido, com capacidade, pleiteará alimentos simplesmente porque está desempregado; precisará prova que não consegue ocupação, ou que tem dificuldades de consegui-la, sejam por suas condições personalíssimas, seja por fatores ligados ao mercado de trabalho’ (pág. 551) concluindo que, ‘assim, se a lei impõe ao mesmo tempo o dever que tem o indivíduo de produzir

ou tentar produzir para viver, antes de invocar o auxílio de outrem, exercitando desse modo o senso de responsabilidade de todo homem, compelindo-o a trabalhar para utilidade própria e de seus familiares, como sobretudo para o bem geral, não se pode negar a esse preceito universal a ressalva de impossibilidade, pois ad impossibilia nemo tenetur’ (pág. 552) (Agravo de Instrumento n. 96.006760-4, de Pomerode, rel. Des. Pedro Manoel Abreu) (grifei).

‘E mais adiante acrescenta o ilustre Magistrado:

‘...embora se tenha de reconhecer que, na atualidade, em razão da separação do casal, a mulher terá de entender que deve se adaptar a uma nova realidade, não podendo exigir permanência do status quo ante, com o mesmo padrão de vida que suportaria se separada não fosse do cônjuge, pois isto é fruto da própria contingência’ (mesma obra, pág. 557 — sem grifo no original).

‘É do mesmo egrégio Tribunal:

‘Alimentos. Ausência de prova da necessidade. Direito que se funda no binômio necessidade/possibilidade. Recurso provido.

‘O instituto dos alimentos foi criado para socorrer os necessitados e não para fomentar a ociosidade ou estimular o parasitismo (Beviláqua, Clóvis, Comentários ao Código Civil, 7ª ed., vol. 2, pág. 390, apud Santos, Gizelda Maria Scalon Seixas, União Estável e Alimentos, 1996, Editora de Direito Ltda., São Paulo, pág. 97).

‘Sem a prova da necessidade — elemento que compõe o binômio necessidade/possibilidade, no qual se funda o direito de postulá-los — não

há ensejo à sua concessão' (Apelação Cível n. 96.001211-0, da comarca da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino)" (fls. 118/121).

3. De outro lado, afigura-se também como motivo para a exoneração o concubinato atualmente vivido pela apelante, que restou caracterizado por meio das provas trazidas aos autos.

Nas palavras de Arnaldo Wald:

"(...) Atualmente os autores costumam definir o concubinato como uma convivência sexual duradoura e notória entre um homem e uma mulher, que mantêm uma certa fidelidade recíproca.

"(...) Entende-se, hoje, que a comunidade de residência e a possibilidade de se casarem os concubinados não são elementos essenciais, embora sejam dados subsidiários que comprovam a vida em comum. Admite-se a prova do concubinato quando há convivência sexual notória e prolongada com a aparência de fidelidade da mulher ao homem.

"Neste sentido, a Súmula 382 dispensa a vida em comum sob o mesmo teto para caracterizar o concubinato" (Direito de Família, São Paulo, RT, 1998, págs. 163/164).

A apelante mantém sério relacionamento com L. S. há aproximadamente três anos, constantemente aparecendo em sua companhia em eventos e colunas sociais e tendo, inclusive, viajado aos EEUU para encontrá-lo, lá permanecendo por quinze dias.

De acordo com as provas testemunhais colhidas, é público e notório seu envolvimento, sendo possível de-

preender que ambos não coabitam por conveniências pessoais, conforme a própria filha da apelante afirmou em seu depoimento às fls. 77: "...Calcula que os dois não morem juntos pelo estágio da vida de cada um, e no que diz com a demandada também em função das filhas".

Washington de Barros Monteiro ensinou:

"O conceito generalizado do concubinato, também chamado união livre, tem sido invariavelmente o de vida prolongada em comum, sob o mesmo teto, com aparência de casamento. Simples relações sexuais, ainda que repetidas por largo espaço de tempo, não constituem concubinato, que é manifestação aparente de casamento, vivendo os dois entes sob o mesmo teto, como se fossem casados.

"Não se pense, todavia, que a coabitação se torne necessária para caracterizar o concubinato, pois pode este existir sem que convivam os concubinos na mesma casa. Normalmente, é certo, apresentam-se estes more uxorio, aparecendo em público como regularmente consorciados. Pode acontecer, entretanto, que não convivam sob o mesmo teto, sendo notório, porém, que a sua vida se equipara à de pessoas casadas" (Curso de Direito Civil, 32ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, vol. 2, pág. 18).

Tal característica encontra-se presente na relação vivida pela apelante que, ao contrário do que afirma, não apresenta contornos de simples namoro, mas de um relacionamento sério que pode, indubitavelmente, ser considerado concubinato, até mesmo

em virtude da respeitabilidade e honrabilidade das pessoas envolvidas.

Caracterizada a relação concubinária da credora de alimentos, justa a exoneração do encargo.

Dos ensinamentos de Yussef Said Cahali:

"(...) em resumo, a mulher desquitada perde o direito a alimentos por parte do ex-cônjuge quando, após a dissolução da sociedade, pratica atos que, se ainda vigente a sociedade conjugal, autorizariam o marido a propositura de ação de separação litigiosa.

"E assim deve sê-lo, pois 'a cláusula de prestar alimentos, quando decorram estes de separação ou divórcio sem litígio, ou a condenação em alimentos a cônjuge, pressupõe que este não exercite a liberdade de entregar-se a outros relacionamentos amorosos, porque fere o bom senso, de quem recebia alimentos por ter sido casada com o alimentante, ao ver-se liberta dos liames do casamento, queira, ainda assim, manter o ex-marido servo da obrigação alimentar, depois de exercitar sua própria liberdade, no campo onde mais profundamente residia o vínculo do matrimônio — a entrega mútua dos cônjuges um ao outro'" (Dos Alimentos, 2ª ed., São Paulo, RT, 1993, pág. 385).

Nesse sentido:

"Ação de exoneração de pensão alimentícia. Encargo fixado em acordo judicial quando da decretação de divórcio. Relação concubinária comprovada. Cessaçãõ do dever carreado ao ex-marido. Recurso desprovido.

"A pensão alimentícia fixada à mulher quando da decretação do divórcio pode cessar quando esta mantém relacionamento concubinário com outro homem e não haja qualquer empecilho a que exerça atividade laboral" (Ap. Cív. n. 48.862, de São José, rel. Des. Paulo Gallotti, in DJ n. 9.299, de 16/8/95, pág. 5).

4. Ressalte-se que não se pode alegar como motivo para o indeferimento do pedido de exoneração as conseqüências que uma decisão favorável acarretaria à qualidade de vida das filhas, uma vez que o pedido aqui discutido refere-se à verba destinada à manutença da apelante e não das filhas do casal. Estas recebem pensão própria, de maneira que, se evidenciado o aumento de gastos e a necessidade da majoração do valor prestado, é cabível a propositura de ação revisional, distinta e independente desta que ora se examina.

5. Ante o exposto, conhece-se de ambos os recursos, dá-se provimento ao agravo retido e nega-se provimento à apelação.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra e exarou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 3 de novembro de 1998.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Nilton Macedo Machado,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 47.470 (88.078349-3), DE ITAJAÍ****Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Quádrupla colisão de caminhões. Presunção juris tantum do boletim de ocorrência elaborado pelos policiais rodoviários. Testemunho destes, no curso da lide, em consonância com laudo ofertado. Ausência de provas em sentido contrário. Culpa do V3 que, ao bater na traseira do V2, projetou-o em direção ao V4, causando, com este, violenta colisão. Denúnciação à lide da seguradora da ré (V3) procedente. Conexão com ação de reparação de dano detonada por V4 contra V2, em Itajaí (88.0783493). Julgamento simultâneo dos recursos, pela conexão. Provimento de um dos apelos e desprovimento de outro.*

*1. O fim primordial das normas procedimentais inseridas nos artigos 103 e 106 do CPC é evitar decisórios conflitantes, os quais, quando ocorrentes, causam inegável perplexão entre os litigantes e indesejável desprestígio do Poder Judiciário.*

*2. Sendo assim, tramitando no Tribunal, com relatores diferentes, duas apelações tratando de reparações civis decorrentes de quádrupla colisão entre veículos cargueiros, irrecusável a conexão entre elas, exigindo, em decorrência, o julgamento simultâneo dos procedimentos recursais, revelando-se competente o relator para quem a distribuição ocorreu em primeiro lugar.*

**Relatório**

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 47.470 (88.078349-3), da comarca de Itajaí, em que é apelante Agroeliane S/A — Indústria de Alimentos, sucedida por Ceval Alimentos S/A, sendo apelado Adolir Chini:*

ACORDAM, em sessão da Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, prover o apelo.

Custas de lei.

No Juízo de Direito da comarca de Itajaí (2ª Vara), Adolir Chini aforou ação de indenização por danos causados em acidente de trânsito contra Agroeliane S/A — Indústria de Alimentos, colimando, em suma, obter ressarcimento pelos danos emergentes e lucros cessantes que sofreu, em face do abaloamento de seu veículo pelo da ré.

Em tempestiva resposta, a ré denunciou à lide a Seguradora Cia. União de Seguros Gerais, com quem mantinha contrato de seguro, e de-



nunciou também, por entender culpados pelo acidente ocorrido, Evaldo José Nunes, Antonio Zonta e Mário Nicolau (motorista e proprietários, respectivamente, do veículo 3, segundo boletim de ocorrência).

Os denunciados Evaldo José Nunes, Antonio Zonta e Mário Nicolau denunciaram à lide Sul América Bandeirantes Seguros S/A e, após instruído o feito, sobreveio a prestação jurisdicional monocrática, a qual julgou procedente o pedido em relação à ré Agroeliane S/A — Indústria de Alimentos e à denunciada Companhia União de Seguros Gerais, até o limite do seguro contratado, e julgou improcedente o pedido em relação aos denunciados Evaldo José Nunes, Antonio Zonta, Mário Nicolau e Sul América Bandeirantes Seguros S/A, sujeitando a ré ao pagamento das custas processuais e de estipêndio advocatício.

Irresignada com o teor do decisorio adverso, a tempo e modo apela a vencida Agroeliane S/A — Indústria de Alimentos, sob o argumento de que a prova dos autos lhe fora favorável, principalmente o boletim de ocorrência, restando caracterizada a culpa do veículo 3, o qual era dirigido pelo denunciado Evaldo José Nunes, inclusive juntando sentença oriunda da comarca de Criciúma, movida pela apelante contra os denunciados Evaldo José Nunes, Antonio Zonta e Mário Nicolau, cujo pedido indenizatório foi julgado procedente.

O apelado, em resposta, limita-se a aplaudir a sentença, pleiteando, em suma, a sua manutenção.

O preparo ocorreu regularmente.

Os autos subiram a esta Casa, tendo a apelante informado que foi incorporada pela empresa Ceval Alimentos S/A, sendo esta, portanto, sua sucessora, requerendo a respectiva alteração cadastral.

Requeri ao eminente Desembargador Anselmo Cerello, relator da Apelação Cível n. 96.006685-3, que esta me fosse enviada para julgamento simultâneo, em face da conexão das ações, consoante dispõem os artigos 105 e 106 do Código de Processo Civil, no que fui atendido.

É o sucinto relatório.

## II — Voto

Ressalte-se, inicialmente, estar julgando simultaneamente a Apelação Cível n. 96.006685-3, de Criciúma, em consonância com os artigos 105 e 106 do Código de Processo Civil.

Examino, doravante, a matéria atinente ao recurso propriamente dito.

O acidente, ocorrido por volta das 6 horas da manhã do dia 11/9/90, no km 119 da BR 101, próximo à entrada da BR 470, no município de Itajaí, envolveu 4 (quatro) caminhões, cujos proprietários e condutores a seguir descrevo, conforme boletim de ocorrência em anexo, a fim de viabilizar uma melhor compreensão acerca do tema a deslindar.

São eles:

V1: Tiago Dalago (proprietário) e Bento Jorge Dalago (condutor);

V2: Agroeliane S/A — Indústria de Alimentos (proprietária) e José Arns (condutor);

V3: Antonio Zonta e Mário Nicolau (proprietários) e Evaldo José Nunes (condutor); e

V4: Adolir Chini (proprietário e condutor).

É incontroverso que os cargueiros V1, V2 e V3 trafegavam no mesmo sentido de circulação, ou seja, Florianópolis—Joinville, enquanto que o V4 trafegava em sentido contrário. É incontroverso, por igual, que o caminhão da apelada (V2) foi abalroado pela traseira por V3 (apelante) e que V2, ao ser lançado para a pista contrária, acabou por colidir frontalmente com V4.

O núcleo do litígio consiste, fundamentalmente, pois, na pesquisa e verificação da culpa, a fim de se estabelecer a conseqüente responsabilização civil em face das duas demandas, objeto, como acima mencionei, dos recursos interpostos em face das sentenças que exibem conteúdos decisórios divergentes.

Assim é que a tese sustentada pela apelante reside na imputação da culpa do acidente ao V3, isto é, um terceiro protagonista que, segundo a recorrente, por estar trafegando com velocidade inadequada, acabou por colidir pela retaguarda do V2 que parara pouco tempo antes em face do problema havido com o V1, lançando-o, na seqüência, à pista contrária e levando-a ao abalroamento frontal com o V4.

E foi isso que realmente sucedeu com o V3, cujo motorista, desatento e em velocidade inadequada, não conseguindo freá-lo exitosamente, terminou por abalroar V2 pela retaguarda, impulsionando-o, repita-se, para fora da pista e em direção ao V4,

que vinha em sentido contrário e trafegando de modo normal.

A sentença hostilizada acolheu, na hipótese, a tese do apelado, imputando a culpa do evento danoso ao condutor do V2, ou seja, da apelante, entendendo diversamente, como visto, o decisório proferido na ação julgada em Criciúma, objeto do apelo mencionado no pórdico deste voto.

Analisando, cotejadamente, as provas produzidas em ambos os feitos, tenho que a sentença hostilizada nestes autos deve ser reformada, dado que a culpa pelo acidente é seguramente do motorista do V3, ou seja, o cargueiro Mercedes-Benz placa DL-0777.

Ora, os litisdenunciados Evaldo, Antonio e Mário não produziram, em ambos os feitos, qualquer prova que afastasse de si a culpa pela ocorrência danosa aqui estudada. Pelo contrário, o depoimento da testemunha Antonio de Almeida (fls. 117), que pouco antes do sinistro fora ultrapassado pelo V3, coonestava a versão do boletim de ocorrência, ou seja, a de que o acidente sucedeu por culpa da irregular condução deste cargueiro.

De ressaltar, por oportuno, que o boletim de ocorrência goza de presunção juris tantum, somente deixando de servir de esteio para a formação do convencimento do juiz se existente prova robusta e segura em contrário, o que, evidentemente, não ocorreu na hipótese focalizada.

Nesse sentido são, a respeito, os precedentes desta Corte:

“Homicídios culposos — Acidente de trânsito — Colisão de veículos — Imprudência e imperícia — Culpa exclusiva caracterizada — Prova

— Boletim de ocorrência — Condenação mantida.

“O boletim de ocorrência expedido pela autoridade de trânsito goza de presunção juris tantum de veracidade, ainda mais quando corroborado por prova testemunhal, que só cede mediante irrefutável e melhor prova em contrário” (Apelação Criminal n. 96.001531-0, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Ou, ainda:

“— Acidente de veículos. Ação de indenização.

“— Presunção juris tantum do boletim de acidente inabalada, se a ré não produz prova que o infirme” (Apelação Cível n. 49.600, de Joinville, rel. Des. João José Schaefer).

Pesam, ainda, a favor da apelante, além da versão dos fatos trazida pelo refalado boletim de ocorrência da PRF (fls. 9), os testemunhos dos policiais rodoviários que atenderam a ocorrência, os quais, coerentes e sintonizados entre si, confirmam este entendimento.

De efeito, o depoimento do policial Flávio Cândido da Silva, em Juízo, é esclarecedor para o deslinde da questão, ao asseverar “que o acidente ocorreu de manhã entre as 6 e 7 horas onde um caminhão Chevrolet que vinha transportando em sua carroceria um trator teve um problema em seu capô que levantou automaticamente obstruindo a visão do motorista; que mencionado veículo Chevrolet repentinamente parou sobre a pista de rolamento; que no momento era sobre uma ponte localizada no município de Itajaí onde não havia acostamento; atrás deste mencionado caminhão vinha um outro veículo identificado co-

mo um Ford Cargo identificado por uma carroceria térmica que conseguiu ficar parado atrás do Chevrolet; tudo isto sobre a pista de rolamento já que os fatos aconteceram sobre uma ponte onde não havia acostamento; atrás do Ford Cargo vinha um outro veículo marca Mercedes-Benz cuja placa não mais lembra o declarante, mas tem certeza que era do município de Canelinha tendo a inicial da placa DL, chocou-se na traseira do veículo Ford projetando sobre o Chevrolet” (fls. 138).

E, continuando, o mesmo policial afirma que “pela experiência que tem pode afirmar que o acidente ocorreu por culpa do veículo Mercedes-Benz, placa da cidade de Canelinha, que naquela oportunidade transportava tijolos, porque faltou-lhe atenção e não mantinha a distância necessária do Ford Cargo” (fls. 139).

Esta versão é também confirmada pelo depoimento do outro policial rodoviário, Celso Hoffmann (fls. 139), mas, por amor à brevidade, faço apenas remissão, neste voto, ao seu conteúdo.

É bem verdade que a manobra do V1 — que sequer foi chamado à responsabilidade em ambas as demandas — em parar por sobre uma ponte não era a mais recomendada naquele momento, sobretudo em razão do grande movimento de automotores naquela região. Nada obstante isso, a verdade é que, por ser-lhe necessário parar, essa circunstância não representou, por si só, um perigo ainda maior do que representaria naquelas condições da estrada, posto que ao V2 foi possível estancar a marcha a tempo de suceder um acidente.

O terceiro veículo da fila, V3, entretantes, não conseguiu parar, colidindo na traseira do V2 e projetando-o em direção ao V4, dando, assim, por exclusiva culpa sua, causa ao evento danoso de tão largas proporções materiais ora examinado.

Destarte, a denúncia à lide dos proprietários e motorista do V3, Antonio Zonta, Mário Nicolau e Evaldo José Nunes, respectivamente, há que ser também julgada procedente, como fez a sentença objurgada no tocante às outras demandas, para que, em conseqüência, a Sul América Bandeirantes S/A satisfaça, até o limite do seguro contratado (fls. 102), o valor que estes terão de indenizar o apelado.

Devem os litisdenunciados Antonio, Mário e Evaldo satisfazer o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios cabíveis aos patronos da apelante e do apelado, no

percentual de 15% sobre o valor atribuído à causa (Súmula 14 do STJ), mantidos, no mais, os parâmetros da sentença.

Voto, pois, nestes termos, pelo provimento do recurso.

É como voto.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, proveu o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 14 de outubro de 1998.

*Solon d'Eça Neves,*  
*Presidente com voto;*  
*Eládio Torret Rocha,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 45.508 (88.072458-1), DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**

**Relator: Des. Nelson Schaefer Martins**

*Ação de nunciação de obra nova intentada por herdeiros condôminos. Nulidade da citação incorrente. Meeira não figurante no pólo ativo. Irrelevância. Legitimidade dos autores. Prédios limítrofes. Edifício. Invasão parcial do terreno pelo vizinho. Localização da linha divisória. Perícia. Pedido de embargo da obra conjugado com pretensão a seu desfazimento e a indenização. Construção em fase de acabamento. Impossibilidade de alteração da situação de fato. Perdas e danos. Quantum debeatur. Recurso desprovido.*

*A falta de citação da esposa do réu é suprida pelo seu comparecimento espontâneo concretizado na outorga de poderes ao patrono em procuração conjunta com seu marido.*

*Mesmo que a viúva do antigo proprietário do imóvel não integre a lide como litisconsorte ativa, os outros herdeiros não perdem a condição de parte legítima, por se tratarem de condôminos, nos termos dos arts. 488 e 634 do Código Civil.*

*A ação nunciatória comporta discussão acerca da exata localização da linha divisória entre imóveis. A simples alegação pelo nunciado de dúvida ou incerteza quanto aos limites não é suficiente para elidir a demanda. Se a prova permitir, o juiz deve resolver a pendência.*

*Definidos os limites e caracterizada a construção parcialmente em terreno alheio, tem-se como cabível o manejo da ação de nunciação de obra nova para impedir que o vizinho prejudique o prédio dos autores nos termos do art. 934, inc. I, do CPC.*

*Encontrando-se a obra em estágio avançado de construção no momento em que a liminar de embargo foi cumprida, em fase de acabamento com toda a sua estrutura concluída e todas as paredes internas em fase de rebocamento, deve prevalecer a pretensão a ressarcimento de danos, apresentada nos termos do art. 289 do CPC em confronto com o pedido de desfazimento.*

*O quantum debeatur deve ser apurado em liquidação de sentença pelos valores de mercado.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 45.508 (88.072458-1), da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), em que é apelante Romulo Augusto de Oliveira e apelados Cesar Silva, Teresa Agostinho Silva, Jeremias Silva e Maria Conceição Silva:*

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú, Cesar Silva, Teresa Agostinho Silva, Jeremias Silva e Maria Conceição Silva promoveram ação de nunciação

de obra nova em face de Romulo Augusto de Oliveira alegando que são os únicos herdeiros do falecido Jeremias José da Silva e que por isto detêm a propriedade de imóvel localizado em Meia Praia, município de Itapema com 11 metros de frente com terras de marinha e 7 de fundos, a oeste com um riacho, estremando ao norte com quem de direito e pelo sul com terras de Esaú Bayer formando a área de 77 metros quadrados, inscrita no Ofício do Registro de Imóveis da comarca de Tijucas sob o n. 13.846.

Informaram os autores que em junho de 1989 tiveram notícia que construção erguida pelo vizinho estaria invadindo seu imóvel de modo que contrataram técnico em agrimensura, para

elaboração de uma planta e memorial descritivo em que restaria demonstrada a ocupação parcial indevida.

O réu seria proprietário de terreno situado à Rua Presidente Getúlio, Itapema, com área de 100 metros quadrados, medindo 10 metros de frente ao sul para a rua, por 10 metros de fundos ao norte com Nicésio Ávila dos Santos, estremando ao oeste com Jeremias da Silva e a leste com Laudelino Gaspar Branco e a construção seria recente, pois o projeto fora aprovado pela Prefeitura de Itapema em 25/4/89.

Requereram a concessão de liminar para o embargo da obra com cominação de multa em caso de inobservância do preceito e a final condenação do réu a desfazer da obra tudo quanto invadir o imóvel dos autores e a ressarcir os danos causados.

A liminar foi deferida.

Na contestação o demandado argüiu as seguintes preliminares: 1) revogação da decisão que embargou a obra em fase de conclusão; 2) ilegitimidade ativa ad causam pois a viúva de Jeremias José da Silva não compareceu aos autos e enquanto não procedido o inventário o bem pertenceria a todos os herdeiros; 3) impropriedade da ação pois a descrição do imóvel de Jeremias José da Silva seria vaga e imprecisa inexistindo ponto de referência e havendo confusão e incerteza acerca dos limites entre os prédios.

No mérito apontou unilateralidade na prova até então produzida pelos autores, advertindo que o agrimensor contratado fora impreciso ao localizar a área, não sendo razoável a

medição a partir da rua 223 por não se saber sua largura.

Contudo, por tratar-se de bem público, sua implantação estaria documentada na Prefeitura.

Além disso, não seria possível afirmar-se que a cerca de arame que separa os terrenos de Leopoldo Zarlino e Renê Rothemburg se encontraria no local exato, não podendo servir de base para a medição.

Aduziu ainda que quando requereu a aprovação do projeto de construção junto à Municipalidade obteve a medida da largura da rua como sendo de oito metros, de maneira que perante o poder público a obra estaria regular à luz do Código de Posturas.

Reclamou de prejuízos com a paralisação da obra e informou que na 1ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú o réu movera ação de manutenção de posse em face de Antonio Bernardo Schaufert Jr. e já na audiência preliminar fora demonstrado que o seu imóvel estava cercado há mais de quinze anos sem qualquer oposição.

Somente após o início da edificação é que os autores surgiram com a pretensão de embargo da obra e que o prédio, com cinco pavimentos, estaria com todas as lajes concluídas e com as paredes em fase de reboco edificado nos limites de suas divisas.

As preliminares foram afastadas por despacho saneador que restou irrecorrido.

O perito apresentou o laudo pericial e os assistentes técnicos depositaram seus pareceres divergentes em separado.

Após audiência de instrução e julgamento, em que foi produzida prova oral, o perito respondeu a quesitos suplementares.

Apenas os autores ofertaram alegações finais.

O pedido de caução em apensado foi acolhido como procedente e a apelação interposta foi tida como deserta.

A sentença julgou procedente o pedido para condenar o réu ao desfazimento da construção edificada no imóvel dos autores nas medidas de 2,00 x 7,00 metros, sentido leste-oeste e sul-norte, e, em consequência, determinar a restituição da área aos demandantes.

Condenou o réu nos ônus da sucumbência.

Irresignado, o vencido apelou tempestivamente arguindo as seguintes prefaciais: a) nulidade da sentença pois as preliminares da resposta não teriam sido examinadas especialmente as que dizem respeito à não apresentação processual da viúva-meeira e à impropriedade e carência da ação; b) nulidade do processo a partir da citação pois a esposa do apelante não fora citada e c) carência de ação pois a ação de nunciação de obra nova não seria a via adequada para a fixação de rumos entre imóveis vizinhos e para a resolução de disputa entre o domínio e posse.

No mérito aduziu: 1) o apelante tomou conhecimento da ação proposta em 12.01.90, quando foi efetivado o auto de embargo de obra nova de fls. 112; 2) não caberia ação de denunciação quando concluída ou praticamente concluída a obra; 3) o apelante so-

mente tomara ciência da ação quando o prédio teria mais de setenta por cento do respectivo acabamento concluído; 4) no caso seria aplicável o disposto no art. 934 do Código de Processo Civil, que exige a ocorrência de obra nova; 5) a hipótese seria de obra em fase final de construção; 6) o apelante passou a ser constituído em mora a partir do embargo da obra, ou seja, quando tomou ciência da ação; 7) o muro que cercava a propriedade do apelante lá se encontrava há muitos anos e a construção fora levantada dentro de tal área e com licença dos órgãos municipais competentes; 8) o apelante teria em seu favor uma liminar possessória e 9) inexistiria qualquer marco na propriedade dos apelados conforme demonstraria o laudo pericial enquanto a propriedade do apelante seria devidamente cercada.

Os apelados não apresentaram contra-razões.

O recurso foi preparado e os autos ascenderam a esta Corte Estadual de Justiça.

É o relatório.

Passa-se ao exame das preliminares arguidas nas razões de recurso:

a) Constata-se que, pelo saneador de fls. 165, o Juízo a quo afastara as prefaciais apontadas na contestação, disto não resultando agravo.

Mesmo assim, quanto à preliminar de nulidade do processo por falta de citação da mulher do demandado vê-se que o tema não fora antes suscitado.

Apesar disso, observa-se que a esposa do réu Romulo Augusto de Oliveira, Sra. Tania Tusset de Oliveira, outorgara em procuração conjunta

com seu marido, poderes ao patrono Dr. Ayres Espíndola Soares, de modo que eventual nulidade estaria suprida pelo comparecimento espontâneo da mulher (fls. 61).

b) Mesmo que a viúva de Jeremias José da Silva não tenha integrado a lide como litisconsorte ativa, os outros herdeiros não perderam a condição de parte legítima, por se tratarem de condôminos, nos termos dos arts. 488 e 634 do Código Civil.

Nesse sentido, RSTJ 55/208, REsp. n. 33.726-8—SP, rel. Ministro Nilson Naves, j. 9/11/93:

“Nunciação de obra nova. Ação intentada por condômino contra terceiros. Pretensão dos réus de que sejam chamados ao processo os demais condôminos. Litisconsórcio necessário ativo. Não é o caso da necessidade, porque a lei permite que a ação seja proposta por qualquer um dos donos. Exemplos: arts. 623, II, 634, 892 e 1.580, parágrafo único, do Cód. Civil. É excepcional o litisconsórcio necessário ativo. Hipótese em que não se ofendeu o art. 47 do Código de Processo Civil. Recurso especial de que a Turma deixou de conhecer”.

c) As demais preliminares são analisadas como temas de mérito conforme a seguir se desenvolve:

I. O apelante adverte que a ação de nunciação de obra nova não é adequada para a fixação de limites entre imóveis vizinhos.

Porém, apesar de algumas divergências e ainda assim em situação que envolve dúvida inafastável acerca das divisas entre os imóveis (ver Ap. Cív. n. 44.871, da Capital, rel. Des. Eder Graf), observa-se que está prevalecendo na Corte o entendimento

de que não obsta à propositura da ação o fato de discutir-se sobre a exata localização da obra.

Nesse sentido, Ap. Cív. n. 33.562 de Içara, Quarta Câmara Civil, rel. Des. João José Schaefer, j. 21/3/91 cujo trecho do acórdão que reproduz doutrina de Adroaldo Furtado Fabrício se transcreve:

“Registre-se, a propósito, que a existência de eventual confusão de limites não seria óbice à propriedade da ação, como leciona Adroaldo Furtado Fabrício, “Da Ação de Nunciação de Obra Nova”, in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo III, pág. 590:

“Sendo o imóvel adjacente, pode-se suscitar, no bojo da ação nunciatória, a questão de limites: para que se possa decidir se há dano ou ameaça a prédio vizinho, torna-se eventualmente necessário examinar a exata localização da linha divisória. A jurisprudência segundo a qual a ação nunciatória é meio inábil para solucionar controvérsia sobre divisas não deve ser tomada como proibição absoluta do exame incidental tantum dessa questão. De outro modo, a simples alegação pelo nunciado de dúvida ou incerteza quanto aos limites seria suficiente para elidir a demanda, o que positivamente não é razoável. Ao juiz cabe, sim, apreciar e resolver a pendência sobre limites, se a prova lho permitir; na insuficiência, a demanda terá de ser julgada improcedente. Como quer que seja, a questão será resolvida incidentalmente, e não como objeto do processo, de modo que a essa resolução não se alargará a autoridade do julgado” (grifado).



Ocorre que o laudo pericial de fls. 185/215 com seus anexos oferece segurança quanto à situação física dos imóveis lindeiros.

O perito, após estabelecer o alinhamento a partir da rua 221 e o respectivo ponto de amarração, concluiu que apesar de o registro imobiliário consignar a frente do imóvel dos autores como de 11 metros, no levantamento topográfico encontrou-se apenas 9,00 metros (fls. 199).

Assim explicitou o perito:

“Do alinhamento predial da rua 221, até o alinhamento predial sul da rua 223, foi encontrado 86,56 metros lineares, assim discriminado:

“Rua 221, 9,51m;

“Loteamento Jardim Petrópolis, 36,17m;

“Terreno de Rene Rhotemburg, 12m;

“Espólio de Jeremias José da Silva, 9m;

“Terras de Romulo Augusto de Oliveira, 10m;

“Rua 223, 9,90m;

“Total, 86,56m.

“Pelo levantamento, ficou patente que os Requeridos invadiram ou cometeram um esbulho de 2m x 7m do terreno dos Requerentes” (fls. 192).

Mais adiante complementa o expert:

“A área exata do imóvel de propriedade dos nunciantes/requerentes, objeto da presente ação, deixado pelo finado Sr. Jeremias Silva, e ainda não inventariada, apurada no levantamento topográfico é de 63 (sessenta e três) metros quadrados” (fls. 209).

“Em decorrência da resposta aos quesitos ns. 1 e 2, pode-se concluir que houve invasão no imóvel dos nunciantes/requerentes objeto da presente ação. A área invadida é de 14m<sup>2</sup>. Esta área foi invadida pelos Requeridos Sr. Romulo Augusto de Oliveira, quando da construção do prédio de sua propriedade, constante do projeto acostado às fls. do processo” (fls. 210).

Assim é que definidos os limites e caracterizada a construção parcialmente em terreno alheio, tem-se como cabível o manejo da ação de nunciação de obra nova para impedir que o vizinho prejudicasse o prédio dos autores nos termos do art. 934, inc. I, do CPC.

A colenda Terceira Câmara Civil em Ap. Cív. n. 96.005175-9, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Amaral e Silva, j. 3/9/96 decidiu nesse sentido, merecendo referência a parte que colaciona precedentes pretorianos e doutrina:

“Na Câmara, acórdão do eminente Des. May Filho:

‘A ação de nunciação de obra nova é própria também para obstar a obra com que o vizinho invada a propriedade do nunciante’ (JC 44/74).

“Do acórdão vale transcrever:

‘Alega-se, ainda, que a ação de nunciação é imprópria quando a construção invade terreno vizinho, conforme se sustenta, na hipótese em julgamento, invocando-se o magistério de Washington de Barros Monteiro in Curso de Direito Civil, vol. 3º, pág. 55 da 21ª ed.

‘Acórdão da Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo,

invocando a lição do próprio Washington de Barros Monteiro, de Pontes de Miranda e de Hely Lopes Meirelles, acolheu a tese de que 'a nunciação serve também para obstar a obra com que o vizinho invada a propriedade do nunciante' (RJTJSP, 22/32).

'Tal acórdão traz à colação um outro, no mesmo sentido, encontrado à mesma revista vol. 18/52.

'A mesma Câmara sentenciou: 'A ação de nunciação de obra nova é adequada contra o dono de construção que invade terreno vizinho' (RT 495/85). Idem RT 431/63 e 437/86.

'A nunciação de obra nova é a ação tutelar do direito de vizinhança, para impedir a construção de obras que prejudiquem ou invadam o prédio contíguo, na lição de Jorge Americana, acolhida pela Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais' (Rep. de Jur. do CPC de Edson Prata, vol. 16, pág. 5.027, verbete 3.997). Idem, verbete 3.999.

'Idêntica orientação adota o Tribunal de Justiça do Paraná: Jurisprudência Brasileira vol. 62, pág. 140).

'Ernane Fidélis dos Santos, nos seus conceituados comentários ao CPC/73, adota este mesmo entendimento: vol. VI, comentários ao art. 934, pág. 173 e seguintes:

'Seria fastidioso prosseguir, para demonstrar que a ação de nunciação é própria, quando, como no caso dos autos, se alega invasão'.

II. De outro modo, o apelante assevera que quando tomou conhecimento do auto de embargo cumprido em 12/1/90 (fls. 112) a obra já estava quase concluída.

Aliás na contestação (de 9/2/90) o réu já apontava este fato informando que o edifício se encontrava em fase de conclusão (fls. 68).

Constata-se por certidão dos oficiais de justiça que, naquele momento, o prédio já possuía cinco pisos totalmente armados, com os interiores rebocados.

O réu em 19/2/90 ingressou no Juízo de origem com medida cautelar de caução judicial pretendendo a continuação da obra e apresentando fotografias (fls. 16/17, autos em apenso), que ratificam a certidão dos meirinhos.

A inicial foi protocolada em 27/9/89.

O alvará de licença para construção civil com validade de 180 dias foi emitido em 25/4/89 (fls. 70).

Assim, é de presumir-se que mesmo quando do protocolo da peça vestibular a obra já se encontrasse em estágio avançado de construção e que, no momento em que a liminar de embargo foi cumprida, a obra estava em fase de acabamento com toda a sua estrutura concluída e todas as paredes internas em fase de rebocamento.

Há corrente jurisprudencial no sentido de que "concluída ou praticamente concluída a obra, não cabe mais a ação de nunciação (RT 490/68, maioria, 501/113, em., RJTJESP 53/141, 54/104, Bol. AASP 1.031/177, RP 4/375, em. 8, 5/349, em. 12)" (conforme Theotônio Negrão em CPCLPV, 29ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 645, nota ao art. 934:4).

Nesse sentido, precedente da colenda Quarta Câmara Civil deste Tribunal em Ap. Cív. n. 96.004617-8 de Tubarão, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 21/8/97:

“Nunciação de obra nova. Obra concluída ou praticamente concluída. Carência de ação. Reexame necessário.

“(…) Consoante a orientação pacífica da jurisprudência, não prospera a pretensão nunciatória quando a obra que se pretende embargar está concluída ou praticamente finda. Consumada a lesão ao direito a ação própria é a demolitória”.

Destaque-se ainda que a obra de que se cogita não é um simples muro que pode ser edificado em exíguo espaço de tempo.

De outro modo, mesmo que a inicial contenha pedido de desfazimento de obra, o que em realidade representa demolição (fls. 8, item VI), há também pretensão a ressarcimento de danos o que pode ser interpretado como pedido sucessivo nos termos do art. 289 do CPC.

Ora, a prevalecer o comando da sentença impugnada, o desfazimento da obra nas medidas de 2 x 7 metros (fls. 310) possivelmente corresponderia a demolir parte considerável do prédio o que em princípio parece não trazer razoável vantagem para os autores.

A solução mais adequada é a que aponta para a substituição da demolição por indenização.

Por oportuno, traz-se à colação precedente da colenda Terceira Câmara Civil, em Ap. Cível n. 44.323, da

Capital, relator Des. Eder Graf, j. 15/3/94:

“Nunciação de obra nova — Obra concluída — Carência de ação afastada — Cumulação com pedido indenizatório — Admissibilidade.

“A circunstância de estar a obra concluída não é óbice para o manuseio da ação de nunciação de obra nova, desde que cumulada com o pedido de indenização, nada justificando que se bloqueie a totalidade da pretensão.

“(…) Nunciação de obra nova — Propriedade da via eleita.

‘A construção de muro divisório adentrando terreno do vizinho dá ensejo, em princípio, à ação de reintegração de posse, com demolição do muro, à nunciação de obra nova e à ação de nunciação de concurso eletivo. A opção, porém, não é absoluta, devendo orientar-se pelo critério de razoabilidade, que permite a plena satisfação do legítimo interesse lesado sem implicar excessivo gravame, em flagrante desproporção com o benefício pretendido’ (RT 637/100).

“Nunciação de obra nova — Muro limítrofe que invade terreno do vizinho.

“Restando cabalmente comprovada a invasão realizada no terreno do vizinho, em face da construção de muro divisório, que se encontra pronto e acabado, exsurge procedente o pleito indenizatório”.

Trechos do v. acórdão:

“É da jurisprudência, verbis:

‘Nunciação de obra nova. Indenização. Cumulação de pedidos. Admite-se a cumulação da ação de nunciação de obra nova com pedido

de indenização, por prejuízos. A ação de nunciação de obra nova pode ser julgada improcedente sem que o seja de indenização' (JB 62/260).

'Nunciação de obra nova. Obra em fase de acabamento. Impossibilidade de alteração da situação de fato. Indenização pelo dano. Estando a obra em fase de acabamento, sem possibilidade de se alterar o estado de fato dos imóveis, o autor da nunciação tem direito a ser indenizado dos danos que a obra nova causou ao prédio dele, nunciante' (JB 62/224).

"Idêntico posicionamento vem estampado em decisões exaradas pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (JC 55/120, 45/276 e 38/178) (fls. 362/363).

"(...) O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina em hipótese assemelhada decidiu, verbis:

'Ação de nunciação de obra nova. Edificação que prejudicou o imóvel vizinho. Condenação em perdas e danos. Valor da indenização a ser conhecido em liquidação de sentença. Compete a ação ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação da obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio. Restringindo-se, no final, o requerimento de nunciante à condenação em perdas e danos, e demonstrada a inobservância de cuidados técnicos assim como a desatenção às normas de segurança na construção da propriedade do réu, deve este ser responsabilizado pelos danos causados. Formulado o pedido de forma genérica, sem valor certo e compreendendo ainda prejuízos futuros, o quantum indenizatório será definido na fase de liquidação,

adicionados os acréscimos legais' (JC 55/121) (...)"

Na mesma direção, Theotonio Negrão na obra antes citada, págs. 646/647, reproduz precedentes pretorianos:

"Art. 936:2. Se o réu agiu de boa-fé e se a demolição da obra construída irregularmente lhe acarretaria vultoso prejuízo, sem razoável vantagem para o autor, pode a pretensão demolitória ser convertida em perdas e danos, perdendo o autor a faixa de terreno invadida (RJ TJESP 96/192). Nesse sentido: RT 606/97 (invasão em parte mínima do terreno do vizinho).

"Servidão de luz. Decisão que, reconhecendo a servidão, determinou, em lugar da demolição da obra, o pagamento de indenização. Ausência de violação do disposto no art. 576 do Código Civil" (STJ, 3ª Turma, REsp. n. 30.980-7—RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 15/12/93, não conheceram, v. u., DJU 7/2/94, pág. 1.173, 1ª col., em.).

"(...)

"Assim: 'Mesmo que não haja juízo de acolhimento dos embargos de obra nova, pode em tese prosperar esta ação, aos efeitos de substituir-se a demolição ou os embargos por indenização dos prejuízos causados, cumulativamente com perdas e danos, considerando-se aí pedido alternativo implícito. Apelo provido para cassar-se a sentença que extinguiu o processo' (JTAERS 81/336).

"Art. 936:2b. 'Não se reconhece a carência de ação de nunciação de obra nova só e só porque a construção está 'praticamente concluída', sobretudo quando, como na hipótese, o

requerimento de embargado é cumulado com outros pedidos compatíveis, como o indenizatório' (STJ, 4ª Turma, REsp. n. 64.323—SC, rel. Min. Cesar Rocha, j. 3/9/96, não conheceram, v. u., DJU 23/9/96, pág. 35.113, 2ª col., em.).

"Art. 936:5. 'Ao juiz cumpre, inobstante a carência da ação de nunciação de obra nova, examinar o pedido cumulado, concernente às perdas e danos, quer porque é evidente a autonomia desse, quer porque, limitada que está a sentença a pronunciar-se sobre o pedido do autor, por outro lado, deverá ser completa' (RT 718/101)".

Conclui-se que a demolição da obra construída irregularmente implicará em considerável prejuízo ao réu.

Além disso, conforme acentuado anteriormente, pode a pretensão demolitória ser convertida em perdas

e danos, perdendo os autores a faixa de terreno invadida.

Logo, não há que se reconhecer a carência de ação de nunciação de obra nova nem que se decretar a sua improcedência apenas porque a construção estava praticamente concluída.

O quantum debeatur deve ser apurado em liquidação de sentença pelos valores de mercado.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso por fundamentos diversos daqueles da sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha.

Florianópolis, 2 de dezembro de 1998.

*Solon d'Eça Neves,*  
*Presidente com voto;*  
*Nelson Schaefer Martins,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 96.004470-1, DE MAFRA**

**Relator: Des. Nelson Schaefer Martins**

*Embargos do devedor. Execução. Cerceamento de prova ino-  
corrente. Vistoria. Impenhorabilidade. Lei n. 8.009 de 29/3/90, art.  
1º, parágrafo único. Sentença. Relatório. Validade. CPC, arts. 420,  
caput, 458, inc. I, e 649, inc. VI. Recurso desprovido.*

*Realizada vistoria na forma do art. 420, caput, do CPC e  
apresentado laudo pericial que indica que o trator é necessário para  
o desenvolvimento das atividades agrícolas pelo devedor, não se co-  
gita de cerceamento de prova especialmente porque no caso concre-  
to a diligência supre satisfatoriamente determinação anterior da  
colenda Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça.*

*O bem penhorado encontra-se ao abrigo não somente da Lei n. 8.009 de 29/3/90 e seu art. 1º, parágrafo único, mas também do art. 649, inc. VI, do estatuto processual.*

*Cumpre as exigências do art. 458, inc. I, do estatuto processual, a sentença que apresenta no relatório os nomes das partes, a suma do pedido e da impugnação, registrando as principais ocorrências havidas no andamento do processo.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.004470-1 da comarca de Mafra, em que é apelante Cooperativa Regional Agrícola Norte Catarinense Ltda. e apelado João Skibinski:*

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Perante o Juízo da comarca de Mafra João Skibinski interpôs embargos do devedor em face da Cooperativa Regional Agrícola Norte Catarinense Ltda. que promove execução instruída com nota promissória no valor de NCZ\$ 1.746.636,00 vencida em 25/11/91 apontando: a) uso indevido da cambial; b) iliquidez e incerteza da dívida; c) pagamento do débito; d) impenhorabilidade do bem construído e e) compensação.

A embargada impugnou e uma primeira sentença deu pela procedência dos embargos para tão-somente decretar a nulidade da penhora.

Sobreveio a irrisignação da credora e a colenda Primeira Câmara Civil em acórdão da lavra do eminente Des. Francisco Oliveira Filho decidiu por unanimidade anular o processo a partir de fls. 10 inclusive.

A embargada requereu a produção de prova oral e o embargante propugnou pela realização de vistoria em seu imóvel.

O perito nomeado apresentou laudo sobre o qual manifestaram-se as partes.

Nova sentença acolheu como procedentes os embargos declarando insubsistente a penhora realizada com fundamento nos arts. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.009/90, e 649, inc. IV, do CPC.

Irresignada a cooperativa vencida apelou tempestivamente requerendo a anulação da sentença por cerceamento de prova, pois requerera o depoimento pessoal do devedor e a inquirição de testemunhas.

Aduziu que o decisum não observou as exigências do art. 458, inc. I, do CPC, e que a impenhorabilidade somente poderia ser declarada diante de prova indubitosa acerca da indispensabilidade do equipamento agrícola.

O recurso foi preparado e contra-arrazoado e os autos ascenderam a esta Corte Estadual de Justiça.

É o relatório.

O recurso não deve ser provido.

I. Na ação de execução fora penhorado um trator Agrale 4200 ano 1988 (fls. 86).

Ocorre que no v. acórdão proferido em Apelação Cível n. 41.262 de Mafra (fls. 39/41) o seu honrado relator advertia que a impenhorabilidade fundada no art. 649, inc. VI, do CPC, deveria vir lastreada em prova indubitosa de que o objeto do gravame judicial fosse indispensável ao exercício da atividade profissional do devedor e para tanto sugeriu que a necessária prova acerca da relevante questão fosse produzida na fase instrutória em audiência.

O Magistrado a quo deferiu a vistoria na forma do art. 420, caput, do diploma formal, e foi apresentado o laudo pericial de fls. 70 que indicou que as terras do devedor “são passíveis de serem cultivadas com tração animal” e como “o mesmo não possui animais de tração” o trator seria necessário “para o desenvolvimento de suas atividades agrícolas”.

A apelante foi intimada e manifestou-se a fls. 74.

Assim, não se cogita de cerceamento de prova pois a diligência supriu satisfatoriamente a determinação da colenda Primeira Câmara Civil de fls. 39/41, afirmando-se a necessidade do equipamento para as lides da lavoura.

Além disso, é de destacar-se que o bem penhorado encontra-se ao abrigo não somente da Lei n. 8.009 de 29/3/90 e seu art. 1º, parágrafo único, mas também do art. 649, inc. VI, do estatuto processual, eis que o devedor é agricultor e os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao

exercício de sua profissão, não podem ser constritados.

Segundo o colendo STJ, “não exige a lei que o bem seja indispensável ao exercício da profissão do devedor. Basta que seja útil” (REsp. n. 39.853-3—GO, relator Min. Eduardo Ribeiro, DJU 7/2/94) e ainda “...trator usado por produtor rural é ferramenta necessária para o seu mister profissional” (REsp. n. 46.062-0—GO, DJU 20/11/95).

A colenda Primeira Câmara Civil deste Tribunal em Apelação Cível n. 44.590, de Concórdia, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 14/6/94, a propósito já decidiu:

“Execucional — Embargos do devedor — Crédito rural — Penhora de bens absolutamente inconstituíveis — Nulidade de pleno direito — Reclamo, em parte, acolhido. Não conhecimento, ipso facto, do apelo da instituição bancária.

“Ex vi do art. 649, inciso VI, do CPC, as máquinas, utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício da atividade profissional, são absolutamente impenhoráveis, tratando-se de benefício aplicável somente àqueles que vivem do trabalho pessoal próprio.

“Em se tratando de obrigação do Estado garantir condição de trabalho a todos os cidadãos, inegável que o trator, colheitadeira de milho, pulverizador, plantadeira e equipamentos correlatos são necessários e úteis para o sucesso adequado do sistema agrícola.

“Nula, em consequência, de pleno direito a penhora que desatende essa regra. O prazo de embargos do devedor, contudo, não é reaberto

após a reiteração do ato na forma da lei”.

Trecho do v. acórdão:

“(…) Ernani Fidélis dos Santos (Manual de Direito Processual Civil, vol. 2, Saraiva, 3ª ed., n. 1.194, pág. 134) assevera: ‘A penhora de bens absolutamente impenhoráveis é nula de pleno direito. A nulidade, todavia, é da penhora e não do processo executório, o que equivale a dizer que, declarado o vício, repete-se o ato, mas não se abre novo prazo de embargos’.

“Ora, os bens constringidos: trator, colheitadeira de milho, pulverizador, distribuidor de esterco, plantadeira de milho, arado, grade e um distribuidor de esterco seco, mesmo que se reconheça, apenas para argumentar, que não seriam necessários, forçoso é admitir a utilidade para desempenho agrícola produtivo, eficiente, rentável e suscetível de reter o cidadão no campo, além de elevar o resultado para consumo geral (...)”.

Ora, é inegável que o trator constitui-se em equipamento não somente útil e necessário, mas eficiente para a produção agrícola.

Contudo, a nulidade da penhora não implica na nulidade do processo de execução pois, mesmo que se reconheça a impenhorabilidade do bem, diligências devem ser promovidas no sentido de certificar-se da existência ou não de outros bens constringíveis.

Existentes, cumpre ao Juízo de Primeiro Grau conhecer do mérito dos embargos. Inexistentes, suspende-se a execução.

II. Por outro lado, constata-se que a sentença observou as exigências do art. 458 do CPC, inclusive seu inciso I, apresentando no relatório os nomes das partes, a suma do pedido e da impugnação, registrando as principais ocorrências havidas no andamento do processo.

III. Acerca da proposta de securitização da dívida rural, nos termos da Lei n. 9.139/95, tem-se que não cumpria ao Juiz nos embargos sobre o tema manifestar-se.

Basta que na ação de execução seja o devedor intimado para manifestar seu interesse na repactuação de seu débito.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu convocado diante do impedimento justificado do Des. Solon d’Eça Neves.

Florianópolis, 16 de dezembro de 1998.

*Eládio Torret Rocha,*  
*Presidente com voto;*  
*Nelson Schaefer Martins,*  
*Relator.*



**APELAÇÃO CÍVEL N. 49.432 (88.083818-0), DE CRICIÚMA****Relator: Des. Cesar Abreu**

*Consignação em pagamento — Discussão sobre o mérito da dívida — Cédula de crédito comercial — Prestações pagas a maior — Débito remanescente — Perícia — Saldo positivo — Remessa das partes às vias ordinárias — Desnecessidade — Natureza jurídica (declaratória) da ação — Recurso provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 49.432 (88.083818-0), da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que são apelantes e apelados Banrisul S/A — Banco do Estado do Rio Grande do Sul e Granja Sangão Ltda.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao apelo da autora para anular a sentença, prejudicado o recurso do réu.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

A sentença de fls. 90/94, cujo relatório se adota, julgou improcedente ação de consignação de prestação de financiamento, proposta por Granja Sangão Ltda., contra o Banrisul S/A — Banco do Estado do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de insuficiência do depósito, não exercida a complementação autorizada pelo art. 899 do CPC, entendendo de desconsiderar as prestações anteriores e posteriores ao ajuizamento da causa, convencida da inaplicabilidade do sistema de compensação.

Inconformados, apelaram autor e réu. A primeira asseverando a eficácia do depósito, havendo equívoco

da perícia, desconsiderado o valor originário da prestação e a evidente cumulação da comissão de permanência com correção monetária, vedada contratualmente. E mais, que o julgamento deveria compreender o exame de todos os valores pagos e depositados, para eventual compensação, sob pena de se estar patrocinando o enriquecimento sem causa, merecendo reforma o decisum recorrido. O réu, embora vencedor na causa, objetiva desconstituir a afirmação judicial de validade do laudo pericial apresentado, pela concreta divergência com os cálculos da instituição bancária.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância.

É o relatório.

**II — Voto**

A ação de consignação em pagamento presta-se para discussão sobre o quantum da dívida, questão resolvida mediante declaração do julgador, desde que haja elementos suficientes nos autos.

É verdade que a consignatória é de âmbito restrito. Mas daí não se deve concluir que não pode ser discutido o mérito da dívida.

É claro que: “Toda e qualquer matéria estranha ao objeto de liberação do devedor é, por hipótese, imperitante. Isso, porém, não significa afastar toda a discussão em torno da origem e natureza do débito, ou de seu valor. Ao contrário, tal debate pode ser, e freqüentemente é, indispensável ao convencimento do Juiz relativamente à presença ou ausência, no caso concreto, do fundamento legal invocado pelo autor” (RT 570/134, relator o eminente Juiz, depois Desembargador, Rangel Dinamarco).

A propósito, “a divergência entre credor e devedor com referência à importância da dívida ou do aluguel não obsta à ação de consignação em pagamento, constituindo, mesmo, em numerosas hipóteses, a única questão a ser resolvida” (RT 415/201).

A contestação veio determinada, consignando que a recusa foi justa, após reconhecer equívoco nos recibos das prestações antes satisfeitas, no que concerne à exigência da comissão de permanência, na verdade — segundo sustenta — juros compensatórios contratualmente devidos. Nessa hipótese, alguns juristas afirmam que a defesa abrange “não só a que se refere à solução da dívida, mas também a que nega a causa da obrigação, podendo o contestante argüir o que entender, como se estivesse a contestar a ação de forma ordinária” (Pontes de Miranda, Comentários ao Código de 1939 — vol. III/163, ed. 1949).

O que não se admite, nem se recomenda, é a remessa das partes à via declaratória para decisão da matéria que pode, desde logo, ser solucionada na consignatória, que, por sinal,

tem a mesma natureza jurídica (declaratória).

João Batista Lopes (Ação Declaratória, 2ª ed., pág. 75, Ed. RT, 1985, SP) enfatiza: “A discussão entre as partes relativamente ao quantum debeatur não constitui objeto de sentença de conteúdo condenatório ou constitutivo, mas simplesmente declaratório. Desse modo, se as partes contendam no pleito consignatório, a respeito desse ponto, por que obrigar o autor a propor nova ação (declaratória) se a ação consignatória em pagamento já tem essa natureza?”

A inicial objetiva a discussão da dívida como um todo, pretendendo ver declarado qual o exato valor devido, a incidência ou não cumulativa da correção monetária e comissão de permanência, o valor original da parcela, se acrescido ou não do IOF.

A sentença, entretanto, limitou o seu alcance à parcela 6ª do financiamento, deixando de considerar o pagamento a maior das prestações anteriores e das diferenças das subsequentes, estas próprias da ação consignatória. Deixou de considerar a impugnação (fls. 86/88) ao laudo e de determinar os esclarecimentos pertinentes. Enfim, silenciou quanto ao objetivo maior da declaração da existência da dívida e seu volume.

O Magistrado, de inquestionável brilhantismo e capacidade de trabalho, optou pela solução restrita, no exame da consignatória, aliás como expressamente esclareceu: “Cumprido desde logo esclarecer-se: a matéria debatida envolve o valor da parcela sexta, com vencimento para 20/3/93. As posteriores, inobstante consignadas, não serão objeto de detida análise

se. E as anteriores (cinco primeiras) não poderão ser objeto de restituição, mesmo demonstrada a cobrança a maior, porque inviável o meio utilizado”.

As justas razões da autoridade sentenciante cedem à constatação de uma realidade, emanada do laudo pericial — é bem verdade questionado —, a da satisfação integral do contrato de financiamento, com saldo em favor do próprio consignante (964,63 UFIR — fls. 80).

Assim, não será demasiado afirmar, para prestigiamto dos princípios da efetividade e instrumentalidade do processo, que a dedução do valor cobrado a maior nas prestações antecedentes ao ajuizamento da causa poderia ajustar-se às diferenças devidas no decorrer do processo consignatório, em respeito e atendimento da natureza declaratória que ostenta.

Não se justifica o manejo da ação de repetição de indébito ou mesmo declaratória, bastando atentar que, se para os pagamentos a menor seria lícito ao réu exigir a diferença na prestação seguinte, o mesmo se diga em relação ao pagamento a maior.

Aliás, a recusa do réu não pode ser caracterizada como justa, no mo-

mento em que, igualmente, pretende mais do que lhe era contratualmente permitido exigir, incidindo, sob certo ângulo, a mora accipiendi do credor, por incidência do art. 1.092 do CC. E a obrigação do credor era fixar o valor da prestação dentro dos limites do contrato.

Entendo, pois, que se impõe o provimento do apelo, para cassar a sentença, dando-se prosseguimento à ação, para o exame das questões suscitadas na inicial, atendidos os fundamentos aqui expostos, prejudicado o recurso da instituição bancária.

Diante do exposto, dá-se provimento ao apelo da autora para anular a sentença, prejudicado o recurso do réu.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 24 de setembro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*

*Cesar Abreu,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.011107-0, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Cesar Abreu**

*Investigação de paternidade. Ministério Público. Legitimidade. Substituição processual. Exegese da Lei n. 8.560/92 (art. 2º, § 4º). Exame de DNA. Necessidade. Conversão do julgamento em diligência.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.011107-0, da comarca de Criciúma (Vara de Exceção), em que é apelante o representante do Ministério Público, sendo apelado A. L. C., assistido por seu pai, N. C.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, converter o julgamento em diligência, a fim de que no Juízo de origem se realize a perícia indicada.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

O representante do Ministério Público, em decorrência da legitimação extraordinária conferida pela Lei n. 8.560, de 29/12/92, na condição de substituto processual, propôs ação de investigação de paternidade c/c alimentos contra A. L. C., tendo como favorecido o menor A. F.

Contestada a ação e realizada a instrução, com oitiva de testemunha e perícia hematológica simples (grupo sanguíneo e fator Rh), sobreveio sentença reconhecendo a improcedência da ação.

Inconformado, o Ministério Público apelou, objetivando a reforma do decisum.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Raul Schaefer Filho, pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

## II – Voto

A Lei Federal n. 8.560, de 29/12/92, que regula a investigação de

paternidade de filhos havidos fora do casamento, instituiu um procedimento de cunho administrativo, a fim de ser avaliada a alegação de paternidade, estabelecendo que o Ministério Público, havendo elementos justificadores, intente a ação própria (art. 2º e parágrafos).

Essa legitimação decorre, sustentam alguns (JTJ — Lex 179/92), da extinção do caráter personalíssimo da ação de reconhecimento de paternidade, antes afirmado pelo art. 363 do CC, e reafirmado no art. 27 da Lei Federal n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), com o advento da lei específica, mais recente.

Assim, o Ministério Público se apresenta nos autos como verdadeiro substituto processual, legitimado por texto expresso de lei (art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.560/92, c/c o art. 81 do CPC).

Nesse sentido: RJRGS ns. 179/346, 176/433 e 169/238.

Nada impede, anota a doutrina, que na ação de investigação de paternidade proposta pelo Ministério Público participe do pólo ativo, como litisconsorte unitário e facultativo, o investigador (A Nova Lei de Investigação de Paternidade, Ed. Lumen Juris, 2ª ed., pág. 138). Já o eminente Promotor de Justiça Pedro Roberto Decomain, em sua obra Declaração e Investigação de Paternidade (Obra Jurídica Editora, 1996, págs. 70/71), entende que a hipótese será de assistência litisconsorcial (arts. 50 e 54 do CPC).

Alerta o jurista catarinense Decomain que “Uma vez promovida a ação pelo Ministério Público não pode mais ser intentada pela criança. Cuidando-se de substituição processual, vale o ensinamento de José Frederico Marques: ‘A decisão proferida na causa em que atua

o substituto processual faz coisa julgada para este e para o substituído". E prossegue: "A atuação do Ministério Público nessa matéria, portanto, exige grande cautela e uma verificação preliminar dos elementos de convicção, a mais detalhada possível" (ob. cit., pág. 70).

Chiovenda (Instituições de Direito Processual Civil, trad., Port. Saraiva, vol. 2, n. 223) sustenta que a sentença proferida na demanda faz coisa julgada também perante o substituído, pois seria um absurdo que a lei conferisse a alguém autorização para defender em juízo direitos alheios e, ao mesmo tempo, não conferisse a tal atividade uma plena eficácia relativamente aos direitos assim deduzidos. Daí a imensa responsabilidade do Ministério Público, que não pode medir esforços, proposta a ação, para a efetivação do direito perseguido, lançando mão dos recursos legais disponíveis para realização das provas necessárias à demonstração da paternidade.

Consoante ponderou o Ministro Sálvio de Figueiredo, "a matéria probatória nas ações de investigação de paternidade, em face do avanço científico representado pelo DNA, tem causado verdadeira revolução no Direito Processual e no Direito de Família. Conseqüentemente, em linha de princípio, à evidência que se deve ensejar, sempre que possível, a realização de tal exame para a busca da certeza quanto à paternidade" (RT 703/204).

A jurisprudência do nosso egrégio Tribunal anota precedente (Ap. Cív. n. 50.107, de Concórdia, rel. Des. Anselmo Cerello), no sentido de que "sendo o Judiciário partícipe da relação jurídico-processual, através do juiz, pode o mesmo, e em qualquer grau de jurisdição, determinar a realização de prova,

no caso imprescindível e inarredável à determinação da paternidade, como a investigação do DNA...".

O Ministério Público, in casu, atua representando o Estado, a Administração Pública, na consecução de um objetivo instituído por lei. A extensão do campo de atribuições do Ministério Público (art. 127 da CF) permite-lhe, sem peias ou amarras que não as da lei, proporcionar os meios para realização dos direitos inerentes às crianças e adolescentes.

A Lei n. 8.560/92 considerou de interesse público a verificação da paternidade, a busca da verdade quanto à ascendência biológica, legitimando o Parquet para ajuizar a ação investigatória. Entretanto, embora não lhe tenha disponibilizado os recursos — no mesmo ato legislativo —, é evidente essa necessidade que deveria constar do orçamento, para facilitar a realização da lei. Outra hipótese seria aparelhar o órgão oficial competente, como proposto in JC 69/120. Como o autor deve suportar os custos da perícia (art. 19, § 2º, c/c art. 33, do CPC), ao Ministério Público, como representante da Administração Pública, incumbe: prover os meios para realização do exame de DNA, único capaz de produzir justiça às partes.

Diante do exposto, a Câmara, à unanimidade, converte o julgamento em diligência, a fim de que no Juízo de origem se realize a perícia indicada, observadas as disposições processuais pertinentes.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 13 de agosto de 1998.

*João José Schaefer,  
Presidente com voto;  
Cesar Abreu,  
Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.014181-5, DE PALHOÇA**

**Relator: Des. Cesar Abreu**

*Embargos de terceiro — Bem imóvel — Constrição com base na matrícula imobiliária — Iniciativa exclusiva do meirinho — Ausência de culpa do embargado — Sucumbência — Recurso provido.*

*Não há que se impor o ônus da sucumbência ao exequente se a penhora foi efetivada por iniciativa exclusiva do meirinho, tendo aquele prontamente reconhecido a irregularidade.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.014181-5 da comarca de Palhoça, em que é apelante Banco do Estado de Santa Catarina S/A — BESC, sendo apelada Vera Lúcia de Oliveira:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento à apelação.

Custas ex lege.

### **I — Relatório**

Adoto o relatório constante da sentença de fls. 48 a 51, na qual o MM. Juiz julgou procedente a demanda e condenou o embargado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor corrigido atribuído à causa.

Irresignado, apelou o exequente pugnando pelo afastamento do ônus da sucumbência, por entender não

merecer responder por ato próprio e culposo do Poder Judiciário que deu causa à oposição.

Apresentadas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância.

É o relatório.

### **II — Voto**

Preceitua o caput do art. 20 do Código de Processo Civil em sua primeira parte que “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”.

Entretanto, em face do princípio da causalidade, o qual se encontra ao lado do princípio da sucumbência, deve arcar com as despesas da demanda aquele que deu causa de forma injurídica à instauração do processo.

A respeito do princípio da causalidade, anota Yussef Said Cahali:

“O princípio da causalidade também tem sido proveitosamente invocado em matéria de embargos de terceiro, para isentar o embargado dos encargos da sucumbência se, justificadamente, não se lhe pode imputar o ato de constrição judicial” (in: Honorários Advocatícios, 2ª ed., RT, pág. 47).

Assevera ainda o citado mestre:

“Não basta, pois, ressaltar-o Gualandi, a formal presença em juízo, fazendo-se necessário que o sujeito demande ou resista: para que cada sujeito participante do processo possa considerar-se parte — e participe, assim, da responsabilidade pelos encargos do processo — é necessário que tenha, de qualquer modo (também com seu comportamento processual), dado causa, no todo ou em parte, ao processo, e às despesas” (ob. cit., pág. 113).

Assim, as peculiaridades do caso sub examine sugerem a isenção do pagamento à parte que não deu causa à lide.

Ora, a penhora do imóvel foi efetuada por iniciativa do Oficial de Justiça, não havendo oportunidade de o exequente manifestar-se a respeito da constrição. Interpostos os embargos, ciente da irregularidade ocorrida, insurgiu-se contra o ato construtivo praticado pelo Oficial de Justiça e requereu a imediata exclusão da penhora (fls. 43).

A respeito do assunto assevera Humberto Theodoro Júnior:

“Versando a causa sobre pretensão litigiosa do terceiro, a sentença que a resolve tem de impor à parte vencida os encargos da sucumbência, ou seja, despesas processuais e honorários advocatícios do vencedor (art. 20).

“(…)

“Se, porém, nenhuma oportunidade se deu ainda ao embargado para conhecer do ato realizado por iniciativa apenas do ofi-

cial de justiça, sem nomeação ou mesmo sem ciência do exequente, e este logo ao tomar conhecimento da medida impugnada, através dos embargos, reconhece prontamente o direito do embargante e pede o levantamento da penhora, não é justo imputar ao primeiro, em tal circunstância, o ônus da sucumbência, porquanto o incidente decorreu de um ato judicial que não lhe pode ser atribuído a título algum. A falta, in casu, seria apenas do aparelhamento judiciário e só o Poder Público haverá de responder por suas conseqüências.” (Curso de Direito Processual Civil, vol. III, 5ª ed., Forense, 1991, págs. 1.825/1.826).

Theotonio Negrão também anota:

“Não são, porém, devidos honorários pelo credor exequente ao embargante (...) se o oficial de justiça efetuou a penhora sem a participação ou indicação pelo exequente que, depois, concordou com o levantamento (RTJE 115/153)” (in: Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 28ª edição, nota 26 ao art. 20, pág. 95).

Por fim, comungamos do pensamento de Pedro Madalena, advogada em Blumenau, que bem assevera:

“Condenar o embargado a pagar custas e honorários, só pelo simples fato de o pedido ser procedente, é acolher a frieza da lei rezada pelo art. 20 do diploma codificado e desprezar os sãos princípios de justiça” (in: “Embargos de Terceiro — Sucumbência — Inexistência de culpa do credor”, RT n. 517, págs. 245/247).

Esta colenda Câmara também já decidiu a matéria:

“Em princípio, aplica-se o princípio da sucumbência nos embargos de terceiro, incidindo, portanto, a condenação por honorários advocatícios, a me-

nos que a penhora tenha sido efetivada por iniciativa do meirinho, e o credor-embargado, tomando conhecimento da medida impugnada, através dos embargos, venha a reconhecer prontamente o direito do embargante, pedindo o levantamento da penhora. Nesse caso, pelo princípio da causalidade, não é justo imputar ao credor o ônus da sucumbência, porquanto o incidente decorreu de um ato judicial que não lhe pode ser tributado" (Ap. Cív. n. 97.001262-4, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ de 19/6/97).

Diante do exposto, tendo sido o erro praticado exclusivamente pelo oficial de justiça, não se há de atribuir ao embargado a responsabilidade pela constrição do bem em tela.

Assim, ante tal situação e pelo princípio da causalidade, ínsito ao

princípio da sucumbência, não pode o embargado ser compelido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

### III — Decisão

Por todo o exposto, conhece-se da apelação e dá-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 8 de outubro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Cesar Abreu,*  
*Relator.*

## AGRAVOS DE INSTRUMENTO

### AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.003522-8, DA CAPITAL

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Mandato judicial — Ação ordinária — Instrumento de substabelecimento sem a juntada do mandato originário em relação a alguns dos autores recorrentes — Litisconsórcio — Não conhecimento do agravo, com a ressalva, porém, de que o recurso interposto por um litisconsorte a todos aproveita (art. 509, CPC).*

*Agravo de instrumento — Omissão quanto ao estatuído no art. 526 do CPC — Irrelevância, máxime nas circunstâncias do caso concreto.*



*Penhora — Nomeação — Boxes em edifício condominial — Requerimento formulado pelo credor para que também fossem penhorados os apartamentos — Despacho judicial nesse sentido — Descumprimento pelo meirinho — Pedido do credor desacolhido — Agravo provido.*

*Os oficiais de justiça estão às ordens do Juiz e devem cumpri-las à risca.*

*É de todo inadequado à garantia do Juízo e à finalidade da penhora que, no caso de condomínio, a constrição judicial se faça sobre garagens com exclusão dos respectivos apartamentos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.003522-8, da comarca da Capital (4ª Vara Cível), em que são agravantes Sven Hauer Bergan e outros, sendo agravada Construtora e Incorporadora Sieta Ltda.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao agravo.

Custa na forma da lei.

Sven Hauer Bergan, Axel Dihlmann e sua mulher, Ivana Dihlmann, Marco Aurélio Ramos Krieger e sua mulher, Maria Carolina Amorim Krieger, agravaram de instrumento da decisão do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da comarca de Capital que, na execução de sentença proferida nos autos da ação de responsabilidade civil promovida contra a Construtora e Incorporadora Sieta Ltda., indeferiu a impugnação à penhora, sob o fundamento de que cabe ao credor requerer a ampliação da penhora, se insuficientes os bens, e não uma segunda penhora.

Alega que o devedor ofertou bens à penhora, tendo esta sido im-

pugnada e tida como ineficaz pelo Magistrado a quo, determinando que recaísse a constrição judicial sobre os apartamentos descritos na certidão de fls. 198 a 200; entretanto, o Meirinho procedeu a lavratura do auto de penhora constriando os bens rejeitados (vagas de garagem).

Pugnaram, então, pela anulação da penhora e realização de nova hígida medida, nos termos do artigo 667 do Código de Processo Civil. Todavia, o pleito foi indeferido, na decisão agravada.

Deferida a tutela para que se procedesse a penhora corretamente, sobrevieram as contra-razões, onde alega o agravado que não há os pressupostos de admissibilidade do recurso, pois os agravantes instruíram o agravo com procuração outorgada a apenas dois dos cinco agravantes, bem como um substabelecimento conferindo poderes aos patronos com relação aos outros agravantes, sem, contudo, apresentarem procuração anterior para conferir a legítima representação. Ainda, aduziu que não foi cumprido o disposto no art. 526 do CPC, pois não foi juntada a petição de

interposição do agravo no Juízo a quo.

No mérito, pugnou pela manutenção da decisão hostilizada.

É o relatório.

Efetivamente, denota-se a fls. 20 que houve procuração de Marco Aurélio Ramos Krieger e sua esposa, Maria Carolina Amorim Krieger ao advogado César Amorim Krieger, e, a fls. 21, o advogado constituído substituiu, sem reserva de poderes, aos patronos que ora agravaram, os poderes conferidos por Marco Aurélio Ramos Krieger e sua mulher, Sven Hauer Bergan, Axel Dihlmann e sua mulher, sem juntar, entretanto, a anterior procuração outorgada por esses três últimos.

Assim, o recurso não pode ser conhecido em relação Sven Hauer Bergan, Axel Dihlmann e sua mulher, em razão da inexistência da correta representação.

Entretanto, quanto a Marco Aurélio Krieger e sua mulher o recurso é conhecido porque preenchidos os requisitos legais.

Impende asseverar, todavia, que se tratando de litisconsortes, a teor do art. 509 do CPC, o recurso interposto por um a todos aproveita, por terem o mesmo fundamento de defesa.

No que tange à certidão junta-da (fls. 61), inicialmente há que se ressaltar que a escritã informou que até 25 de setembro de 1998, “não existe notícia nos autos de interposição de agravo de instrumento contra decisão de fls. 207”. Entretanto, a fls. 39, do presente agravo, há comprovante de comunicação ao Juízo monocrático, via fax, do despacho inicial proferido,

onde se concedeu a tutela requerida pelos agravantes, datada de 25 de maio 1998. Portanto, notícia nos autos da interposição do agravo há, ou, deveria haver.

Ainda que se interprete amplamente a certidão e se presuma que não houve interposição da petição do agravo conforme determina o art. 526 do CPC, inobstante tal omissão pudesse dar causa ao não conhecimento do recurso, há que se ponderar que a finalidade de tal norma foi alcançada, pois a mesma é dupla: facultar ao Juiz a retratação e possibilitar ao agravado apresentar resposta sem ter que se deslocar até o Tribunal.

Nesse sentido:

“Agravo de instrumento — Art. 526 do CPC — Ônus do agravante — Inobservância — Não conhecimento.

“A determinação contida no art. 526 do CPC tem por objetivo dar notícia, ao Juiz da causa e ao recorrido, da interposição do agravo de instrumento, possibilitando o oferecimento de resposta pelo agravado, sem que para isto precise deslocar-se à sede do Tribunal para tomar conhecimento do teor do recurso e de quais as peças que o instruem” (in Agravo de Instrumento n. 96.011656-7, da Capital, relator Desembargador Eder Graf).

E, no presente caso, o MM. Juiz a quo teve oportunidade de se retratar, quando da segunda petição protocolizada pelos agravantes para que fosse cumprida corretamente a determinação judicial, mas não houve esse entendimento por sua parte.

Quanto à segunda finalidade da norma do art. 526 do CPC, ou seja, possibilitar o oferecimento de resposta ao agravado sem que precise des-

locar-se à sede do Tribunal, também não houve violação, tendo em vista que, por ser o presente recurso do foro da Capital, onde o Fórum e o Tribunal existem lado a lado, a rigor não faz a mínima diferença protocolar a resposta do agravo num ou noutro lugar.

Assim, por ter sido alcançada a finalidade da norma citada, conhece-se do presente agravo.

Quanto ao mérito, denota-se a fls. 9 que os agravantes impugnaram a nomeação à penhora dos boxes 1, 2, 10 e 11 e requereram recaísse a constrição sobre os apartamentos descritos às fls. 198/220 (12/14 do agravo).

O pedido foi deferido pelo despacho de fls. 11 e, ainda assim, o auto de penhora foi lavrado sobre as vagas de garagem ns. 1, 2, 9 e 11, descumprindo a determinação judicial.

É defeso ao oficial de justiça descumprir ordens judiciais, ainda mais quando relacionadas a institutos tão importantes quanto a penhora de bens. O despacho do douto Magistrado foi explícito no sentido dos bens a serem penhorados, entretanto, assim não procedeu o meirinho, abstenendo-se de executar as atribuições próprias da sua função.

Pontes de Miranda, in Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II, 3ª ed., RJ, Forense, 1995, págs. 446/448:

“Os oficiais de justiça são executores judiciais, — intimam, notificam, citam, e realizam as execuções...

“(...) O oficial de justiça está às ordens do Juiz, para todas as diligências de que o processo necessite. As

ordens são diretas (do Juiz ao oficial de justiça), ou por intermédio do escrivão, que assume a responsabilidade pela transmissão”.

Humberto Theodoro Júnior, in Curso de Direito Processual Civil, 18ª ed., RJ, Forense, pág. 207, 1996, confirma:

“Sua função é subalterna e consiste apenas em cumprir ordens dos Juízes, as quais, ordinariamente, se expressam em documentos escritos e recebem a denominação de mandados”.

E a jurisprudência completa:

“...Na hipótese de erro ou abuso por parte dos serventuários no cumprimento de ordens ou no exercício de suas funções, o remédio será a reclamação ao Juiz, a quem caberá a correção dos desvios” (in RJ do TJRS 49/312).

Por fim, não se compatibiliza com a finalidade da penhora e conseqüente garantia do Juízo, que, recaindo esta sobre garagens apenas, ficam excluídas da constrição as respectivas unidades condominiais.

Impõe-se, portanto, a correção de tal ato, visto configurar-se em equívoco flagrante e conseqüente descumprimento de ordem judicial explícita.

Importa ressaltar que a decisão ora atacada não tratou do pedido feito pelos agravantes, ao consignar que não se encontram presentes os requisitos do art. 667 do CPC. Com efeito, não se observa, na espécie, as hipóteses do referido artigo, pois não foi requerida segunda penhora, mas, simplesmente, o cumprimento da ordem judicial anteriormente proferida, que

deferiu o pedido do credor, para que fossem penhorados os apartamentos já mencionados, e não os boxes de garagens.

Por todo o exposto, conhece-se do agravo e dá-se-lhe provimento, para que seja efetuada também a penhora sobre os apartamentos descritos nas fls. 198/200 dos autos principais.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Francisco Borges e Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 10 de dezembro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente;*  
*Alcides Aguiar,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.008546-2, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Agravo de instrumento. Exceção de incompetência. Foro de eleição. Contrato de adesão. Nulidade de cláusula contratual.*

*Cuidando-se de típico contrato de adesão, onde não há manifestação volitiva de vontade do aderente e considerando que a cláusula de eleição de foro beneficia somente a proponente, há que ser observada com reservas a cláusula contratual de eleição de foro, em face da potestatividade de que se reveste.*

*Sendo nula a cláusula de eleição de foro, aplicam-se as regras gerais de competência estatuídas no Código de Processo Civil. A regra insculpida na alínea d do inciso IV do art. 100 deste Codex prevalece sobre a alínea a, por ser aquela de caráter especial.*

*Recurso provido.*

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

Custas de lei.

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.008546-2, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é agravante San Genaro Veículos Ltda., sendo agravada Fiat Automóveis S/A:*

San Genaro Veículos Ltda. interpôs agravo de instrumento contra a decisão que, nos autos da ação ordinária de indenização aforada contra

Fiat Automóveis S/A, julgou procedente a exceção de incompetência oposta pela demandada, determinando a remessa dos autos à comarca de Betim, no Estado de Minas Gerais, tendo em vista a cláusula de eleição de foro do contrato.

Afirma que o contrato de concessão comercial firmado com a agravada, cuja rescisão motiva o pedido de indenização, tem como característica a adesividade, restringindo a liberdade contratual. Por tratar-se de documento pré-impresso, a aderente apenas aceitou o preenchimento de espaços destinados a identificar a outra parte da relação contratual, inexistindo assim manifestação volitiva.

Dá realce à distinção entre liberdade contratual e liberdade de contratar, salientando que esta refere-se à faculdade de realização ou não do contrato, enquanto aquela diz respeito à possibilidade de discutir e alterar as condições contratuais, questão que, segundo seu entendimento, não restou devidamente dirimida, ensejando o inconformismo.

Argumenta que o contrato tem nítido caráter adesivo, sendo nula a cláusula de eleição de foro, "fazendo prevalecer a regra da competência do local onde ocorreu a execução do contrato de concessão comercial, ou seja, na cidade de Blumenau, SC, foro competente para dirimir o litígio instado entre as partes" (fls. 5).

Ressalta que, segundo entendimento jurisprudencial, a eleição do foro apenas atende a comodidade dos interesses da agravada, visando tornar mais difícil e onerosa a discussão dos direitos da agravante que, em decorrência do encerramento de suas

atividades, não dispõe de recursos financeiros para acompanhar a tramitação do processo em Comarca distante, ao contrário da agravada, empresa de grande porte na indústria automobilística e não possui óbice no acompanhamento do feito em Blumenau.

Sustenta, enfim, a incidência da regra da alínea d do inciso IV do art. 100 do CPC, como excludente da alínea a, pois, na comarca de Blumenau ocorreu a execução do contrato de concessão comercial e também por tratar-se de demanda que objetiva a reparação de danos causados em face da prática de ato ilícito e do descumprimento de obrigação contratual.

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo ao recurso.

A agravada respondeu, relatando que os litigantes confirmaram, na inicial da ação, que entabularam carta de intenções antes da assinatura do contrato, a qual previa o cumprimento de exigências quanto às instalações físicas para a concessionária e aquisição de equipamentos e ferramental, importando em investimento aproximado de US\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil dólares), culminando então por pleitear a soma de R\$ 6.760.551,88 (seis milhões, setecentos e sessenta mil, quinhentos e cinquenta e um reais e oitenta e oito centavos) como indenização.

Entende que, ante tais circunstâncias, não se pode crer que a agravante aderira ingenuamente ao contrato, por ser inadmissível que, em negócio de tal vulto, formalizado através de contrato após carta de intenções onde as partes ajustaram o pac-

to, a contratante não tenha analisado as condições do termo assumido.

Alega que empresa capaz de investimento desse porte dispõe de assessoria apta a avaliar os riscos do empreendimento, portanto, não se ariscaria a investir sem o exame e prévia aprovação do contrato, não podendo ser considerada hipossuficiente, negando a inexistência de contrato de adesão.

Ressalta a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, por não ser a agravante consumidora final, eis que atuava como revendedora, pleiteando, assim, a manutenção da decisão atacada.

É o relatório.

Com efeito, o art. 111 do Código de Processo Civil admite que as partes, por convenção, "podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações", por tratar-se de competência relativa.

É comum os Tribunais reconhecerem a nulidade da cláusula de eleição do foro estipulada em contratos de adesão, quando uma das partes fica à mercê da outra, altamente privilegiada por esse tipo de estipulação, mormente com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

Também não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal na Súmula 335 consignou que, em princípio, "é válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato".

Hoje, porém, predomina o entendimento, mais ajustado à realidade

social e econômica vigente, de que devem ser observadas as peculiaridades de cada caso para que se convalede a cláusula de eleição.

Enfatiza a recorrente que o questionado contrato (fls. 25/32) é típico contrato de adesão, previamente redigido, nele constando apenas espaço para preenchimento da qualificação do aderente, do prazo de duração e da data da assinatura.

A cláusula de eleição de foro está assim redigida: " XVII.1. — Fica eleito o Foro da comarca de Betim, Estado de Minas Gerais, para conhecer e dirimir quaisquer dúvidas oriundas deste contrato, com renúncia a outro por mais privilegiado que o seja, não obstante ficar facultado, à Fiat, optar pelo Foro do domicílio do concessionário" (fls. 31).

Evidente que tal estipulação protege sobejamente os interesses da proponente, pois, além de exigir que as demandas contra si propostas sejam ajuizadas no foro onde está sua sede, garante-lhe também o arbítrio de acionar no mesmo foro contra a concessionária.

Constata-se, ainda, sem maior labor, que há óbvia distância econômica entre as partes litigantes, por tratar-se a recorrente de empresa que amarga vultosas dívidas pelo encerramento da concessão, tendo, inclusive, cessado suas atividades, enquanto que a empresa agravada é, notoriamente, um dos gigantes do mercado automobilístico nacional.

Colhe-se, então, que a combatida disposição contratual, se não obsta totalmente o acesso da agravante ao Judiciário, causa-lhe sérias dificul-

dades na busca do direito reclamado, devendo, portanto, ser rejeitada.

Esta Câmara já se manifestou:

“A cláusula de eleição de foro convencionada em contrato de adesão, é, em princípio válida e eficaz, ressalvadas as hipóteses de reduzida capacidade de inteligência do aderente para compreender as conseqüências da estipulação contratada, sobrelevando, ainda, o fato da convenção inviabilizar ou dificultar especialmente o acesso deste ao Judiciário, sendo flagrante a desproporção econômica entre as partes (AI n. 9.807, de Palhoça, rel. Pedro M. Abreu)” (AI n. 10.687, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ de 25/6/96).

Ou ainda:

“— A jurisprudência, de um modo geral, afasta a incidência da cláusula de eleição em contratos de adesão porque nestes é reduzida a liberdade de opção do aderente. Expressiva corrente jurisprudencial aceita tal cláusula se o aderente evidencia capacidade suficiente para entender o sentido e o alcance da estipulação, se dela não resulta inviável ou difícil o acesso ao judiciário e se não se tratar de serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa” (AI n. 8.658, de Joinville, rel. Des. João José Schaefer, DJ de 7/2/97).

Destarte, considerando as peculiaridades do caso, convém declarar-se a imprestabilidade da estipulação em tela, implicando na incidência das regras gerais de determinação de competência.

In casu, coerente a utilização do dispositivo inserto na alínea d do inciso IV do art. 100 do CPC, que determina ser competente o foro do lu-

gar do cumprimento da obrigação, ou seja, onde o contrato estava a ser executado, por deter, esta norma, caráter especial e prevalecer sobre a alínea a do mesmo dispositivo.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

“Agravado de instrumento — Exceção de incompetência — Art. 100, inciso IV, letra d, do Código de Processo Civil — Inteligência — Provisamento do recurso.

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fiel a melhor exegese da regra de competência, acolhe o entendimento no sentido de que o foro competente para ajuizar ação em face do descumprimento de contrato é o do lugar em que a obrigação deve ser satisfeita. Inteligência da regra do art. 100, d, do Código de Processo Civil” (AI n. 9.813, de Criciúma). É que a regra da letra d, por ser norma especial, prevalece sobre a letra a, esta de caráter geral (RT 677/197)” (AI n. 97.005207-3, de Xaxim, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, DJ de 3/9/97).

“Exceção de incompetência. Foro de eleição. Contrato de adesão. Desproporção econômica entre as partes. Aplicação do art. 891 do CPC.

“Sendo característica dos contratos de adesão o desequilíbrio entre as partes contratantes, deve prevalecer, como foro competente para o ajuizamento da consignatória, o do local do pagamento das prestações, e não o foro de eleição, restaurando-se, assim, a igualdade entre os sujeitos envolvidos na demanda e facilitando ao aderente o acesso ao Judiciário.

“Recurso improvido” (AI n. 97.007865-0, de Tubarão, rel. Des. Silveira Lenzi, DJ de 17/9/97).

Por esses fundamentos, dá-se provimento ao recurso, para que a ação se processe no foro de Blumenau.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Cesar Abreu.

Florianópolis, 15 de outubro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.017594-1, DE LAGES

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Execução. Embargos do devedor. Procedência parcial. Redução do valor exequendo. Necessidade de apresentação de nova memória atualizada e discriminada do débito.*

*É certo que a execução por título extrajudicial não comporta o procedimento liquidatório, vez que a liquidez deve ser elemento inseparável dessa espécie de títulos, cumprindo à parte, tão-somente, instruir a petição inicial com demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação (inciso II do art. 614 do CPC).*

*Ocorre que, com o trânsito em julgado da sentença proferida nos embargos do devedor, ao título, agregaram-se as condições determinadas pela sentença judicial, de forma que para o prosseguimento do feito necessário que o exequente apresente nova memória atualizada e discriminada do débito nos termos do art. 604 do CPC.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.017594-1, da comarca de Lages (3ª Vara), em que é agravante Indústria e Comércio de Móveis WJ Brun Ltda. e outros, sendo agravado Badesc — Banco de Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina:*

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

Custas legais.

### I — Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspen-



sivo, interposto por Indústria e Comércio de Móveis WJ Brun Ltda. e outros contra decisão proferida nos autos da ação de execução movida pelo Badesc — Banco de Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina, que não suspendeu o leilão de bens penhorados.

Sustenta que com o julgamento de procedência parcial dos embargos deverá haver uma redução do quantum exequendo e, por conseqüência, do valor dos bens penhorados.

Despacho às fls. 204/5. Manifestação do agravado a fls. 212.

## II — Voto

### 1 — Preliminar

O fato de a execução ter sido suspensa por força do ajuizamento de embargos de terceiro não prejudica o interesse recursal deste agravo de instrumento.

A suspensão requerida e deferida nestes autos teve o condão de evitar a ocorrência de lesão grave e de difícil reparação aos agravantes. Mas a principal pretensão do agravante é ver reconhecida a necessidade de determinação do valor exato da execução com a exclusão das parcelas especificadas nas diretrizes contidas na sentença dos embargos do devedor.

Afasta-se, assim, a preliminar levantada.

### 2 — Mérito

Consta dos autos que interposto embargos à execução estes foram julgados procedentes em parte:

“(…)

“Isto posto, nos precisos termos do art. 740, parágrafo único, do CPC, fundamentado nos precedentes jurisprudenciais que envolvem a questão juris e lastreado pela prova produzida pelos litigantes no curso da tramitação do feito, julgo procedentes em parte os presentes embargos do devedor e, em conseqüência, determino o prosseguimento do processo de execução, com a exclusão dos valores relativos à taxa de comissão de permanência, mantida, apenas, a atualização monetária.

“Deve ser calculado o quantum debeatur aplicando-se sobre o valor principal atualizado os juros de mora de seis por cento ao ano, a partir do vencimento do título e sobre o mesmo valor (capital atualizado) a multa contratual”.

O principal efeito do julgamento de procedência parcial dos presentes embargos é a redução da execução uma vez reconhecido excesso pelo acréscimo de parcelas indevidas.

Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento (art. 745 do CPC). Dentre as matérias elencadas no art. 741 do Código Instrumental Civil é o excesso de execução, caracterizado pela execução de valor superior ao realmente devido.

Na definição de Arakem de Assis, pág. 941:

“O art. 741, V, possibilita repelir excessos do credor quanto ao principal e acessórios (juros moratórios e compensatórios, cumulação indevida

de correção monetária e comissão de permanência, que é proibida pela Súmula 30 do STJ)".

Mais adiante afirma:

"Em caso de procedência da alegação do executado, o único efeito discernível do êxito consistirá na redução da dívida, sucumbindo o embargado conforme o caso (isto se apura à vista da extensão do objeto dos embargos), total ou parcialmente".

Com a procedência parcial dos embargos o título perdeu sua liquidez, fazendo-se necessária a apuração do novo valor a ser exigido, obedecendo a fórmula descrita pelo Meritíssimo Juiz de Direito no dispositivo da sentença. Não pode, portanto, a execução seguir antes de apurado o valor restante sobre o qual continuará o processo executivo.

É certo que a execução por título extrajudicial não comporta o procedimento liquidatório vez que a liquidez deve ser elemento inseparável dessa espécie de títulos, cumprindo à parte, tão-somente, instruir a petição inicial com demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação (inciso II do art. 614 do CPC).

Ocorre que com o trânsito em julgado da sentença proferida nos embargos do devedor, ao título, agregaram-se as condições determinadas pela sentença judicial, de forma que para o prosseguimento do feito necessário que o exequente apresente nova memória atualizada e discriminada do débito nos termos do art. 604 do CPC.

Citando Antonio Cláudio da Costa Machado, o culto Reis Friede (A Reforma do Processo Civil Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por pa-

rágrafo, 2ª ed., Saraiva, 1996) observa:

"Dado o desaparecimento da liquidação por cálculo de contador, que tinha cabimento na execução de título judicial (arts. 603 a 605), surge a necessidade de o exequente apresentar com a petição inicial da execução por quantia um documento que consubstancie o demonstrativo do débito atualizado com todas as suas parcelas devidamente indicadas (principal, juros, correção monetária, com os respectivos índices estabelecidos na lei ou na sentença".

Sustenta o mesmo jurista (Comentários à Reforma do Direito Processual Civil Brasileiro, Forense Universitária, 1995):

"A execução, mesmo de título judicial, começa por uma petição inicial, conforme o caput do art. 614 do CPC.

"O inciso II, introduzido no artigo, exige, na execução por quantia certa, que o credor instrua a petição inicial com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, obviamente quando se tratar de execução por quantia certa.

"Não basta ao credor afirmar qual o crédito atualizado. Cumpre-lhe juntar à inicial uma memória de cálculo, explicitando a operação que o levou a alcançar o valor final, atualizado na forma da lei, da sentença ou do negócio jurídico de que resulta".

No mesmo diapasão, acentua o respeitado Cândido Rangel Dinamarco (A Reforma do Código de Processo Civil, pág. 244):

"Foi acrescentado um inciso ao art. 614 do Código de Processo Civil

(inc. II), pelo qual na execução por quantia certa contra devedor solvente a petição inicial deverá trazer também 'o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação'. Esse novo dispositivo, trazido na Lei n. 8.953, de 13 de dezembro de 1994, não é mais do que reprodução, para maior clareza, do que já ficara disposto na lei portadora da eliminação da malfadada liquidação por cálculo do contador (Lei n. 8.898, de 29/6/94). Sempre que a determinação do quantum debeatur em unidades monetárias depender exclusivamente de cálculos aritméticos (e qual não é?), já estava sendo estabelecido que a petição inicial venha instruída com a memória discriminada e atualizada do cálculo (CPC, art. 604, red. Lei n. 8.898). O novo dispositivo de agora não é, portanto, senão mera reafirmação da exigência. Se advento tem as vantagens da sistematização e da reafirmação do novo modo de exe-

cutar sem prévia liquidação na modalidade ali prevista.

"Espera-se que, à custa da repetição, todos se convençam de que no direito brasileiro já não existe a liquidação por cálculo...".

Pelo todo exposto, constata-se que o Meritíssimo Juiz de Direito não poderia permitir a continuidade do processo executivo antes de apurados os novos valores a serem executados.

### III — Decisão

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Trindade dos Santos.

Florianópolis, 24 de março de 1999.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente e Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.002298-3, DE CHAPECÓ

**Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Ação civil pública. Liminar concedida parcialmente. Embargos declaratórios. Admissibilidade contra decisões interlocutórias. Obscuridade/omissão reconhecida. Decisão que, apenas fazendo alusão aos fundamentos já expostos, amplia, em a aclarando, os efeitos da liminar. Possibilidade. Inexistência de ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal. Embargos providos. Agravo desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.002298-3, da comarca de Chapecó*

*(2ª Vara Cível e Feitos da Fazenda Pública), em que é agravante o mu-*

*nício de Chapecó, sendo agravado o Ministério Público Estadual:*

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

Custas legais.

O município de Chapecó interpôs agravo de instrumento contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível e Feitos da Fazenda Pública da comarca de Chapecó, que, após conceder, em parte, a liminar pleiteada nos autos da ação civil pública que lhe promove o Ministério Público Estadual, determinando-lhe a exclusão do IPTU dos valores consignados sob o título emolumentos/postagem, acolheu embargos de declaração opostos pelo Parquet, incluindo na decisão a expressão “e, também, nos casos em que ocorrer, a tarifa bancária”.

Alega, em síntese, a impossibilidade do manejo dos embargos declaratórios contra decisões interlocutórias, ao argumento de que o art. 535 do CPC faz referência apenas a sentença ou acórdão.

Aduz, também, que não se admite mais o acolhimento dos embargos de declaração sob o fundamento da dúvida, haja vista que tal expressão foi suprimida pela reforma processual de 1994.

Por fim, taxando de nula a decisão recorrida, por ausência de fundamentação legal, pugna, com fundamento no art. 93, IX, da Constituição Federal, a sua reforma.

Inexistindo requerimento de efeito suspensivo ao recurso, o Togado a quo deixou de apresentar suas infor-

mações, tendo o agravado ofertado contraminuta.

Instada a se pronunciar, a doutra Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do agravo.

É o sucinto relatório.

Nega-se provimento ao agravo.

Inicialmente, impende salientar que incorre em equívoco o agravante quando sustenta o incabimento dos embargos de declaração contra decisão interlocutória.

Tem razão, é bem verdade, quando afirma que o art. 535 do CPC não traz qualquer referência a despachos ou decisões interlocutórias. Porém a melhor doutrina, interpretando sistematicamente a nossa legislação, anotou que:

“Na realidade, qualquer decisão judicial comporta embargos de declaração: é inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento, não raro a comprometer até a possibilidade prática de cumpri-lo. Não tem a mínima relevância que se trate de decisão de grau inferior ou superior, proferida em processo de cognição (de procedimento comum ou especial), de execução ou cautelar. Tampouco importa que a decisão seja definitiva ou não, final ou interlocutória. Ainda que o texto legal, *expressis verbis*, a qualifique de irrecorrível, há de entender-se que o faz com a ressalva implícita concernente aos embargos de declaração (...) (José Carlos Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, volume V, 6ª ed., Ed. Forense, pág. 498).

Nessa esteira, nossa Corte decidiu:

“Agravos de instrumento. Embargos de declaração. Decisão interlocutória. Cabimento. Inteligência dos arts. 464 e 465 do CPC. ‘Não obstante a letra dos arts. 464 e 465 do CPC, interpretação mais liberal conduz à abrangência das decisões interlocutórias, porque é inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existentes no pronunciamento interlocutório’ (RT 561/137)” (AI n. 8.301 da Capital, rel. Dra. Rejane Andersen).

E mais:

“Agravos de instrumento. Embargos de declaração. Interposição contra decisão interlocutória. Possibilidade. Exegese do art. 464, I, do CPC. Juiz absolutamente incompetente. Atos decisórios nulos. Inteligência do art. 113, § 2º. Decisão mantida. Frente ao nosso sistema processual civil, recorrendo-se à interpretação sistemática, todo e qualquer pronunciamento jurisdicional, seja sentença, seja acórdão, seja decisão interlocutória, ou despacho, está sujeito, em tese, a embargos de declaração. Prevalece, neste sentido, o princípio da ampla embargabilidade, não se justificando que fique sem remédio a obscuridade, a contradição ou omissão eventualmente existentes no pronunciamento interlocutório (AI n. 5.877 de Campo Erê, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Também não há como se acolher a segunda assertiva do agravante, que é no sentido de que os embargos declaratórios fundaram-se na dúvida em relação ao despacho, expressão suprimida pela reforma pro-

cessual de 1994. E isto porque, constata-se, a uma, que em verdade foram eles manejados ante a omissão ou à obscuridade do pronunciamento do Magistrado, não suficientemente explícito acerca da inclusão da tarifa de cobrança bancária no IPTU; e a duas, porque, mesmo que assim não fosse, pacificou-se o entendimento de que “a parte tem direito à prestação jurisdicional de forma clara e precisa. Cumpre ao órgão julgador apreciar os embargos de declaração com espírito aberto, entendendo-os como meio indispensável à segurança dos proventos judiciais” (RTJ 138/249).

Finalmente, melhor sorte não assiste ao Município agravante quando taxa de nula a decisão agravada, por falta de fundamentação legal e conseqüente afronta ao art. 93, IX, da Carta Política.

Com efeito, pois não é necessário ser nenhum expert para se entender que o operoso e culto Magistrado afastou a incidência da tarifa de cobrança bancária, utilizando-se dos mesmos fundamentos adotados para rechaçar o item emolumentos/postagem, tanto que deixa claro, na decisão recorrida, que “quando tratado da matéria na primeira parte do decisum atacado (145/146), também foi a intenção de tratar da tarifa bancária”.

Apenas para ilustrar, transcreve-se parte dessa decisão que tem total aplicação ao item, incluindo através dos embargos de declaração:

“Contudo, além de inexistir a anotação destinada ao contribuinte de que tais valores são de pagamento facultativo, detalhe de suma importância na espécie e que faz com que se

equipare a uma taxa sem a necessária contrapartida e respaldo no sistema constitucional vigente, chama a atenção o fato de que, para a efetiva cobrança, há a necessidade do lançamento do tributo pela via eleita. Assim, o que se tem é que, mesmo se constituindo preço público e, portanto, de pagamento facultativo, afigura-se inviável seu não pagamento sob pena de não haver forma de recolhimento do tributo por parte do sujeito passivo.

“Se a administração busca formas de facilitar seu sistema de cobrança deve, evidentemente, ela arcar com tais custos, e não o contribuinte, motivo pelo qual assiste inteira razão ao membro do Ministério Público quando levanta a insustentabilidade da cobrança deste item, sendo o caso de concessão da liminar para que se exclua dos pagamentos o item emolumento/postagem.

Não há que se falar, assim, em ausência de fundamentação da decisão.

Aliás, não é demais lembrar:

“(...) Percebe-se a inexistência de ofensa à Segunda Parte do art. 165 do CPC. O excepcional movimento fôrense recomenda síntese, sem prejuízo da motivação. Isto ocorre na espécie” (AI n. 96.011209-0, de Blumenau, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Ante o exposto, conhece-se do recurso, porém, nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, tendo exarado parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 26 de novembro de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente com voto;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.012775-0, DA CAPITAL

**Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Lei de imprensa. Reparação por danos morais. Decadência. Aplicação do art. 56 da Lei n. 5.250/67, ante a ausência de conflito entre tal preceito e a Carta Política de 1988. Ajuizamento da ação após 3 (três) meses da publicação. Extinção do feito. Agravo provido.*

“(...) O ajuizamento da ação em prazo posterior ao de três meses, previsto pela Lei de Imprensa no seu art. 56, implica na decadência” (Ap. Cív. n. 96.007764-2 de Blumenau, rel. Des. Orli Rodrigues).

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.012775-0, da comarca da Capital (3ª Vara), em que é agravante Zero-Hora — Editora Jornalística S/A, sendo agravada Rosana Cacciatori Silveira:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso, julgando extinto o processo principal.

Custas legais.

Zero-Hora — Editora Jornalística S/A interpôs agravo de instrumento contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível, que afastou a arguição de decadência do direito da agravada Rosana Cacciatori Silveira, apresentada em preliminar de contestação à ação de reparação de danos morais que ela lhe promove.

Alega, em síntese, que tendo a agravada fundamentado sua pretensão nos dispositivos da Lei de Imprensa (5.250/67), a qual prescreve em seu art. 56 que a ação para haver reparação de dano deve ser intentada em 3 (três) meses da publicação do fato, imperioso se faz o reconhecimento da decadência do seu direito em propor a demanda, porquanto decorrido entre a publicação e o ajuizamento do feito quase cinco (5) meses.

Invocando jurisprudência em abono a sua pretensão, requer o provimento do recurso para que seja declarada a decadência argüida e extinto o processo com julgamento do mérito, com a condenação de sua autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Denegado efeito suspensivo ao recurso, o Dr. Juiz de Direito prestou

suas informações, tendo a recorrida ofertado contraminuta.

É o conciso relatório.

Operou-se, sem sombra de dúvida, a decadência do direito da agravada, pelo que é de extinguir-se o processo com julgamento do mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC.

Não pode haver dúvidas de que a agravada efetivamente fulcrou sua pretensão na Lei de Imprensa, posto que ela própria, em sua inicial, afirma que propôs a ação “com base na Constituição Federal, em seu art. 5º, V, X, e também na Lei n. 5.250 de 9/2/1967)” (fls. 9).

De outra parte, não desconhecia ela, mesmo porque também o confirma, que a notícia foi publicada em 24 de setembro de 1997, que, por conseguinte, há que ser estabelecido como marco inicial do prazo decadencial, já que a contagem inicia-se da data da publicação causadora do dano (Ap. Cív. n. 191.121 do TJSP, 7ª Câm. Civil, rel. Des. Leite Cintra, j. 25/8/93).

Resta, então, definir como se dá a contagem do prazo decadencial, já que a respeito controvertem as partes, a agravante entendendo que acontece na forma prevista no art. 56 da Lei n. 5.250/67, ao passo que a agravada, sustentando que seria de 20 (vinte) anos, por se tratar de ação relativa a direito pessoal e porque o preceito não teria sido recepcionado pela Constituição Federal vigente.

Por mais respeitável que possa parecer este último entendimento, adotado, aliás, pelo Togado a quo e, inclusive, por julgado desta Corte, da lavra do eminente Des. Pedro Manoel Abreu, ainda assim não é o que se

mostra mais jurígeno, sendo mesmo, e talvez por isto, sustentado por corrente contrária, majoritária e mais firmemente robustecida, que defende a aplicação do prazo prescrito na Lei de Imprensa.

E o faz, ao forte argumento de que a Constituição Federal não fez qualquer referência em relação ao prazo decadencial, mas apenas previu o direito de indenização por danos morais de forma genérica. Assim, a norma inferior que estabelece o prazo decadencial para o ajuizamento da demanda indenizatória em 3 (três) meses, sob pena da perda do direito, não afronta, por qualquer ângulo que se visualize a questão, a Carta Maior.

As decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo são unânimes nesse sentido:

“Decadência. Indenização. Danos morais, Provocação através da imprensa. Aplicabilidade do art. 56 da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67). Dispositivo recepcionado pelo art. 5º, V e X da CF. Incompatibilidade inexistente. Processo extinto nos termos do art. 269, IV, do CPC. Recurso não provido. Se irrogada pela imprensa, não há fundamento para se subtrair da lei especial a disciplina da reparação civil. O previsto no art. 56 da Lei de Imprensa não afronta a CF, logo continua com plena eficácia, eis que a lei menor prevê decadência, enquanto a lei maior o direito de indenização, incidindo ambas sem conflito” (Ap. Cív. n. 139.119 do TJSP, 7ª Câm. Civil, rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 5/2/92).

E mais:

“Decadência. Ocorrência. Ação de indenização por dano moral. Fun-

damento na lei de imprensa. Ação ajuizada após vencido o prazo legal de três meses. Observância do art. 56 da Lei n. 5.250/67. Decretação ex officio. Preliminar acolhida. Recurso provido” (Ap. Cív. n. 229.597 do TJSP, 3ª Cciv, rel. Des. Eduardo Braga, j. 22/6/95).

Na mesma esteira, esta Corte de Justiça assentou:

“Lei de imprensa — Indenização por dano moral — Decadência — Inteligência do artigo 56 da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67) — Apelo conhecido e desprovido. O ajuizamento da ação em prazo posterior ao de três meses, previsto pela Lei de Imprensa no seu art. 56, implica na decadência” (Ap. Cív. n. 96.007764-2 de Blumenau, rel. Des. Orli Rodrigues).

Ainda:

“Lei de imprensa — Indenização por dano moral — Decadência — Ocorrência — Art. 56 da Lei n. 5.250/67 — Recurso desprovido. “Ajuizando o autor a ação em prazo posterior ao de 3 meses previsto no art. 56 da Lei de Imprensa, a decadência deve restar reconhecida, não estando tal prazo revogado pela atual Carta Magna” (Ap. Cív. n. 51.072, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio).

O próprio Superior Tribunal de Justiça, apesar de ter afastado a alegação da decadência no julgado, reconheceu que o prazo previsto no art. 56 continua em pleno vigor:

“Crime de imprensa. Decadência. O ajuizamento do pedido ainda dentro do prazo de três meses, previsto no art. 56 da Lei de Imprensa, impede o reconhecimento da decadência, ainda que a citação ocorra posteriormente. Súmula 106. Recurso provido”



(REsp. n. 48.693 do RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 5/11/96).

Na hipótese dos autos, conforme se disse, a notícia foi publicada em 24 de setembro de 1997, tendo a agravada ajuizado a ação somente em 16 de fevereiro deste ano, ou seja, quando já decorridos mais de 3 (três) meses de ter sido tornada pública.

Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo, acolhendo-se a arguição de decadência do direito da agravada e, em consequência, julgando-se extinto o processo principal, na forma do art. 269, IV, do Código de Processo Civil. Condena-se a agrava-

da ao pagamento das custas do processo e honorários advocatícios, os quais são arbitrados, consoante o art. 20, § 4º, do CPC, em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Participou do julgamento com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 26 de novembro de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente com voto;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.004919-9, DE TUBARÃO****Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Ação de revisão contratual. Saneador. Rejeição das preliminares de indeferimento da inicial, impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade ativa dos avalistas. Contrato bancário. Princípio pacta sunt servanda. Aplicação mitigada em face do desequilíbrio entre os pactuantes. Código de Defesa do Consumidor.*

*O indeferimento da petição inicial deve ser medida de exceção, usada com a máxima cautela, a fim de que o Estado não se furte à prestação jurisdicional, em princípio devida aos cidadãos (STF, RE n. 8.667, rel. Min. Luiz Gallotti, j. 17/10/49, DJU de 17/9/51, pág. 2.789).*

*A obrigatoriedade dos contratos relaciona-se, não há dúvidas, à autonomia da vontade. O contexto de que emergiu o princípio pacta sunt servanda certamente era diverso do atual, de que proliferaram os contratos de adesão. Nestes, a vontade das partes — ou melhor, de uma delas — é mitigada, pelo que mitigada deverá ser a força cogente da avença, ao menos naquilo em que revelar predomínio injustificável de um contratante sobre o outro. Nada obstante não se deva interferir amplamente nos contratos, a ponto de prostrar a manifestação volitiva, por outro vértice, não se pode assistir impassível a desequilíbrios ingentes entre os pactuantes.*

*Comunicam-se ao avalista todas as defesas do avalizado, que envolvam exceções objetivas inerentes às condições materiais impeditivas, modificativas ou extintivas do direito de crédito do legítimo portador do título (cf. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, in Aval — Alcance da Responsabilidade do Avalista, Ed. RT, SP, 1987, pág. 117).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.004919-9, da comarca de Tubarão (2ª Vara Cível/Registros Públicos), em que é agravante HSBC Bamerindus Leasing Arrendamento Mercantil S/A, sendo agravados Mendes e Machado Ltda., Rosilda Terezinha Machado*

*Mendes e João Juarez Gonçalves Nunes:*

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

Custas legais.

1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto por HSBC Bamerindus Leasing Arrendamento Mercantil S/A contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Tubarão, inacolhendo, no saneador — nos autos de ação ordinária de revisão de cláusula contratual movida por Mendes e Machado Ltda., Rosilda Terezinha Machado Mendes e João Juarez Gonçalves Nunes —, as preliminares argüidas em contestação ofertada pelo ora agravante, consistentes na pretensão ao indeferimento da inicial por formulação de pedidos incompatíveis entre si, impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade ativa dos avalistas da operação contratada.

Sustenta o agravante, no pertinente à primeira preliminar argüida, que a decisão restou desfundamentada. Quanto à segunda prefacial, entende que o pedido revisional é juridicamente impossível, ante o princípio *pacta sunt servanda* e ao preceito do art. 5º, XXXVI, da Carta Magna. Por último, reitera a ilegitimidade dos avalistas, acrescentando que, neste particular, a decisão também restou desfundamentada, infringindo o art. 93, IX, da Constituição Federal.

Negado efeito suspensivo, os agravados quedaram-se inertes, deixando de contraminutar o reclamo.

2. Imerede provimento o recurso.

2.1. Relativamente à pretensão ao indeferimento da exordial, o agravante está dissociado da razão, ainda que os agravados, equivocadamente, tenham postulado a antecipação da tutela com fundamento nos arts. 273 e 279 do CPC, confundindo o processo

de conhecimento com o cautelar, que, por óbvio, são incompatíveis. Entretanto, o ilustre Togado, ao apreciar a postulação, indeferiu a pretensão antecipatória.

De todo o modo, não se justificaria, de qualquer sorte, o indeferimento da exordial, porquanto, ao contrário do que pretende o agravante, o decisório está suficientemente fundado.

Saliente-se que, explícito o motivo pelo qual o magistrado prolatou a decisão, não há falar em falta de fundamentação.

A jurisprudência tem consolidado o entendimento, na esteira da nova visão científica do processo, de que este não deve ser utilizado como obstáculo à realização da justiça, devendo, portanto, ser abrandado o formalismo excessivo.

Nesta perspectiva, por exemplo, assentou-se inexistir nulidade em decisão sucintamente fundada, que acolha os fundamentos da petição, quando o despacho é nela exarado, integrando-se tais fundamentos ao decisório.

Nesse sentido:

“(…) Argüição de nulidade da decisão devolutória por ausência de fundamentação. Nulidade inexistente, eis que exarada em petição do credor — cuja impugnação acolheu —, integrando-se a decisão à respectiva fundamentação. Inexistentes a nulidade e a pretensa ilegalidade, nega-se provimento ao agravo” (AI n. 185049954, de Porto Alegre, TARS, rel. Elvijo Schuch Pinto, j. 11/9/85).

De outra banda, “O indeferimento da petição inicial deve ser medida de exceção, usada com a máxi-

ma cautela, a fim de que o Estado não se furte à prestação jurisdicional, em princípio devida aos cidadãos” (rel. Min. Luiz Gallotti, RE n. 8.667, de 17/10/49, DJU de 17/9/51, pág. 2.789).

Na mesma senda decidiu esta Corte, em aresto da lavra do culto Des. Norberto Ungaretti:

“...O indeferimento da inicial é medida extrema que só deve ser adotada quando não caiba providência ou solução que o evite” (JC 54/317).

2.2. No tocante à segunda preliminar, de impossibilidade jurídica do pedido, igualmente inassiste razão ao agravante.

Pretende o recorrente ver reconhecida a tese da impossibilidade jurídica do pedido, ao fundamento de não ser possível a revisão de contrato, pois os agravados pactuaram-no livremente.

O princípio *pacta sunt servanda*, como qualquer outro princípio jurídico, não tem valor absoluto, não podendo ser interpretado à margem do direito enquanto ciência, em constante desenvolvimento.

A jurisprudência mais recente vem consagrando que mesmo os bancos devem pautar-se pelas diretrizes do Código de Defesa do Consumidor. Nesta senda:

“...A orientação jurisprudencial tem evoluído no sentido de possibilitar o controle judicial dos contratos de adesão, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, ainda que se trate de pacto de crédito bancário...” (Ap. Cív. n. 49.970, de Blumenau, relatado pelo signatário, j. 16/5/96).

Em precedente do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, assentou-se:

“O conceito de consumidor, por vezes, se amplia, no CDC, para proteger quem ‘equiparado’. É o caso do art. 29. Para o efeito das práticas comerciais e da proteção contratual, ‘equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas’.

“O CDC rege as operações bancárias, inclusive as de mútuo ou de abertura de crédito, pois relações de consumo.

“O produto da empresa de banco é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo, portanto, fornecedora; e consumidor o mutuário ou creditado” (RT 697/173).

O Superior Tribunal de Justiça também tem dado mostras da nova tendência jurisprudencial:

“Código de Defesa do Consumidor. Bancos. Cláusula penal. Limitação em 10%. 1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco...” (REsp. n. 57.974, do Rio Grande do Sul, rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, in DJ de 29/5/95, pág. 15.524).

O princípio em questão, pois, apesar de possuir inegável relevância em matéria contratual, não pode ser

levado à condição de dogma, devendo ser adequado às novas diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, que prevê o direito de revisão das chamadas cláusulas abusivas.

De todo o modo, a obrigatoriedade dos contratos relaciona-se, não há dúvidas, à autonomia da vontade. O contexto de que emergiu o princípio *pacta sunt servanda* certamente era diverso do atual, em que proliferam os contratos de adesão. Nestes, a vontade das partes — ou melhor, de uma delas — é mitigada, pelo que mitigada deverá ser a força cogente da avença, ao menos naquilo em que revelar predomínio injustificável de um contratante sobre o outro.

Nada obstante não se deva interferir amplamente nos contratos, a ponto de prostrar a manifestação volitiva, por outro vértice, não se pode assistir impassível a desequilíbrios ingentes entre os pactuantes. Com acurada percepção, Paulo Luiz Neto Lôbo anotou:

“Nos contratos de consumo abandonam-se ou relativizam-se os princípios da intangibilidade contratual (*pacta sunt servanda*), da relatividade subjetiva, do consensualismo, da interpretação da intenção comum, que são substituídos pelos de modificação ou revisão contratual, de proteção do contratante débil, de interpretação contra stipulatorum, de boa-fé contratual.

“Talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência das prestações. Este princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direi-

tos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e onerosidade excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária” (Contrato e Mudança Social, in Revista dos Tribunais n. 722, dez. 1995, pág. 44).

2.3. Por derradeiro, no que tange à alegada ilegitimidade ativa dos avalistas, também improcede a insurgência.

Consoante a lição de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, “Comunicam-se ao avalista todas as defesas do avalizado, que envolvam exceções objetivas inerentes às condições materiais impeditivas, modificativas ou extintivas do direito de crédito do legítimo portador do título” (in Aval — Alcance da Responsabilidade do Avalista, Ed. RT, SP, 1987, pág. 117).

3. Pelo exposto, conhece-se do recurso, negando-se-lhe provimento.

Participou da sessão de julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu.

Florianópolis, 8 de outubro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Pedro Manoel Abreu,*  
*Relator.*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.012872-0, DA CAPITAL****Relator: Des. Orli Rodrigues**

*Agravo de instrumento — Ação de separação litigiosa — Alegada falta de fundamentação da decisão impugnada — Alimentos provisionais — Arbitramento — Juízo de cognição sumária — Recurso conhecido e desprovido.*

*1. Sendo os alimentos provisionais fixados através da análise perfunctória dos elementos probatórios trazidos pela autora, somente por ocasião da instrução processual terá o magistrado provas firmes para constatar as necessidades do alimentado e as possibilidades do alimentante, que conforme a regra insculpida no art. 400 do Código Civil são as bases para a fixação do encargo alimentar.*

*2. Não trazendo o recorrente aos autos nenhum outro elemento probatório além de meras alegações, resta indemonstrada a impossibilidade do alimentante de arcar com o pagamento da verba alimentar fixada provisionalmente.*

*Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Agravo de Instrumento n. 97.012872-0 da comarca de Capital (Vara da Família, Infância e Juventude), em que é agravante E. F. N., sendo agravada M.T. R. N.:*

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

Custas legais.

**I — Relatório**

Trata-se de agravo de instrumento, interposto a tempo e modo por E.F.N., inconformado com a decisão que, nos autos da ação de separação litigiosa movida contra si por M. T. R. N., arbitrou os alimentos provisionais pleiteados em 5 (cinco) salários mínimos mensais.

Sustentou primeiramente o recorrente a nulidade do decisório atacado, argumentando estar ausente neste a fundamentação necessária.

Afirmou ainda o agravante não possuir condições de suportar o pagamento da verba fixada, por ter sido arbitrada em percentual excessivo, pugnando desta feita para que fosse conferido efeito suspensivo ao recurso, e posteriormente houvesse a revogação da decisão atacada, para em consequência reduzir-se o percentual alimentar anteriormente estipulado para um salário mínimo e meio.

Através do despacho de fls. 204, foi negado o almejado efeito suspensivo.

Dessa decisão o recorrente interpôs agravo regimental, o qual não foi conhecido ante a irrecorribilidade do ato objurgado.

Instada a manifestar-se, a agravada deixou transcorrer in albis para contra-arrazoar o reclamo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no feito, opinando pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

É o relatório.

## II — Voto

A proemial de nulidade merece ser afastada.

Embora conciso, o despacho guerreado apresenta motivação suficiente. Trata-se de decisão que fixou alimentos provisionais, que por sua própria natureza reclama celeridade e sensatez por parte da autoridade judicial.

Ademais, “não é nula a sentença que adota o parecer ministerial como relatório e razão de decidir, quando este contenha todos os pressupostos processuais exigidos para validade do decismum” (Apelação Cível n. 38.758, de São José, relator Des. Álvaro Wandelli).

Ou ainda:

“Não é defeso ao Magistrado adotar o parecer ministerial se ali encontra as razões que formaram seu convencimento” (Apelação Cível n. 96.002541-3, da Capital, relator Des. Silveira Lenzi).

Assim, não se pode falar em nulidade do despacho atacado, sob o argumento de falta de fundamentação.

Quanto ao mérito, a controvérsia está centrada na apuração das reais possibilidades econômicas do agra-

vante em suportar o encargo alimentar fixado, a pedido da autora.

Para escusar-se da obrigação alimentar fixada provisionalmente, aduz o agravante usufruir atualmente de precaríssima situação financeira, impedindo-lhe de efetuar o pagamento da verba alimentar nos moldes em que foi fixada. Entretanto, pelos documentos trazidos aos autos pela requerente, constata-se estar a firma de que o recorrente é proprietário em pleno funcionamento, o que desfaz suas alegações de miserabilidade.

Dessa forma, as alegações do agravante apresentam visível contradição com as informações trazidas pela agravada nos autos da separação judicial, em virtude de que torna-se imprescindível o desenvolvimento exaustivo da instrução processual, para que sejam esclarecidos os fatos.

Ocorre que tal procedimento somente se pode dar em sede da ação de separação em curso no Juízo monocrático, quando se dará a completa análise das provas.

Portanto, conclui-se que os alimentos provisionais foram fixados através da análise perfunctória dos elementos probatórios trazidos na inicial pela autora, mas que, no entanto, apenas por ocasião da instrução processual terá o Magistrado provas firmes para constatar as necessidades do alimentado e as possibilidades do alimentante, que conforme a regra insculpida no art. 400 do Código Civil são as bases para a fixação do caráter alimentar.

Acerca da matéria, esta Superior Instância já fixou:

“Sendo os alimentos provisionais fixados em cognição sumária,

são passíveis de revisão a qualquer tempo, à vista de melhores elementos trazidos aos autos pelo alimentante. De qualquer modo, somente com a instrução processual é que se possibilitará melhor exame dos fatos e das alegações das partes, concedendo-se definitivamente os alimentos na decisão de mérito. Inteligência do art. 13, § 1º, da Lei n. 5.478/68" (Agravado de Instrumento n. 96.000722-9 de Itajaí, j. 8/8/96, relator Desembargador Pedro Manuel Abreu).

E ainda:

"Alimentos. Redução dos alimentos provisórios. Decisão fundamentada. Fase inicial de cognição sumária. Observância das disposições legais atinentes à espécie. Melhor análise dos fatos e das alegações das partes na decisão de mérito. Recurso improvido" (Agravado de Instrumento n. 7.633, da Capital, relator Des. Nestor Silveira).

Ademais, não se pode esquecer, a expressão "alimentos provisórios" engloba, além dos encargos para a satisfação das necessidades básicas da agravada, tal como alimentação, saúde, vestuário e habitação, os recursos necessários para que a alimentada, sem renda própria, arque com as despesas processuais da demanda em curso.

Por fim, importante se faz ressaltar, que a necessidade de redução dos alimentos provisórios não restou plenamente justificada pelo agravante, em face das particularidades do caso concreto. Ademais, restou indemonstrada a impossibilidade de o agravante arcar com o percentual alimentar arbitrado.

Nesse sentido, em hipótese análoga, já se decidiu:

"A simples alegação de que não possui recursos suficientes para acudir ao encargo alimentar provisório imposto judicialmente, e desacompanhada de qualquer prova dessa pretensa impossibilidade, não merece acolhimento. In casu, o réu em nenhum momento declinou o seu rendimento médio mensal, cujo ganho se presume elevado, dono que é praticamente de firma imobiliária bem estruturada e conhecida na praça" (Agravado de Instrumento n. 15/79 — Aquidauana — rel. Des. Higa Nabukatsu — j. em 26/3/1979 — TJMS).

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

### III — Decisão

A Câmara, após debate e votação, decidiu, por unanimidade de votos, conhecer e negar provimento ao recurso.

Do julgamento presidido pelo relator participaram os Exmos. Des. Trindade dos Santos e Newton Trisotto, ambos com votos vencedores.

O parecer apresentado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça tem a assinatura do Exmo. Sr. Dr. Aor Steffens Miranda.

Florianópolis, 11 de agosto de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Orli Rodrigues,*  
*Relator.*



**AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.011017-0, DE DESCANSO****Relator designado: Des. Cláudio Barreto Dutra**

*Agravo de instrumento — Escritura pública de confissão de dívida — Execução para entrega de coisa incerta (CPC, artigo 629 e seguintes) — Descumprimento de cláusula e ajuizamento, pelo credor, de procedimento construtivo — Discussão acerca da reciprocidade da satisfação das obrigações — Exceção de pré-executividade levantada no intuito de evitar a segurança do juízo — Hipótese afastada, à vista da necessidade e existência de veículo processual adequado ao exame mais acurado da matéria — Exegese do artigo 745, combinado com 741, inciso II, do Código de Processo Civil — Prosseguimento da executiva que não pode ficar atrelada a questões cuja perquirição vincula-se à dilação probatória — Manutenção do despacho — Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 97.011017-0, da comarca de Descanso, em que é agravante Celso Bedin, sendo agravada Sadia Concórdia S/A — Indústria e Comércio:*

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

Custas na forma da lei.

Agravo de instrumento interposto por Celso Bedin, contra decisão proferida pelo Juiz de Direito da comarca de Descanso que, nos autos da Execução n. 041/97, ajuizada por Sadia Concórdia S/A — Indústria e Comércio, rejeitando a exceção de pré-executividade e indeferindo, em face dela, o pedido de extinção, determinou o prosseguimento do feito.

Em extenso arrazoado, discorreu acerca do histórico da dívida, dando ênfase ao contrato, forma de

pagamento e as cláusulas que consignaram as obrigações de uma e de outra parte.

Disse que nos primeiros três ou quatro meses a agravada vinha entregando os 30 leitões mensais que lhes eram devolvidos criados, gordos e saudáveis, prontos para o abate, quando, sem qualquer motivo, foi suspensa a entrega. Sob este aspecto, acrescentou, o juiz deixou de atentar ao fato de que a empresa não poderia exigir o cumprimento da obrigação sem que antes satisfizesse a sua parte, anotando que todos os suínos que possui não cobririam nem 50% da garantia pretendida.

Defendeu a carência de ação e a má-fé da credora, a qual colacionou cópia do instrumento omitindo cláusula primordial e fatal do pacto, e, ainda, a inexistência, nos autos, da prova de que ela tivesse cumprido sua parte na avença e de que ele, agravante, recu-

sou-se em receber ou devolver os animais.

Argumentando acerca do receio de lesão grave e irreparável, referiu-se à temeridade do desmoroamento de seu patrimônio, visto que não possui os 40.000kg de suínos "cobichados" pela agravante.

Requeru a antecipação de tutela ou a concessão de efeito suspensivo ao recurso a fim de que fosse apreciada a exceção de pré-executividade independentemente da segurança do juízo ou oferecimento de embargos, provendo-se-o a final.

Trouxe as peças necessárias e a prova do preparo.

Postergada a análise do efeito suspensivo para após as informações, nova manifestação do agravante às fls. 68/74.

Pelo despacho de fls. 76, deferiu-se a carga de suspensividade ao recurso, sobrevivendo as informações de fls. 86/88.

Na contraminuta, a agravada disse que o débito remonta de mais de cinco anos e o título em questão foi lavrado no início de 1995, quando concedeu mais um prazo para que o agravante adimplisse a obrigação.

Todavia o modo tendencioso da redação da cláusula da qual não teve conhecimento (tanto que seu representante legal não após sua assinatura), não tem o poder de elidir a intenção do título que, tratando-se de escritura pública destinada a expressar dívida reconhecida pelo devedor e sua forma de pagamento, não guarda similitude com as citações doutrinárias e jurisprudenciais colacionadas na inicial.

Asseverou que o agravante procura a todo custo descaracterizar a finalidade do título, sem atentar aos motivos que lhe deram origem e, não obstante a execução ter sido ajuizada somente ao final do prazo de vencimento da dívida, nenhum dos pagamentos foi realizado neste período.

Finalizou dizendo que concedeu grande período de carência ao agravante e que os animais que hoje estão em suas pocilgas foram financiados pela Sadia por meio da concessão de insumos, não sensibilizando as lamentações e ingerência do devedor, à vista da finalidade do título executido.

Requeru o desprovimento do recurso.

Às fls. 105 noticiou-se a obtenção, junto ao STJ, de liminar suspendendo os efeitos da ordem que determinou a apreensão dos semoventes.

É o relatório.

Pela escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária, vê-se que os devedores, ora agravantes, confessaram um débito de R\$ 40.816,91 que correspondia, naquela data (7/4/95), a 49.177kg de suínos e decorria do fornecimento, pelo Sistema Sadia de Reprodutores, de remédios, rações etc., em cujo instrumento consta, igualmente, os bens, objeto da garantia. Dentre eles, os agravantes ofereceram 25 (vinte e cinco) fêmeas reprodutoras suínas, de seu plantel (cláusula quinta, fls. 56).

De outra feita, a credora, ora agravada, comprometeu-se em fornecer, mensalmente, determinado número de leitões para terminação mas não em repassar os insumos, cujo encargo, por óbvio, seria do agravante.

Do descumprimento das condições insitas no instrumento de confissão, a que se obrigou o agravante ao confessar a dívida, sucedeu o ajuizamento da execução cujo título se visa desconstituir.

O procedimento executivo que tenha como base a prestação de dar coisa incerta, ou seja, aquela indicada ao menos pelo gênero e quantidade (Código Civil, artigo 874), pode ser aparelhada por título executivo extrajudicial (artigo 585, inciso II, do CPC) desde que líquido. Esta a interpretação de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, "CPC Comentado", 3ª ed., São Paulo, Editora RT, 1997, pág. 845.

O conceito de liquidez abrange a obrigação certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto. A par disso, vê-se que não há, no título, qualquer causa extintiva ou que denote a indefinição do quantum.

Entretanto, o agravante insiste em dizer que deixou de adimplir sua parte na "avença" porque a agravada o teria feito primeiro, já que no seu entender deveria lhe entregar, mensalmente, trinta leitões para terminação que seriam, quando prontos para o abate, devolvidos. Esta operação, afirma, serviria para o pagamento da dívida e estabeleceu obrigações recíprocas, em face das quais nenhuma das partes poderia exigir da outra o implemento sem antes cumprir o que lhe competia.

A exceção de pré-executividade vem ganhando terreno na jurisprudência mas sua arguição não tem o condão de, à guisa de suprimir formalidade afeta ao procedimento constri-

tivo, transpor dos embargos a discussão da causa debendi.

Exemplo disso as decisões proferidas na Corte Superior (REsp. n. 26.171-9—PR, rel. Min. Nilson Naves, in RSTJ 47/287) e por este Tribunal quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 97.006360-1, de Itajaí, rel. Des. Orli Rodrigues, in DJ de 11/11/98, pág. 7.

A exegese do artigo 745, combinado com o inciso II do artigo 741 do Código de Processo Civil, é impositiva por duas razões: primeira porque a dívida decorreu do fornecimento, pelo Sistema Sadia de Reprodutores, de remédio, rações etc. (fls. 55); e, segundo, porque firmou-se uma garantia sobre vinte e cinco fêmeas reprodutoras suínas, e a agravada — comprometendo-se em fornecer leitões para terminação — não exonerou a agravante da obrigação assumida em relação aos insumos, constituindo este o objeto da dívida e, portanto, da execução.

Lógico seria o agravante ajuizar a respectiva lide cognitiva a fim de obter não só a "rescisão" do pacto sinalagmático que entende existir, como também de exonerar-se de eventual obrigação que reputa indevida.

Até porque, em se admitindo a tese do agravante, a Lei Processual Civil, em especial o inciso II do art. 585 "em nenhum momento fez qualquer alusão a que o documento público ou particular subscrito por duas testemunhas do qual conste a obrigação de pagar quantia determinada ou de entregar coisa fungível, seja apenas o que contém uma declaração unilateral do devedor.

“Se o legislador não restringiu, não cabe ao intérprete fazê-lo.

“Anoto-se, de passagem, que o Código de Processo Civil não é infenso à executividade de contratos com obrigações recíprocas como se vê dos incisos III e IV do art. 585” (REsp. n. 26.171-9—PR, voto proferido pelo Min. Nilson Naves, in RSTJ 47/287).

Do corpo do acórdão:

“Título executivo extrajudicial. Execução para entrega de coisa fungível. Obrigações recíprocas. Inciso II do artigo 585 do Código de Processo Civil.

“1. Pelo inciso II do art. 585 do Código de Processo Civil, é considerado título executivo extrajudicial, hábil, portanto, para fundamentar ação de execução, o documento público ou o particular assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, do qual conste a obrigação de pagar quantia determinada, ou de entregar coisa fungível.

“2. Reputa-se, como tal, não só a declaração unilateral do devedor, mas, também, o contrato em que se obrigue a entregar coisa fungível, mediante o cumprimento de certas obrigações pelo outro contratante.

“3. O adimplemento, ou não, dessas obrigações do outro contratante, pode ser discutido em embargos à execução.

“4. Interpretação conjugada dos artigos 582, 585, II, III e IV, 586, e 615, IV, do Código de Processo Civil, e 1.092 e 1.093 do Código Civil.

“5. RE conhecido, por unanimidade, pela letra d”.

Fica difícil admitir a existência de contrato, porque um dos firmatários

confessou que devia, enquanto o outro, diversamente, comprometeu-se a um encargo que não impedia nem estava atrelado à obrigação do devedor.

Correta a decisão que deve, em face disso, ser mantida.

Por maioria de votos, a Câmara desproveu o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer, vencido o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 24 de março de 1998.

*Eder Graf,*  
*Presidente;*

*Cláudio Barreto Dutra,*  
*Relator designado.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi:

Dissenti do voto da douta maioria e fiquei vencido, por entender que, estando em discussão prestações e contraprestações (obrigações recíprocas), não há obrigatoriedade da interposição de embargos à execução para arguir o descumprimento da obrigação assumida pelo credor.

O Código de Processo Civil estabelece que cumpre ao credor “provar que adimpliu a contraprestação, que lhe corresponde, ou que lhe assegure o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua pretensão senão mediante a contraprestação do credor” (inciso IV do art. 615).

Tratando-se, os requisitos para o ajuizamento da execução, de matéria de ordem pública, pode e deve o magistrado analisá-los independente de embargos do devedor.

O cumprimento da obrigação a cargo do credor relaciona-se com a exigibilidade do título e merece um pronunciamento do Estado independente de penhora e embargos, em sede de exceção de pré-executividade.

A respeito da denominada exceção de pré-executividade destaco o seguinte precedente deste egrégio Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do eminente Des. Trindade dos Santos:

"1 — Al n. 96.004669-0, Criciúma, Des. Trindade dos Santos: A nulidade da executiva, embasada no não apontamento aos autos títulos exequíveis, bem como na ausência dos pressupostos de exequibilidade, constituindo-se em vício fundamental, é matéria de ordem pública, pelo que cumpre ao julgador decretá-la de ofício. Não emitida, porém, essa declaração, o executado pode proceder a arguição da nulidade por simples petição nos próprios autos de execução, sem que seja jurídico exigir-se-lhe, para tanto, o aforamento de embargos do devedor, ou condicioná-la à prévia efetivação de penhora. É o que se denomina de 'exceção de pré-executividade', exceção essa que, sem constituir-se propriamente em defesa do executado, é, antes de tudo, um instrumento de provocação do órgão jurisdicional, objetivando um pronunciamento a respeito dos requisitos da execução, instando-se-o, destarte, a analisar matérias que, devendo ser reconhecidas de ofício, não o foram, entretanto (DJ, 25/2/97)" (Rosa, Alexandre, Código de Processo Civil Anotado segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2ª ed., Terceiro Milênio, Florianópolis, 1998, pág. 419).

Neste voto, o relator, com muita clareza, apoiado em respeitável entendimento doutrinário e em várias decisões dos tribunais pátrios, salientou que:

"Parte ela — a exceção em pauta — do pressuposto basilar de que não se pode iniciar ou prosseguir com uma execução que não preenche todos os requisitos de lei exigíveis, o que, aliás, é óbvio.

"Revela-se ela, assim, como um instrumento adequado para a correta e integral aplicação do citado pressuposto.

"E se, dentre os pressupostos fundamentais da executiva encontra-se o acostamento, à inicial, do título respaldador do crédito da exequente, revestido de todas as nuances previstas em lei, mutatis mutandis, a arguição da nulidade da execução, pela ausência de tal título, é perfeitamente argüível através de exceção de pré-executividade".

Neste Tribunal, já se decidiu:

"(...) a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível (art. 586 do CPC), podendo a nulidade da execução ser argüida a todo tempo, com base no art. 618 do Código de Processo Civil, sem oferecimento de embargos" (Ap. Cív. n. 36.775, de Joinville, rel. Des. José Bonifácio, DJE n. 8.321, de 22/8/91, pág. 11).

Nesse sentido, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

"Não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental, podendo

a parte argüi-la, independentemente de embargos do devedor, assim como pode e cumpre ao juiz declarar, de ofício, a inexistência desses pressupostos formais contemplados na lei processual" (RSTJ 40/447)".

Assim, votei pelo provimento do recurso, tão-somente para que, após a oitiva do exequente a respeito da provocação, profira-se decisão a respeito da nulidade da execução.

*Silveira Lenzi*

## AÇÃO RESCISÓRIA

### AÇÃO RESCISÓRIA N. 96.012076-9, DA CAPITAL

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Ação Rescisória. Réu afastado da relação processual rescindenda por ilegitimidade passiva ad causam. Decisão terminativa. Exigência de decisão definitiva transitada em julgado como condição de admissibilidade da rescisória. Exegese do art. 485 do CPC.*

*O art. 485 do CPC exige, para a admissibilidade da ação rescisória, a existência de uma sentença de mérito transitada em julgado e a comprovação de um dos requisitos ali taxativamente apresentados. Dessa forma, não há como ser rescindida decisão terminativa na parte em que acolheu preliminar de ilegitimidade passiva ad causam em relação a um dos co-réus, ao que se afirma solidários na obrigação de indenizar.*

*Consoante disposição literal do art. 485 do CPC, somente a sentença de mérito, transitada em julgado, poderá ser rescindida.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 96.012076-9, da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho), em que são autores Dalmo Bastos Silva e Modesta Savas de Bastos Silva, e réu João Martins Petri:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, julgar extinto o processo, com fundamento no art. 267, IV, do CPC.

Custas de lei.

1. Dalmo Bastos Silva e Modesta Savas de Bastos Silva aforam ação rescisória, fundada no art. 485, VI, contra João Martins Petri, visando

desconstituir sentença transitada em julgado, exarada em ação de indenização que moveram contra o Município e o ora demandado, em que este último foi excluído da relação processual por ilegitimidade passiva ad causam.

Alegam os autores que, conforme demonstraram na ação de indenização, são possuidores de dois terrenos contíguos no Balneário de Canasvieiras, um de marinha e outro alodial. Ocorre que a Prefeitura Municipal, alegando ter desapropriado a mencionada área, por utilidade pública, imitiu-se na posse do imóvel, concedendo, posteriormente, ao Sr. João Martins Petri o direito de uso e exercício de atividade comercial, tendo este instalado um quiosque, ocupando os setores 13 e 14 daquele balneário.

Asseveram ter ficado privados, entre 5/5/90 e 6/10/90, do uso do imóvel situado no setor 13 do Plano de Ordenamento Físico do Setor Leste de Canasvieiras. Justificam a presença do segundo réu, ocupante do setor 14, no pólo passivo daquele feito, por ser ele invasor de má-fé, com ou sem consentimento da Municipalidade, por ter conhecimento das anteriores disputas travadas em relação ao imóvel.

Esclarecem que em ambos os graus de jurisdição foi acolhida a tese de ilegitimidade passiva ad causam do segundo réu, sob a assertiva de que ele era mero detentor do imóvel, ante a existência de um contrato de concessão firmado com o Município.

Aduzem que o aludido contrato de concessão, no qual se baseou a tese da ilegitimidade passiva, não se refere ao imóvel que possuem, mas exclusivamente ao terreno limítrofe

em que João Martins Petri assentou o quiosque.

Mencionam que a Municipalidade não poderia, em 13/10/89, conceder o uso de imóvel de que não detinha a posse, já que a adquirira somente em 5/1/90, data em que tal órgão obteve a imissão, na ação de desapropriação, proposta em 9/11/89.

Argumentam, por fim, que da leitura do Relatório Complementar do Processo de Concorrência — Edital n. 2/89 — é possível constatar que houve embuste, porquanto o setor 13 foi declarado de utilidade pública em 13/10/89, o que afastava a possibilidade de concessão de uso, desfazendo a vinculação entre os imóveis pretendida pelo Município e o réu João Martins Petri.

Pugnam, por isso, com fulcro no art. 485, VI, do CPC, a rescisão do acórdão proferido pela colenda Terceira Câmara Civil, na Apelação Cível n. 51.438, com a prolação de nova decisão, desta feita incluindo o réu João Martins Petri, condenando-o solidariamente na obrigação de indenizar, invertidos os ônus sucumbenciais.

Em contestação, o réu alega, em suma, que, consoante o Plano de Ordenamento Físico do Setor Leste de Canasvieiras, o setor 14 estava vinculado ao setor 13, o que permitia a exploração de ambas as áreas, ante o êxito obtido na concorrência pública de agosto de 1989. Pugna, pois, pela improcedência do pedido.

Os autores replicaram, asseverando que os documentos de fls. 79 e 80 são inautênticos, já que não possuem data de emissão e trazem apenas a chancela do IPUF.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento da pretensão.

2. O processo é julgado extinto, sem julgamento do mérito, com fundamento no art. 267, IV, do CPC, como se demonstrará.

Objetiva a presente ação rescisória a desconstituição parcial do julgamento da Apelação Cível n. 51.438, da Capital, onde restou assentado:

“Quanto à legitimidade do réu João Martins Petri, não há relação jurídica de direito material que a justifique. O Município (fls. 104) a ele delegou poderes de ocupação e uso do imóvel. Achando-se o réu em relação de dependência com a municipalidade, até porque da própria natureza do contrato, não participa de relação jurídica de direito material com os autores, não havendo como trazê-lo ao pólo passivo.

“Quanto à fraude na destinação do bem, nada foi comprovado”.

Ressalte-se, inicialmente, que além dos pressupostos comuns a qualquer ação, a rescisória, para ser admitida, pressupõe duas condições básicas: sentença de mérito transitada em julgado e a invocação de algum dos fundamentos de rescindibilidade taxativamente previstos no art. 485 do Código de Processo Civil.

Sobre a matéria, lembra Humberto Theodoro Jr., em seu festejado Curso de Direito Processual Civil, que as condições da ação, segundo o próprio Código, são a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade de parte para a causa, e o interesse jurídico na tutela jurisdicional.

E acrescenta: “O reconhecimento da inexistência de condição conduz ao julgamento que se denomina carência da ação e que, por não dizer respeito ao mérito, não produz a eficácia de coisa julgada material. Por essa mesma razão, não impede que a parte venha novamente a propor a ação sobre a mesma lide (art. 268)” (pág. 312).

Logo adiante, no que pertine à ação rescisória, doutrina:

“No regime do Código revogado, era possível a rescisão tanto das sentenças de mérito como das de conteúdo meramente processual. Pelo novo Código, a ação rescisória só é viável nos casos de sentença de mérito (art. 485). É que as sentenças terminativas não fazem coisa julgada sobre a lide e, por isso, não impedem que a parte renove a propositura da ação (art. 268). E não ocorrendo a res judicata, não há como falar em ação rescisória” (in Curso de Direito Processual Civil, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, págs. 634 e 635).

Constata-se, pois, que, não obstante na ação originária tenha ocorrido julgamento de mérito em relação ao município de Florianópolis, o mesmo não se poderá afirmar em relação ao réu João Martins Petri, já que afastado da relação processual por parte ilegítima passiva.

Acerca do tema, leciona Coqueijo Costa (Ação Rescisória, 3ª ed. rev. e aumentada, São Paulo, LTr, 1984):

“As decisões terminativas, que extinguem o processo sem julgamento de mérito (CPC, art. 267), ensejam o autor intentar de novo a ação, salvo quando o juiz acolher a alegação de



perempção, litispendência ou de coisa julgada' (CPC, art. 268), o que, entretanto, não justifica a rescisória, face à exigência do pressuposto da decisão de mérito, que aí inexistente" (pág. 30).

Logo adiante, conclui:

"A sentença trabalhista que julga o reclamante carecedor da ação por inexistência da relação de emprego funda-se na falta de legitimidade ad causam passiva: o direito não corresponde àquele contra quem é feito valer. A Justiça do Trabalho tem competência constitucional para decidir assim. Daí, não se tratar de incompetência, mas de carência. Essa decisão não é rescindível por ação rescisória, porque extingue o processo sem julgamento do mérito. Nada impede que o autor volte a reclamar sua pretensão trabalhista contra o verdadeiro réu-reclamado, noutra ação (CPC, art. 268)" (pág. 31).

Neste mesmo norte é o entendimento perfilhado por Nelson Nery Júnior (Código de Processo Civil Comentado, 2ª ed. rev. e amp., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, pag. 862):

"Não é qualquer decisão transitada em julgado que enseja a ação rescisória, mas somente aquela de mérito, capaz de ser acobertada pela autoridade da coisa julgada".

De seu turno, enfatiza Antônio Macedo de Campos (in Ação Rescisória de Sentença, 1ª ed., São Paulo, Sugestões Literárias S/A, 1976, págs. 85/86):

"Ao estabelecer seus princípios gerais, o Código de Processo Civil esclareceu, no art. 162, que o juiz só pratica três tipos de atos: sentença, decisões interlocutórias e despachos.

E o § 1º tornou patente que desde que o juiz ponha termo ao processo, quer decida, quer não decida o mérito da causa, haverá sempre sentença. Daí se conclui que somente são passíveis de rescisão as sentenças que, além de pôr fim ao processo, decidam também o mérito.

"E já tive oportunidade de escrever que ocorre extinção do processo com julgamento do mérito, quando ocorre acolhimento ou rejeição do pedido, quando o réu reconhece a procedência da pretensão, quando as partes transigirem, for pronunciada a decadência ou prescrição, ou havendo renúncia.

"Quanto ao que seja de mérito, não há como deixar de reportar-se ao prof. Alfredo Buzaid, o qual, apoiando-se em Batista Martins, Liebman, Betti e Cernelutti, conclui, afirmando que só a obra deste último trouxe à palavra lide significado técnico, definindo-a como um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida. E o julgamento deste conflito de pretensões constitui decisão definitiva de mérito".

Nessa mesma senda, Thereza Alvim (in Revista do Processo. Registros públicos 39-7/15) assevera:

"Observe-se, por importante, que a coisa julgada formal corresponde à preclusão máxima no processo ou, por outras palavras, a coisa julgada formal constitui a indiscutibilidade do decidido, quer alcance o mérito ou não, no âmbito daquele mesmo processo, mas, indiscutivelmente, não é essa a coisa julgada a que corresponde ao trânsito em julgado, a que se reporta o art. 485, pois que não impede a repropositura da ação".

Dessarte, não há como ser rescindida a decisão no caso vertente, já que terminativa, embora contra o outro réu tenha sido proferida sentença definitiva, com julgamento de mérito.

3. Em face de todo o exposto, julga-se extinto o processo, com fulcro no art. 267, IV, do CPC, por ausência de pressuposto de admissibilidade, revertendo-se o depósito em favor do acionado, a teor do art. 494, e condenando-se os autores ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor atualizado da causa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. João José Schaefer, Francisco Borges, Silveira Lenzi, Cláudio Barreto Dutra, Vanderlei Romer e Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 9 de outubro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Pedro Manoel Abreu,*  
*Relator.*

## CONFLITO DE COMPETÊNCIA

### CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 98.013651-2, DA CAPITAL

**Relator: Des. Xavier Vieira**

*Conflito de competência.*

*Controvérsias envolvendo conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas.*

*Competência da Justiça Federal.*

*Argüição prejudicada. Remessa dos autos àquela jurisdição.*

*— Compete à Justiça Federal processar execução promovida pelo Crea.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência*

*n. 98.013651-2, da comarca da Capital, em que é suscitante o Dr. Juiz de*

*Direito da Vara da Fazenda da Capital, sendo suscitado o Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Capital:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, sem voto discrepante, julgar prejudicado o presente conflito e determinar a remessa dos autos à Justiça Federal.

Custas ex lege.

O Togado da Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Capital suscitou conflito negativo de competência, inconformado com a remessa da ação de execução fiscal promovida pelo Crea — Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia que lhe fez o Dr. Juiz da 3ª Vara Cível da Capital.

É que o Magistrado suscitado havia declinado de sua competência, por entender que as execuções fiscais devem ser processadas perante a Vara da Fazenda.

Por sua vez, o Juízo suscitante, entendendo ser as contribuições anuais devidas aos respectivos Conselhos, contribuições para-fiscais e não tributo, ações da natureza enfocada devem tramitar nas Varas Cíveis.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da ilustrada Dra. Hercília Regina Lemke, opinou pela competência do Juízo suscitado.

É o relatório.

A arguição está prejudicada.

Vê-se que os autos principais versam uma ação de execução fiscal proposta, inicialmente, perante o Juízo da 2ª Vara Federal da Capital que declinou de sua competência por entender que, após a edição da Medida Provisória n. 1.549-40 e Medida Provi-

sória n. 1.641-41, de 14/3/98, os feitos em que os Conselhos de Fiscalização Profissional atuam na execução de seus créditos não são mais de competência federal, eis que referidas instituições deixaram de ser autarquias federais e passaram a ser dotadas de natureza jurídica privada. Declarada a incompetência daquele Juízo Federal foram os autos remetidos à Justiça Estadual.

Na verdade, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem evoluindo no sentido de que a competência para processar e julgar lide surgida no exercício de função delegada continua sendo da Justiça Federal.

A propósito:

"Conselho Regional de Psicologia.

"Execução. Competência da Justiça Federal. MP n. 1.651-43/98.

"É da competência da Justiça Federal processar a execução promovida pelo CR de Psicologia. Art. 58, § 8º, da MP n. 1.651-43/98" (Conflito de Competência n. 22056-RJ, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

Assim, julga-se prejudicado o presente conflito e, de ofício, determina a Câmara a remessa dos autos à Justiça Federal.

Participaram do julgamento com votos vencedores os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Gaspar Rubik e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 4 de março de 1999.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente e Relator.*

## AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA

### AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.009982-0, DA CAPITAL

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Agravo regimental interposto contra indeferimento da inicial de mandado de segurança — Cabimento ex vi do disposto no § 1º do art. 195 do Regimento Interno do TJSC.*

*O agravo regimental é o recurso cabível do despacho que, in limine, decreta a extinção do processo, sem exame do mérito.*

*Mandado de segurança. Ato judicial. Sucedâneo recursal. Impossibilidade ante a nova redação dada ao art. 558 do CPC.*

*O mandado de segurança não pode constituir-se em sucedâneo recursal. Após a nova redação do art. 558 do CPC, que conferiu ao relator a possibilidade de conceder efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento e de apelação, não mais subsiste justo motivo para a impetração de mandado de segurança contra ato judicial atacável por um daqueles recursos. Somente em eventual negativa do efeito suspensivo é que se cogita da possibilidade de impetração do mandamus.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 98.009982-0, da comarca da Capital, em que é agravante BRB — Banco de Brasília S/A, sendo agravado Meritíssimo Juiz de Direito da Vara da Fazenda da Capital:*

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

Custas legais.

### I — Relatório

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por BRB — Banco de Brasília S/A contra ato do Meritíssimo Juiz de Direito da Vara da Fazenda da Capital, com o escopo de profligar, em relação a si, o bloqueio das operações financeiras referentes às Letras Fiscais do Tesouro de Santa Catarina.

## II — Voto

### 1 — Admissibilidade

Trata-se de agravo regimental interposto por BRB — Banco de Brasília S/A, contra a decisão do relator que indeferiu liminarmente o mandado de segurança originário impetrado contra o Dr. Juiz de Direito da Vara da Fazenda da Capital, por inadequação procedimental.

A interposição de agravo regimental contra decisão que indefere, liminarmente, mandado de segurança, é admitida, com fulcro no Regimento Interno deste Tribunal ex vi o art. 195, § 1º, e art. 33 da Lei n. 8.038/90:

“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.

“§ 1º — O prazo para interposição do agravo será de cinco dias, nos casos previstos nos arts 8º, parágrafo único, e 13, da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951”.

Consoante a doutrina e a jurisprudência firmada nos Tribunais, inclusive no STF, inexistente qualquer incompatibilidade entre o art. 33 da Lei n. 8.038/90 e Regimento Interno do Tribunal, quando este prevê o cabimento do agravo regimental contra despacho do Relator que, no exame de admissibilidade de recurso originário de competência daquela Corte, extingue o processo ou indefere, liminarmente, a inicial.

A respeito já decidiu o colendo STJ in RT 699/175:

“Do despacho que, de imediato, decreta a extinção do processo, sem exame do mérito, o recurso apropriado é o agravo regimental”.

Cumpra apenas afirmar que o que não se admite é agravo regimental contra decisão do relator que em mandado de segurança concede ou nega a medida liminar. Portanto, o agravo regimental merece ser conhecido.

### 2 — Mérito

A decisão que alega ferir-lhe direito líquido e certo foi proferida pelo Meritíssimo Juiz de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda da Capital em ação civil pública intentada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, da qual a impetrante não faz parte do pólo passivo.

O fato de não figurar no pólo passivo da demanda não afasta a legitimidade para interpor o recurso adequado, no caso, o agravo de instrumento. Seria oportuno trazer a lume o seguinte dispositivo processual que permite esse expediente:

“Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

“§ 1º Cumpra ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”.

Não se contesta a presença dos requisitos necessários à interposição do recurso por parte do impetrante.

Por outro lado, nem se argumenta que o recurso de agravo de instrumento não seja o meio adequado uma vez que, de acordo com a nova sistemática desse recurso, ao relator foi facultado, ante argumentação relevante e risco de lesão grave e de difícil reparação, conceder efeito suspensivo até o julgamento final pela câmara, conforme dicção do art. 558 do Código de Processo Civil.

Nesse norte decidiu-se no TRF, da 4ª Região, em acórdão lavrado pelo eminente Juiz Teori Albino Zavascki, in RT 731/446:

“Em sua nova sistemática, o recurso de agravo, que será dirigido diretamente ao Tribunal (art. 524 do CPC), enseja que o relator, ‘a requerimento do agravante’ e desde que seja ‘relevante a fundamentação’, suspenda o cumprimento da decisão agravada, entre outros, nos ‘casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação’ (CPC, art. 558). O desiderato do legislador foi, indubitavelmente, o de conferir ao relator a faculdade de antecipar os efeitos do futuro e provável juízo de provimento do agravo e, com isso, assegurar a utilidade dessa decisão, que estaria comprometida sem uma providência oposta à que decorre da decisão agravada.

“A finalidade da norma, e não a estrita literalidade do dispositivo, é que deve presidir a interpretação do art. 558 do CPC. Nesse pressuposto, impõe-se concluir que o relator do agravo poderá, sendo relevantes os fundamentos e havendo perigo de dano, determinar as providências consistentes na antecipação do futuro e provável juízo de provimento do recurso, para o efeito de suspender o

cumprimento do ato agravado, ou, sendo ele omissivo ou indeferitório, para adiantar a tutela por ele negada.

“Assim, mesmo em caso de urgência, é o agravo de instrumento, e não a via autônoma da ação de mandado de segurança, o meio processual adequado para controlar decisão judicial que indefere pedido de antecipação da tutela”.

Aliás, precedentes deste Tribunal não mais admitem o mandado de segurança para substituir recursos expressamente previstos nas leis processuais em obediência ao inciso II do art. 5º da Lei n. 1.533/51:

“Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

“I — (...).

“II — de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição;”.

Por esse enunciado pode-se perceber como inviável a abstração da Lei n. 9.139/95, viabilizadora de solução adequada em nível recursal e, ipso facto, obstativa do mandamus para o fim aqui colimado.

Ao fazer a apresentação do livro “Novo Agravo”, de J. E. Carreira Alvim, Nelson Nery Júnior esclarece:

“A grande novidade do agravo foi, assim, esvaziar o mandado de segurança, admitindo que o próprio relator do agravo possa dar-lhe também o efeito suspensivo, nos casos dos quais possam resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspendendo o cumprimento da decisão até o pronunciamento do tribunal. Essa medida foi estendida, igualmente, à apelação

— com a reforma do parágrafo único do art. 558 —, pois, muitas vezes, o mandado de segurança era também manejado com o propósito de se imprimir ao apelo efeito que o Código lhe negava” (in *Novo Agravo*, Del Rey, 1996, págs. 7/8).

O magistério de J. E. Carreira Alvim esclarece:

“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” (ob. cit., págs. 43/44).

E fulmina:

“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 pronunciamento definitivo do tribunal (art. 558). Esvaziado fica assim o mandado de segurança, que colimava idêntico objetivo” (op. cit., pág. 44).

Retirando possível tergiversação a respeito do assunto transcrito ementa do acórdão proferido pelo STJ, no REsp. n. 96.0003656-0—ES, relatado pelo eminente Ministro Hum-

berto Gomes de Barros, publicado na RSTJ 95/56:

“Após o advento da Lei n. 9.139/95, o mandado de segurança, para imprimir efeito suspensivo, só é admissível após o recorrente formular e ver indeferido o pedido a que se refere o art. 558 do Código de Processo Civil”.

Mais adiante (pág. 57) explicita seu entendimento:

“Não se admite mandado de segurança contra ato judicial suscetível de recurso com efeito suspensivo.

“O agravo de instrumento não produz, automaticamente, efeito suspensivo. No entanto, a Lei n. 9.139/95, em oportuna inovação, permitiu que o relator, quando provocado pelo agravante, empreste efeito suspensivo ao recurso.

“Na atual conjuntura, somente depois de formular o pedido de suspensão, o agravante pode afirmar que seu recurso não produz o duplo efeito”.

Outrossim, o STJ, no RMS n. 8.164—SP, relatado pelo Ministro Milton Luiz Pereira, in RSTJ 107/33, decidiu que:

“Mandado de segurança não pode constituir-se em sucedâneo recursal. A construção pretoriana apenas o admite em circunstâncias excepcionais, de erro teratológico ou de ofensa ostensiva e direta à norma constitucional relevante (RMS 1.362/SP — rel. Min. Athon Carneiro). Princípio da unirrecorribilidade. Quanto à sua adequação para emprestar efeito suspensivo, não podem ser desprezados o texto e a finalidade do art. 558, CPC”.

Ovídio Baptista da Silva, in *Curso de Processo Civil*, vol. 2, 3ª ed., RT, 1998, pág. 378, leciona que: “os pressupostos para cabimento do mandado de segurança contra ato judicial de que caiba recurso são dois: a) inexistência de efeito suspensivo em tal recurso; b) demonstração pelo autor do mandado que a inexistência de efeito suspensivo, que poderia impedir a imediata execução do ato impugnado, põe em risco de dano iminente o direito litigioso que se procura amparar com a segurança”.

Valeria colacionar a ementa do RMS n. 6.112/SP, in DJU n. 51, de 17/3/97, pág. 7.495, relatada pelo Min. Waldemar Zveiter:

“O mandado de segurança não se presta a substituir o recurso cabível contra o ato judicial impugnado”.

Assim sendo, o ato hostilizado — que não é manifestamente ilegal, nem teratológico, e muito menos partido de autoridade incompetente — só poderia ser alvo de recurso expressamente previsto, qual seja, o agravo de instrumento, porque está desatualizada e superada a jurisprudência anterior ao advento da Lei n. 9.139/95, que deu nova redação ao art. 558 do CPC.

Aliás, antes mesmo da reforma do Código de Processo Civil e da Lei do Agravo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça era bem explícita:

“O sistema jurídico processual vigente impede o ataque direto da decisão judicial pela via da segurança, daí exigir-se, como condição de admissibilidade do mandamus, a interposição tempestiva de recurso sem efeito suspensivo.

“O acatamento da segurança como desafio frontal ao decisório concolaria, ipso facto, o writ, em recurso (com prazo dilargante de 120 dias) e para proteger, na maioria dos casos, situações menos relevantes que as comumente impugnadas mediante recurso ordinário (e com efeito suspensivo).

“É manifestamente injurídica a interpretação de que a lei (art. 5º da Lei n. 1.533) de regência admite segurança (contra ato judicial) quando o código não confere recurso adequado (ou correição). Essa compreensão alarga demasiadamente o campo de aplicação do remédio constitucional, transformando uma ação (de segurança) em recurso de caráter genérico, cabível toda vez em que a lei não preveja a forma recursal específica, ampliando o sentido da lei precisamente onde ela pretendeu restringir.

“O desafio (da decisão jurisdicional) direto, pela via do mandamus, dentre outras inconveniências, resulta em incongruências de ordem processual inarredáveis, permitindo o ajuizamento de mandados de segurança, em série, superpostos, de acordo com a hierarquia dos órgãos julgadores subseqüentes, até que um deles — ou um Tribunal de instância maior — conceda a liminar (ou defira o mérito). Ademais, das inúmeras ações que poderão decorrer e com possíveis julgamentos contraditórios, comete-se a um órgão jurisdicional diverso do que proferiu o despacho liminar (ou a sentença) a competência para revê-lo (revogá-lo ou anulá-lo), sem ser pela via do recurso próprio, com ofensa à autonomia das instâncias, princípio constitucional implícito.



“Não cabe mandado de segurança contra ato ou decisão de natureza jurisdicional, emanado de Relator ou Presidente de Turma (Súmula 121 do TFR)” (RMS n. 4.313-4/PE, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU n. 111, de 12/6/95, pág. 17.596).

O mandado de segurança, impetrado diretamente contra ato judicial, só é admissível nas hipóteses de incompetência jurisdicional, teratológica ou manifesta ilegalidade, o que não é o caso.

O ato hostilizado não se reveste destas coimas a justificar a impetração.

O argumento de que o terceiro teria legitimidade para impetrar o mandado de segurança em substituição a recurso cabível afronta diretamente o dispositivo do Código Processual que concede legitimidade ao terceiro interessado de interpor os recursos que se fizerem necessários à proteção de seu direito. Ao conceder legitimidade ao terceiro equiparou-se à parte de forma que não é razoável que seja processualmente beneficiado com a possibilidade de impetração de mandado de segurança com efeito recursal.

A questão do anterior despacho do eminente Des. Trindade dos Santos foi muito bem abordada no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça ao afirmar que:

“Cumpre ainda argumentar sobre o reclamo referente ao Despacho inicialmente proferido pelo Des. Trindade dos Santos que, no entendimento do agravante, resolveu a questão da possibilidade jurídica da

impetração do mandado de segurança, impedido, por isso, o despacho de indeferimento ora atacado, por força do que dispõe o art. 471, incisos I e II, do CPC.

“O art. 471 do CPC apresenta duas exceções à vedação legal imposta ao juiz, a saber:

‘I — se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir revisão do que foi estatuído na sentença;

‘II — nos demais casos previstos em lei’.

“No presente caso aplica-se, sem dúvida, a exceção prevista no inciso II do artigo supramencionado.

“É que o art. 267, § 3º, do CPC, dispõe que: ‘o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”.

### III — Decisão

Ante o exposto nega-se provimento ao agravo regimental.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Trindade dos Santos.

Florianópolis, 22 de dezembro de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente e Relator.*

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

### AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 98.005567-9, DE CHAPECÓ

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 47/97. Alterações na sistemática tributária do IPTU. Publicação. Princípio da anualidade. Pedido de liminar deferido.*

*Ensina o insigne José Afonso da Silva que “A publicidade, contudo, não é um requisito de forma do ato administrativo, não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequiabilidade, quando a lei ou regulamento a exige”.*

*Assim, o que justifica o princípio da anualidade é o controle direto dos atos do Poder Executivo, permitindo a adequação do orçamento anual à arrecadação prevista.*

*Viabilizada a aparência de que foi violado o art. 128, III, b, da Constituição Estadual, consagrador do princípio da anualidade, que veda ao Estado e seus Municípios cobrarem tributos, no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, impõe-se a suspensão da eficácia da norma infringente.*

*Conexão. Ação direta de inconstitucionalidade previamente ajuizada com identidade de objeto e causa petendi. Reunião dos processos.*

*Verificando-se a identidade de objeto e causa de pedir, é mister a reunião das ações para permitir evitar sejam proferidos julgamentos colidentes e permitir a relação simbiótica da instrução probatória que induza à cognição plena e absoluta, pelo órgão colegiado, das razões fundantes da causa petendi.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 98.005567-9, da comarca de Chapecó, em que é requerente o representante do Ministério Público, sendo requerido o município de Chapecó:*

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por decisão unânime, conceder a liminar.

Custas de lei.

O representante do Ministério Público de Chapecó, em exercício no Centro das Promotorias da Coletividade — Curadoria da Moralidade Administrativa — ingressou com ação direta de inconstitucionalidade contra o município de Chapecó em face da Lei Complementar n. 47, de 17 de dezembro de 1997, que introduziu alterações no sistema tributário do Município.

O Órgão promovente noticia irregularidades formais que estariam a macular a LC n. 47/97, que altera a normatização tributária naquele Município, especificamente no que concerne ao IPTU — Imposto Predial e Territorial Urbano, à vista de sua publicação ter desprezado o princípio da anterioridade, essencial para conferir legitimação ao diploma.

Fundamenta suas razões no fato incontroverso da publicação do édito legal ter-se verificado apenas no boletim destinado à divulgação dos atos oficiais da Municipalidade que circulou em janeiro de 1998, impresso como boletim complementar ao do mês de dezembro de 1997, e apenas parcialmente.

Argumenta acerca do princípio da anterioridade das normas tributá-

rias e discorre sobre a publicidade necessária à validação dos atos legislativos, cuja ausência contraria o art. 13 da Lei Orgânica do município de Chapecó que estabelece, nortear-do os atos da administração municipal, a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade em respeito à normatização hierarquicamente superior.

Indica violados os dispositivos da Constituição Estadual, notadamente o art. 16, que impõe o princípio da publicidade dos atos da administração pública; o parágrafo único do art 111, que dispõe que “Os atos municipais que produzam efeitos externos serão publicados no órgão oficial do Município ou da respectiva associação municipal e em jornal local ou da microrregião a que pertencer e, na falta deles, em edital que será afixado na sede da Prefeitura e da Câmara”; bem como o art. 128, III, b, que veda a cobrança de tributos, no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

O requerente anexou ao petítório exordial cópias do Procedimento Administrativo n. 002/98 em curso perante a Curadoria da Moralidade Administrativa do Centro das Promotorias da Coletividade de Chapecó, iniciado mediante representação formal da Ordem dos Advogados do Brasil — local, com documentos para comprovar suas assertivas, de onde se extrai a informação de que a lei hostilizada vem ensejando reações e grave repercussão naquela comuna.

Pede a sustação liminar da eficácia da Lei Complementar n. 47/97, por presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Distribuído o feito, inicialmente ao eminente Des. João José Schaefer, que declinou da competência, em virtude da existência de ação prévia da mesma natureza e idêntico objeto, sendo o feito redistribuído a este relator.

É o relatório.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face da Lei Complementar n. 47/97 do município de Chapecó.

Idêntica postulação foi apreciada por este colendo Órgão Especial, em sessão de 20 de maio de 1998, por ocasião do julgamento do pedido de liminar na ADIn. n. 98.005026-0, deste relator, tendo por objeto a inconstitucionalidade da mesma Lei Complementar n. 47/97, do município de Chapecó, que teve sua eficácia suspensa por decisão unânime, reprimada como razão de decidir:

“Com efeito, dispõe a Constituição Estadual, em seu art. 111, parágrafo único, verbis:

‘Os atos municipais que produzem efeitos externos serão publicados no órgão oficial do Município ou da respectiva associação municipal e em jornal local ou da microrregião a que pertencer e, na falta deles, em edital que será afixado na sede da Prefeitura e da Câmara’.

“Basta a interpretação meramente gramatical para inferir-se o alcance da norma, que impõe cumulatividade de publicação em órgão oficial e em jornal local, apenas excluindo a obrigatoriedade da providência na hipótese de indisponibilidade dos veículos mencionados.

“O regramento disciplinador da matéria no município de Chapecó é bem anterior à Constituição Estadual, pois já constava do sistema normativo local em 20 de julho de 1973, a Lei n. 44, com o seguinte teor:

‘Art. 1º — Fica criado o Boletim Oficial do município de Chapecó, destinado a fazer circular a matéria oficial desta municipalidade, devendo ser sua tiragem normal de 500 exemplares, tamanho 35x5 colunas de 4,5 centímetros, perfazendo o total de 14 páginas mensais’.

“Esse texto foi inegavelmente recepcionado pela Carta Política Estadual, eis que com ela compatível, podendo subentender-se, da leitura conjugada dos dois dispositivos, que, no município de Chapecó, os atos oficiais serão publicados no veículo criado pela Lei n. 44/73 e em jornal de circulação local, à medida que não exclui a outra forma de divulgação contida na norma constitucional.

“Porém, entre a Lei e a Constituição Estadual, o Poder Executivo daquele Município editou o Decreto de n. 3.219/97, restringindo as publicações dos atos de efeitos externos da Municipalidade ao mural instalado no Paço Municipal, com a seguinte redação:

‘Art 1º — Fica estabelecido que os atos legais do município de Chapecó que produzem efeitos externos, inclusive aqueles licitatórios, serão afixados, para efeitos de publicação, no Mural Público, localizado na entrada do Edifício Sede da Prefeitura’.

“A redação alude aos efeitos da divulgação editalícia, fazendo presumir o aperfeiçoamento do ato pela simples afixação no local indicado,

sem menção às formas usuais e necessárias para a eficaz publicidade dos atos administrativos.

“Em primeiro plano, vislumbra-se a inocuidade do ato perante a lei anterior, em face da graduação hierárquica que os separa. A divergência acentua-se, em análise ainda que superficial, quando comparado ao texto constitucional supratranscrito.

“Quanto à Lei Complementar n. 47/97, é mais sutil a evidência de vício, exigindo estudo criterioso na apreciação do pedido acautelatório.

“O Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Chapecó Dr. Valério Braun, ao apreciar o pedido de liminar nos autos do mandado de segurança coletivo promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil, cujo objeto é a refalada LC n. 47/97, assim manifestou-se:

‘Efetivamente, este é um fato incontroverso, a LC n. 47/97 não foi publicada no Boletim Oficial do Município no ano de 1997, mas tão-somente no Boletim Complementar — dezembro de 1997, que circulou ou foi publicado somente no mês de janeiro de 1998, tanto que, na página 14, transcreveu a Portaria n. 382 de 7 de janeiro de 1998 e que assinada pelo Sr. Prefeito Municipal. Os impetrados, assim noticiam os documentos juntados, alegam que a lei em questão foi publicada no mural instituído pelo Decreto n. 3.219, de 11 de agosto de 1997, fato que torna suprida a exigência constitucional da anterioridade da lei. Referido Decreto também é objeto deste writ no sentido que se o declare inconstitucional.

‘Todavia, mesmo que se tenha como válida a publicação da LC n. 47/97, os demais vícios apontados na

presente ação, quer no que diz respeito ao processo legislativo e uso de Tabelas diversas daquelas que foram aprovadas pela lei em comento, convencem acerca da existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, pelo menos de forma parcial, em favor da impetrante. Demonstrou a impetrante, através de documentos, que a lei ao ser sancionada, adotou, para cobrança da Taxa de Coleta de Lixo, Tabela diversa da que foi votada e aprovada na Câmara de Vereadores. Este é um fato que entendo ser relevante e pesa em desfavor dos impetrados. Também não é menos digno de nota, que mesmo admitindo-se estar em plena vigência a LC n. 47/97, parte de seus dispositivos não vinham sendo observados pela Administração do Município, sob alegação de serem inconstitucionais, matéria, aliás, pendente de decisão em outras ações mandamentais já ajuizadas contra o município de Chapecó’.

“De certo modo, o ilustre Magistrado considerou suprida a exigência da publicação, em face do que dispõe o Decreto n. 3.219/97. Todavia, a evidência da incompatibilidade acima abordada, conduz a outros contornos que obstam os efeitos do refalado Decreto, indicadores da aparente deficiência do ato administrativo impugnado, porquanto, para o seu aperfeiçoamento, impõe-se a observância da Lei Maior, que só é possível considerar-se atendida se, comprovadamente, estivessem indisponíveis os veículos usuais para tanto.

“Portanto, aos motivos colacionados na transcrição das palavras do Magistrado, a suposta adulteração das Tabelas do Anexo da LC e a fundada suspeita de publicação do Bole-

tim Complementar de dezembro de 1997, somente em janeiro de 1998, com apenas parte do texto combatido, acresça-se, ainda, que não se vislumbra hipótese de publicação legítima capaz de inserir a norma dos ditames constitucionais que determinam a observância do princípio da anterioridade da lei tributária, ao menos na análise perfunctória que ora se faz.

“A propósito, cite-se a sempre adequada ensinança de José Afonso da Silva:

‘A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo. Especialmente exige-se que se publiquem atos externos, fora dos órgãos da Administração.

‘A publicidade, contudo, não é um requisito de forma do ato administrativo, não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou regulamento a exige’ (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 13ª ed., 1997, pág. 617).

“Sobretudo em atos que refletem diretamente na vida do contribuinte, como o que aqui se cuida, não se pode relegar a publicação e divulgação necessárias, e, muito menos, a antecedência exigível para que o cidadão comum, que recolhe seus impostos, possa programar-se para fa-

zê-lo, sem que seja surpreendido com a elevação do tributo.

“O que justifica o princípio da anualidade é o controle direto dos atos do Poder Executivo, permitindo a adequação do orçamento anual à arrecadação prevista. Aliomar Baleeiro, comentando as razões políticas que sustentam o princípio, observa:

‘É que o orçamento transformou-se de escudo de defesa do bolso dos contribuintes em plano de governo que o Legislativo aprova quando lho apresenta o Executivo’ (Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 7, pág. 54).

“Sendo o princípio da anualidade, peça-chave do sistema de freios e contrapesos que se traduz na convivência harmônica dos Três Poderes, é de rigor a sua conservação.

“A constatação de que a publicação não se deu no exercício anterior, decorrente da evidência inarredável de que o Boletim Oficial que a divulga contém também ato só assinado em janeiro de 1998, viabiliza a aparência de que foi violado, também, o art. 128, III, b, da Constituição Estadual, consagrador do princípio da anualidade, ao dispor, ser ‘vedado ao Estado e seus Municípios:

‘III — cobrar tributos:

‘a)...

‘b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou’.

“Pelos razões supra, presentes estão o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, que autorizam a concessão da almejada liminar.

“Quanto aos efeitos que surgem da medida acautelatória, apropriadas as razões aduzidas pelo emi-

nente Des. João José Schaefer, ao relatar o pedido de liminar na ADIn. n. 97.008690-3:

‘A suspensão de uma lei, contra a qual se oferece representação de inconstitucionalidade em tese, é, indubitavelmente, acentuou o Sr. Ministro Moreira Alves na Representação n. 1.017, do Rio de Janeiro (RTJ 101/502), medida de caráter excepcional, para cuja concessão se faz mister que na ponderação de sua conveniência ou inconveniência, aquela se imponha, de modo manifesto, pelo interesse público prevalecente.

(...)

‘Em voto que proferiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 513, DF (RTJ 141/739), o eminente Ministro Celso de Mello acentuou que o valor jurídico do ato inconstitucional é nenhum. É ele desprovido de qualquer eficácia no plano do Direito. Por isso mesmo, a doutrina (Walter Theodósio, ‘Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei’, ‘Justitia’, vol. 118/97, v. g.) e a própria jurisprudência deste Tribunal (Rp. n. 1.077-RJ, RTJ 101/503) têm proclamado a absoluta ineficácia derogatória das leis inconstitucionais’.

“E depois de acentuar que a lei inconstitucional, por ser nula e, conseqüentemente, ineficaz, reveste-se de absoluta inaplicabilidade. Falecendo-lhe legitimidade constitucional, a lei se apresenta desprovida de aptidão para gerar e operar qualquer efeito jurídico. Sendo inconstitucional, a regra jurídica é nula (RTJ 102/671), conclui:

‘A lei eivada de inconstitucionalidade, por isso mesmo, não possui eficácia derogatória de leis anterior-

res. A decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade e a conseqüente ineficácia de ordem jurídica, que se projeta e atinge todos os possíveis efeitos que uma lei inconstitucional é capaz de gerar’.

‘A suspensão dos efeitos da Lei Complementar, operada na concessão da liminar, tem o poder de suspender, igualmente, o efeito revogatório da lei anterior que regulava a matéria tratada no diploma ora impugnado.

“Portanto, sem risco de inviabilizar o plano orçamentário aprovado, resguarda-se a Administração Municipal, como também o interesse prevalecente do administrado, concedendo-se a liminar pleiteada para, no município de Chapecó, suspender a vigência da Lei Complementar n. 47, de 17 de dezembro de 1997, integralmente, até o julgamento de mérito desta ação ou até o dia 31 de dezembro do corrente ano de 1998, se até então não tiver sido levado a termo o presente procedimento, vigorando, para regular as matérias nela contidas, a legislação pertinente utilizada no período anterior à sua adoção”.

A repetição da actio, entretanto, não configura litispendência, eis que diversas as partes figurantes no pólo ativo, impondo-se o processamento regular desta ADIn. até final julgamento. Não obstante a evidente conexão que as vincula, é mister determinar a reunião dos feitos, a fim de evitar julgamentos colidentes e possibilitar a complementação simbiótica da instrução probatória que em cada uma delas se fizer, viabilizando a cognição plena dos fundamentos

que suportam a causa petendi da questão posta à apreciação deste Juízo colegiado.

Ante o exposto, concede-se a liminar requerida para sustar a eficácia da Lei Complementar n. 47 de 17 de dezembro de 1997, do município de Chapecó, até o julgamento de mérito desta ação ou até o dia 31 de dezembro do corrente ano de 1998, se até então não tiver sido levado a termo o presente procedimento, vigorando, para regular as matérias nela contidas, a legislação pertinente utilizada no período anterior à sua adoção.

Apense-se estes autos aos da ADIn. n. 98.005026-0, de Chapecó, reunindo-os para processamento simultâneo, reconhecendo a identidade de objeto e causa de pedir justificadora da providência, tomada com lastro no art. 105 do Digesto Procedimental Civil.

Segundo estabelecem os arts. 5º e 6º do Ato Regimental n. 06/90, preste, em 10 (dez) dias, o Exmo. Sr. Prefeito Municipal as devidas informa-

ções, citando-se também o douto Procurador do município de Chapecó para, no prazo de 30 (trinta) dias, defender o ato impugnado (§ 3º do art. 103 da Magna Carta). Diante da particularidade da espécie, em 10 (dez) dias, o Exmo. Sr. Presidente da Câmara de Vereadores igualmente poderá prestar informações.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Des. Sérgio Paladino, Xavier Vieira, Wilson Guarany, João José Schaefer, José Roberge, Alberto Costa, Amaral e Silva, Álvaro Wandelli e Jorge Mussi.

Presidiu a sessão, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des Wilson Guarany e funcionou como Procurador de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Joel Rogério Furtado.

Florianópolis, 3 de junho de 1998.

*João Martins,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

## EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

### EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO N. 98.017576-3, DE JOAÇABA

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Exceção de suspeição — Inteligência do art. 135, I, CPC — Alegação não comprovada — Falta de prova convincente — Improcedência.*



*O fato de ter o Juiz contratado a construção de sua casa com determinado engenheiro civil, responsável técnico pela obra, não o torna presumivelmente suspeito para a demanda judicial envolvendo dito profissional. Indispensável faz-se prova inequívoca da existência de amizade íntima entre este e o Magistrado.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Exceção de Suspeição n. 98.017576-3, da comarca de Joaçaba (1ª Vara), em que é excipiente Orestes Rodrigues Galvão e excepto o Dr. Juiz de Direito Edegar Gruber:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, julgar improcedente a exceção.

Custas na forma da lei.

Orestes Rodrigues Galvão nos autos de reparação de danos morais, contra si ajuizada por Sérgio Luiz Bortolon, ofertou exceção de suspeição em face do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Joaçaba, Dr. Edegar Gruber.

Alega, em síntese, que Sérgio Luiz Bortolon é amigo íntimo do Dr. Edegar Gruber, Juiz responsável pela ação principal. Afirma que evidenciada fica a relação de amizade existente entre as partes com a construção da casa do Magistrado, realizada pelo autor da ação de reparação de dano, pois, enfatiza: "Quem poderia ser mais de confiança do Juiz do que o Engenheiro responsável pela sua própria residência e de seus familiares?".

Por fim, sublinha a dispensa do rol de testemunhas, posto ser pública e notória a amizade do Magistrado com o referido engenheiro.

A propósito da exceção, o Magistrado negou qualquer relação de

amizade com a parte autora, salientando, inclusive, que desconhece a residência do Sr. Sérgio, não tendo, ainda, efetuado-lhe visitas ou as recebido tampouco.

Em relação ao negócio realizado entre as partes, aduz que, ao obter o financiamento junto ao banco e utilizando ainda de recursos próprios, contratou com a empresa Construtora — Engenharia e Construções Catanduvas Ltda., após a tomada de preços, feita com o assessoramento do engenheiro responsável (D'Agostini).

Ressalta que a contratação dos serviços foi parcial posto que contratada mão-de-obra de terceiros. Afirma ser equivocada a alegação de que o autor seria responsável pela obra, uma vez que o engenheiro D'Agostini foi contratado e pago para a elaboração do projeto e execução da obra.

É o relatório.

É consabido que "os fatos imputados a Magistrado, capazes de torná-lo suspeito e parcial, haverão de ser convincentes, de modo a que sejam enquadrados nas situações previstas no art. 135 do CPC" (Exceção de Incompetência n. 68, relator Des. Rubem Córdova).

Há, portanto, a necessidade de prova do alegado e não a simples afirmação de suspeição e "restando sem nenhuma comprovação nos autos das arguições de parcialidade do Juiz e de prejuízo da causa, a exceção

de suspeição contra este oposta deve ser julgada improcedente' (ES n. 5.598-0, C. Esp., j. 13/3/86, relator Desembargador Prestes Barra, TJSP, RT 607/35)" (Exceção de Suspeição n. 90, relator Des. Álvaro Wandelli).

Não restando provada a amizade íntima ou a inimizade capital de qualquer das partes em relação ao Magistrado, prejudicada fica a exceção de suspeição.

A propósito, é categórico, o renomado Celso Agrícola Barbi:

"Na suspeição, há também presunção absoluta de parcialidade, porque o Juiz, se estiver em qualquer das situações previstas no art. 135, deverá abster-se de funcionar no processo. E, se não abster, a parte poderá promover o afastamento, provando a existência de um daqueles motivos" ("Comentários ao Código de Processo Civil", 1º vol., pág. 559, Forense, RJ, 1981).

Assim, portanto, no caso em tela, a realização de serviços pela empresa do autor não configura amizade íntima. Ademais, pelos documentos juntados pelo excipiente, percebe-se, a fls. 8, que o nome do profissional responsável pela obra é realmente o Sr. José Noberto D'Agostini. Por sua vez, juntado embora o contrato — fls. 20/29 — de empreitada assinado entre Edeimar Gruber e Construtora — Engenharia e Construções Catanduvás Ltda. — representado na pessoa de seu sócio-gerente, Engº Civil Sérgio Luiz Bortolon, não se presta este documento — de per si — a fazer prova de amizade íntima entre as partes.

Quanto à prova é da jurisprudência:

"Em relação a fatos cuja comprovação deve ser feita mediante testemu-

nhas, cumpre ao excipiente, com a inicial, indicar o rol de testemunhas (CPC, art. 312). Não o fazendo, rejeita-se a exceção no que concerne a tais fatos".

E ainda:

"O art. 312 do CPC é expresso em que a exceção de suspeição 'poderá ser instruída com documentos em que o excipiente fundar a alegação e conterà o rol de testemunhas'".

"J.J. Calmon de Passos anota que "'se prova documental não houver, valer-se-á o excipiente da prova testemunhal, cumprindo-lhe, de logo, e no próprio texto da petição, arrolar as testemunhas' (Comentários, Ed. Forense, vol. III, ob. 298, 1ª edição)" (Exceção de Suspeição n. 102, relator Des. João José Schaefer).

Entretanto, o excipiente dispensou a oitiva de testemunhas. Ao dispensar o rol de testemunhas, corroborou este para o entendimento de não se tratar os autos do previsto no art. 135, I, do CPC, posto que a prova documental não comprovou a amizade íntima alegada.

Ante o exposto, julga-se improcedente a exceção de suspeição, por não estar evidenciada a relação de amizade íntima entre as partes.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar, e participaram dele, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 21 de dezembro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Alcides Aguiar,*  
*Relator.*

# **JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL**



## HABEAS CORPUS

### HABEAS CORPUS N. 98.012242-2, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Amaral e Silva**

*Processual penal — Habeas corpus — Delito de trânsito — Homicídio qualificado — Prisão preventiva — Garantia da ordem pública — Princípio da confiança no juiz da instrução — Ordem denegada — Precedentes jurisprudenciais.*

*Tratando-se de gravíssimo delito de trânsito que teve grande repercussão, não pode o Judiciário se alhear da necessidade de prevenção e repressão de delitos como o presente, onde o paciente, já processado por dois outros acidentes da mesma natureza, culminou por se envolver em homicídio doloso, resultante de embriaguez e excesso de velocidade.*

*Baseando-se a prisão preventiva na necessidade da garantia da ordem pública e estando o decreto fundamentado, não há ilegalidade a ser reparada através do habeas corpus.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 98.012242-2, da comarca de Blumenau, em que é impetrante Dr. Luiz Antonio Picolli, sendo paciente Jorge Luiz Gesser:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

### I — Relatório

Alega o impetrante, em síntese, estar sofrendo o paciente constrangimento ilegal ante a inexistência dos pressupostos da prisão preventiva.

Sustenta que o pressuposto da garantia da ordem pública não ficou evidenciado, pois também vítima do sinistro, o paciente não teria como

conduzir veículo; que o presídio não oferece condições para tratamento e que a ordem pública e a instrução criminal não podem ser prejudicadas pelo réu, pessoa enferma.

Requer a concessão da ordem para responder em liberdade à instrução criminal, ou, alternativamente, a remoção para tratamento médico domiciliar.

Prestadas as informações (fls. 90/97), a liminar foi indeferida (fls. 113/115).

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

## II — Voto

1 — O Dr. Juiz, em longo despacho, devidamente fundamentado, decretou a prisão preventiva, levando em conta a peculiaridade da espécie, onde o paciente, já processado por dois outros crimes de trânsito, praticados em idênticas circunstâncias, culminou por se envolver em homicídio.

Constou do despacho:

“Retornando ao caso concreto, os elementos apontam no sentido de que o denunciado encontrava-se em alta velocidade, em provável estado etílico no momento em que dirigia o veículo, quando supostamente teria provocado o acidente de proporção avantajada, causando comoção na comunidade e a revolta de populares, atentando-se, ademais, para o fato de que comumente tal indivíduo vem envolvendo-se em infrações desta espécie, demonstrando, igualmente, os documentos juntados, que é costume do revelado dirigir embriagado e participar de ‘rachas’, o que, por si só, faz

presumir a periculosidade de seus atos no trânsito” (fls. 79).

Trata-se de delito de automóvel que teve grande repercussão, exsurdando como evidente a necessidade de garantir a ordem pública, por isso que, em liberdade, o acusado poderá, novamente, voltar a delinquir, abusando no trânsito.

“Acidente de trânsito — Racha — Réu acusado de várias mortes e lesões corporais — Cabimento de prisão preventiva — Réu primário — Bons antecedentes — Irrelevância.

“I. Paciente acusado de haver causado a morte de sete pessoas e lesões corporais em outras sete tudo em uma corrida de automóvel conhecida como ‘racha’ e que teve a prisão preventiva decretada na necessidade de assegurar-se a aplicação da lei penal além da potencial periculosidade demonstrada pelo fato delituoso. Demais disso, é preciso que a Justiça encontre resposta legal pronta e eficaz para evitar que se propague a criminalidade de motoristas que fazem de suas máquinas instrumentos de crimes bárbaros atingindo inocentes e indefesas vítimas. II. Primariedade e bons antecedentes não bastam para invalidar a custódia provisória” (STJ — HC n. 3.479-1 — São Paulo — Ac. 5ª T. — unân. — rel. Min. Jesus Costa Lima — j. em 17/5/95, in *Folio views Bonijuris*).

“Habeas corpus. Acidente de trânsito. Motorista embriagado causador do evento. Dolo eventual. Prisão preventiva. Pedido para responder ao processo em liberdade, em virtude dos bons antecedentes, residência e emprego fixos.

“As boas qualidades do agente, por si só, não impedem a decretação da custódia cautelar.

“O paciente, denunciado por homicídio e lesões corporais, com dolo eventual, dado o estado etílico em que dirigia o veículo quando provocou o acidente de proporção avantajada, causando comoção na comunidade e a revolta de populares por ter-se evadido do local sem prestar socorro, deu azo à decretação da segregação provisória, para acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça.

“Ordem denegada” (HC n. 11.343, de São José, rel. Des. Nauro Collaço).

2 — Quanto à ordem pública, o simples fato de o réu estar enfermo não constitui óbice que volte a dirigir, principalmente em condições agora mais perigosas.

Além disso, a custódia do paciente, pela peculiaridade da espécie, também servirá para prevenir novos abusos no trânsito, protegendo a população contra esse tipo de delito.

Havendo necessidade de garantir a ordem pública, o fundamento é suficiente, nada se exigindo em relação aos demais pressupostos do acautelamento, seja para aplicação da lei ou para atender a necessidade da instrução criminal.

Ademais, devido à sua proximidade com os fatos, tem o magistrado melhores condições de avaliar a necessidade da manutenção da custódia preventiva.

Há que ter em conta o “princípio da confiança”.

“Processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Prisão pre-

ventiva. Necessidade da prisão. A quem cabe aferi-la. Princípio da confiança no juiz do processo. Medida cautelar constritiva de liberdade afirmada desnecessária ante a presunção da inocência e por se tratar de paciente primário, radicado no distrito da culpa e com profissão definida. Prisão especial. Exegese do art. 295, X, do CPP. Ordem denegada.

“I — O fundamento ético da prisão preventiva é a necessidade, que deve ser aferida pelo juiz do processo e manifestada, desde que reconhecida, em decisão fundamentada.

“II — Demonstrada a necessidade da adoção de medida cautelar constritiva da liberdade humana, concretizada em decisão, ainda que sucinta, onde consignadas as razões pelas quais entendeu-se-a necessária, descabe pretender desconstituí-la com a invocação do princípio da presunção da inocência ou pela circunstância de ser o paciente primário, radicado no distrito da culpa e com profissão definida.

“III — Frente aos termos do inciso X do art. 295 do CPP, somente o exercício da função, e não a só inclusão na lista, assegura a prisão provisória em estabelecimento oficial de prisão especial” (STJ — RHC n. 2.787-8—SC, 6ª T., rel. Min. Pedro Acioli, RSTJ 58/118).

Esta Câmara já decidiu:

“Prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública. Paciente denunciado por um homicídio e três lesões corporais graves, decorrentes de acidente de trânsito. Crimes que abalaram a sociedade local pelos contornos que tiveram — Invasão de sinal fechado em alta velocidade com

atropelamento de quatro crianças. Réu já envolvido anteriormente em outro sinistro de circulação — Aplicação do princípio da confiança no juiz da instrução. Ordem denegada” (HC n. 9.184, de Criciúma, rel. Des. Ernani Ribeiro).

Observou, com acuidade, o culto Procurador, Dr. Paulo Antonio Günther:

“Evidenciam os autos que Jorge vem-se dedicando a desrespeitar normas de trânsito e que, bêbado, já se envolveu em inúmeras violações contra o Código de Trânsito e que, no dia 16 de agosto, estando com hálito etílico, pilotando automóvel na contra-mão de direção, causou acidente com a gravíssima consequência de resultar a morte de Adir Schneider.

“Diante do rosário de crimes, oriundos de Jorge Luiz Gesser e sempre ligados ao tráfego de veículos, ocorrendo em sucessão de terríveis consequências para os outros integrantes do meio social, evidente que o Judiciário não poderia quedar-se silente e omissivo e merece aplauso o Doutor Juiz de Blumenau que, em atitude corajosa, legal, jurídica e amplamente justificada pelo dantesco quadro de criminalidade originada do paciente, decretou a prisão preventiva do réu.

“Não pode prosperar nenhuma das pretensões emanadas do impetrante.

“Cidadão que tem postura como a do paciente e conduta anti-social reiterada igual à evidenciada nos autos não merece conviver em liberdade com seus semelhantes.

“Melhor para o meio social o encarceramento de Gesser e perma-

neça o denunciado em custódia cautelar, longe de automotores e de ruas, onde perpetrou desatinos na direção de automóveis” (fls. 123).

3 — Quanto à remoção para tratamento domiciliar, em que pesem as lesões, não vislumbro necessidade da providência.

Conforme informou o Magistrado:

“No que tange às condições em que se encontrava o paciente, pode-se afirmar, com suporte não só em suas próprias alegações, como também, no incluso e agora correto documento (doc. 1), fornecido pela Administração do Presídio Regional, que foram tomados todos os cuidados possíveis: foi recolhido, em razão de estar se recuperando de uma fratura (não está engessado), ao Presídio Regional numa ambulância do Corpo de Bombeiros e custodiado, isoladamente dos demais detentos, numa sala de aula, cujo ambiente é higiênico, além de ser dotado de piso de madeira, vaso sanitário e chuveiro.

“Ressalta-se, por oportuno, que o Presídio Regional de Blumenau, dispõe, semanalmente, de médico assistente e, diariamente, de serviço de enfermagem” (fls. 92).

Sendo necessário, cabe aos responsáveis pela custódia, providenciar o atendimento médico, ambulatório ou hospitalar.

O que não tem sentido é pôr em liberdade pessoa que, nessa condição, presumivelmente poderá voltar a delinquir.

4 — Pelo exposto, denego a ordem.



### III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Denegaram a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Paulo Gallotti. Lavrou parecer, pela douda Pro-

curadoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antonio Günther.

Florianópolis, 6 de outubro de 1998.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente e Relator.*

## HABEAS CORPUS N. 98.009374-0, DE RIO DO SUL

**Relator: Des. Genésio Nollí**

*Habeas corpus. Crime cometido por funcionário público. Dispensabilidade da defesa preliminar prevista no artigo 514 do CPP, se ao tempo da ação a acusada não é mais funcionária pública. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Ordem denegada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 98.009374-0, da comarca de Rio do Sul (2ª Vara), em que é impetrante o Dr. Adolfo Butzke, sendo paciente Rosa Maria Lamin:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Cuida-se de ordem de habeas corpus impetrada pelo Dr. Adolfo Butzke, em favor de Rosa Maria Lamin, funcionária pública que responde a processo por infração ao artigo 314, c/c o 327, § 2º, e art. 71, todos do Código Penal.

Requer o impetrante a anulação do processo a partir do despacho de recebimento da denúncia, inclusive, pois não teria sido oportunizada a defesa preliminar prevista no art. 514 do CPP, porquanto a funcionária já se encontra aposentada.

Instada, a autoridade dita coatora prestou informações justificando o processamento.

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

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

Embora reconhecendo a existência de posições divergentes, nos filiamos àquela que entende ser dispensável a defesa preliminar prevista no artigo 514 do Código de Processo Penal, quando o funcionário já se encontrar afastado do serviço público.

In casu a paciente cometeu os delitos no exercício das funções mas já se encontra aposentada, não havendo razões para a realização de tal fase procedimental, pois desapareceu o interesse da administração em resguardar a projeção dos fatos sobre o seu nome.

Damásio E. de Jesus leciona:

“Funcionário público que já deixou o exercício do cargo.

“Não há a fase de resposta prévia. Esta tem fundamento no interesse público, no sentido de evitar que o funcionário em exercício seja temerariamente processado, com prejuízo ao normal andamento da atividade administrativa. Daí por que, se já não está mais exercendo o cargo, não há mais a objetividade jurídica da resposta preliminar” (in Código de Processo Penal, Saraiva, 11ª ed., 1994, pág. 348).

Nesse sentido a jurisprudência:

“Processual penal. Funcionário. Crime de responsabilidade. Rito. 1. As disposições dos arts. 513 e 514 do CPP referem-se a funcionário público. Portanto, se a denúncia decorre de inquérito policial e é recebida depois que o denunciado já foi demitido do serviço público, isto é, que temerariamente o funcionário seja processado projetando-se o fato sobre a Administração, não mais está presente. II. Inocorrência de cerceio do direito de defesa. III. Habeas corpus substitutivo do recurso ordinário indeferido” (STJ — HC n. 0003242 — rel. Min. Jesus Costa Lima).

“REsp. — Processual penal — Ação penal — Funcionário público — Defesa preliminar — A defesa preliminar, antes do recebimento da denúncia, atende ao interesse do Estado, sempre afetando quando o crime é

praticado por funcionário público. Se o acusado perdeu o status de servidor público, dado o sentido finalístico da lei, desnecessária se faz a referida fase procedimental” (STJ – REsp. — rel. Min. Luiz Vicente — RSTJ 87/390).

E do corpo do acórdão ainda extraímos:

“Penal. Processual. Ação penal. Funcionário público. CPP, art. 513 e seguintes. Resposta prévia. Habeas corpus.

“1. Se o acusado não é mais funcionário público, dispensa-se a resposta prévia de que trata o CPP, art. 514.

“2. Habeas corpus conhecido como substitutivo de recurso ordinário. Pedido indeferido. Liminar cassada” (STJ — HC n. 1.822-8 — rel. Min. Edson Vidigal).

Diante do acima exposto a ordem é denegada.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva, e participaram dele, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Paulo Gallotti e Solon d’Eça Neves. Lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 25 de agosto de 1998.

*Genésio Nollí,*  
*Presidente para o acórdão e Relator.*

**HABEAS CORPUS N. 98.006478-3, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ****Relator: Des. Jorge Mussi**

*Habeas corpus — Trancamento da ação penal — Queixa-crime — Ausência de menção do fato criminoso e do dispositivo violado no instrumento procuratório — Prazo decadencial — Impossibilidade de suprimento — Declaração da extinção da punibilidade dos querelados — Exegese dos arts. 38 e 44 do CPP.*

*Calúnia e difamação — Fatos narrados em petição na esfera civil — Expressões diretamente ligadas com o objeto da discussão da lide — Imunidade — Falta de justa causa para a deflagração criminal.*

*Ordem concedida.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 98.006478-3, da comarca de Balneário Camboriú, em que é impetrante o Dr. Ézio Emir Gracher, sendo pacientes Marcelo Salles Maruri, Marilise do Nascimento, Fernando José Marconzoni, João Batista do Nascimento, Marcelo José Nascimento e Ézio Emir Gracher:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem, determinando-se o trancamento da ação penal instaurada contra os pacientes.

1 — Trata-se de pedido de habeas corpus impetrado pelo Dr. Ézio Emir Gracher em seu favor e em favor de Marcelo Salles Maruri, Marilise do Nascimento, Fernando José Marconzoni, João Batista do Nascimento e Marcelo José Nascimento, os quais respondem ao Processo Crime n. 6.007/96, da comarca de Balneário Camboriú, por suposta violação aos arts. 138 e 139, ambos do Código Penal, devido à Queixa-crime ofertada

pela empresa Ary Buzzi Negócios Imobiliários Ltda., representada pelos seus sócios Ary Aquilino Buzzi, Cláudio Eduardo Pamplona Buzzi e Kátia Buzzi da Silveira.

Alegou o impetrante que ante a instauração da ação penal os pacientes vêm sofrendo constrangimento ilegal, pretendendo, assim, o trancamento da persecutio criminis, sob os seguintes argumentos: a) inépcia da inicial acusatória que está em desacordo com os ditames do art. 44 do Código de Processo Penal, eis que a procuração não menciona os fatos criminosos nem cita os dispositivos que os querelados hipoteticamente infringiram; b) ocorrência da decadência do direito de queixa com a conseqüente extinção da punibilidade dos pacientes, com base no art. 38 do Estatuto Instrumental Penal; c) falta de justa causa para a deflagração penal, no tocante a Fernando José Marconzoni, vez que a procuração nem sequer cita o seu nome na figura de querelado; e d) ausência de motivos para a persecução criminal, quanto ao impetran-

te/paciente, Ézio Emir Gracher, porquanto este, na categoria de procurador dos demais pacientes, simplesmente ingressou contra os querelantes com ação na esfera civil e sua atuação como advogado naquela causa (objeto do Processo Crime n. 6.077/96) não caracterizou, nem em tese, os crimes imputados a ele e aos outros pacientes, salientando, ainda, que a peça vestibular não indica no que consistiram os fatos criminosos.

Juntou documentos de fls. 23/47.

Solicitadas as informações, a digna autoridade apontada como coatora prestou-as a fls. 51 e 52, tendo remetido, inclusive, os autos de n. 6.007/96, Processo Crime que é objeto do writ, os quais foram pensados (Termo de fls. 54).

Sobreveio nova juntada de documentos pelo impetrante (fls. 55 usque 66).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

2 — O pedido em quaestio merece concedido, assistindo razão aos pacientes quando pretendem ver truncada a ação penal contra eles deflagrada, por todos os motivos que espasaram.

2.1 — A Queixa-crime ofertada em razão de suposto cometimento, pelos querelados, dos delitos dispostos nos arts. 138 e 139 (339 e 340 não foi recebida), ambos do Código Penal, contra os querelantes, porque teriam em discussão de causa cível ofendido estes, caluniando-os e difamando-os.

Todavia, de pronto, observa-se que a proemial acusatória não deve

subsistir eis que na procuração acostada pelos autores há diversas irregularidades que não dão condição de procedibilidade ao feito.

No escólio de Vicente Greco Filho:

“A queixa, por ser manifestação do jus postulandi, deve ser subscrita por advogado, ao qual deve ser outorgada procuração com poderes especiais para fazê-lo, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo se essa circunstância depender de diligências a serem requeridas ao juízo penal. Não há necessidade de descrição do fato, mas somente menção inequívoca a ele” (“Manual de Processo Penal”, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 112).

É o que exige textualmente o artigo 44 do Código de Processo Penal, leia-se: “A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção ao fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal”.

E. Magalhães Noronha, comentando o citado dispositivo legal, explicita:

“Determina esse dispositivo que a procuração do queixoso (instrumento do mandato) contenha o nome do querelado — no artigo, lê-se querelante, mas é visível o erro tipográfico, pois não há mandato sem o nome do mandante, no caso o ofendido — ou a pessoa contra quem se moverá a ação. É mister igualmente que o mandato confira poderes especiais para a

queixa e se refira expressamente ao fato delituoso, individualizado e descrito. Compreende-se a exigência, uma vez se considerem as conseqüências de uma ação penal, que poderá acarretar até as da denúncia caluniosa (Cód. Penal, art. 339). Exigível, pois, para a fixação de responsabilidades do mandante e do mandatário, que a procuração contenha poderes específicos para a queixa-crime, que objetiva a punição do fato criminoso que ela menciona" ("Curso de Direito Processual Penal", 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 35).

De acordo com a jurisprudência pátria, "o objetivo primordial das exigências contidas no art. 44 do CPP é de prevenir e evitar o ajuizamento de ações penais à revelia do mandante, sem estar o procurador munido dos poderes especiais, tornando impossível a responsabilização penal do outorgante quando de má-fé agir, e evitando-se ainda prejuízos ao constituinte, por eventuais excessos do mandatário" (RJDTACrim 13/162-3).

No caso em tela, o instrumento procuratório limitou-se a consignar o nome dos outorgantes (querelantes) e dos outorgados (querelados, à exceção de Fernando José Marconzoni), os poderes gerais para o foro e a especial finalidade de ingressar com "Queixa Criminal contra Marilise Nascimento — Heloisa Salles Maruri — Marcelo Salles Maruri — Sérgio Leandro Maruri — José B. Nascimento — Marcelo Nascimento e o advogado Ézio Emir Gracher, e ainda representar contra o Advogado — na OAB/SC — Subseção de Balneário Camboriú — por infringir preceitos de ética profissional" (fls. 38).

Evidente, portanto, que a procuração que acompanha a presente Queixa-crime é falha, pois embora conferida para o fim especial de propor ação penal privada e dela constando o nome daqueles que entenderam os mandantes serem os autores dos ilícitos (querelados, à exceção de Fernando José Marconzoni), deixou, contudo, de mencionar os fatos criminosos que pretendiam ver apurados, nem sequer fazendo referência ao nomen juris ou aos artigos de lei infringidos, tornando, assim, a inicial inepta.

A orientação jurisprudencial é uniforme nesse sentido:

"Ação penal privada. (...) Mandato. (...) Preliminar. (...).

"Se o mandato conferido ao procurador não menciona o fato criminoso, contendo apenas os dispositivos da Lei de Imprensa que entende violados, não pode a inicial ser recebida, conforme entendimento predominante. Decisão que rejeitou a queixa-crime confirmada" (grifos nossos) (Ap. Crim. n. 29.649, de Blumenau, rel. Des. Cláudio Marques, j. em 5/4/94).

Ainda desta Corte de Justiça:

"Queixa-crime. Rejeição. Aplicação do que dispõem os arts. 41 e 44 do CPP.

"(...)

"O instrumento de mandato deve conter os poderes especiais previstos no art. 44 do CPP. A simples menção de instaurar queixa-crime contra o querelado não supre a necessidade imposta pela lei. Recurso improvido. Sentença que rejeitou a queixa confirmada" (grifamos) (Ap. Crim. n. 28.933,

da Capital, rel. Des. Cláudio Marques, j. em 4/12/93).

E especialmente desta Câmara:

“Habeas corpus. Instrumento de mandato sem os poderes necessários. Trancamento da ação penal. Na procuração para oferecer queixa-crime não exige a lei a exposição circunstanciada do delito, mas deve, o mandato, fazer menção do fato criminoso, não bastando simples referência ao artigo da infração. O direito de queixa é personalíssimo e dele pode resultar responsabilidade civil ou penal” (grifamos) (HC n. 10.948, de Curitiba, rel. Des. José Roberge, j. em 14/5/93).

E mais:

“Queixa-crime.

“Ausência de menção ao fato criminoso na procuração — Indispensabilidade — Art. 44 do Código de Processo Penal.

“Concessão de habeas corpus, de ofício, para anular o feito ab initio, declarando-se, em consequência, a extinção da punibilidade pela decadência.

“Prejudicado o recurso interposto” (destaque nosso) (Rec. Crim. n. 97.004930-7, de Criciúma, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 26/8/97).

Ora, a lei não exige rigor, pois em muitas vezes considera-se como suficiente apenas a menção ao nomen juris do fato imputado, não havendo necessidade de exaustiva descrição dos fatos, os quais, obrigatoriamente, devem constar da peça inaugural, porém não aceita de forma alguma que o instrumento de mandato venha desacompanhado de qualquer

referência àquele fato, ou, ainda, à citação dos dispositivos violados.

Ressalta-se que é inoldável que, na ação penal privada, os defeitos da procuração podem ser sanados, mas devem sê-lo dentro do prazo decadencial, que no caso é regulado pelo artigo 38 do Código de Processo Penal, a saber, em 6 (seis) meses, contados da data do conhecimento do fato inquinado de criminoso.

Verifica-se, assim, que mesmo se corrigindo a falha da inicial, remediando-se com juntada de nova procuração, de nada adiantaria, porquanto transcorreu o prazo decadencial disciplinado no art. 38 do Estatuto Processual Penal.

A jurisprudência, nesses casos, tem assim navegado, veja-se:

“Queixa-crime. Difamação. Instrumento procuratório sem a menção expressa ao fato apontado como difamatório. Transcurso do prazo decadencial sem suprir a irregularidade. Extinção da punibilidade pela decadência” (Queixa-Crime n. 24, de Orleans, rel. Des. Ernani Ribeiro, j. em 6/12/93).

No mesmo sentido:

“Lei de Imprensa. Queixa-crime. Ação Privada. Injúria. Procuração sem fazer menção ao fato apontado como injurioso. Queixa rejeitada. Possibilidade de sanar a irregularidade. Obrigatoriedade de que a sanção ocorra antes do transcurso do prazo prescricional (decadência do direito de queixa). Declaração da prescrição de ofício” (JC 58/372, rel. Des. Nauro Collaço).

Destarte, patente que a Queixa-Crime aforada, haja vista a deficiência da procuração, é inepta, de-

clarando-se, via de consequência, a extinção da punibilidade dos querelados em razão da decadência.

Contudo, esse fato refere-se aos querelantes Cláudio Eduardo Pamplona Buzzi e Kátia Buzzi da Silveira, eis que Ary Aquilino Buzzi além de querelante é o procurador e subscritou a inicial acusatória, continuando a ser parte legítima para a ação, porquanto a “assinatura do querelante juntamente com seu patrono, na queixa-crime oferecida, supre a deficiência da procuração” (RT 511/440).

Além disso, verifica-se que Fernando José Marconzoni não consta na referida procuração e sendo exigência, como doutrinariamente fora mencionado, que o nome dos querelados conste do documento, ele, de qualquer modo, está excluído da relação processual.

Diante destes fatos, resta analisar a proemial acusatória ajuizada por Ary Aquilino Buzzi contra Ézio Emir Gracher, Marcelo Salles Maruri, Marilise do Nascimento, João Batista do Nascimento e Marcelo José Nascimento.

2.2 — Merece também concedido o writ, impondo-se a concessão da ordem, para determinar o trancamento da ação penal em questão, por falta de justa causa à persecução penal, porquanto na espécie nem de longe se vislumbram, na conduta dos pacientes, as figuras típicas a eles assestadas na peça vestibular.

A sistemática penal brasileira, após o advento da Lei n. 7.209/84, aderiu à teoria finalista da ação criada por Welzel onde a intenção ou finalidade do agente em determinado comportamento é de transcendental im-

portância, vez que o dolo integra a própria conduta típica, devendo, então, haver relação entre a descrição objetiva e a subjetiva do tipo.

“Assim, se, logo no início da ação penal, se nota, *prima facie*, sem exigência de maiores esforços, a ausência do elemento subjetivo do insulto, a ação penal não só pode como deve ser trancada sem demora, pois, ao abordá-lo, o que realmente se analisa é matéria concernente à tipicidade” (retirado do voto do Juiz Silva Pinto, ao relatar o Recurso em Sentido Estrito n. 705.203/1, da comarca de São Paulo, in RJDTACrim. 14/222).

E embora não seja permitido na via estreita do habeas corpus o cotejo, o balanceamento e o confronto da prova, no caso em tela, contudo, a unanimidade dos elementos probatórios trazidos à baila demonstram a ausência de dolo com que agiram os pacientes.

Oportuna, aliás, a lição do renomado Damásio E. de Jesus, in “Código de Processo Penal Anotado”, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, pág. 411, acerca do tema:

“(…) para perquirição da falta de justa causa, é possível sua análise, desde que tal exame não tenha que se fazer aprofundada ou analiticamente”.

No caso, compulsando-se os autos, infere-se que os pacientes firmaram contrato (de adesão) de prestação de serviços com a empresa Ary Buzzi Negócios Imobiliários Ltda., no qual esta como administradora se obrigou a providenciar a incorporação do empreendimento “Condomínio Residencial Tia Júlia” e administrar os recursos oriundos das contribuições dos

condôminos para que o construtor concluisse a obra em prazo improrrogável.

Alegando que a Empresa não cumpriu com suas obrigações, os pacientes, por intermédio do advogado e também paciente Dr. Ézio Emir Gracher, na data de 29/7/96, ingressaram em Juízo com o Processo n. 1.255/96, da 1ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú, almejando a rescisão contratual.

Da mesma forma ofertaram representação criminal contra a Empresa suso mencionada, dando seus representantes como incursos nas sanções dos arts. 65 e 66, ambos da Lei n. 4.591/64, e que restaram denunciados, findando na instauração do Processo Crime n. 6.243/97.

Diante destes fatos a referida Empresa, por seus representantes, em 12/9/96, ofertou Queixa-Crime contra os pacientes, a qual foi recebida em 14/10/97, onde afirma que eles, em Juízo, transmitiram inverdades atacando o conceito e idoneidade da Administradora, denegrindo sua imagem.

Assim, contra tal peça acusatória os pacientes impetraram o presente habeas corpus, pretendendo o trancamento da ação penal.

Na peça vestibular, os querelantes acusam os pacientes de ter-lhes imputado fato falso, definido como crime, ao ingressar com representação criminal pretendendo a instauração de inquérito policial, e porque nos autos da Ação Civil já mencionada imputou-lhes também fato falso, definido como crime, ao afirmar que transmitiram em petição "inverdades em relação à Sociedade e obra, atacando de

forma incisiva o conceito e idoneidade da Administradora e Autora, esquecendo a ética profissional e o que é pior, omitindo documentos, decisões de Assembléias da Sociedade e o próprio Contrato existente" (fls. 31), "fizeram afirmação falsa e inoportuna, e visando macular o conceito da Autora, de forma injusta e irresponsável", "os Réus denunciaram os sócios da Autora à Polícia, para instaurar inquérito, fundado no artigo 171 do CP — e Falta de Incorporação — Lei 4.591", "Na petição inicial, ofendem os sócios da Autora de modo veemente, incisivo e sem qualquer preocupação ética e profissional" (fls. 32), entre outras colocações.

Entretanto, nem de longe se vislumbra o elemento subjetivo do injusto, qual seja, o dolo específico dos agentes, consistente na vontade livre e consciente de ofender a honra da Empresa e seus representantes em questão, uma vez que o advogado-paciente, com a devida procuração nos autos, limitou-se a reproduzir as informações que obteve através de documentos e de seus clientes, também pacientes, constantes no feito, nas peças procedimentais que produziu.

A representação criminal que os pacientes dirigiram à Polícia, solicitando a abertura de investigação para apuração da prática de crime de estelionato e falta de incorporação por parte da Empresa, e a Ação Civil de Rescisão Contratual encontram amparo nos documentos acostados por eles.

Recebendo o advogado as informações documentais acima transcritas, ao levar os fatos à Justiça, agiu dentro dos limites que a lei e a pro-



curação de seus clientes lhe outorgaram.

Desse modo a Queixa-Crime peca por afrontar a melhor jurisprudência, que assegura aos advogados os meios para o exercício da busca dos direitos de seus clientes, veja-se:

“Não pode o advogado ser acusado de co-autoria em denúncia caluniosa, se cumpriu apenas instruções do cliente, ao dirigir requerimento à polícia, solicitando a instauração de inquérito contra a vítima, com os dados que aquele lhe transmitira e que não sabia inverídicos. A co-autoria delinqüencial reclama vontade consciente e livre de concorrer, com a própria ação, na ação de outrem. O cúmplice deve saber, pois, que presta auxílio e para o que presta, não respondendo pelo excesso do autor principal” (RT 452/314).

Noutro caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo mencionou as garantias ao exercício da advocacia:

“A advocacia constitui um *múnus público* e faz parte da administração da justiça, não podendo seus representantes passar pela vexatória situação de envolvimento indevido em processos criminais, em forçada colocação de co-autoria com clientes menos dignos” (RT 550/315).

Importante anotar que o pedido de investigação foi processado regularmente na Polícia, vindo os querelantes a ser denunciados.

Outra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo encerra definitivamente a questão:

“Denúnciação caluniosa — Delito não configurado — Acusação par-

cialmente verdadeira feita pelo réu à vítima — Fundamento, portanto, para o inquérito requerido contra esta, apesar de arquivado — Absolvição decretada — Revisão deferida — Inteligência do art. 339 do CP — ‘Não sendo a acusação totalmente destituída de fundamento, impossível falar-se em denúnciação caluniosa’” (RT 443/453).

Ora, evidente que *in casu* se cuida de fato com ausência de dolo por parte do impetrante e pacientes, porquanto teriam agido aquele no exercício regular de seus direitos, que era do advogado bem-representar seus constituintes, e estes de buscar a rescisão do contrato que acharam não estar sendo cumprido pelos querelantes. Os fatos narrados na petição estão impregnados de *animus narrandi* e/ou *defendendi* e apresentam-se, ademais, em total consonância com informação obtida por documentos.

Com efeito, os pacientes nada mais fizeram do que reclamar a quem de direito, pleiteando as providências legais que entendiam necessárias a alcançar seus interesses.

Por outro lado, salienta-se que quanto aos pacientes não há falar em dolo de ofender, difamar ou caluniar, porquanto as afirmações que fizeram no bojo da Ação Civil, apesar de apresentarem-se um tanto quanto incisivas e agressivas, guardam correlação com os fatos discutidos nos autos do processo em que o impetrante-paciente atuava como advogado dos demais pacientes, estando impregnadas do *animus defendendi*, assegurado constitucionalmente pelo artigo 133 da Carta Magna, o qual é *peremptório*

no sentido que o advogado é “inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, imunidade judicial que encontra reforço ainda no Estatuto da OAB, em seu artigo 7º, § 2º.

Na lição de Damásio E. de Jesus, “A Constituição Federal de 1988, em seu art. 133, tornou o advogado ‘inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’. Concedeu-lhe a imunidade penal judiciária (material), semelhante à dos parlamentares (CF, art. 53, caput). Trata-se de causa de isenção profissional de pena, com efeito extintivo da punibilidade (da pretensão punitiva). Significa que não responde por eventuais delitos contidos em seus atos e manifestações orais e por escrito (petições, razões, debates etc.), como a calúnia, a difamação, a injúria e o desacato. Impede o inquérito policial e a ação penal. Exige-se estreita relação entre a eventual ofensa e o exercício da profissão (defesa de um direito). A indenização não pretende liberar abusos, tanto que a disposição constitucional a impõe ‘nos limites da lei’” (“Código Penal Anotado”, São Paulo, Saraiva, pág. 383).

A imunidade judicial dos advogados, com o advento da Constituição Federal, tornou-se muito mais abrangente, compreendendo não só a difamação e a injúria, ex vi do art. 142, inciso I, do Código Penal, como também a calúnia, consoante se infere dos entendimentos jurisprudenciais adiante colacionados:

“Crime contra a honra.

“Imunidade do advogado — Defesa do cliente — Ocorrência — Entendimento.

“Crime contra a honra.

“Advogado no cumprimento da defesa técnica de seu cliente — Caracterização — Inocorrência.

— A imunidade judiciária do advogado prevista no art. 133 da Constituição Federal de 1988 não se restringe, atualmente, apenas aos crimes de difamação e injúria, mas abrange também o crime de calúnia, desde que esteja relacionado com o exercício da advocacia, em defesa do direito do cliente.

— O advogado que, agindo em estrito cumprimento de seu dever legal e, na defesa de seu cliente, se limita a mencionar fatos indispensáveis à fundamentação da tese proposta em Juízo, não pratica crime contra a honra, pois, segundo o art. 23, III, do CP e art. 133 da Constituição Federal, a intenção de defender exclui a de caluniar” (RJDTACrim. 14/221).

Do corpo do v. aresto transcreve-se:

“Outrossim, cumpre considerar-se que age em estrito cumprimento do dever legal o advogado que, em defesa de seu cliente, se limita a mencionar fatos indispensáveis à fundamentação da tese proposta em Juízo. Neste caso, não pratica delito algum (art. 23, III, do Código Penal, e art. 133 da Constituição Federal). Os mencionados dispositivos legais são enfáticos no sentido de que a intenção de defender exclui a de caluniar. Animus defendendi e dolo são termos inconciliáveis.

“Como se vê, também não se vislumbra, na espécie, o elemento subjetivo do injústo.” (fls. 222).

No mesmo sentido, vide RJDTACrim, vol. 22, página 446.

E deste Tribunal, de caso análogo, colhe-se:

“Habeas corpus. Ofensas irrogadas em juízo por advogados contra juiz. In casu, tais ofensas não ultrapassaram os limites da lei. Imunidade judiciária reconhecida. Ordem concedida para trancar a ação penal.

“A contundência e a crítica contra decisões do juiz no processo nem sempre revelam o animus difamandi ou injuriandi, eis que impregnadas do animus defendendi, protegido pelo disposto no art. 142, I, do CP, e reforçado pelo advento do art. 133 da CF de 1988, o que justifica o trancamento da ação penal por crime contra a honra tentada por magistrado contra advogado. Há que se examinar, com cuidado, quando essas ofensas estão efetivamente embebidas de conteúdo difamatório ou injurioso” (HC n. 10.304, de Bom Retiro, rel. Des. Ernani Ribeiro, de 24/3/92).

E ainda:

“Recurso em sentido estrito. Não recebimento de queixa-crime. Crime contra a honra proferido por escrito por advogado no exercício de sua profissão. Animus defendendi que neutraliza o animus caluniandi ou injuriandi. Entendimento dos arts. 23, III, do CP, e do art. 133, da carta constitucional. Recurso desprovido” (Rec. Crim. n. 9.403, da Capital, rel. Des. Ayres Gama, de 25/2/94).

Para finalizar, colaciona-se decisão da Suprema Corte:

“Calúnia — Ofensa irrogada por uma das partes na discussão da causa — (...) Assunto relacionado

com o objeto de ação cível — Reconhecimento da exclusão da criminalidade prevista no art. 142, I, do CP — Ação penal trancada — Recurso de habeas corpus provido — Inteligência dos arts. 138 e 139 do referido estatuto.

“Do benefício de licitude excepcional previsto no art. 142, I, do CP, podem gozar as partes e seus procuradores, compreendidos, pois, todos os que participam diretamente do debate processual, inclusive o Ministério Público e os advogados regularmente constituídos para representação em juízo. As expressões ofensivas podem ser trocadas entre eles ou dirigidas a qualquer outro, desde que satisfeita a condição de que se relacionem com a causa em andamento” (RT 585/411).

Foi o que exatamente ocorreu no caso vertente!

À advocacia, nobre atividade privada que, indiretamente, revela-se um múnus público, é garantida a imunidade penal ou judiciária, nos termos do art. 133 da Constituição Federal, como já dito, eis que, no exercício da profissão, os advogados utilizam como instrumento a linguagem, as palavras, símbolos que transmitem o pensamento humano, as idéias, meio pelo qual se operam na sociedade as mais profundas mudanças e que é, antes de tudo, um fenômeno cultural.

Dessa forma, os excessos de linguagem porventura cometidos no exercício da advocacia, quando necessários ou justificáveis, são escusados pelo ordenamento jurídico, pois uma punição nesses casos poderia significar, em verdade, um cerceamento ao direito de ampla defesa, as-

segurado pelo art. 5º, inciso LV, da Carta Magna, e que se traduz numa garantia fundamental dos litigantes num processo. Mas, é claro, observados os limites da lei, que, repise-se, não foram extrapolados pelo impenetrante e pacientes, no caso sub judice, onde o procurador limitou-se a reproduzir o que entendeu pelos documentos, embasando-se, ademais, em material probatório, especialmente pela Ata da Assembléia Geral realizada no dia 28/9/96, onde se decidiu “rescindir o contrato com a Administradora ‘Ary Buzzi Negócios Imobiliários Ltda.’” (fls. 43), “por unanimidade dos presentes foi determinado o prosseguimento dos processos”, “pela obrigatoriedade de prestação de contas por parte da administradora ‘Ary Buzzi Negócios Imobiliários Ltda.’, que em caso de recusa, serão tomadas as vias judiciais para obtenção” (fls. 44), “a expedição de ofício junto aos órgãos públicos para saber-se sobre a regularidade ou não do empreendimento” (fls. 45), entre outras, constante dos autos em que funcionava como advogado.

Além do mais, os gravames e prejuízos trazidos a quem sofre uma ação penal são incalculáveis, e se desde logo se ressumbra que os agentes nem sequer em tese violaram as figuras tipos contra eles assestadas, é preferível que se tranque a persecução criminal, restabelecendo-se a dignidade dos cidadãos e, no caso, também do profissional acusado.

Julio Fabbrini Mirabete, in “Processo Penal”, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1995, pág. 706, não discrepa:

“(....) justifica a concessão do habeas corpus por falta de justa cau-

sa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação”.

In fine, extrai-se dos ensinamentos de Vicente Greco Filho, in “Manual de Processo Penal”, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 394, acerca da matéria:

“(....) aliando-se o inc. VI do art. 648 com o inc. I, que considera ilegal a coação sem justa causa, a jurisprudência e a doutrina têm trancado a ação penal quando não houver base para a acusação, fazendo, assim, a análise das provas (....). Trata-se de um exame de que deve resultar, inequivocamente, a ausência, em tese, de possibilidade da acusação, de forma que a absoluta inviabilidade de processo signifique constrangimento indevido.

“(....) a análise da justa causa constitui uma garantia da liberdade, porquanto não teria sentido submeter-se alguém a um processo penal absolutamente inviável e, portanto, abusivo.

“Tranca-se a ação penal se não se forma juízo de probabilidade da ocorrência da infração e da autoria”.

Nesse vértice é cediça a jurisprudência:

“Habeas corpus — Exame de prova — Admissibilidade quando a matéria de fato não se apresentar controvertida” (RT 715/526).

Ou então:

“Habeas corpus — Trancamento da ação penal — Possibilidade —

Fato descrito na denúncia que não se constitui em infração penal — Deferimento.

“Embora em regra o estrito âmbito do habeas corpus não se preste a viabilizar trancamento de ação penal, esta pode ter seu curso obstado antes da sentença, quando o fato descrito não constituir, com evidência manifesta, uma infração penal” (RT 722/459).

Do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, extrai-se:

“(....) Trancamento de ação penal — Ausência de justa causa motivadora da denúncia — Habeas corpus concedido — Calúnia — Ausência de dolo — Atipicidade.

“(....) O trancamento da ação penal é conseqüência da concessão da ordem, máxime tendo sido pleiteada. O STF decidiu que isto é possível, quando evidente a ausência de dolo, salientando ser correta a decisão em face a reforma penal de 1984 que, adotando o finalismo, considera o dolo como elemento subjetivo do tipo. No crime de calúnia é essencial constatar-se a presença do dolo, caracterizando-se o animus caluniandi. É necessário que a imputação seja inequívoca de ato delituoso típico, pois, à sua falta, conclui-se pela atipicidade. Ordem concedida, determinando-se o trancamento da ação penal” (Habeas Corpus n. 18.345/96, de São João do Meriti, 2ª Câm., rel. Juiz Erie Sales Cunha, j. em 13/6/96).

E do Superior Tribunal de Justiça:

“Crime contra a honra — Calúnia — Atipicidade.

“Se a denúncia não faz imputação de fato definido como crime, não é

possível a caracterização do delito de calúnia. De igual modo, se não aponta fato ofensivo à reputação do imputado, de difamação não se pode falar. (...) Sem a formalização de qualquer dos casos, o fato será atípico. Recurso provido para reformar o acórdão, e trancar a ação penal respectiva” (Recurso de Habeas Corpus n. 288/SP — reg. 89.10559-0 —, 6ª Turma, rel. Min. José Cândido, p. em 5/2/90).

Do Excelso Pretório transcreve-se:

“Habeas corpus — Crime contra a honra — Prática atribuída a alunos de faculdade de Direito (PUC/SP) — Reclamação por eles oferecida, em termos objetivos e serenos, contra professora universitária — Animus narrandi — Descaracterização do tipo penal — Ausência de justa causa para a ação penal — Pedido deferido.

“Crimes contra a honra — Elemento subjetivo do tipo.

“— A intenção dolosa constitui elemento subjetivo, que, implícito no tipo penal, revela-se essencial à configuração jurídica dos crimes contra a honra.

“— A jurisprudência dos Tribunais tem ressaltado que a necessidade de narrar ou de criticar atua como fator de descaracterização do tipo subjetivo peculiar aos crimes contra a honra, especialmente quando a manifestação considerada ofensiva decorre do regular exercício, pelo agente, de um direito que lhe assiste (direito de petição) e de cuja prática não transparece o pravus animus, que constitui elemento essencial à positivação dos delitos de calúnia, difamação e/ou injúria.

"Persecutio criminis — Justa Causa — Ausência.

"— A ausência de justa causa deve constituir objeto de rígido controle por parte dos tribunais e juízes, pois, ao órgão da acusação penal — trate-se do Ministério Público ou de mero particular no exercício da querela privada —, não se dá o poder de deduzir imputação criminal de modo arbitrário. Precedentes. O exame desse requisito essencial à válida instauração da persecutio criminis, desde que inexistente qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva em torno dos fatos debatidos, pode efetivar-se no âmbito estreito da ação de habeas corpus" (HC n. 72.062/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. em 14/11/95).

Por fim, do egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo cita-se:

"Habeas Corpus — Trancamento da ação penal — Possibilidade — Fato descrito na denúncia que não se constitui em infração penal — Deferimento.

"Embora em regra o estrito âmbito do Habeas Corpus não se preste a viabilizar trancamento de ação penal, esta pode ter seu curso obstado antes da sentença, quando o fato descrito não constituir, com evidência manifesta, uma infração penal.

"(...)

"Crime contra a honra — Calúnia — Advogados que, em pedido de restituição de documentos apreendidos, fazem manifestação contra Delegado de Polícia — Denúncia formulada e recebida — Caracterização, no caso, do animus defendendi — Ausência de ilicitude — Habeas corpus concedido para trancar a ação penal.

"O animus defendendi pode excluir o pressuposto da ilegitimidade da ofensa, assim como o advogado ao oferecer resistência à acusação formulada contra seu constituinte. Não há crime de calúnia, por ausência de ilicitude" (RT 722/459).

Destarte, restando comprovado, sine dubio, que os pacientes não tiveram o propósito de caluniar ou difamar o status dignitatis dos representantes da Empresa, ora querelantes, tendo agido exclusivamente no intuito de defender seus interesses, inevitável dizer-se que não agiram com dolo, já que estavam imbuídos de animus narrandi ou defendendi, quando tomaram as providências que entenderam cabíveis, lançando as palavras tidas como caluniosas e difamatórias no curso do processo, patenteando, assim, a falta de justa causa para a propositura da Queixa-Crime e, conseqüentemente, para o prosseguimento da actio poenalis, sendo, então, o trancamento do presente processo medida que realmente se impõe.

3 — Ex positis, a Câmara concede a ordem, determinando o trancamento da ação penal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, e subscreveu parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 15 de setembro de 1998.

*José Roberge,*

*Presidente com voto;*

*Jorge Mussi,*

*Relator.*

**HABEAS CORPUS N. 98.007179-8, DE CRICIÚMA****Relator: Des. Jorge Mussi**

*Habeas corpus — Delitos de trânsito — Embriaguez ao volante e condução sem habilitação — Prisão em flagrante — Irregularidade — Hipótese de lavratura de termo circunstanciado — Exegese dos arts. 291 e 301 do CTB — Infrações, ademais, com procedimento diferenciado — Transação penal — Ministério Público que não se manifestou sobre a possibilidade, antes do oferecimento da denúncia — Ofensa ao disposto no caput e parágrafo único do art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro — Constrangimento ilegal evidenciado — Nulidade do processo ab initio declarada de ofício — Ordem concedida.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 98.007179-8, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que são impetrantes Walterney Angelo Reus e Ildefonso Leal de Souza, sendo paciente Vilmar Rodrigues dos Santos:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem, declarando-se, de ofício, a nulidade do processo a que responde o paciente.

1 — Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo Dr. Walterney Angelo Reus, em favor de Vilmar Rodrigues dos Santos, preso em flagrante no dia 7 de junho do corrente e logo denunciado por suposta infração aos arts. 306 e 309 da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), a fim de que seja imediatamente relaxado o flagrante.

Sustentou, para tanto, a ilegalidade da prisão em flagrante, primeiramente em face da inobservância do direito do paciente a assistência de advogado, quando da lavratura do

Auto de Prisão, e secundamente porquanto o flagrante teria sido provocado pelos agentes policiais, ao determinarem que o paciente manobrasse seu veículo, que se encontrava estacionado em local proibido.

Alegou, outrossim, a ausência de requisitos ensejadores da prisão preventiva no caso em tela, o que autorizaria a concessão da liberdade provisória almejada.

Entendendo-se descumpridas as normas do novel Código de Trânsito, no que pertine à aplicabilidade de alguns institutos da Lei n. 9.099/95 na espécie, e também porque o flagrante apresentava características de nulidade, a liminar foi concedida (fls. 64/65).

Instada a prestar informações, a autoridade dita coatora noticiou: que o paciente está sendo processado por infração aos arts. 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro, estando segregado por força de prisão em flagrante datada de 7 de junho de 1998; que a denúncia foi recebida em 12 de junho de 1998, tendo o paciente sido interrogado no dia 16 de junho; que,

após a oitiva das testemunhas de acusação, “foi dada a palavra ao Ministério Público, para que se manifestasse acerca da possível aplicação do artigo 76 da Lei n. 9.099/95”, e que “o mesmo, após fundamentação, propugnou pela não aplicação de nenhum artigo pertinente a já citada Lei (fls. 64 e 65)”; estando o feito a aguardar a realização da audiência de inquirição das testemunhas de acusação, marcada para o dia 20 de julho de 1998 (fls. 71/72).

A ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça posicionou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

2 — Merece concedido o writ.

Os delitos em tese cometidos pelo paciente estão alinhavados no novo Código de Trânsito Brasileiro, que desde a sua edição e entrada em vigor tem suscitado inúmeras controvérsias dentre os aplicadores do Direito, pois ao criar onze novos tipos penais, intitulados delitos de trânsito, a novel lei especial, em seu art. 291, ordenou que fossem aplicados os preceitos da Lei 9.099/95, “no que couber” (aqui se enquadrando o delito descrito no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, assestado ao paciente, que se pode dizer ser de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95, pois pune com penas de detenção, de seis meses a um ano, e multa, aquele que “dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano”), dispondo, ainda, em seu parágrafo único, que aos crimes dos arts. 303, 306 (embriaguez ao volante, o

outro delito imputado ao ora paciente) e 308 se aplicariam as regras dos arts. 74, 76 e 88 da Lei dos Juizados Criminais.

Caso cometida isoladamente, à infração do art. 309 do CTB, por ser de menor potencial ofensivo, evidente que não se poderia impor prisão em flagrante, a teor do prescrito no caput do art. 291 do Código de Trânsito, devendo lavrar-se tão-somente um Termo Circunstanciado, nos moldes do art. 69 da Lei n. 9.099/95. A dúvida quanto à autuação da conduta do paciente, contudo, emerge diante do concurso de crimes, já que está incurso nas penas dos arts. 309 e 306 do CTB.

Porém, a doutrina e a mais recente orientação jurisprudencial inclinam-se pela lavratura de Termo Circunstanciado, também nos casos de infração ao art. 306 do CTB, mormente quando não houver vítimas, como in casu, numa exegese do preceituado no art. 301 do mesmo Código (que diz que “ao condutor de veículo automotor, nos casos de acidente de trânsito, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela”), e ainda porquanto o suposto infrator será beneficiado com o instituto da transação — art. 76 da Lei n. 9.099/95, nos termos do parágrafo único do art. 291 do CTB, a ser proposta pelo órgão ministerial antes do oferecimento da denúncia.

Nesse norte, do magistério de Luiz Flávio Gomes:

“O novo CTB, no total, prevê onze delitos: a um deles (art. 302, homicídio culposo) não se aplica a Lei n. 9.099/95. Nem sequer cabe suspen-



são condicional do processo (art. 89), porque a pena mínima, doravante, passa a ser de dois anos. Aos outros dez delitos aplica-se a citada lei: no que couber. Basicamente: não existe inquérito policial, não há prisão em flagrante, é o caso de se fazer o termo circunstanciado, designando-se em seguida audiência de conciliação (art. 72). Cabe transação penal (art. 76). A suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor (art. 292 do CTB) certamente, passa a contar com interesse marcante no momento da transação. (...)” (“CTB: Primeiras Notas Interpretativas”, Boletim IBCCrim n. 61, pág. 4) (o grifo é nosso).

De artigo da lavra de Vitore André Zilio Maximiano, vem a explicação necessária para a elucidação do posicionamento transcrito:

“(...) o Juizado Especial tem como núcleo central, pode-se dizer, dois grandes institutos inovadores que implicam na extinção da punibilidade sem a correspondente ação penal. São eles: a transação penal (art. 76) e a composição civil (art. 74).

“Os demais aspectos do Juizado, fundamentalmente a lavratura de termo circunstanciado e o novo rito processual estabelecido no art. 77, são decorrências da aplicação dos dois primeiros institutos, dos quais não poderão estar dissociados.

“(...)”

“Pois bem. Se se admite transação penal, desde que preenchidos os requisitos do art. 76 da Lei n. 9.099/95, para os citados crimes de lesão corporal culposa praticada na direção de veículo, embriaguez ao volante e racha, por qual motivo deverá

instaurar-se inquérito policial, ao invés de termo circunstanciado?

“(...)”

“De outro lado, se se admitisse a instauração de inquérito policial quando da ocorrência dos crimes mencionados no parágrafo único do art. 291, como corolário ter-se-ia a hipótese de prisão em flagrante. Contudo, se o autor, por qualquer motivo, deixar de prestar fiança, haverá prazo rigoroso para encerramento do inquérito (art. 10 do CPP) e para oferecimento da denúncia (art. 46 do mesmo Codex), sob pena de relaxamento da prisão.

“Sendo assim, como imaginar prazo para oferecimento da denúncia, quando o autor dos fatos, em sede de audiência preliminar, terá o benefício da transação penal com a conseqüente extinção da punibilidade?

“(...)”

“Por tal motivo, na pior das hipóteses, (...) em caso de ocorrência das infrações apontadas pelo parágrafo único do art. 291, por considerar a lavratura do termo circunstanciado e o rito do Juizado mais benéficos ao réu, deverá prevalecer aquela lei em atendimento ao princípio da analogia in bonam partem” (“O Juizado Especial Criminal e os Novos Delitos de Trânsito”, Boletim IBCCrim n. 67, pág. 3, o grifo é nosso).

Dessa forma, pode-se dizer que irregular a lavratura de Auto de Prisão em Flagrante contra o paciente, caracterizando, assim, o constrangimento ilegal, sanável pela via eleita.

3 — Por outro lado, não se manifestou o representante do Ministério Público, antes do oferecimento da de-

núncia, acerca da aplicabilidade, na hipótese, do disposto no art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, suprimindo-se, assim, procedimento expressamente preceituado no art. 291, parágrafo único, do novel Código de Trânsito Brasileiro, em flagrante ofensa aos direitos do paciente.

Com efeito, a marcha processual imprimida não observou tanto o preceituado no caput quanto o disposto no parágrafo único do art. 291 da Lei 9.503/97, que ditam, respectivamente:

“Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber”;

“Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995” (grifamos).

No caso do crime do art. 309 do CTB, dúvidas não pairam de que se trata de uma infração de menor potencial ofensivo, aplicando-se, nos termos do caput do art. 291 deste mesmo diploma legal, integralmente os ditames da Lei 9.099/95, dentre eles o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da citada Lei, mencionados expressamente no parágrafo único do art. 291 do CTB, que também para o crime do art. 306 do Código de Trânsito textualmente prevê a possibilidade de composição dos danos civis (que não é o caso dos autos, uma vez que a condu-

ta do paciente não gerou danos materiais a terceiros), transação penal com aplicação imediata da pena de multa ou restritiva de direitos, e a necessidade de representação para a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas, como condição de procedibilidade (que também não é o caso, pois não houve vítimas).

Ora, estando prevista na própria lei dos crimes de trânsito a aplicação dos mencionados artigos da Lei n. 9.099/95, tanto ao delito do art. 306 quanto ao do 309 da Lei 9.503/97, o processo é nulo ab initio, inclusive a denúncia, eis que deveria o Ministério Público ter-se manifestado sobre a possibilidade de transação penal, antes do oferecimento da inicial acusatória.

Sobre o tema, Damásio E. de Jesus leciona:

“Desde que presentes as condições de transação, o Ministério Público está obrigado a fazer a proposta ao autuado. A expressão, hoje, tem o sentido de dever. Presentes suas condições, a transação impeditiva do processo é um direito penal público subjetivo de liberdade do autuado, obrigando o Ministério Público à sua proposição” (“Lei dos Juizados Especiais Criminais Comentada”, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 80).

Nessa mesma direção é a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“De acordo com o art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro e o art. 71 da Lei n. 9.099/95, são considerados como infrações penais de menor potencial ofensivo os crimes previstos naquele estatuto em que a pena máxima não seja superior a um ano, sendo

portanto de competência dos Juizados Especiais aqueles previstos nos arts. 304, 305, 307, 309, 310, 311 e 312. Em consequência, não estão na competência do Juizado, devendo ser objeto de processo perante o juízo comum, os crimes de homicídio culposo (art. 302), de lesão corporal culposa (art. 303), de embriaguez ao volante (art. 306) e de participação em corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada (art. 308), pois em todos a pena máxima é superior a um ano de detenção. Entretanto, há disposição expressa que aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada aplica-se o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099/95. Assim, mesmo perante o juízo comum, deve ser dada a oportunidade para se tentar a conciliação, com a composição dos danos e a transação, com aceitação da proposta de aplicabilidade imediata de pena não privativa de liberdade" ("Crimes de Trânsito têm Normas Gerais Específicas", Boletim IBCCrim n. 61, pág. 13).

Ainda sobre a aplicabilidade de certos institutos da Lei 9.099/95 às infrações de trânsito, tema disciplinado no parágrafo único do art. 291 do CTB, Cezar Roberto Bittencourt assevera:

"Mas o legislador quis mais. Desejou aplicar alguns institutos do Juizado Especial em outras infrações, mais graves, ou, pelo menos, com sanções mais graves, que, por isso mesmo, estarão fora da competência do Juizado Especial. Por isso, fixou expressamente a regra do parágrafo único do art. 291, que não está em antinomia com o caput do mesmo dispo-

sitivo. No parágrafo único não existe contradição ou superfetação em relação ao caput. Há, isso sim, em razão de defeituosa técnica legislativa, impropriedade dogmática, capaz de gerar alguma perplexidade, tornando-o de difícil execução. Mas isso não autoriza ignorar sua existência. Como negar-lhe vigência? Como 'fazer de conta' que não existe? Como afirmar-se que a sua previsão não se aplica aos crimes de embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada, quando o texto legal afirma exatamente o contrário? A lei nem sempre é o primor de perfeição que desejamos, mas nem por isso estamos autorizados a negar ou ignorar a sua existência" ("Alguns Aspectos Penais Controvertidos do Código de Trânsito", agosto de 1998, RT 754, pág. 483).

Evidente que, no caso, não se cumpriram as regras do art. 291, caput e parágrafo único, do CTB, que obrigam a aplicabilidade dos institutos da Lei dos Juizados Especiais Criminais na espécie, mais precisamente a realização da audiência preliminar prevista no art. 74 da Lei 9.099/95, para os fins do disposto no art. 76 da mesma Lei Especial, antes do oferecimento da denúncia.

Nesta direção, do corpo do acórdão prolatado no julgamento pela 2ª Turma de Recursos do Habeas Corpus n. 7/98, da comarca de Indaial, rel. Juiz Jorge Henrique Schaefer Martins, datado de 1º/9/1998, em que se reconheceu a competência da Justiça comum para a realização da audiência preliminar, retira-se:

"(...) não se pode olvidar que o art. 291, caput, do mesmo diploma le-

gal, estabelece que aos crimes cometidos na direção de veículo automotor são aplicáveis as normas gerais do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei 9.099/95, quando não se dispuser de modo diverso, e o parágrafo único expressamente determina a aplicação aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099/95, de 26 de setembro de 1995.

"(...)

"(...) Assim, mesmo perante o Juízo comum, deve ser dada a oportunidade para se tentar a conciliação, com a composição dos danos e a transação, com a aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (MIRABETE, Julio Fabbrini, Crimes de Trânsito têm Normas Gerais Específicas, Boletim IBCCrim 61, dezembro/1997, págs. 13/14)." (Revista dos Julgados das Turmas de Recursos e Tribunal de Justiça de SC, vol. 10, págs. 203/204).

Dessa forma, flagrante o constrangimento ilegal que vem sofrendo o

paciente, porquanto nulo ab initio, por omissão de formalidade legal (art. 564, IV, do CPP), o processo a que responde.

4 — Ante o exposto, a Câmara concede a ordem para manter a liberação do paciente, liminarmente deferida, declarando, outrossim, de ofício, a nulidade do Processo Crime n. 020.98.007966-7, em trâmite na 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, desde a denúncia, inclusive, pela inobservância do disposto no caput e parágrafo único do art. 291 do CTB, devendo o caderno processual ser remetido ao órgão ministerial, para os fins do disposto no art. 76 da Lei n. 9.099/95.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa; lavrando parecer, pela ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 3 de novembro de 1998.

*José Roberge,*

*Presidente com voto;*

*Jorge Mussi,*

*Relator.*

**HABEAS CORPUS N. 98.013198-7, DE JOINVILLE****Relator: Des. Paulo Gallotti**

*Habeas corpus – Notícia crime — Procuração — Falta de menção ao fato criminoso — Irrelevância — Art. 44 do Código de Processo Penal — Incidência restrita à ação penal privada.*

*A incidência do art. 44 do Código de Processo Penal é restrita ao mandato que concede poderes especiais para oferecimento de queixa-crime, não se aplicando à notícia criminal peça que visa exclusivamente à apuração de fatos tidos como delituosos.*

*Apropriação indébita — Art. 168, § 1º, III, do Código Penal — Delito imputado a administrador de pessoa jurídica — Justa causa para a persecução penal — Prévia ação de prestação de contas — Dispensabilidade — Independência das esferas civil e penal — Ordem denegada.*

*Não obstante seja recomendável, em casos como de mandato, gestão ou administração de negócios, que, antes do início da ação penal, proceda-se à prévia prestação de contas, a fim de ser constatada a ocorrência de abuso de poderes ou de eventuais créditos e débitos recíprocos, tal providência não se constitui em antecedente indispensável ao oferecimento de denúncia por crime de apropriação indébita.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 98.013198-7, da comarca de Joinville (1ª Vara Criminal), em que é impetrante o Dr. Ralf Gert Simon, sendo paciente Sérgio Gonçalves Ferreira:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo Dr. Ralf Gert Simon em favor de Sérgio Gonçalves Pereira, denunciado perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Joinville por infração ao

art. 168, § 1º, III, do Código Penal, visto que, aproveitando-se do cargo que exercia na empresa Sine Qua Non — Serviços de Comunicação e Relações Públicas, apropriou-se de vales-alimentação e dinheiro a ela pertencentes.

Sustenta o impetrante, em síntese, que a procuração que acompanha o pedido de instauração de inquérito policial não atende às exigências do art. 44 do Código de Processo Penal. De outra parte, buscando o reconhecimento da falta de justa causa para a ação penal, acrescenta que, como o paciente era procurador da empresa, o oferecimento da denúncia

deveria ter sido precedido de ajuste de contas no Juízo Cível.

Negada a liminar, foram prestadas informações pela autoridade dita coatora, manifestando-se, na seqüência, a Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de ser denegado o writ no tocante ao alegado defeito na procuração e à sua necessidade, não devendo ser conhecida a impetração quanto à falta de justa causa.

A ordem não é de ser concedida.

É bem verdade que, a teor do art. 44 do CPP, quando se tratar de queixa-crime oferecida por procurador, o instrumento de mandato deve conter o nome do querelante e a menção do fato criminoso.

Contudo, o mencionado dispositivo tem sua incidência restrita à ação penal privada, vale dizer, àquela para a qual a lei reserva a persecução ao ofendido.

No caso, a peça juntada às fls. 11/17, equivocadamente denominada na impetração de queixa-crime, não passa de mera notícia do fato tido como delituoso, visando à sua apuração, não havendo, portanto, que se falar em defeito na procuração de fls. 18, mostrando-se desnecessárias maiores considerações sobre o tema.

Por outro lado, a pretensão de ver reconhecida a falta de justa causa para a ação penal igualmente não merece acolhida.

Não obstante seja recomendável, em casos como de mandato, gestão ou administração de negócios, que, antes do início da ação penal, proceda-se à prévia prestação de contas, a fim de ser constatada a ocorrên-

cia de abuso de poderes ou de eventuais créditos e débitos recíprocos, tal providência não se constitui em antecedente indispensável ao oferecimento de denúncia por crime de apropriação indébita.

Em caso semelhante, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

“A prévia prestação de contas não é requisito para se ajuizar ação penal contra o havido como autor de crime de apropriação indébita.

“A ação de habeas corpus é sumaríssima e seu objeto é a sentença que julga tão-somente a legalidade, in casu, da coação, ou ameaça de coação, à liberdade que o indivíduo tem de se locomover. Em caso nenhum ela pode versar questão de fato envolvida em prova que deva ser alhures produzida e analisada” (RT 550/395).

Veja-se, também, o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“O crime de apropriação indébita não se vincula para sua configuração à existência de prévia prestação de contas” (RHC n. 2.224-7, rel. Min. Edson Vidigal, in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, 6ª ed., vol. I, tomo II, pag. 2.645).

No mesmo sentido, RHC n. 1.662, rel. Min. Jesus da Costa Lima (obra e lugar citados).

E do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

“A prévia prestação de contas não é requisito para se ajuizar ação penal contra o havido como autor de crime de apropriação indébita. A ausência dela, sem nenhum reflexo na admissibilidade de persecução penal, pode, sem dúvida, ser suprida

por outros elementos de prova que evidenciem a prática da infração” (JTACRIMSP 88/170).

Do corpo do acórdão, colhe-se:

“Como observa Heleno Frago, citando Néelson Hungria, quanto à prestação de contas, tudo se resume, a nosso ver, à matéria da prova suficiente. Em certos casos, a prévia prestação de contas é necessária para comprovar a alegada apropriação, tendo-se presente que o ônus da prova, quanto à materialidade do fato e ao dolo, incumbe a quem acusa. A prévia prestação de contas, portanto, não é requisito indispensável para a ação penal; de sua falta pode decorrer apenas insuficiência da prova, quando houver de parte a parte débitos e créditos a serem compensados. Como bem lembra Hungria quando a prestação de contas se apresente necessária, pode ser feita e decidida no próprio Juízo Penal, notadamente se ainda não intentada no cível (art. 93 do CPP)”.

Mais adiante:

“A persecução penal, por certo, não encontra legitimidade apenas na certeza da prática de fato criminoso por pessoa determinada. Bem ao contrário, justifica-se ante a singela notícia do evento com características de tipicidade, cercado de razoável convicção a propósito da autoria. E, por isso, o impedimento da ação penal, a rejeição da denúncia formalmente perfeita, somente se mostra razoável ou à vista da indubitosa erronia a propósito da autoria ou quando irrecusável, certa e inquestionável, a presença de justificativa excludente da tipicidade ou de dirimente prejudicial da punibilidade. Não quando, umas e outras,

se mostrem simplesmente possíveis, ou até mesmo prováveis.

“Apenas a prova única, indubitosa, inequívoca e convergente a propósito da falta de dolo, e, por consequência, da inautenticidade da imputação, haveria de justificar a recusa da ação penal. Possível, razoável e não absurda a admissão do crime, assim como de que seja o indiciado seu autor, o que cumpre é instaurar a ação penal, que é o campo apropriado à elucidação sobre a procedência ou não da imputação”.

Em arremate, desta Corte:

“Dispensável a prova pericial ou prestação de contas, se a apropriação pode ser provada por outros elementos de convicção” (Ap. Crim. n. 98.009347-3, de Urubici, rel. Des. Genésio Nollí, publicada no DJE n. 10.080, de 22/10/98, pág. 10).

Ademais, a existência da alegada relação de créditos e débitos compensáveis entre Sérgio Gonçalves Ferreira e a Sine Qua Non — Serviços de Comunicação e Relações Públicas, bem como a circunstância de que o paciente não excedeu os limites de suas atribuições de administrador, por se tratar de matérias eminentemente fáticas, devem ser apuradas no curso da própria ação penal.

De registrar ainda que, muito embora seja correto afirmar que a apreciação da falta de justa causa depende da verificação da existência, nas peças que serviram de base ao oferecimento da denúncia, de elementos que sustentem a acusação, na espécie, o alegado constrangimento seria decorrência, exclusivamente, da deflagração da persecução penal sem a prévia ação de prestação de contas,

não se tratando, dessa maneira, de hipótese de não conhecimento do writ sob este aspecto.

Por tais fundamentos, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella; lavrando parecer, pela

douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Maurílio Moreira Leite.

Florianópolis, 27 de outubro de 1998.

*Amaral e Silva,*

*Presidente com voto;*

*Paulo Gallotti,*

*Relator.*

## RECURSO CRIMINAL

### RECURSO CRIMINAL N. 98.012136-1, DE TIMBÓ

**Relator: Des. Paulo Gallotti**

*Crimes contra a honra — Lei de Imprensa — Prescrição — Art. 41 da Lei n. 5.250/67 — Incidência das causas interruptivas previstas no Código Penal — Recurso provido.*

*O prazo estabelecido no art. 41 da Lei n. 5.250/67, tratando da prescrição nos crimes de imprensa, sujeita-se às causas interruptivas previstas no Código Penal.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 98.012136-1, da comarca de Timbó (1ª Vara), em que é recorrente a Justiça, por seu Promotor, sendo recorrido Evandro Loes:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso, para que o feito prossiga em seus ulteriores termos.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Timbó, Evandro Loes foi dado como incurso nas sanções do art. 21, combinado com o art. 23, II, da Lei n. 5.250/67, porque, na qualidade de editor chefe do Jornal do Médio Vale, publicou, na edição n. 230 do referido periódico, matéria intitulada "Traição contra Paulo Afonso", imputando fatos tidos como ofensivos à honra e à reputação de Nivaldo Juvenal Lenzi, então diretor do Presídio Regional de Blumenau.

Recebida a denúncia, o Magistrado decretou a extinção da punibilidade.



de do acusado, pela prescrição, nos termos do art. 41 da Lei de Imprensa.

Inconformado, o representante do Ministério Público recorreu alegando, em síntese, que o prazo prescricional, nos crimes de imprensa, sujeita-se às causas interruptivas previstas no Código Penal.

Com as contra-razões, subiram os autos, que em seguida retornaram à origem para cumprimento do disposto no art. 589 do CPP.

Proferido o despacho de manutenção, a Procuradoria-Geral de Justiça posicionou-se no sentido de ser dado provimento ao recurso.

As regras gerais do Código Penal, a teor do disposto em seu art. 12, sempre que inexistir disposição em sentido diverso, aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, o que aliás também é previsto no art. 48 da Lei de Imprensa.

Damásio E. de Jesus, a propósito, observa:

“Regras gerais do Código são as normas não incriminadoras, permissivas ou complementares, previstas na Parte Geral ou Especial. Em regra, estão contidas na Parte Geral, mas também podem estar descritas na Especial (ex.: conceito de funcionário público — art. 327). Por outro lado, a legislação especial, conjunto de leis extravagantes, também pode conter regras gerais diversas das do Código. Neste caso, prevalecem aquelas. Em caso contrário, quando a lei especial não ditar regras gerais a respeito dos fatos que descreve, serão aplicadas as do Código.

“Assim, as normas contidas nos arts. 1º a 120 do CP, mais as não

incriminadoras previstas na Parte Especial, são aplicáveis a toda a legislação especial, salvo exceção expressa. Exs.: as disposições sobre legítima defesa, estado de necessidade, aplicação da pena, sursis, livramento condicional, extinção da punibilidade etc. se estendem aos crimes eleitorais, contra a economia popular, falimentares, de imprensa etc.” (Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 1992, 16ª ed., vol. I, págs. 127/128).

Estabelecendo o art. 41 da Lei n. 5.250/67, tão-somente, o prazo de dois anos para a prescrição da ação, silenciando no que concerne às causas que interrompem seu curso, aplica-se aos crimes de imprensa, à falta de disciplina própria, a norma contida no art. 117 do CP.

Veja-se a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Quanto aos crimes definidos na Lei de Imprensa, a prescrição da pretensão punitiva ocorrerá dois anos após a data da publicação ou transmissão incriminada, e a executória, no dobro do prazo em que for fixada a pena (art. 41 da Lei n. 5.250, de 9/2/67). Modifica-se, assim, o prazo da prescrição, que será de dois anos quanto à prescrição da pretensão punitiva, e o dobro da pena aplicada, no caso de prescrição da pretensão executória. Não havendo, porém, regra especial quanto à interrupção, as causas interruptivas da prescrição constantes do artigo 117 do CP aplicam-se aos crimes de imprensa” (Manual de Direito Penal, Atlas, São Paulo, 1998, 13ª ed., vol. I, pág. 416).

No mesmo sentido: Damásio E. de Jesus (Prescrição Penal, Saraiva, São Paulo, 1987, 3ª ed., pág. 115),

Celso Delmanto (Código Penal Comentado, Renovar, São Paulo, 1991, 3ª ed., 7ª tiragem, pág. 178) e Magalhães Noronha (Direito Penal, Saraiwa, São Paulo, 1986, 24ª ed., vol. I, pág. 354).

No caso, a publicação da matéria incriminada deu-se em 15/3/96. Contudo, com o recebimento da denúncia em 4/9/97, fls. 103v., o curso do prazo prescricional foi interrompido, não sendo possível, assim, falar em extinção do jus puniendi estatal.

Em caso semelhante, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

“Inexistindo na legislação especial a disciplina das causas interruptivas da prescrição, aplica-se a norma penal comum. O recebimento da denúncia ou da queixa, considerado o crime de imprensa, interrompe a prescrição” (RT 676/384).

Do Superior Tribunal de Justiça:

“É de se acolher o prazo de dois anos para a prescrição da ação penal, contados após a data da publicação ou transmissão impugnada, na forma do art. 41, caput, da Lei de Imprensa, na sua primeira parte, com interrupção pelas causas previstas no Código Penal (art. 117, I a IV)” (RSTJ 47/299).

Mais recentemente:

“REsp. — Penal — Prescrição — Lei de Imprensa — O Direito Penal reúne o Código Penal e as leis especiais. O Código, por sua vez, é a matriz dessa área jurídica. Denominado, por isso, Direito Penal Fundamental. Válido para o Direito Penal, a não ser

que lei especial disponha diferentemente. A prescrição não foi disciplinada pela Lei de Imprensa, salvo quanto ao prazo. O Código Penal, assim, só foi afetado nesse pormenor. Aplica-se a disciplina orgânica da lei fundamental” (REsp. n. 118.521, de São Paulo, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, publicado no DJU n. 166, de 31/8/98, pág. 122).

E desta Corte:

“Nos crimes de imprensa, interrompe-se a prescrição pelas mesmas normas previstas no Código Penal” (JC 68/375).

Ver também: Ap. Crim. n. 33.465, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 19/9/95; Ap. Crim. n. 32.281, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 19/9/95; Ap. Crim. n. 33.290, de Canoinhas, rel. Des. Álvaro Wandelli, julgada em 16/10/95; e Ap. Crim. n. 32.115, da Capital, rel. Des. José Roberge, julgada em 2/4/96).

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao recurso, para que o feito prossiga como de direito.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Des. Souza Varella; lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 15 de dezembro de 1998.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente com voto;*  
*Paulo Gallotti,*  
*Relator.*

## APELAÇÕES CRIMINAIS

### APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.015261-5, DE JOINVILLE

Relator: Des. José Roberge

*Apelação criminal — Ato infracional praticado por adolescente — Medida socioeducativa aplicada pelo prazo de seis meses — Lapso temporal superior a dois anos entre o recebimento da representação e a publicação da sentença — Prescrição da pretensão punitiva estatal, na forma retroativa — Extinção da punibilidade decretada.*

*A prescrição da pretensão punitiva, prevista no Código Penal, aplica-se também aos atos infracionais praticados por adolescentes (art. 226, ECA), sob pena de puni-los com maior severidade do que os penalmente imputáveis.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.015261-5, da comarca de Joinville, em que é apelante F. C. A., sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, declarar, de ofício, extinta a punibilidade da apelante pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa.

Custas legais.

1. Trata-se de apelação criminal aforada por F. C. A., por inconformada com a sentença que julgou procedente a representação que lhe imputou a prática dos ilícitos descritos no art. 157, § 2º, II e III, do CP, e art. 32, da Lei das Contravenções Penais, aplicando-lhe a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, prevista no art. 112, III, do ECA, a ser cumprida nos termos do seu art. 117, por período não excedente a seis meses.

Objetiva, com o presente recurso, ver declarada extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa, ou se ver absolvida da imputação, com fulcro no art. 386, IV, do CPP.

Em contra-razões, propugnou o Ministério Público pelo improvimento do apelo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo seu provimento, sob o primeiro fundamento.

É o relatório.

2. Com razão o ilustre parecerista.

Embora ainda haja certa divergência sobre o tema, esta Corte tem decidido que a melhor solução é a aplicação das medidas extintivas de punibilidade também aos menores que praticarem atos infracionais, sancionados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O eminente Des. Amaral e Silva, de largo conhecimento sobre o tema, assim se manifestou na ementa da Apelação Criminal n. 98.012388-7, de Balneário Camboriú, julgada pela Primeira Câmara Criminal em 27/10/98:

“Direito penal juvenil — Adolescente — Ato infracional — Atropelamento de ciclista — Homicídio culposo — Prestação de serviços à comunidade — Ação de pretensão socioeducativa prescrita.

“Submetendo os infratores a princípios e normas penais comuns para a caracterização do ato infracional (ECA, art. 103), sujeitando-os a medidas restritivas de direitos e privativas de liberdade (CF, 227, § 3º, V), seria a negação dos princípios garan-

tistas do Estatuto (arts. 6º e 110) e da Constituição (CF, 227) recusar-lhes benefícios e causas que extinguem a punibilidade.

“A ação de pretensão socioeducativa que visa a imposição de medidas restritivas de direito, e até privativas de liberdade, à semelhança da ação de pretensão punitiva, é prescritível.

“Não admitir a prescrição na órbita dos atos infracionais implicaria tratar adolescentes inimputáveis penalmente com maior rigor que os adultos”.

Ainda desta Corte:

“Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional praticado por menor de 18 (dezoito) anos. Medidas socioeducativas, de advertência e prestação de serviços à comunidade, aplicadas pelo prazo de 1 (um) ano. Aplicação das normas da Parte Geral do Código Penal. Inteligência do artigo 226 do referido Estatuto. Prescrição. Ocorrência entre a data do recebimento da representação e a da publicação do decisum condenatório. Decretação, de ofício, prejudicado o exame do mérito” (Apelação Criminal n. 30.496, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Alberto Costa).

Portanto, dúvidas não restam acerca da aplicação do instituto da prescrição aos menores infratores aos quais foram imprimidas medidas socioeducativas, posto que os atos infracionais cometidos nada mais são do que os crimes e contravenções penais (art. 103, ECA).

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 226, prevê expressamente que as normas

da Parte Geral do Código Penal são aplicáveis aos “crimes” nele definidos.

Por fim, não custa lembrar que se vedar tal benefício aos menores inimputáveis penalmente seria uma forma de puni-los com maior severidade que os adultos, o que afrontaria os princípios legais.

Assim, tendo a apelante sido sancionada com medida socioeducativa por período não excedente a seis meses, e tendo transcorrido lapso temporal superior a dois anos entre o recebimento da representação (5/9/95) e a publicação da sentença (12/12/97), extinta está a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pre-

tensão punitiva, com base nos arts. 109, VI, 110, §1º, e 115, todos do CP.

Assim, dá-se provimento ao recurso para declarar a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa, prejudicada a análise do mérito.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alberto Costa e Jorge Musisi. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vidal Vanhoni Filho.

Florianópolis, 16 de março de 1999.

*José Roberge,*  
Presidente e Relator.

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.018386-3, DA CAPITAL**

**Relator: Des. José Roberge**

*Apelação criminal — Crime contra as relações de consumo — Pena mínima cominada superior a um ano ou multa — Recurso pendente — Infração cometida já na vigência da Lei n. 9.099/95 — Suspensão condicional do processo (art. 89) — Admissibilidade da concessão do benefício se há previsão de multa alternativa — Aplicação do art. 89 da Lei n. 9.099/95.*

*“Embora alguns crimes contra as relações de consumo previstos na Lei n. 8.137/90 tenham pena mínima superior a um ano, é possível a aplicação da suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, quando prevista também multa alternativa, hipótese em que a reprimenda mínima cominada se torna compatível aos Juizados Especiais Criminais” (RT 753/637).*

*A suspensão condicional do processo, por dizer com a subsequente extinção da punibilidade e suspensão do curso da prescrição, é norma de direito penal contida na Lei n. 9.099/95. Em razão de sua natureza, é dever do representante do Ministério Público, sempre que sua denúncia versar sobre crime cuja pena mínima não*

*exceder a um ano, pronunciar-se sobre a suspensão, em sentido positivo ou negativo.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.018386-3, da comarca da Capital, em que é apelante a Justiça Pública, por seu Promotor, sendo apelado Valter Polidoro:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, determinar a remessa dos autos à origem para os fins do artigo 89 da Lei n. 9.099/95.

Custas legais.

1. Trata-se de recurso do Ministério Público, inconformado com a decisão que absolveu Valter Polidoro, com fulcro no artigo 386, inciso VI, do CPP, denunciado que fora como incurso nas sanções do artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90.

A alegação da inicial era a de que o acusado, no Mercado Nobles, do qual era gerente, expunha à venda produtos com validade vencida, sem data de fabricação ou sem registro no órgão competente e, ainda, alguns com embalagens amassadas.

A r. sentença fez constar que a materialidade não restou provada “pois mesmo que as declarações das testemunhas e do acusado comprovem a autoria do delito, a sua materialidade restou prejudicada, em face da ausência de laudos e perícias comprovando as irregularidades apresentadas no respectivo termo de apreensão”.

Em sua irresignação, a Dra. Promotora de Justiça diz que “é de todo irrelevante a análise do estado real do produto, não se prescindindo de

qualquer laudo ou exame para lhe comprovar a adequação ao consumo”.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

2. O réu foi denunciado em 3 de abril de 1997, por infração ao artigo 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 (Relações de Consumo), que estabelece penas alternativas de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão ou multa. À época, já vigia a Lei n. 9.099, de 26/9/1995. O emérito Luiz Flávio Gomes, em sua obra “Suspensão Condicional do Processo Penal” — 2ª edição, 1997, ensina que “nas hipóteses em que penas diversas vêm cominadas alternativamente (prisão mínima acima de um ano ou multa, ad exemplum, arts. 4º, 5º e 7º da Lei n. 8.137/90) nos parece muito evidente o cabimento da suspensão do processo, pela seguinte razão: a pena mínima cominada é a de multa. Se a lei (art. 89) autoriza a suspensão condicional do processo em caso de pena privativa de liberdade mínima até um ano, a fortiori, urge a conclusão de que se a pena mínima cominada é a multa, também cabe tal instituto. Pouco importa que a multa seja, no caso, alternativa”.

Neste sentido, vale transcrever o seguinte aresto:

“Crime contra as relações de consumo — Suspensão do processo — Pena mínima superior a um ano — Admissibilidade da concessão do benefício se há previsão de multa alter-

nativa — Aplicação do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

“Embora alguns crimes contra as relações de consumo previstos na Lei n. 8.137/90 tenham pena mínima superior a um ano, é possível a aplicação da suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, quando prevista também multa alternativa, hipótese em que a reprimenda mínima cominada se torna compatível aos Juizados Especiais Criminais” (RT 753/637).

Assim sendo, para evitar prejuízo ao apelado, antes de sentenciar, o Juiz deveria ter oportunizado o oferecimento da proposta ao Ministério Público, já que este quedou-se inerte na

oportunidade prevista pela legislação, impondo-se, assim, o retorno dos autos à origem para esta finalidade, com as conseqüências próprias.

Conseqüentemente, fica prejudicado o exame do mérito, e o resultado será comunicado a este Tribunal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alberto Costa e Jorge Musisi. Lavrou parecer, pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 16 de março de 1999.

*José Roberge,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.001516-5, DE ITAJAÍ**

**Relator: Des. José Roberge**

*Júri — Negativa de autoria — Decisão contrária à prova dos autos — Ocorrência.*

*A soberania constitucional concedida ao Tribunal do Júri para sua opção conviccional não pode ultrapassar os limites da verdade real oferecida pela prova dos autos, nem adotar orientação inverídica que entra em conflito com valores verdadeiros.*

*Se a solução dada se oferece inverossímil, inacreditável, sem conforto nos autos, deve o julgamento ser anulado para que a outro seja o réu submetido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.001516-5, da comarca de Itajaí, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Erivan Pereira da Silva:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime,

dar provimento ao recurso para anular o julgamento.

Custas legais.

1. Na comarca de Itajaí, a representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Erivan Pereira da Silva, vulgo “Moreno”, e Arnaldo Ferreira Filho, como incurso nas san-

ções do artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV, c/c o artigo 29, ambos do Código Penal, porque, no dia 1º de julho de 1997, por volta das 22 horas, os denunciados encontraram-se nas dependências da Boate Dallas, ocasião em que decidiram assassinar Jucélio José Albino, por razões não esclarecidas. Assim, em uma motocicleta, dirigiram-se até a residência deste e, em contato mantido com a ex-esposa de Jucélio, Eliane Teixeira, foram informados de que ele não mais residia naquele local. Durante o diálogo, Arnoldo e Erivan afirmaram ser provenientes de Brusque e que tinham interesse em trabalhar em um barco de pesca, naquele em que Jucélio trabalhava; logo em seguida deixaram o local. Passados aproximadamente 30 minutos, retornaram àquela casa e, enquanto conversavam com Eliane, Jucélio apontou na esquina, sendo então indicado por ela como sendo seu ex-marido; neste passo, Erivan desembarcou da motocicleta e aproximou-se da vítima mantendo com ela diálogo afável, para então, distante um metro dela, sacar o revólver que trazia à cintura e disparar dois tiros, causando-lhe os ferimentos indicados no laudo pericial, os quais foram a causa eficiente de sua morte.

Segundo consta na denúncia, o crime foi praticado por motivo torpe, fútil e, de acordo com a forma como foi executado, revela que os autores não possibilitaram qualquer oportunidade de defesa à vítima, apanhando-a de surpresa.

Instruído o processo, o d. Magistrado, admitindo a denúncia, pronunciou-os por infração ao artigo 121, § 2º, incisos II e IV, c/c o artigo 29, ambos do Código Penal, determinan-

do a submissão dos réus a julgamento popular.

Da provisional não houve recurso e, após o trânsito em julgado, foram apresentados os libelos e suas contrariedades; houve desmembramento do processo em relação ao acusado Arnoldo Ferreira Filho; Erivan Pereira da Silva, vulgo "Moreno", foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, tendo os Srs. Jurados acatado a tese de negativa de autoria e, por votação de 3x4, resultou absolvido das imputações que lhe foram feitas, com fulcro no artigo 386, inciso IV, do CPP.

Inconformado, apelou o representante do Ministério Público, objetivando a anulação do julgamento e a conseqüente submissão do réu a novo julgamento, já que a decisão do Conselho de Sentença contrariou manifestamente a prova dos autos. Sustenta que, consoante traz o processado, há elementos seguros e convincentes acerca da autoria do assassinato atribuído ao apelante.

Com as contra-razões, os autos subiram à Superior Instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e improvemento do recurso ministerial.

É o relatório.

2. Não se desconhece que a decisão do Corpo de Jurados que se ampara em algum elemento de prova e se fundamenta em quaisquer das versões não deve ser considerada como decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Sabe-se que o STF assegura ao Tribunal Popular a opção por uma das linhas de interpretação para o fato e que, em razão de sua soberania



constitucional, as decisões do Tribunal Popular somente devem ser desconstituídas quando afrontam a prova dos autos e dela se dissociam.

Entretanto, deve-se ter presente que referidas decisões ostentam valor meramente relativo, “não se revestindo de intangibilidade jurídico-processual”.

Assim é que os Tribunais não podem manter-se alheios às decisões que se louvam em versão arbitrária, dissociada da verdade e do possível. Uma versão mentirosa e sem credibilidade não pode ensejar o “de acordo” da Corte de Justiça.

A negativa de autoria deve encontrar apoio, ao menos razoável, na prova colhida.

Ora, a denúncia trouxe a julgamento a descrição de um homicídio ocorrido no submundo do crime e das drogas, em que os denunciados Eri van Pereira da Silva (recorrido) e Arnoldo Ferreira Filho são acusados de participar da morte de Jucélio. Narra que o recorrido, munido de um revólver, dirigiu-se à Boate Dallas, onde trabalhava, e lá se encontrou com o co-réu Arnoldo; dali, em uma moto pilotada pelo último, dirigiram-se à residência da vítima, onde foram atendidos pela mulher de Jucélio.

Como Jucélio não estava em casa, os dois deram uma volta e regressaram logo em seguida, quando a esposa da vítima veio ao portão, momento em que aquela apareceu, vindo de viagem. Incontinenti, o recorrido aproximou-se e desferiu dois ou três tiros à queima-roupa, e, montando na garupa da motocicleta, desapareceu.

Esses fatos ocorreram, sem qualquer dúvida, e foram assim, tam-

bém, narrados pela mulher da vítima — Eliane Teixeira —, embora tenha declarado que “terá dificuldades para reconhecer os elementos pois estava muito escuro” (fls. 13). No entanto, trazidos os dois à sua presença, nenhuma dúvida teve ela em reconhecê-los, como se vê do termo de fls. 17.

A confirmar, ainda na fase administrativa, estão as declarações do co-réu Arnoldo Ferreira Filho (fls. 15), o qual repetiu toda a narrativa, como está na denúncia: “que naquele momento Jucélio vinha chegando, cruzou a rua e veio na direção de ambos; que Moreno (o recorrido) chegou perto de Jucélio e disse ‘tem uma branca aí?’, no mesmo momento em que sacou uma arma e disparou três vezes contra Jucélio (...)”.

O laudo pericial demonstra que a vítima foi atingida, apresentando três orifícios de entrada. Em Juízo, o co-réu não saiu da versão, contando e repetindo da mesma forma como os fatos ocorreram.

Todavia, o Tribunal do Júri preferiu acolher a negativa de autoria trazida pelo recorrido somente porque Eliane Teixeira — a mulher da vítima — disse perante o Juiz que não foram os réus presentes os autores do homicídio.

Como poderia negar a presença deles se o próprio co-réu Arnoldo confessou perante o Juiz que estava no local quando aconteceram os fatos? É lógico e manifestamente evidente que tal versão não é sequer frágil ou fraca; é, em verdade, inverossímil, inacreditável e incoerente, não podendo ser aceita em nenhum Tribunal.

Anota-se, para confirmar, que o recorrido alegou não ter visto Arnaldo Ferreira Filho na noite do crime e que se manteve dentro da rotina. Entretanto, as testemunhas que vieram aos autos (Edson Ribeiro — fls. 100, e Mário de Souza) foram incapazes de afirmar que o recorrido estava em seu serviço na hora do crime nem puderam sustentar que Arnaldo não estivera lá naquela noite. Apenas disseram que não lembram.

A versão que o Tribunal Popular aceita e não pode ser modificada pela Corte de Justiça é aquela versão verossímil, plausível, possível de ser, e não a que afronta a verdade, em desacordo com a prova dos autos por

sua notória inconsistência e fragilidade, incapaz de convencer o mais leigo e desatento julgador.

Em face do exposto, dá-se provimento ao recurso ministerial para determinar que o réu Erivan Pereira da Silva seja submetido a novo julgamento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alberto Costa e Jorge Musisi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 24 de março de 1999.

*José Roberge,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.001568-2, DE CHAPECÓ**

**Relator: Des. Alberto Costa**

*Lei n. 8.069/90 — Infração prevista no artigo 258 — Testemunha arrolada pela defesa — Sentença condenatória prolatada sem a designação da audiência prevista no artigo 197 e respectivo parágrafo único da referida lei — Vulneração aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa — Anulação do processo, de ofício — Recurso defensivo prejudicado.*

*— A Lei Especial determina, no seu artigo 197 e respectivo parágrafo único, que, apresentada prova oral pela defesa, o magistrado designará audiência de instrução e julgamento.*

*Rodrigues, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.001568-2, da comarca de Chapecó (3ª Vara Cível, Infância e Juventude), em que é apelante Maria de Lourdes*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, decretar, de ofício, a nulidade do processo a partir de fls. 7, inclusive, e determinar

que na origem seja cumprido o disposto no artigo 197, in fine, e respectivo parágrafo único, da Lei n. 8.069/90, prejudicado o recurso defensivo interposto e a preliminar de nulidade invocada pelo Dr. Procurador de Justiça.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Chapecó (3ª Vara Cível, Infância e Juventude), Maria de Lourdes Rodrigues foi enquadrada no ato infracional previsto no artigo 258 da Lei n. 8.069/90, porque, no dia 15/6/96, a Comissária de Menores daquela comarca encontrou, em seu estabelecimento, conhecido como "Casa Verde", a menor S. T. da V., de apenas 16 (dezesesseis) anos de idade.

A acusada apresentou defesa às fls. 5.

Após certificado nos autos (fls. 8), a requerimento do Parquet ad quem, que no estabelecimento da acusada funciona uma casa de prostituição, conhecida como "Casa Verde", o Dr. Juiz sentenciou, condenando Maria de Lourdes Rodrigues ao pagamento de multa, fixada em 10 (dez) salários mínimos.

Inconformada, a acusada apelou objetivando a absolvição, alegando, em preliminar, a nulidade do r. decisorio, pois a pena de multa foi fixada acima do mínimo legal, sem fundamentação.

No mérito, afirma que, pelo simples fato de a menor se encontrar em seu estabelecimento, naquele momento fechado ao público, sem estar ingerindo qualquer tipo de bebida e tampouco participando de qualquer diversão, não ficou configurado o ato infracional previsto no artigo 258 da Lei n. 8.069/90. Finaliza aduzindo que a

certidão de fls. 8 é imprestável como prova, pois não lhe foi dada vista para manifestar-se, além de o laudo do Auito Infracional não fazer menção à atividade desenvolvida em seu estabelecimento.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância e foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer subscrito pelo Dr. Valdir Vieira, opinou, em preliminar, pelo não-conhecimento do apelo, em virtude de a ré não ter sido intimada da sentença, além de não ter o Dr. Juiz de Direito a quo cumprido o preceituado no artigo 198, inciso VII, do ECA, sustentando ou reformando sua decisão, razão pela qual o julgamento deveria ser convertido em diligência, retornando os autos à origem para o suprimento daquelas irregularidades.

No mérito, pugna pela anulação da r. sentença, haja vista o Togado, ao fixar a pena de multa acima do mínimo legal, tê-lo feito sem qualquer fundamentação.

1 — Razão assiste à defesa e ao nobre parecerista quando pugnam pela anulação da r. sentença, em virtude de o Togado não ter fundamentado a fixação da pena de multa, adequada à espécie sub judice, acima do mínimo legal.

Na verdade, verifica-se que o Magistrado a quo, ao aplicar a pena de multa prevista na infração administrativa no valor de 10 (dez) salários mínimos, com parâmetro mínimo e máximo abstratamente cominado entre 3 (três) a 20 (vinte) salários de referência, não procedeu à análise dos elementos do artigo 59, c/c os artigos 49, § 1º, e 60, todos do Código Penal,

necessária para direcioná-lo na fixação da reprimenda pecuniária.

In *fattispecie*, a pena de multa foi fixada além do mínimo legal, sem suficiente justificação, e, logo, com manifesto prejuízo para a defesa da ré, que ficou sem saber as razões que motivaram o convencimento do Magistrado para fixá-la muito acima do valor mínimo previsto.

De enfatizar, no entanto, que no caso sob julgamento, por se tratar do Estatuto da Criança e do Adolescente de Lei Especial, as penas de multa nele estabelecidas têm como parâmetro o valor do salário de referência, sistema que não sofreu modificação, ante os termos do artigo 2º da Lei n. 7.209/84 e 12 do Código Penal. E, como a norma especial prevalece sobre a geral pelo seu próprio conteúdo, na espécie dos presentes autos não tem incidência o sistema de dias-multa, mas o de salário de referência.

Todavia, essa circunstância não desobriga o Togado de fundamentar a fixação da pena de multa, atento às diretrizes tracejadas pelo artigo 59, *c/c* os arts. 49, § 1º, e 60, do Código Penal, aplicáveis à espécie quanto à fase dosimétrica.

Bem por isso, *in casu*, uma vez que o valor do salário de referência não pode sofrer redução por parte do Magistrado, e esclarece-se que se equivocou o Dr. Juiz de Direito sentenciante ao tomar como base para a fixação da reprimenda o salário mínimo e não o salário de referência, a pena pecuniária deveria ser fixada em única operação, fundamentada e fulcrada nos dispositivos penais antes referidos, de modo a possibilitar à defesa o conhecimento das razões que

motivaram o seu convencimento na fixação da pena-base além do mínimo legal abstratamente cominado, tornada, logo em seguida, definitiva.

Esta egrégia Corte de Justiça, em casos que tais, já deixou assentado:

“— O Juiz, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, deve fazê-lo devidamente fundamentado, com obediência do preceituado no artigo 59 do Código Penal, de modo a ensejar à defesa as razões que motivaram o seu convencimento na referida fixação” (Ap. Crim. n. 32.107, de Biguaçu, deste Relator).

E mais:

“Criminal. Pena. Dosimetria. Regulamentação legal. Falta de fundamentação. Flagrantemente desatenta aos parâmetros do art. 59 do Código Penal, nula resulta a fixação da pena, mormente se quantitativamente superior ao mínimo cominado para o crime” (STJ — REsp. n. 10.534—RJ, rel. Min. José Dantas, DJU de 2/9/91, pág. 11.819).

2 — No entanto, sem embargo disso, verifica-se nos presentes autos a ocorrência de outra nulidade absoluta, preexistente, anterior e prejudicial da acima exposta.

É que, consoante ressuma a fls. 5, o defensor da ré ao apresentar a defesa preliminar, conforme estatuído no artigo, arrolou, ao final, uma testemunha, a Sra. Ivone de Andrade. Com efeito, o artigo 197 e respectivo parágrafo único do ECA preconizam:

“Art. 197. Apresentada a defesa, a autoridade judiciária procederá na conformidade do artigo anterior,

ou, sendo necessário, designará audiência de instrução e julgamento.

“Parágrafo único. Colhida a prova oral, manifestar-se-ão sucessivamente o Ministério Público e o procurador do requerido, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá sentença”.

Aconteceu, entretanto, que o Dr. Juiz de Direito sentenciante, em vez de designar dia e hora para a realização da audiência de instrução e julgamento prevista no artigo 197 e respectivo parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, oitivando a única testemunha relacionada na defesa, proferiu a decisão condenatória de fls.10/11, sem qualquer pronunciamento do defensor da apelante, cuja peça defensiva nem sequer formalmente foi recebida.

Ademais, impende acrescentar que o juiz da oportunidade de ouvir ou não a testemunha é a defesa, e não o arbítrio do Togado.

De fato, conforme preleciona Paulo Lúcio Nogueira: “Na audiência de instrução e julgamento, será colhida a prova oral, e, depois, manifestar-se-ão, sucessivamente, o Ministério Público e o procurador do requerido pelo tempo de vinte minutos cada um, prorrogável por mais dez a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá sentença, ou, não sendo possível, dará a sentença no prazo de cinco dias” (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, São Paulo, Editora Saraiva, 1991, pág. 254).

Na verdade, a interpretação sistêmica da norma ínsita no dispositi-

vo legal e respectivo parágrafo único, em comento, não enseja ao Magistrado motu proprio decidir pela não-ouvida da testemunha arrolada pela parte.

Nessas condições, desobedecidas que foram no caso sub examen as determinações contidas no artigo 197, e respectivo parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, manifestamente nulo se apresenta o processo crime instaurado contra a apelante, por cerceamento de defesa, nulidade esta declarada de ofício, a partir de fls.7, inclusive.

Nesse sentido a orientação desta egrégia Câmara, em acórdão da lavra do eminente Desembargador Álvaro Wandelli Filho, assim ementado:

“Estatuto da Criança e do Adolescente — Art. 258 — Infração administrativa — Ausência da observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório — Defesa que arrola testemunhas, não inquiridas — Dispensa que causa prejuízo irremediável — Processo anulado a partir das alegações preliminares, exclusive” (Ap. Crim. n. 97.008703-9, de Blumenau).

Finalmente, e quanto ao fato de não ter a acusada sido pessoalmente intimada da sentença condenatória, e o Dr. Juiz de Direito sentenciante ter deixado de sustentar ou reformar a decisão recorrida, recomenda-se, à guisa de instrução, que, sobrevindo nova condenação e no caso de eventual aforamento de recurso, a intimação pessoal da ré da sentença condenatória seja de rigor, quedando-se indispensável o cumprimento do disposto no artigo 198, inciso VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ante o exposto, decreta-se, de ofício, a nulidade do processo a partir de fls. 7, inclusive, a fim de que, na comarca de origem, seja cumprido o disposto no artigo 197, in fine, e respectivo parágrafo único, da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), prejudicado o recurso defensivo interposto e a prejudicial de nulidade suscitada pelo Dr. Procurador de Justiça.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 10 de novembro de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente;*  
*Alberto Costa,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.005576-5, DE JOINVILLE**

**Relator: Des. Alberto Costa**

*Júri — Apelação interposta pelo Ministério Público objetivando a anulação do julgamento por deficiência de quesitação (co-autoria e recurso que impossibilitou a defesa da vítima) e por ser contrária à prova dos autos a decisão do tribunal do júri que desclassificou o homicídio para lesões corporais — Prefacial de nulidade acolhida (Ocorrência de nulidade posterior à pronúncia. Deficiência de quesitação) — Afastamento da outra preliminar de nulidade — Recurso provido.*

*— No caso expresso de co-autoria, os quesitos devem referir-se ao concurso delituoso, indagando-se o Conselho de Sentença sobre se o réu concorreu de qualquer modo para a prática do crime. Trata-se, à evidência, de quesitação obrigatória, cuja omissão constitui nulidade absoluta nos termos dos artigos 484, inciso VI, c/c o artigo 564, parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal, não sujeita à preclusão, ainda mais quando suscitada mediante protesto inscrito na ata de julgamento.*

*— A quesitação não pode afastar-se do libelo, nem este da pronúncia, e se esta, além de reconhecer a qualificadora do motivo torpe, igualmente considerou a comparência da qualificadora da surpresa, reconhecida esta na doutrina e na jurisprudência como recurso que impossibilita a defesa da vítima, nenhuma nulidade padece o questionário ao indagar o Corpo de Sentença sobre a*

*qualificadora da surpresa, ainda que o libelo se refira a recurso que impossibilitou a defesa da vítima.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.005576-5, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Samuel Viertel:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento ao recurso ministerial para anular o julgamento, a fim de que a outro seja o réu submetido.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Joinville, 1ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Samuel Viertel e Luciano Vieira, dando-os como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: “No dia 5 de maio do corrente ano (1995), por volta das 22 horas, no trilho do bairro Itaum, a vítima Jorge Polidório caminhava com Jamil Fernandes da Silva, quando depararam-se com os denunciados sobre o trilho.

“A vítima Jorge, desafeto dos denunciados por dívidas de drogas, tentou desviar o caminho, o que foi inútil, vindo a encontrá-los já devidamente armados.

“O denunciado Luciano, portando um revólver, apontou para Jorge e começou a discutir sobre as referidas dívidas, ameaçando-o de morte, enquanto o denunciado Samuel segurava uma faca.

“Enquanto Jamil fugia do local, o denunciado Luciano, por motivo tor-

pe, disparou contra a vítima Jorge, não possibilitando qualquer ato de defesa, momento em que a vítima, no chão, foi atacada com diversos golpes de faca pelo denunciado Samuel, causando-lhe a morte conforme exame cadavérico de fls. 4.

“Os denunciados agiram em comunhão de vontades para ceifar a vida da vítima, usando de recurso que impossibilitou sua defesa, bem como agiram por motivo torpe” (fls. 2/3).

Durante a instrução, o Dr. Juiz a quo decretou a revelia do acusado Luciano Vieira (fls. 88), pois, embora citado por edital, não compareceu para o interrogatório.

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, pronunciando Samuel Viertel e Luciano Vieira como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos I e IV, c/c o artigo 29, ambos do Código Penal.

Submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, o acusado Samuel Viertel restou absolvido com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, por entenderem os jurados que a vítima já estava morta quando o acusado aplicou-lhe os golpes de faca.

Irresignado, o representante do Ministério Público apelou objetivando a anulação do julgamento, ao argumento de ter havido nulidade posterior à pronúncia, primeiro ante a falta de quesitação obrigatória referente à co-autoria, pois não foi indagado ao Conselho de Sentença ter ou não o acusado concorrido de qualquer modo para a ocisão da vítima; e segundo,

por ter ocorrido deficiência de quesito pertinente ao recurso que impossibilitou a defesa da vítima, qualificadora pleiteada no libelo e submetida a quesitação sob a forma de surpresa. De outra parte — diz o recorrente —, a decisão do Júri contrariou manifestamente a prova dos autos, pois ainda que se levando em consideração o fato de que as lesões por ele praticadas não foram a causa da morte da vítima, esteve ele no local prestando auxílio moral ao co-réu, o que demonstra sua participação no evento, devendo, portanto, a decisão dos jurados ser anulada, submetendo-se o acusado a novo julgamento perante o Tribunal do Júri da Comarca.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância e foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra do Dr. Vidal Vanhoni Filho, opinou pelo provimento do recurso.

A primeira preliminar de nulidade invocada pelo Ministério Público objetivando a nulidade do julgamento por não haver sido completada a quesitação procede integralmente. E isso porque, como é fácil perceber pela leitura do questionário proposto aos jurados, estes não foram indagados sobre o concurso delituoso decorrente da co-autoria.

Com efeito, no tocante à formulação dos quesitos, lê-se a folhas 206:

“Quesitos — Autoria e materialidade

“1. No dia 5 de março de 1995, por volta das 22 horas, no trilho do bairro Itaum, nesta cidade e Comarca, o acusado Samuel Viertel, empregando uma faca, desferiu golpes contra a

vítima Jorge Polidório, que também foi atingida por tiros de arma de fogo disparados por terceira pessoa, produzindo-lhe as lesões corporais de fls. 7 dos autos.

“Sim (7) Não (0).

“2. Esses ferimentos foram a causa da morte da vítima?”

“Sim (3) Não (4)”.

Ora, como a quesitação não poderia afastar-se do libelo, que aludia à co-autoria, manifestamente equivocada o questionário proposto pelo doutor Juiz de Direito a quo, ao não indagar dos jurados se o acusado concorrera de qualquer modo para a prática do crime.

Referida quesitação era obrigatória, e sua omissão constitui nulidade absoluta nos termos do artigo 484, VI, c/c o artigo 564, parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal, e da Súmula 156 do Supremo Tribunal Federal, não sujeita à preclusão, ainda mais que protestada na ata de julgamento.

Nesse passo, sobre a apontada nulidade, merecem transcritos os jurídicos fundamentos expostos no parecer do ilustre representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça, doutor Vidal Vanhoni Filho, desde logo entranhados nesta assentada de julgamento, in verbis:

“A crítica à prestação jurisdicional procede.

“Com efeito.

“A acusação protestou contra o questionário, observando que o mesmo, além de não se adequar ao libelo, omitia o quesito alusivo à co-autoria genérica. O protesto foi registrado na ata. Segue-se, então, que, ainda que



se considere a nulidade, por deficiência dos quesitos, relativa, o protesto, evitando a preclusão temporal, obstou a sanção.

“Em verdade, enquanto o co-réu Luciano Vieira disparou um tiro de revólver, o réu Samuel Viertel desferiu diversos golpes de faca contra a vítima Jorge Polidório, que sofreu variadas lesões corporais, vindo a morrer, de acordo com o exame médico-legal, em razão do choque hipovolêmico causado pela lesão provocada pela arma de fogo.

“Segue-se daí que o questionário precisava ser desdobrado, usando-se de fórmula indagativa impessoal no quesito correspondente à materialidade. Aliás, Julio Fabbrini Mirabete, glosando o artigo 484 do Código de Processo Penal, anota que, dependendo das peculiaridades do caso, a questão sobre a autoria e a materialidade, incluindo-se a relação de causalidade, deve ser objeto de quesitos diversos (Código de Processo Penal Interpretado, pág. 553, item 484.2).

“Hermínio Alberto Marques Porto, por sua vez, dissertando sobre a co-autoria, adverte:

‘Se dois ou mais agentes agrirem a vítima, em concordância de vontades e com diversificados meios e modos agressivos, o inicial quesito da série de cada réu deve adotar a fórmula indagativa não individualizadora, o que impedirá embaraços dos jurados na apreciação do nexu objetivo da condutas individuais com o resultado lesivo...’ (Júri, pág. 203, item 154).

“Na hipótese, pois, de dois ou mais réus, o quesito relativo à materialidade deve ser redigido em primeiro

lugar e de forma indeterminada, impessoal, perquirindo-se, nos subseqüentes quesitos, a co-autoria específica e a genérica, sob pena de nulidade (RT 601/391). Daí por que a instrução que essa egrégia Casa de Justiça já ministrou continua boa e prestadia (JC 41/364). O quesito da materialidade não deveria, destarte, exprimir ou referenciar as condutas individuais do réu e do co-réu. O quesito inicial sobre a co-autoria específica cuidaria do contributo especial e determinado que o réu emprestou à ação do co-réu. E o quesito imediatamente seguinte seria a respeito da co-autoria genérica, perguntando-se aos jurados, sem especificação de ato, atitude ou palavra, se o réu colaborou de qualquer modo para o evento, até porque a defesa sustentara em plenário a tese do crime impossível. Evidentemente a tese do crime impossível incidiu de maneira direta sobre o fato principal, negando a relação de causalidade no que pertinha à co-autoria específica. Ocorreria a impropriedade absoluta do objeto, porque os golpes de faca foram dados quando a vítima já estava morta, ou ocorreria a ineficácia absoluta do meio porque a fraca intensidade dos golpes não era suficiente à produção de ferimentos letais. A tese do crime impossível, contudo, não incidia sobre a co-autoria genérica, que constitui na colaboração, de qualquer modo, por parte do réu ao tiro mortal que o co-réu disparou contra a vítima.

“Logo, o quesito sobre a materialidade, fazendo menção pessoal direta ao réu e indireta ao co-réu, a par de englobar as respectivas condutas individuais, por um lado, e a omissão do quesito da co-autoria genérica, por

outro lado, prejudicaram a deliberação dos jurados em torno do teor da acusação. Quando os jurados recusaram a materialidade da infração, assim procederam, por óbvio, tendo em mira a co-autoria específica, já que não era tolerável, sob o prisma lógico-jurídico, recusar-se o choque hipovolêmico decorrente do ferimento por arma de fogo, praticado pelo co-réu, como causa da morte da vítima. A compreender-se a situação de maneira diversa, praticar-se-ia um atentado contra a inteligência dos jurados.

“Enfim, a autoridade jurisdicional, redigindo mal o quesito da materialidade e deixando de formular o quesito da co-autoria genérica, impediu que os jurados se manifestassem às completas sobre o libelo.

“O vício procedimental, precisamente porque não permitiu que os jurados deliberassem plenamente em torno da co-autoria, tornou inutiliter datur o veredicto absolutório.

“Os precedentes dessa egrégia Casa de Justiça em torno da matéria, que o ilustre promotor de justiça lembrou, se ajustam integralmente à espécie, valendo destacar-se o mais significativo:

‘Tratando-se de crime cometido em concurso de agentes é indispensável a votação do quesito referente à cooperação in genere — guardada a correlação com a acusação (o réu concorreu de qualquer modo para o crime?) —, ante a negativa pelo júri de ter o réu praticado atos de execução’ (Ap. Crim. 32.207, DJSC de 10/1/95, pág. 9)” (fls. 235/238).

Evidente, portanto, a absoluta nulidade do julgamento por omissão de quesito obrigatório, razão pela qual

se manda o réu a novo julgamento, recomendando-se, a título de instrução, que no próximo júri observe-se o seguinte questionário:

“1º — No dia 5 de março de 1995, por volta das 22 horas, no trilho do bairro Itaum, nesta cidade e comarca, a vítima Jorge Polidório recebeu as lesões descritas no auto de exame cadavérico de fls. 7?”

“2º — Essas lesões foram a causa da morte da vítima?”

“3º — O réu Samuel Viertel produziu algumas dessas lesões?”

“4º — Não tendo produzido nenhum desses ferimentos, concorreu, todavia, de qualquer modo, para a prática do crime?”

Seguem-se, após, os quesitos da defesa, qualificadoras e atenuantes.

No que tange à segunda preliminar de nulidade do julgamento, ainda por deficiência de quesitos, inegável é a sua improcedência.

Ora, se a quesitação se submete ao libelo, e este, evidentemente, à pronúncia, dela não pode ele afastar-se, a qual no caso sub iudice, é bom enfatizar, além de reconhecer a presença da qualificadora do motivo torpe (inciso I do § 2º do art. 121 do CP), igualmente considerou a comparência da qualificadora da surpresa (inciso IV do § 2º do art. 121 do CP), reconhecida esta na doutrina e na jurisprudência como recurso que impossibilita a defesa da vítima (ver Damásio de Jesus, Código Penal Anotado, 5ª edição, ampl. e atual., São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 335; Celso Delmanto et alii, Código Penal Comenta-

do, 4ª edição, atual. e ampl., Rio de Janeiro, Renovar, 1998, pág. 222).

Logo, incorrente, in casu, a aventada segunda deficiência do questionário.

A anulação do julgamento, como já referido, é decretada com o acolhimento da primeira prefacial aforada, com fulcro no artigo 593, inciso III, letra a, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso ministerial, anulando-se o julgamento, a outro devendo o réu ser submetido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vidal Vanhonni Filho.

Florianópolis, 13 de outubro de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente;*  
*Alberto Costa,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.014786-4, DE ARARANGUÁ**

**Relator: Des. Alberto Costa**

*Júri — Homicídio — Condenação — Prefaciais de nulidade: a) por infringência ao disposto nos artigos 494 e 475 do Código de Processo Penal; e b) por cerceamento de defesa — Rejeição.*

*— Se a ata da sessão de julgamento foi lavrada pelo Escrivão e pelo próprio assinada, a nenhuma nulidade induz a circunstância de ter sido ela digitada. De outra parte, a ausência das assinaturas do Juiz e do Promotor na ata de julgamento não constitui nulidade, e sim mera irregularidade, tanto mais quando se quedou indemonstrada, nas duas hipóteses, a ocorrência de qualquer prejuízo para a defesa.*

*— Incorre infringência ao preceituado no artigo 475 do CPP, quando a parte é intimada da juntada de documentos pelo órgão acusador, documentos que, com o não versarem, a rigor, sobre a matéria de fato constante do processo, igualmente não foram lidos em plenário.*

*— Correto se apresenta o indeferimento da leitura em plenário de documentos juntados pela defesa, quando a parte adversa deles tiver ciência a destempo, fora do prazo previsto no artigo 475 do CPP.*

*— De nenhum vício de nulidade padece o ato indeferitório de substituição de testemunha arrolada na contrariedade ao libelo e re-*

*gularmente intimada para depor em plenário, quando o indeferimento não contraria o disposto no artigo 397 do CPP.*

*Júri — Homicídio — Decisão contrária à prova dos autos — Inocorrência — Existência de duas versões sobre o fato, oferecidas pelo próprio réu — Acolhimento de uma delas — Condenação mantida — Recurso defensivo desprovido.*

— *“A decisão do júri que, com supedâneo nos elementos constantes do processo, opta por uma das versões apresentadas, não pode ser anulada sob a alegação de ser contrária à prova dos autos, pois tal procedimento só se justifica quando a decisão dos jurados é arbitrária, totalmente dissociada do conjunto probatório” (JC 62/255).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.014786-4, da comarca de Araranguá (Vara de Exceção), em que é apelante Paulo César de Carvalho Rodrigues, sendo apelados a Justiça, por seu Promotor, e o assistente do Ministério Público:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, rejeitar as prefaciais de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Araranguá, Vara de Exceção, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Paulo César de Carvalho Rodrigues, dando-o como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso II, do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: “O denunciado vivia maritalmente com a vítima Sandra Helena da Silva há aproximadamente três anos e meio, com quem possui uma filha, Sabina Helena, de três anos de idade.

“O relacionamento do denunciado com a vítima não era bom. As brigas eram constantes e eles já haviam-se separado em outras oportunidades, mas voltavam a conviver devido à insistência do denunciado. Seguidamente ele ameaçava a vítima de morte, inclusive portando armas de fogo (espingarda e revólver). Além disso, tinha o costume de agredi-la fisicamente, causando-lhe lesões.

“Devido a estes fatos, a vítima, em meados do mês de dezembro de 1993, foi morar com sua mãe, levando consigo a filha do casal.

“Na noite de 21 de fevereiro de 1994, a vítima e sua filha foram pernoitar na residência de praia do denunciado, situada no Arroio do Silva. Na manhã do dia 22, a empregada Ergide Raupp esteve na residência. Ao aproximar-se, escutou o denunciado gritar ‘cala a boca’. Entrando na residência e percebendo que o acusado estava bastante nervoso e a vítima entristecida, cabisbaixa e com as mãos encobrindo o rosto, como que a esconder lesões, acabou saindo do local levando consigo a criança.

“Depois que a empregada retirou-se, isso em torno de 7h45min, o acusado tornou a discutir com a vítima no interior do quarto do casal. Simplesmente pelo fato de que a vítima pretendia abandoná-lo, o denunciado, então, resolveu matá-la. Movido por tal futilidade, pegou um revólver marca Rossi, calibre 38, especial, municiado com um projétil (termo de apreensão de fls. 15). Encostou a arma na cabeça da vítima e efetuou o disparo, cujo projétil penetrou-lhe na parte superior do crânio, ocasionando halo de tatuagem de pólvora em torno do orifício, vindo a alojar-se na musculatura paravertebral, na região occipital à esquerda, provocando-lhe a morte de acordo com o auto de exame cadavérico de fls. 13/14. Além disso, a vítima apresentava hematomas em ambas as pálpebras superiores (laudo pericial de fls.), demonstrando que havia sido agredida.

“Em seguida, colocou a arma na prateleira superior de um armário situado no quarto e tentou dissimular o crime. Aos gritos, com o corpo encoberto pelo sangue da vítima, saiu do interior da casa e foi pedir socorro aos vizinhos, dizendo que ela teria cometido suicídio. Retornou ao interior do lar e tratou de lavar-se por diversas vezes, ora no banheiro, ora na pia da cozinha.

“Com a chegada da polícia no local, o acusado foi preso em flagrante, apesar de continuar sustentando a tese do suicídio, negando-se a prestar declarações na fase policial” (fls. 2/3).

Durante a instrução, o Dr. Juiz a quo deferiu (fls. 142v.), após manifestação favorável do Ministério Pú-

blico, a admissão do assistente de acusação.

Em alegações finais, o órgão ministerial pugnou pela pronúncia do acusado nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal.

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, pronunciando Paulo César de Carvalho Rodrigues nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, para ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri da comarca de Araranguá.

Irresignados, o representante do Ministério Público, com aplauso do assistente de acusação, e o acusado interuseram recurso em sentido estrito.

O órgão ministerial, apoiado pelo assistente de acusação, objetiva a reforma do decismum, a fim de ser incluída a qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal, eis que narra implicitamente na denúncia.

O acusado objetiva a exclusão da qualificadora do motivo torpe, pois não está contida na denúncia, e tampouco houve aditamento. Requer, também, a desclassificação do delito para homicídio culposo, em virtude de o tiro desferido contra a vítima ter sido acidental.

Oferecidas as contra-razões, o acusado pugnou pelo não-conhecimento do recurso ministerial, uma vez que as razões do inconformismo foram apresentadas fora do prazo estipulado no artigo 588 do Código de Processo Penal.

Mantida a provisional, os autos subiram e foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça que,

em parecer subscrito pelo Dr. Luiz Fernando Sirydakís, opinou pelo provimento do recurso aforado pelo Ministério Público, para o fim de pronunciar o acusado nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, e pelo provimento, em parte, do recurso da defesa, a fim de excluir da pronúncia a qualificadora prevista no inciso I do § 2º do artigo 121 do Digesto Penal.

Esta egrégia Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, rejeitou as preliminares defensivas de intempestividade e, no mérito, por maioria de votos, negou provimento ao recurso ministerial quanto à inclusão da qualificadora da surpresa (vencido o eminente Des. Álvaro Wandelli) e, por unanimidade, negou provimento ao recurso defensivo no tocante à exclusão da qualificadora do motivo torpe e à desclassificação do homicídio para a sua forma culposa.

Irresignado, o acusado interpôs Recurso Especial ao colendo Superior Tribunal de Justiça objetivando anular o v. acórdão, sob o argumento de ter sido examinado com profundidade o mérito da causa; haver invasão da competência do Tribunal do Júri; e por estar a defesa em desvantagem diante da linguagem contundente utilizada no decisum.

O seguimento do Recurso Especial foi negado pelo eminente Des. Vice-Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça (fls. 510).

Inconformada, a defesa impetrou Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal objetivando a anulação do v. acórdão acima citado, sendo o writ indeferido pela egrégia 2ª Turma, em que foi relator o Exmo. Sr. Ministro

Néri da Silveira (aresto de fls. 620/635).

Neste ínterim, o acusado propôs desaforamento, tendo, no entanto, desistido do pedido, o qual foi homologado por esta egrégia Segunda Câmara Criminal.

Submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri da comarca de Araranguá, o acusado Paulo César de Carvalho Rodrigues restou condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto, por infringir o disposto no artigo 121, caput, do Código Penal.

Irresignado, o acusado apelou com fulcro no artigo 593, inciso III, letras a e d, do Código de Processo Penal, requerendo o prazo previsto no § 4º do artigo 600 do Código Instrumental Penal, para apresentar as razões de seu inconformismo.

Os autos ascenderam a esta Superior Instância e foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer subscrito pelo Dr. Luiz Fernando Sirydakís, opinou pela devolução dos autos à Diretoria Judiciária deste egrégio Tribunal de Justiça, a fim de ser cumprido o disposto no artigo 600, § 4º, do Código de Processo Penal.

Esta Relatoria, por despacho de fls. 666, determinou fosse cumprido o parecer acima citado, tendo sido aberto, através do edital n. 233/97, prazo à defesa para apresentar as razões de apelação.

Em suas razões, o acusado objetiva a anulação do julgamento, alegando, em preliminar, as seguintes nulidades: a) a ata acostada a fls. 654/657 dos autos não é cópia do livro próprio, inexistindo certidão de ser có-

pia autêntica, faltando, inclusive, a assinatura do Magistrado e do Promotor de Justiça, restando vulnerado, in casu, o disposto no artigo 494 do Código de Processo Penal; b) a acusação juntou 30 (trinta) documentos e deles o defensor não foi intimado, ferindo-se, assim, a regra prevista no artigo 475 do Código Instrumental Penal; c) a defesa juntou, com 5 (cinco) dias de antecedência, 29 (vinte e nove) documentos, os quais foram indeferidos, oralmente e sem justificativa, pelo Magistrado no momento em que foi instalada a sessão de julgamento, malferindo o disposto no artigo 475 do Código de Processo Penal; e d) ocorreu cerceamento de defesa, em virtude de o Magistrado ter negado a substituição de uma testemunha vital aos interesses do acusado, eis que uma das arroladas na contrariedade ao libelo não foi encontrada.

No mérito, assevera que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, em face de os depoimentos das testemunhas de acusação serem incoerentes, em especial o prestado por Ergide Raupp, além de outros fatos ocorridos que indicam não ter sido o julgamento sereno, tais como: a) houve pedido de desaforamento; b) 5 (cinco) jurados sorteados para integrar o Conselho de Sentença eram do sexo feminino; c) as denúncias de ocorrência de interferências de estranhos na instrução criminal; d) depoimentos suspeitos e inverídicos de familiares da vítima; e e) desmaios dos familiares da vítima no momento em que a defesa se manifestava em plenário.

Ademais, afirma não ter a prova produzida pelo apelante prevalecido, em virtude das investidas injustas

e maliciosas dos familiares da vítima que, no dia do julgamento, com uma grande platéia, ocuparam totalmente os lugares onde se realizava a sessão do júri, exercendo, assim, a "mais repugnante coação moral e psicológica no ambiente".

Por derradeiro, aduz ter sido condenado por 4 (quatro) votos contra e 3 (três) votos a favor, significando existir alguma dúvida, o que leva a merecer outra oportunidade para ser submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri da comarca de Aranguá.

O órgão ministerial apresentou as contra-razões ao recurso interposto, tendo o assistente de acusação deixado transcorrer in albis o prazo assinalado no edital n. 11/98 para tal desiderato.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luiz Fernando Sirydakís, opinou pelo desprovimento do recurso.

Neste íterim, aportaram nos autos as contra-razões ofertadas pelo assistente de acusação, as quais foram juntadas a fls. 705/707, vindo os autos conclusos.

Este o relatório.

O recurso fundamenta-se nas letras a e d do inciso III do artigo 593 do CPP, ou seja, ter havido no julgamento do apelante nulidades posteriores à pronúncia (letra a do dispositivo legal em tela) e a decisão dos senhores jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos (letra d do sobrebitado permissivo legal).

No que tange às prefaciais de nulidade suscitadas, apresentam-se

improcedentes, conforme muito bem salientou o Dr. Luiz Fernando Sirydkis, ilustre Procurador de Justiça, no parecer de fls. 699 a 702, cujos fundamentos adotam-se como razão de decidir, e bem por isso vão transcritos, in verbis:

“De fato, não há falar-se em nulidade do julgamento porque infringido o disposto pelo artigo 494 do CPP. Embora referido artigo determine que a ata da sessão do julgamento, lavrada pelo escrivão, deva ser assinada pelo juiz e pelo órgão do Ministério Público e tal não se tenha verificado na hipótese dos autos, ainda assim referida omissão não pode ser levada à conta de motivo determinante da anulação do julgamento, pois, além da referida omissão não ter causado qualquer prejuízo ao apelante, nada mais representou do que mera irregularidade.

“O mesmo se diga no tocante à alegativa de infringência ao disposto pelo artigo 475 do CPP, não apenas porque, ao contrário do afirmado, foi a parte regularmente intimada da juntada dos documentos pelo órgão acusador, haja vista o teor da certidão de fls. 639 verso, como também porque, dentre referidos documentos, os de fls. 575 a 580 dizem respeito a fotocópias de declarações prestadas em inquérito policial instaurado contra terceira pessoa que não o apelante e os de fls. 581 a 603 referem-se a pedido de habeas corpus intentado em seu favor, que, a rigor, não versam sobre a matéria de fato constante do processo. Em assim sendo e por não terem sido lidos em plenário, segundo também certificado na ata do julgamento às fls. 657, não há por que admitir-se nulidade do julgamento por infringên-

cia ao artigo 475 do CPP, conforme pretendido.

“Nulidade também inexistente no indeferimento da leitura, em plenário, dos 29 documentos juntados pela defesa aos autos, simplesmente porque à parte contrária não foi dado vista no tríduo que antecede o julgamento, segundo disposto pelo artigo 475 do CPP. De fato, embora juntados os documentos em 3 de outubro de 1997, uma sexta-feira, deles somente em 6 de outubro teve ciência a parte contrária, segundo se observa às fls. 704 verso e 626 verso, ou seja, dois dias antes do julgamento ocorrido em 8 daquele mês, e, por óbvio, não deverá ser da data da juntada dos documentos que será iniciada a contagem do prazo mencionado, mas do dia em que a parte deles tiver ciência. Logo, por descumprido o disposto no mencionado artigo 475, o indeferimento ocorrido por ocasião do julgamento nenhuma ilegalidade contém.

“Por último, nulidade também não se faz presente na hipótese do indeferimento da substituição da testemunha João Luiz Pereira, arrolada às fls. 523, quando da contrariedade ao libelo e regularmente intimada para depor em plenário (fls. 638 verso), simplesmente porque em perfeita consonância com o disposto pelo artigo 397 do Código de Processo Penal. A alegativa de que naquela oportunidade protestara por eventual substituição de qualquer testemunha indicada é irrelevante, porquanto, com o protesto ou não, possível se tornaria a substituição desde, evidente, que nas hipóteses referidas pelo artigo 397 do CPP. Não sendo este o caso, não há falar-se em nulidade do julgamento,



por cerceamento de defesa, derivado do mencionado indeferimento”.

Quanto ao mérito, melhor não é a sorte do apelante, pois tendo o Conselho de Sentença optado por uma das duas versões apresentadas pelo próprio recorrente, agiu dentro dos estritos limites da soberania que lhe consagra a Constituição Federal, não podendo agora sua decisão ser acoiada de contrária à prova apurada nos autos.

Impende enfatizar, nesta oportunidade, que esta colenda Câmara, ao julgar recurso em sentido estrito aforado pelo apelante em sede de pronúncia, entendeu haver nos autos duplicidade de versão apresentada pelo réu: a primeira, no sentido de que a vítima teria praticado suicídio (depoimento de Pedro Humberto Orellana Munoz — fls. 8), e a segunda, na diretiva de que o disparo fora acidental, desconhecendo ele que a arma estivesse carregada, quando, em tom de brincadeira e após ter encostado o revólver na cabeça de Sandra e lhe haver dito que a mataria se ela não se levantasse ligeiro da cama, apertando o gatilho a arma disparou (interrogatório — fls. 97).

E como a Câmara entendesse que, se até a provisional o réu oferecia duas versões para um mesmo fato, era porque, evidentemente, não tinha nenhuma. Por isso, o apelante foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, perante o qual, no interrogatório em plenário (fls. 632/633), reiterou a versão dada na fase instrutória do processo.

Aconteceu, porém, que a testemunha Pedro Humberto Orellana Munoz, em Juízo (fls. 218/219), igual-

mente sustentou a outra versão que o réu lhe dera dos fatos, qual a de que Sandra “teria se atirado”, em síntese, se suicidado.

Ademais, como o boletim de ocorrência acostado a fls. 16, assinado pelo 2º Sargento Antônio Farias Inácio, descreve o deslocamento da autoridade policial para o local dos fatos para atender uma ocorrência de suicídio (fls. 8), fato confirmado pelo policial militar no plenário do Júri, perante o qual compareceu como testemunha de acusação (f. 635), de meridiana clareza a conclusão no sentido de que, inicialmente, o réu apontara a morte da vítima como decorrente de suicídio. Ao depois, negando a prática de homicídio doloso, engendrou o cometimento de um homicídio culposos.

Finalmente, submetido a julgamento pelo Tribunal Popular pela prática de homicídio qualificado, rechaçada a tese do homicídio culposos, restou o apelante condenado como autor de homicídio simples na pessoa da vítima, não tendo o Conselho de Sentença desbordado em ilegalidade, porque, como já referido, usando de suas prerrogativas constitucionais e atendendo-se à prova recolhida, optou por escolher a versão que lhe pareceu mais consentânea com a realidade dos autos, qual a de que o apelante praticou homicídio simples na vítima Sandra Helena da Silva, não contrariando esse veredicto, em momento algum, manifestamente a prova dos autos.

É da jurisprudência: “A decisão do júri que, com supedâneo nos elementos constantes do processo, opta por uma das versões apresentadas, não pode ser anulada sob a alegação de ser contrária à prova dos autos, pois

tal procedimento só se justifica quando a decisão dos jurados é arbitrária, totalmente dissociada do conjunto probatório" (JC 62/255).

No que concerne aos demais reclamos postos no apelo, carecem de procedência.

Inicialmente, registre-se que, em sede de Júri, a ata de julgamento espelha a verdade dos autos, e nela as eventuais nulidades ocorridas após a pronúncia devem constar.

In specie, a ata de fls. 654/657 não é um primor de peça processual, mas nem por isso, consoante já ficou referido no parecer ministerial transcrito, padece ela de qualquer nulidade, tendo o ilustre defensor do apelante consignado na oportunidade devida suas impugnações, por sinal já rechaçadas, e dentre as quais, evidentemente, não constam as que agora Sua Exa. suscita.

Por outro vértice, e quanto ao pedido de desaforamento, é bem de ver que a defesa dele desistiu, tendo recebido deste Relator, antes da respectiva homologação, o seguinte despacho: "R.H. J-se. Um reparo à afirmação do advogado do requerente — item 1 —, de que os autos se encontravam há vários dias conclusos para que eu designasse dia para o respectivo julgamento. Os autos vieram-me conclusos no dia 23 de setembro de 1997, após às 16 horas, sem condições de incluir na pauta do dia 30 de setembro, por impossibilidade de cumprir o prazo de 48 horas antes do julgamento, ante a necessidade de publicação do competente edital. Por

isso a designação do julgamento para a data de hoje. Florianópolis, 6/10/97", não tendo sido feita, portanto, qualquer injustiça ao apelante.

De outra parte, os autos entremostram que as testemunhas não foram contraditadas pela defesa, e tampouco os fatos supostamente praticados pelos familiares da vítima durante o julgamento, por não terem sido consignados na ata de julgamento, como protesto, imerecem ser considerados como ocorrentes, pois, como é cediço, o que não está nos autos não está no mundo.

Finalmente, e quanto ao fato de terem servido no Conselho de Sentença 5 jurados pertencentes ao sexo feminino, tal circunstância, em hipótese alguma, sob pena de incidir-se na eiva de terrível discriminação, pode ser levada a conta de o apelante não ter tido um julgamento justo.

Nessa conformidade, rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas, conhece-se do apelo mas nega-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 15 de setembro de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente;*  
*Alberto Costa,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.003478-7, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ****Relator: Des. Alberto Costa**

*Crime contra a saúde pública. Narcotraficância. Cocaína. Recurso defensivo, pleiteando a desclassificação do delito para o previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76, ante a falta de prova do tráfico de entorpecentes. Conjunto probatório, testemunhal e pericial, carreado aos autos que demonstram, de forma inequívoca, a culpabilidade do apelante. Material tóxico apreendido destinado ao comércio. Condição do apelante de usuário de cocaína não incompatível com a sua de traficante. Pleito desclassificatório para uso próprio inadmissível. Policiais civis que adentraram na residência do réu sem o competente mandado de busca e apreensão. Desnecessidade, por tratar-se o delito de tráfico de drogas de crime permanente. Configuração do delito previsto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76. Valor do dia-multa que deve seguir os parâmetros do artigo 38 e seus parágrafos, da Lei n. 6.368, e não a sistemática dos artigos 49 e 60, caput, do Código Penal. Laudo de exame de dependência toxicológica que após a sua conclusão e remessa a Juízo deve ser juntado e não meramente apensado aos autos (Lei n. 6.368/76, art. 25). Em face do princípio da presunção de inocência insculpido no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, o réu só terá o seu nome inscrito no rol dos culpados após o trânsito em julgado da sentença que o condenar. Condenação mantida. Recurso defensivo desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.003478-7, da comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal), em que é apelante Luiz Carlos Severino, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Balneário Camboriú, Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denún-

cia contra Luiz Carlos Severino, vulgo "Dico", e Marcos Paulo da Guarda Furtado, dando-os como incursos, o primeiro, nas sanções do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, e o segundo, nas sanções do artigo 16 da mesma lei, porque, segundo narra a exordial acusatória: "No dia 13 do mês de junho do corrente ano (1997), por volta da 18 horas, após investigações com relação ao tráfico de entorpecentes, policiais militares se deslocaram à residência do denunciado Luiz Carlos, localizada na Rua 'A' do Loteamento Delatorre, em Camboriú, nesta Co-

marca. No instante em que o denunciado Marcos saía da referida residência, o mesmo foi detido, pois trazia consigo, para uso próprio, 2 (dois) papéletes de substância entorpecente capaz de causar dependência física ou psíquica, conhecida vulgarmente por 'cocaína', envoltos em plásticos com cerca de 1 (um) grama cada, substância esta adquirida do denunciado Luiz Carlos, pela quantia correspondente a R\$ 20,00 (vinte reais).

"Em seguida, adentrando na referida casa, os policiais encontraram no interior de um lixeiro trinta plásticos recortados, que Luiz utilizava para embalar a droga e, no pátio, sob um monte de areia o mesmo guardava 18 gramas da já aludida substância, embrulhadas separadamente, dentro de três frascos de 'Kinder Ovo', no interior de um cano de PVC, prontos para a venda, conforme laudo de constatação às fls. 18 e, ainda, apreenderam os R\$ 20,00 (vinte reais) correspondentes à venda da droga a Marcos, conforme termos de apreensão de fls. 14, 16 e 17.

"Os denunciados foram detidos e conduzidos em flagrante delito juntamente com o adolescente Fabrício Paulo Goulart, chamado 'aviãozinho', pessoa incumbida de avisar ao traficante Luiz quando da chegada dos policiais" (fls. 2/3).

Durante a instrução, o Ministério Público propôs ao acusado Marcos Paulo da Guarda Furtado a suspensão do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, a qual foi aceita por ele e seu defensor, restando homologada pelo Dr. Juiz de Direito a quo (fls. 63).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Luiz Carlos Severino às penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, e 50 (cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato, por infração ao artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

Inconformado, o acusado apelou objetivando a reforma do decisor, a fim de ser desclassificado o delito para o artigo 16 da Lei de Tóxicos, haja vista não restar caracterizada a prática de tráfico de drogas.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Paulo Huáscar Viana, pelo desprovimento do recurso.

Ab initio, muito embora não suscitada nas razões recursais e para evitar-se futura ação revisional requerendo a nulidade do processo, convém ressaltar não ter ocorrido nulidade nos presentes autos em virtude de o defensor do acusado ter apresentado as alegações finais antes do Ministério Público, pois tal ato foi espontâneo do defensor constituído.

Neste sentido:

"Alegações finais — Inversão na ordem de apresentação (art. 500 do CPP) — Precipitação espontânea da defesa — Nulidade rejeitada" (Ap. Crim. n. 96.002708-4, de Urussanga).

E mais:

"A inversão na ordem de apresentação das razões finais, quando por ato espontâneo do defensor constituído, não invalida o ato, posto que esbarra no disposto no art. 595 do CPP" (JTAERSS, 65/125).

No mérito, o inconformismo do apelante improcede, uma vez a prova dos autos, documental e testemunhal, demonstrar de modo inequívoco que ele detinha, em seu poder, cocaína acondicionada para a prática da narco-trafficância.

Consoante se dессome da prova coletada, os policiais civis da Comarca, ante denúncia anônima de que o acusado, em sua residência, mercadejava tóxico, para lá se dirigiram e ficaram de campana.

Em determinado horário detiveram um menor, o qual, segundo apurado, ficava circulando as imediações para averiguar e delatar a presença de policiais.

Ato contínuo, detiveram, também, Marcos Paulo da Guarda Furtado, quando este saía da casa do réu, sendo apreendidos em seu poder 2 (dois) papélotes de cocaína, declarando este, no auto de prisão em flagrante: "na data de ontem, por volta das 18 horas, o depoente foi preso em flagrante, quando saía da residência do traficante 'Dico', tendo em seu poder dois papélotes de cocaína; que tais papélotes o depoente adquirira do traficante 'Dico' por R\$ 20,00 (vinte reais), dez reais cada"; e "que faz quinze dias, aproximadamente, que o depoente passou a comprar cocaína do traficante 'Dico'".

Após as duas detenções, os policiais civis se deslocaram para a residência do acusado e, naquele local, no pátio, foi localizado, sob um monte de areia, um cano plástico pvc e, no seu interior, encontraram 18 (dezoito) papélotes de cocaína, envoltos em plástico, em frascos de "Kinder Ovo". Além disso, os policiais também en-

contraram, na lixeira da casa, vários pedaços de plástico recortados, levando a crer que se destinavam a embalagem da droga.

O réu, na polícia, preferiu reservar-se o direito de prestar suas declarações somente em Juízo.

Entretanto, quando interrogado, afirmou: "foi preso pela polícia pois estava vendendo droga, mas é para uso próprio", sendo que os 20 papélotes de cocaína estavam embalados para o seu uso e controle. Mais adiante, acrescenta que um vizinho "foi arrumar uma televisão e não quis cobrar nada quando então o interrogando lhe deu dois papélotes de cocaína".

Além do mais, os depoimentos dos policiais civis participantes da diligência que culminou com a prisão em flagrante do réu, prestados coerentemente e harmônicos entre si, tanto na polícia como em Juízo, atados à prova técnica anexada aos autos demonstram quantum satis a destinação do material tóxico apreendido.

Por outro vértice, a alegação do acusado de que a polícia adentrou em sua residência sem o devido mandado de busca e apreensão não tem o condão de invalidar a prova material, eis que dispensável estivessem os agentes policiais munidos do referido mandado, em virtude de constituir, a guarda da cocaína, delito permanente.

Ademais, conforme entendimento pretoriano consolidado, "o direito constitucional da inviolabilidade domiciliar não se estende a lares desvirtuados, como cassinos clandestinos, aparelhos subversivos, casas de tolerância, locais ou pontos de comércio clandestino de drogas. A casa é o asilo inviolável do cidadão enquanto

respeitada sua finalidade precípua de recesso do lar” (RT 527/383).

Ora, in casu, a culpabilidade do apelante encontra-se demonstrada no caso sub judice sem qualquer sombra de dúvida, impendendo enfatizar-se ser a súplica desclassificatória carecedora de procedência, em virtude de sua condição de usuário de drogas não lhe retirar a condição de traficante, pois os expertos que assinaram o laudo de exame de dependência toxicológica, impropriamente apensado aos autos, afirmaram que o acusado, em relação ao artigo 12 da Lei n. 6.368/76, à época do fato, possuía a plena capacidade de determinar-se de acordo com o entendimento do caráter ilícito do fato.

A condenação era, pois, de rigor.

Por derradeiro, à guisa de instrução, recomenda-se ao nobre Magistrado que compatibilize o valor de cada dia-multa aos parâmetros do artigo 38 e seus parágrafos, da Lei n. 6.368/76, aplicável à espécie, e não ao artigo 49 do Código Penal, esclarecendo-se, ademais, que o exame de

dependência toxicológica, a teor do artigo 25 da Lei Antitóxicos, uma vez ultimado, deverá ser juntado aos autos e não simplesmente apensado, como ocorrente in casu; além de que a determinação contida no decisum, de inscrever-se o nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, encontra empeco no princípio da presunção de inocência estampado no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal.

Por esses motivos, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Huáscar Viana.

Florianópolis, 27 de outubro de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente;*  
*Alberto Costa,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.009257-4, DE MAFRA**

**Relator: Des. Alberto Costa**

*Apelação criminal — Apropriação indébita — Órgão ministerial que antes de oferecer alegações finais propõe ao acusado a suspensão do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95 — Magistrado que, sem justificação, não designa audiência para tal desiderato e, após as alegações finais ofertadas pela defesa, prolata sentença absolutória — Inconformismo do Ministério Público, alegando nulidade do processo, pela falta de designação de audiência*

*de que trata o artigo 89 da Lei n. 9.099/95 e ausência de abertura do prazo previsto no artigo 500 do Código de Processo Penal, e, no mérito, pugna pela condenação do réu — Preliminares de nulidade procedentes — Recurso provido.*

*— Proposta pelo Ministério Público a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, necessário se torna que o Juiz designe audiência para tal desiderato, sob pena de vulnerar direito subjetivo do réu, tornando, por consequência, nulo o processo crime.*

*— A falta de intimação do Ministério Público, para apresentar as suas alegações finais, constitui nulidade absoluta, pois vulnera o princípio constitucional do contraditório.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.009257-4, da comarca de Mafra, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Jacob Wojakewicz:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, anular o processo a partir de fls. 83, inclusive, para que o Magistrado a quo designe audiência para a propositura, por parte do Ministério Público, da suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95 e, caso inexistente, determine a abertura de prazo às partes para que ofereçam as suas alegações finais.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Mafra, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Jacob Wojakewicz, dando-o como incurso nas sanções do artigo 168, § 1º, inciso III, c/c o artigo 71, ambos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: "(...) o denunciado Jacob, na qualidade de proprietário e dire-

tor-gerente da empresa 'Assentex Compensados Ltda.', com sede na Rua Guilherme Witt, s/n, nesta cidade, na obrigação de recolher as contribuições confederativas e assistenciais de seus empregados para o Síticom — Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção e Mobiliário de Mafra, conforme previsto na convenção coletiva de trabalho, além de não as recolher desde o mês de março de 1995, apropriou-se indevidamente do seu valor, posto que, em razão de seu ofício, ordenou que fosse contido o referido desconto na folha de pagamento dos empregados, porém não repassou o numerário ao aludido sindicato" (fls. 2).

Durante a instrução, o órgão ministerial, a fls. 81/82, propôs ao acusado a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95. No entanto, sem que o Magistrado a quo se manifestasse acerca da proposta acima, designando audiência para tal desiderato, os autos foram com vista à defesa para a apresentação das alegações finais.

Conclusos os autos, o Dr. Juiz sentenciou, absolvendo Jacob Wojakewicz com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Irresignado, o representante do Ministério Público apelou objetivando a reforma do decisum, alegando, em preliminar, a nulidade do processo em virtude de o Magistrado não ter reaberto o prazo, caso recusada a oferta da proposta da suspensão do processo, para a apresentação das alegações finais, ferindo, in casu, o princípio do contraditório. No mérito, pugna pela condenação do réu nos termos da denúncia, uma vez que restou comprovado ter ele praticado o delito que lhe é imputado.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Valdir Vieira, opinou, preliminarmente, pela conversão do julgamento em diligência, a fim de que o órgão ministerial se manifeste sobre as disposições da Lei n. 9.099/95, e pela anulação da r. sentença, para que ao Ministério Público seja dada oportunidade para apresentar as alegações finais. No mérito, opina pelo desprovimento do recurso.

A preliminar de nulidade invocada pelo Parquet de Primeiro Grau é procedente, pois, consoante ressuma dos autos, o órgão ministerial, ao receber o processo com vista para alegações finais, assim se manifestou: "Vem a Justiça Pública, autora, no feito em epígrafe, antes de apresentá-las, oferecer proposta de suspensão do processo, requerendo a designação da respectiva audiência".

Entretanto, sem que houvesse manifestação do Dr. Juiz a quo a respeito da proposta formulada, os autos

foram com vista à defesa que, a fls. 86/88, apresentou suas alegações finais, na qual o defensor não concordou com a aplicação do artigo 89 da Lei n. 9.099/95, por entender inconfigurado o delito que foi imputado ao réu.

Ora, in casu, antes que os autos fossem entregues à defesa para apresentar suas alegações finais, o Togado, ante a proposta de suspensão condicional do processo efetuada pelo Ministério Público, deveria ter marcado a audiência para a formulação da proposta ao réu, presente seu defensor, para manifestar-se sobre ela.

Julio Fabbrini Mirabete, em sua obra "Juizados Especiais Criminais: comentários, jurisprudência, legislação", esclarece que: "Não prevê a lei expressamente a realização de audiência para a aceitação da proposta. Entretanto, como deve ser ela pessoal, perante o Juiz, impõe-se a designação da data para sua efetivação" (ob. cit., pág. 158).

Por outro vértice, tratando-se a aceitação da proposta de suspensão do processo de ato personalíssimo, não pode prevalecer a recusa do defensor, nas alegações finais, sob o argumento de não estar configurado o crime imputado ao réu.

Ada Pellegrini Grinover, sobre o assunto, assim se manifestou:

"8.3 Ato personalíssimo: Ninguém pode aceitar a suspensão no lugar do acusado, mesmo porque ela tem por fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade. Nunca será possível tal ato por procurador, ainda que conte com poderes especiais. É o acusado que tem que saber



das condições da suspensão e aceitá-las. É um ato em que se assume responsabilidade. Nisso há sempre uma carga emocional, que favorece seu êxito. O juiz tem que conversar com o próprio acusado, inclusive para ajustar a dosimetria das condições (...)" (in Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26/9/1995, São Paulo, Editora RT, 1995, pág. 217).

E mais:

"8.14 E se o acusado não aceitar? Se o acusado não aceitar a proposta de suspensão do processo, por força do artigo 89, § 7º, 'o processo prosseguirá em seus ulteriores termos'. De se observar que é a vontade do acusado a que prevalece, sempre que houver divergência entre ele e seu defensor (v. comentários ao artigo 76). Interpretando-se o mesmo parágrafo a contrario sensu, se o acusado aceitar (mesmo que seu defensor for contra), o processo se suspende" (ob. cit., pág. 221).

Como é fácil perceber, imperioso era ao Magistrado a quo, antes de prolatar a sentença, a designação da audiência para que o Ministério Público, como requerido, formulasse a proposta de suspensão do processo e, caso aceita pelo réu, na presença de seu defensor e do Juiz, seria suspenso nas condições que viessem a ser estipuladas. Ante eventual negativa, o processo seguiria normalmente, abrindo-se vista dos autos ao órgão ministerial para apresentar suas alegações finais.

Esta egrégia Corte de Justiça, em caso análogo, deixou assentado que:

"Ora, in casu, e desde que a acusada preencha os requisitos elencados no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, não pode o Magistrado, que neste caso exerce função fiscalizadora, impedir que o Ministério Público proponha a suspensão do processo, haja vista ser este o detentor da iniciativa da proposta por disposição legal (art. 89 da Lei n. 9.099/95)" (Reclamação n. 98.000388-8, deste Relator).

Por outro lado, e em relação à falta de apresentação das alegações finais por parte do Ministério Público, é de se ressaltar não ter havido omissão por parte deste ao receber o processo com vista e ciente do prazo previsto no artigo 500 do Código de Processo Penal, pois deixou consignado, em seu pronunciamento de fls. 81/82, que, antes de oferecer suas alegações finais, estava propondo, por entender cabível no caso sub judice, a suspensão condicional do processo.

No entanto, sem que houvesse manifestação do Togado a respeito, e não fosse oportunizada ao órgão ministerial a apresentação de suas alegações finais, sobreveio sentença, ocorrendo, destarte, in casu, vulneração ao princípio do contraditório.

A jurisprudência, em casos tais, assim se manifestou:

"Alegações finais — Prazo para sua apresentação não concedido — Cerceamento de defesa caracterizado — Peça essencial do processo, não podendo o juiz sentenciar sem o seu oferecimento — Nulidade decretada.

"A falta de concessão de prazo para apresentação das alegações finais constitui cerceamento de defesa e implica nulidade do processo posto

que é peça essencial do processo, não podendo o juiz sentenciar sem o seu oferecimento" (RT 673/335).

Pelo exposto, à unanimidade, acolhem-se as preliminares de nulidade invocadas, para anular-se o processo a partir de fls. 83, inclusive, devendo o Magistrado a quo designar a audiência de suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95 e, caso inexitosa esta, determine a abertura do prazo às partes para que ofereçam as suas alegações finais.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 3 de novembro de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente;*  
*Alberto Costa,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.008308-7, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Amaral e Silva**

*Penal e processual — Atentado violento ao pudor — Vítimas filhas do apelante — Desclassificação do delito para tentativa de estupro — Prova — Palavras das vítimas e confissão policial e judicial do apelante.*

*Na tentativa de estupro a intenção do agente é a cópula. No atentado ao pudor, a prática de ato libidinoso diverso da conjunção sexual.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.008308-7, da comarca da Capital, em que é apelante José Lourenço de Almeida, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, para desclassificar os atentados violentos ao pudor para tentativa de estupro, e, em conseqüência, reduzir as penas.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

José Lourenço de Almeida foi denunciado como incurso nas sanções do art. 214, c/c os artigos 224, letra a, e 226, II, todos do Código Penal, c/c o artigo 69 do mesmo Estatuto, por no mínimo cinco vezes; nas dos artigos 136, § 3º, 246 e 247, IV, todos do Código Penal; e, ainda, nas penas do artigo 232 do Estatuto da Criança e do

Adolescente, por incontáveis vezes, todos c/c o art. 69 do CP.

Segundo a exordial:

“O denunciado José Lourenço de Almeida vive maritalmente com Salete Reinehr há vinte anos, nesta cidade, com ela tendo 7 (sete) filhos, a saber: M., com 17 (dezesete) anos de idade; A., com 12 (doze) anos de idade; E., com 9 (nove) anos de idade; G., com 8 (oito) anos de idade, J., com 7 (sete) anos de idade; B., com 5 (cinco) anos de idade; e, N., com 4 (quatro) anos de idade.

“Dado à embriaguez, violento e depravado, desde muito cedo impingiu maus tratos à sua concubina e aos filhos que com ela teve, tanto que, lá pelo ano de 1987 ou 1988, em oportunidade que agredia à primeira, frente à intervenção da filha M., à época com apenas 9 (nove) anos de idade, tomou-a por um braço, enterrando tal membro numa panela contendo feijão em pleno cozimento, causando-lhe intensa e grave queimadura que a marcou para sempre.

“Lá pelo ano de 1989 ou 1990, em oportunidade em que a sua concubina encontrava-se cuidando de outro filho hospitalizado, por volta das 23 horas, depois de fazer os demais filhos dormirem, o denunciado embebedou sua filha M., à época com apenas 9 (nove) anos de idade, após a jogou ao chão, rasgou sua roupa, deitando sobre seu corpo, esfregando sua genitália sobre a dela, só parando quando, em decorrência dos gritos da vítima, vizinhos acorreram ao local.

“Em data não precisada do ano de 1995, estando ausente de casa a concubina do denunciado, o mesmo mandou seus filhos à venda para

comprarem cachaça para si, retendo em casa a filha A., à época com apenas 10 (dez) anos de idade, oportunidade em que mandou-a deitar-se na cama do casal, tirou sua roupa, despidendo-se também, deitando-se sobre o corpo da vítima, tentando introduzir seu pênis na vagina da pequena filha, a qual conseguiu evitar a penetração, sempre fechando as pernas e insistindo para ir ao banheiro, onde, depois de algum tempo, teve autorização para ir, nele se trancando até sua mãe retornar. Novamente, nas proximidades do Natal de 1997, na ausência da sua concubina, o denunciado voltou a agarrar a sua filha A., agora com 12 (doze) anos de idade, na cozinha da casa, tirando-lhe a roupa, despidendo-se a seguir, e já estava sobre o corpo da mesma, de pênis ereto, quando os demais filhos menores acorreram ao local, em face dos gritos da vítima, ainda flagrando ambos nus.

“Já nos últimos dias do mês de fevereiro ou nos primeiros dias do mês de março do ano em curso (1998), o denunciado, em ocasiões distintas, agarrou as filhas B. e N., de 4 e 5 anos de idade, respectivamente, e com elas praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal, ato esse que ainda ficou constatado nos Laudos Periciais de fls. 26 e 29, de exame médico legal nelas realizados no dia 5 de março de 1998, as quais ainda apresentavam ‘escoriações e hipermia na vulva’ decorrentes da pressão nelas causadas pelo pênis ereto do mesmo.

“Em diversas ocasiões, em datas não precisadas, mas até os últimos dias antes da sua prisão, o denunciado obrigou os seus filhos menores impúberes, ainda crianças, a

comprarem cachaça para si, e depois de embriagado a pegarem uma 'cade-la' que possuem, levá-la para ele, sendo constringidos a assistirem-no na prática de bestialismo com dito animal.

"Sempre, mas mais acentuada-mente a partir de 1995, por reiteradas e incontáveis vezes, o denunciado aplicou, 'surras' nos seus filhos menores de 14 anos, ainda crianças, fazendo uso de cinta, da bainha do facão, ou do próprio facão, por motivos mais banais possíveis; privou-os, desnecessariamente, de alimentos existentes em sua casa, mandando-os mendigarem para saciar a fome, com isso excitando a comisseração pública; impediu que os filhos A., de 12 anos, G., de 8 anos, J., de 7 anos e E., de 9 anos, freqüentassem a escola, privando-os da instrução obrigatória, embora em idade escolar".

Regularmente processado, resultou condenado à pena de 16 (dezesseis) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime fechado, como infrator do art. 214, c/c os arts. 224, letra a, e 226, II, todos do Código Penal, além de 16 (dezesseis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, como infrator do art. 136, § 3º, do referido Estatuto.

Alega o apelante, em síntese, que foi "condenado baseando-se simplesmente em depoimento de crianças, praticamente retardadas mentais", sendo referidos depoimentos contraditórios; que o delito previsto no art. 136, § 3º, não ficou provado "haja vista que o pai detém sobre o filho o pátrio poder, e assim sendo possui autoridade suficiente para impor respeito e

ordem em seu próprio lar, além do mais, nada ficou comprovado a respeito dos maus tratos, apenas declarações incoerentes de crianças, que, diga-se de passagem, são rebeldes e não gostam de estudar".

Também, em resumo, diz o Dr. Promotor que o apelante é confesso e a prova dos autos ampla.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

## II — Voto

1 — Data venia da análise da prova tem-se como configurada a tentativa de estupros e não atentados violentos ao pudor.

A denúncia relata, entre outros delitos, tentativa de estupro contra a vítima A.:

"Em data não precisada do ano de 1995, estando ausente de casa a concubina do denunciado, o mesmo mandou seus filhos à venda para comprarem cachaça para si, retendo em casa a filha A., à época com apenas 10 (dez) anos de idade, oportunidade que mandou-a deitar-se na cama do casal, tirou sua roupa, despindo-se também, deitando-se sobre o corpo da vítima, tentando introduzir seu pênis na vagina da pequena filha, a qual conseguiu evitar a penetração, sempre fechando as pernas e insistindo em ir ao banheiro" (grifei).

A denúncia não se referiu a qualquer ato libidinoso diverso da tentativa de conjunção carnal.

A vítima A. L. de A. na Delegacia de Polícia (fls. 11/12) confirmou:

“que, quando a declarante tinha dez anos, seu pai tentou lhe estuprar; que, nessa ocasião a mãe da declarante tinha saído, e seu pai mandou seus irmãos irem até a venda comprar ‘pinga’, porém, proibiu a declarante de ir junto com os irmãos; que, desta forma, a declarante ficou sozinha com ele; que ele mandou a declarante deitar na cama de sua mãe tirou sua roupa e, em seguida, ele também despiu-se; que daí deitou-se sobre a declarante e tentou introduzir o seu pênis ereto na vagina da declarante; que a declarante diz que fechava as pernas para que ele não encostasse o pênis em sua vagina” (grifei).

Na mesma ocasião narrou outra tentativa de estupro.

Em Juízo, disse:

“que o seu progenitor por diversas vezes abusou sexualmente da declarante, e que uma das vezes colocou uma faca no seu pescoço, tirou-lhes as vestes, debruçou-lhe sobre a cama e tentou manter com a declarante relações sexuais” (fls. 135).

G. L. de A. testemunhou:

“que viu A. pelada e o pai tinha um canivete e disse que cortava a cabeça dela fora se não tirasse a roupa; que viu o pai com o pinto de fora” (fls. 136).

O apelante confessou a tentativa de estupro ao dizer:

“admite que também tirou a roupa da filha A., mas esta pediu pelo amor de Deus que não fizesse nada com ela, e então o declarante parou (...) que diz que tentou ter conjunção

carnal com M. e C. apenas uma vez com cada uma” (fls. 43).

2 — Quanto à vítima M. ou L. A. R. de A., como também é conhecida, a prova é no mesmo sentido, ou seja, da tentativa de estupro.

Ouvida em quatro oportunidades, primeiro na Delegacia de Polícia — 6º DP (fls. 15/15v.), após no 9º DP e na Vara da Infância e Juventude, foi contraditória, ora afirmando ora negando as violências sexuais do pai.

Na Delegacia, assistida por conselheira tutelar, informou:

“quando a declarante tinha nove anos de idade, um irmão estava com sarampo e foi internado; que teve um dia que sua mãe foi passar a noite no Hospital; que nessa noite a declarante foi convidada para uma festinha de aniversário de dois coleguinhas, na casa do vizinho; que quando retornou, por volta das 23 horas, seu pai já havia colocado as crianças para dormir; que então ofereceu cachaça para a declarante embebedando-a e, após, a jogou no chão, sobre um pano e rasgou toda a sua roupa; que tentou manter relações sexuais com a declarante mas não conseguiu, pois esta debatia-se e gritava”.

Em novo depoimento no 9º DP, acompanhada da mãe (fls. 65), retratou-se.

L. A. R. L. de A., depondo na Vara da Infância e Juventude disse:

“que seu apelido é M., e por tal nome é conhecida; que há uns cinco anos atrás, aproximadamente, a declarante havia saído de casa para frequentar a uma festinha na casa de vizinhos, e quando retornou, depa-rou-se com seu pai em casa, o qual

estava embriagado e depois de também embriagar a declarante, dando-lhe uma bebida que não se recorda se vinho ou uísque e, quando percebeu já estava tonta então seu pai a amarrou e tentou manter relações sexuais consigo, mas como a declarante gritou acordando seus irmãos, seu pai parou com aquele ato; que com relação à declarante, seu pai nunca mais fez qualquer tentativa de investida sexual; (...) que mentiu para a autoridade policial a pedido de sua mãe, pois a mesma apanhava muito de seu pai e tinha muito medo; que seu pai continua em casa" (fls. 81).

Na instrução disse:

"que certa feita quando voltava de uma festa de aniversário por volta das 23h30min, numa quinta-feira, e contava com a idade de 11 anos, e quando seu progenitor lhe ofereceu bebida alcoólica e não estava acostumada, e quando acordou estava seminua no chão, sabe que ficou bastante nervosa e investiu contra seu pai; que não houve relação sexual" (fls. 126).

O apelante, em ambas as fases, confessou a tentativa de estupro, dizendo:

"que admite neste momento ter tido desejo pela filha mais velha, M.; que diz que quando M. tinha 9 anos, tirou a parte de cima da roupa dela e quando foi agarrá-la ela gritou; que M. gritou quando o declarante foi agarrá-la, e por esta razão, o declarante saiu de casa e a deixou com os irmãos pequenos; que, nessa ocasião, a esposa do declarante se encontrava no hospital cuidando de um filho que estava doente; que, o fato aconteceu à noite" (fls. 43).

Em Juízo, confirmou:

"o depoente determinada época encontrava-se alcoolizado e tentou manter relações sexuais com sua filha M., que contava com 12 anos de idade; que o depoente arrependeu-se em tempo e não coabitou com sua própria filha" (fls. 104/105).

Alexsandra Martins, Assistente Social, no inquérito esclareceu:

"É Educadora Social do Programa SOS — Criança; que, em data de 25/9/95, a declarante recebeu uma denúncia de que os filhos da Sra. Salete e Sr. José Lourenço vinham sendo vítimas de negligências; que, segundo a denúncia, os mesmos não freqüentavam a escola e se encontravam em péssimas condições de higiene; que a declarante foi até a casa da referida família, onde constatou o péssimo estado de higiene e, realmente, as crianças não estavam freqüentando a escola, até porque não estavam matriculadas (...) que então a declarante passou a fazer a abordagem com as crianças, sendo que a filha mais velha M. falou que havia sido vítima de violência sexual por parte do pai, isto é, o mesmo tentou manter conjunção carnal com ela; que numa ocasião que a mãe não estava em casa tirou toda a sua roupa, segurou-a e tentou estuprá-la; que ela gritou e a irmã A. que estava em um outro cômodo da casa pegou um pedaço de pau e bateu no pai; que, já na abordagem com A., esta falou que também teria sido vítima de violência sexual por parte do pai, e como, à época, apresentava problema na fala, com dificuldade falou para a declarante o seguinte: 'o pai tirou a minha roupa, me deitou na cama e encostou atrás'; que disse também: 'doeu'; que M. durante as várias abordagens realizadas pela

declarante demonstrou verdadeiro pavor do pai e disse que queria vê-lo preso ou morto" (fls. 48).

Dos depoimentos das testemunhas, das declarações das vítimas e da confissão do réu, nota-se que não houve atentado violento ao pudor mas tentativa de estupro, por isso que o próprio agente refere-se à intenção de manter relações sexuais. A prova é toda nesse sentido.

Repiso:

O apelante, ao confessar, admitiu haver tentado manter relações sexuais com as filhas M. e A.

As vítimas confirmaram que o réu tentou estuprá-las.

Em nenhum momento houve referência à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Do contexto da prova, principalmente da confissão, surge a clara vontade do apelante em manter relações sexuais, não a de praticar atos libidinosos.

"Não há identidade entre o tipo do art. 213 e do 214 do CP. É certo que o bem jurídico tutelado, em um ou outro caso, é a liberdade sexual. Mas o primeiro fala em constranger mulher à conjunção carnal, enquanto que o outro se refere a constranger alguém (não se preocupou o legislador com o sexo do ofendido) a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. As duas figuras típicas, integrantes do capítulo que cuida da proteção à 'liberdade sexual', só têm em comum o requisito da violência ou grave ameaça. No mais são infrações diversas reservando o legislador para o atentado violento ao pudor um campo bem

mais amplo de incidência, cominando penas diferentes na sua graduação para cada uma dessas violações a bens jurídicos' (TJSP — AC — Rel. Alves Braga — RJTJSP 27/404)" (Apud Franco, Alberto Silva e outros, in Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 1, t. II, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 2.908).

"O atentado violento ao pudor e o estupro não são crimes da mesma espécie, pois, enquanto naquele a lei protege a própria inviolabilidade carnal, neste o bem jurídico, objeto da tutela penal, é a liberdade sexual, no sentido estrito" (TJSP — Rev. n. 129.225 — rel. Mendes Pereira — j. 20/7/76, RT 490/306).

"Ontologicamente diversos são os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor. O dolo, no primeiro, consiste na vontade conscientemente dirigida ao constrangimento violento da vítima para a conjunção carnal, enquanto que no atentado violento ao pudor ele é dirigido no sentido da prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal" (TJSP — Ap. n. 9.218-3 — rel. Goulart Sobrinho — j. 8/10/81, RT 570/316).

"Entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor o que há de comum é o constrangimento e a violência ou grave ameaça, mas o fim visado é diferente: naquele, a conjunção carnal, neste, o ato libidinoso diverso da conjunção carnal" (STF — RE n. 108.125-2—SP— rel. Min. Carlos Madeira — j. 6/6/86 — DJU 8/8/86, RT 610/456).

"Não há identidade entre o tipo do art. 213 e art. 214 do CP, embora o bem jurídico tutelado, em um ou outro

caso, seja a liberdade sexual. Mas o primeiro fala em constranger mulher à conjunção carnal, enquanto que o outro se refere a constranger alguém (não se preocupou o legislador com o sexo do ofendido) a praticar ou permitir que com ele se pratique o ato libidinoso diverso da conjunção carnal" (TJSP — Ap. n. 189.560-3/6 — rel. Cyro Bonilha — j. 13/11/95, RT 730/523).

"Atentado violento ao pudor — Desclassificação para tentativa de estupro — Admissibilidade — Hipótese em que o réu pretendia conjunção carnal com a vítima — Nova classificação com base no propósito que move o agente — Recurso parcialmente provido" (TJSP — Ap. Crim. n. 161.294-3 — rel. Gomes de Amorim — j. 23/5/94, apud JUIS — Jurisprudência Informatizada Saraiva n. 11).

"Atentado violento ao pudor — Desclassificação para tentativa de estupro — Ocorrência — Réu encontrado sobre a vítima — Declaração da intenção de realizar a conjunção carnal — Recurso parcialmente provido para esse fim.

"A tentativa de estupro, entre outros elementos, diferencia-se do atentado violento ao pudor pelo propósito que move o agente" (TJSP — Ap. Crim. n. 154.399-3 — rel. Gomes de Amorim — j. 28/3/94, op. cit.).

"Prova — Matéria criminal — Roubo seguido de tentativa de estupro — Confissão extrajudicial que se harmoniza plenamente com a palavra da vítima, constituindo um elo perfeito no sentido de demonstrar a culpabilidade do réu — Condenação mantida. É incensurável o desfecho condenatório alicerçado na confissão extraju-

dicial e na palavra da vítima, que se harmonizam plenamente, constituindo um elo perfeito no sentido de demonstrar a culpabilidade do réu. Estupro — Acusado que, pretendendo manter conjunção carnal com a vítima, não obtém êxito em seu intento dada a reação desta — Tentativa caracterizada — Atentado violento ao pudor não configurado — Desclassificação operada — Recurso parcialmente provido para tal fim. Se o acusado, pretendendo manter conjunção carnal com a vítima, não obtém êxito em seu intento dada a reação desta, caracterizado está o delito de estupro, em sua forma de tentativa, e não o de atentado violento ao pudor" (TJPR — Ap. Crim. n. 9.417 — rel. Des. Tadeu Costa, j. 17/3/97, op. cit.).

"Estupro tentado e atentado violento ao pudor quando ocorre um e outro.

"Na tentativa de estupro, o agente demonstra o inequívoco propósito de manter conjunção carnal com a vítima, não se consumando o delito por circunstâncias alheias à vontade do agente.

"No atentado violento ao pudor, o agente visa satisfazer sua lascívia por meio de um ato libidinoso, com contato corpóreo, em que não entra em jogo o congresso carnal" (Rev. Crim. n. 97.004567-0, de Laguna, rel. Des. José Roberge).

"Crimes contra os costumes — Estupro — Atentado violento ao pudor — Vítimas menores de 14 anos, filhas do agente — Violência presumida — Caracterização do estupro em relação a uma das vítimas — Desclassificação para tentativa de estupro, em relação à acusação de atentado vio-



lento ao pudor — Possibilidade — Aplicação do art. 383 do CPP — Recurso parcialmente provido.

“Configura-se tentativa de estupro e não atentado violento ao pudor o ato do agente que, agarrando a vítima à força, e desnudando-a parcialmente para com ela declaradamente manter conjunção carnal, não a consuma em face da resistência e fuga da vítima.

“À instância recursal não é vedada nova classificação da norma violada, diversa daquela apontada na sentença recorrida, desde que os fatos narrados na denúncia tragam suporte à nova definição jurídica, não se aplicando a limitação prevista na Súmula 353 do STF, que se refere apenas ao disposto no art. 384 e parágrafo único do CPP” (Ap. Crim. n. 28.773, de Canoinhas, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

3 — Dosimetria da pena em relação à vítima M.

A pena-base é mantida no mínimo legal, ou seja, 6 (seis) anos de reclusão.

Presente o aumento previsto no art. 226, II, do CP, elevo a reprimenda de 1/4 (um quarto), perfazendo 7 (sete) anos e 6 (seis) meses.

Pela tentativa (art. 14, II), observando o iter criminis percorrido, diminuo de 2/3 (dois terços), concretizando-a em 3 (três) anos de reclusão.

Nos termos do art. 71 do CP, aumento de 1/6 (um sexto). Foram dois crimes, tornando-a definitiva em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Regime fechado.

Dosimetria da pena em relação à vítima A.

Pena-base no mínimo, ou seja, 6 (seis) anos de reclusão.

Nos termos do art. 226, II, do CP, aumento a pena da quarta parte, ficando em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Pela tentativa, observado o iter criminis, diminuo de 2/3 (dois terços), totalizando 3 (três) anos de reclusão.

Regime fechado.

4 — Quanto ao delito previsto no art. 136 do Código Penal.

Consta do artigo:

“Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina”.

A prova de que as vítimas eram submetidas a maus-tratos é exuberante.

Maria Rosaria de Souza:

“que a declarante há quatorze anos, aproximadamente, é vizinha de Salete e Lourenço; que José Lourenço sempre foi um pai muito agressivo e sempre batia nos filhos, principalmente na mais velha, M.; (...) que ele sempre mandava os filhos comprar cachaça na venda; que ele costumava tomar ‘porretes violentos’ e ficava parecendo um ‘bicho’ de tão violento, e batia nas crianças e na esposa; que a declarante constantemente ouvia muitos gritos, inclusive de madrugada” (fls. 53).

Em Juízo, confirmou (fls. 120).

Todos os filhos do apelante confirmaram as agressões físicas, inclusive com “bainha de facão”.

“Maus tratos. Pai que agride filha de tenra idade com chutes no corpo e tapas no rosto. Caracterização. Inexistência de lesões corporais. Irrelevância: o fato de um pai ser pessoa rude e de pouco cultivado, por certo, não o desobriga de tratar os filhos com carinho e desvelo, sendo certo que, ainda que o jus corrigendi possa ser exercido por meio de leves palmadas, nada legitima ação violenta de genitor contra filha de tenra idade, a qualquer pretexto que seja, agredindo-a com chutes no corpo e tapas no rosto, sendo irrelevante a inexistência de lesões corporais, pois estas não são elemento do tipo previsto no art. 136 do CP” (TACrimSP — Ap. n. 1.018.291 — rel. Pires Neto — j. 11/7/96, apud JUIS — Jurisprudência Informatizada Saraiva n. 11).

“Maus-tratos — Pai — Filhos menores — Corrigenda — Primariedade — Ausência — Comportamento social e familiar — Apelação conhecida e provida — Sentença reformada — Condenação. Estando os atos praticados pelo acusado em suas filhas menores devidamente caracterizados como ‘maus-tratos’, e caracterizada a culpabilidade do acusado, com ausência de primariedade, maus procedimentos familiares e social e, entendido, ainda, que a ação do acusado é suscetível de causar danos à moral, ao corpo ou à saúde de outrem, tudo como objetos jurídicos protegidos a vida e a saúde de suas filhas, estando, ainda, presente a vinculação entre os sujeitos ativo e passivo na consecução do crime, conhece-se da apelação, dando-lhe provimento para refor-

mar a sentença apelada, condenando o acusado como incurso no art. 136 do Código Penal” (TJES — Ap. n. 13969000044 — rel. Des. Paulo Nicola Copolillo — j. 4/11/96, op. cit.).

Alberto Silva Franco, entre outros precedentes, cita:

“Não possui o pai direito de agredir fisicamente seus filhos, seja qual for o pretexto para essa reação. Adultos que se desrecalca sobre menores mostra desequilíbrio que exige cobro e com o qual a Justiça Criminal não pode transigir (...) (TACrimSP — Ap. 244/601, RT 530/371) e o fato de ser ele humilde e rude não justifica, consoante assinala o saudoso Celso Delmanto (Código Penal Comentado, pág. 261), com apoio em jurisprudência desta Corte — JUTACrim 68/306. Por sinal que, num mundo em que o acesso aos costumes civilizados está disponível a qualquer lar, por humilde seja, mediante a invasão televisiva, não se justifica, de maneira alguma, essa conduta de primata’ (TACrimSP — AC 769.939/6 — rel. Renato Nalini).

“O direito de corrigir deve ser exercido com moderação e de forma adequada, não indo ao ponto de autorizar o pai a vergastar o filho de maneira violenta. A violência como meio de educação não encontra guarida nas nações civilizadas, porque, longe de corrigir e educar, ela produz trauma e suscita revolta ou ódio’ (TACrimSP — Rel. Hélio de Freitas — JUTACrim 82/361)” (op. cit., págs. 2.222/2.223).

5 — Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso, desclassificando o delito para tentativa de estupro; em consequência, reduzo a

pena para 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, mantida a condenação da sentença pelo delito previsto no art. 136, § 3º, do CP.

### III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Deram provimento parcial ao delito para desclassificar o delito de atentado violento ao pudor para tentativa de estupro, e, em consequência, reduziram a pena para 6 (seis) anos e 6

(seis) meses de reclusão, mantida a condenação pelo delito previsto no art. 136, § 3º, do Código Penal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli e Paulo Galotti. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 27 de outubro de 1998.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.008558-6, DA CAPITAL

**Relator: Des. Amaral e Silva**

*Processual e penal — Porte de arma — Renúncia do direito de recorrer — Sentença citra petita — Inocorrência — Ausência de registro e porte de revólver — Art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97 — Recurso desprovido.*

*O interesse de recorrer do causídico deve prevalecer sobre a renúncia do réu, pois o advogado tem conhecimento técnico para avaliar sobre a necessidade do recurso.*

*Hipótese em que a arma não estava registrada, bem como o apelante não estava autorizado a portá-la.*

Custas na forma da lei.

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.008558-6, da comarca da Capital, em que é apelante Edilson Henrique Soares, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, desprover o recurso.

### I — Relatório

Edilson Henrique Soares foi denunciado por infração ao artigo 10, caput, e § 1º, inciso II, da Lei n. 9.437/97.

Segundo a denúncia:

"No dia 14 de novembro de 1997, por volta das 6 horas, policiais

civis, no curso de investigações que vinham sendo realizadas para descobrir o paradeiro do denunciado Edilson Henrique Soares, que se encontrava com prisão preventiva decretada (fls. 19/21), obtiveram a informação, através de telefonemas dados por um tal de 'Adãozinho', do local onde 'Rick' estaria 'parando', com base na qual se dirigiram, acompanhados, ainda, de outros 4 (quatro) policiais militares, a um barraco, situado num beco da Rua Nicarágua (próximo ao ponto final do ônibus do Jardim Atlântico), n. 99, em frente à loja 'Cantinho dos Brinquedos', Favela Chico Mendes, nesta Cidade e Comarca, e, em lá chegando, cercaram o mesmo, oportunidade em que o acusado — que se encontrava dormindo, em companhia de Joel Ribeiro da Silva, dono da residência, e de Jackson Costa —, dando conta da presença da autoridade policial, que bateu à porta, requisitando que abrissem a mesma, e antes que Joel pudesse fazê-lo, pois para ela já se dirigia, tentou se evadir, fugindo pela janela lateral do mencionado barraco, momento em que foi dominado e efetuada sua prisão.

“Ao ser procedida revista no interior do barraco acima citado, foi encontrado 1 (um) revólver, marca Taurus, calibre 38 oxidado, com cabo de madeira, capacidade para 6 (seis) tiros, número 1565109, que se encontrava municiado com 6 (seis) cartuchos intactos (conforme termo de exibição e apreensão de fls. 6), de propriedade do denunciado Edilson Henrique Soares, que o havia escondido no supramencionado local, e em cuja posse estava sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 18), além de

1 (uma) pistola de brinquedo, de plástico, marca Pietro Beretta, número C25870Z (termo de exibição e apreensão de fls. 6), que, segundo informação da autoridade policial, era utilizada para a prática de delitos contra a vida e contra o patrimônio, razão pela qual se levou a efeito sua prisão em flagrante”.

Devidamente processado, Edilson Henrique Soares restou condenado à pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção, em regime semi-aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo, por infração ao art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97.

Alega o apelante, em síntese, que deve ser absolvido porquanto a autoria e materialidade não restaram comprovadas. Alternativamente, pede a redução da pena para o mínimo legal.

Também em síntese, diz o Dr. Promotor que a sentença deve ser mantida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina seja, de ofício, anulado o feito para que a r. sentença analise todas as teses defensivas. No mérito, é pelo desprovimento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

## II — Voto

1 — Observo que o defensor dativo interpôs tempestivamente o recurso, apesar do desinteresse do apelante em recorrer (fls. 69).

O interesse de recorrer do causídico deve prevalecer sobre a renúncia do réu, pois o advogado tem co-

nhecimento técnico para avaliar a necessidade do recurso.

“Constitucional. Processual penal. Sentença condenatória. Recurso. Renúncia.

— A melhor doutrina proclama o entendimento de que em matéria penal o direito do condenado recorrer é irrenunciável, em face da magnitude do direito de defesa, de assento constitucional.

— Interposto o recurso contra sentença condenatória, o réu poderá, em tese, dele desistir, desde que validamente representado pelo advogado que elaborou sua defesa ao longo da ação penal, sendo desprovida de validade a desistência manifestada pessoalmente pelo réu, já recolhido à prisão.

— Recurso especial conhecido e provido” (STJ — REsp. n. 139.896/DF — rel. Min. Vicente Leal — j. 14/4/98 — DJU 11/5/98).

Conheço do inconformismo.

2 — Não foi a sentença omissa.

A Magistrada, ao analisar a materialidade do delito, afastou implicitamente a tese da ilicitude da prova, sustentando que a residência foi revista durante o cumprimento do mandado de prisão preventiva.

Constou da r. sentença:

“O acusado foi preso por volta de 6 horas da manhã, em face de mandado de prisão preventiva decretada por este Juízo. Durante a prisão, o barraco onde se encontrava foi revistado, momento em que foram encontradas as armas apreendidas.

“A materialidade do delito está estampada pelo termo de apreensão de fls. 10, portanto, sem razão a Defe-

sa quando afirma a ausência de materialidade do delito” (fls. 64).

3 — No mérito, confirmo a r. sentença da Dra. Vera Regina Bedin pelos próprios e jurídicos fundamentos, aduzindo mais os seguintes:

Quando do cumprimento de mandado de prisão preventiva, foi apreendido, na residência onde se encontrava o apelante, um revólver, marca Taurus, calibre 38 oxidado, com capacidade para seis tiros, municiado com seis cartuchos intactos (termo de apreensão de fls. 10).

O recorrente, quando da prisão em flagrante, confessou a propriedade da arma (fls. 7), sendo que os policiais militares e as testemunhas foram unânimes ao afirmarem que o revólver pertencia ao recorrente (fls. 6/7, 44/46 e 50).

A arma não estava registrada, bem como o apelante não estava autorizado a possuí-la, infringindo, assim, o disposto no art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, verbis:

“Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira explicam:

“O registro da arma de fogo é ‘o documento expedido pelo poder público através da autoridade competente, que autoriza a pessoa a possuir uma arma, exclusivamente no interior de sua residência, ou no seu local de trabalho,

desde que seja ela a responsável legal ou titular do estabelecimento'."

E adiante:

"Portar uma arma de fogo significa trazê-la consigo, em condições de pronta utilização, mantendo-a sob sua disponibilidade imediata. Portar é levar a arma, circular com ela. Além disso, o verbo não abrange apenas o contato físico com a arma, mas também significa que o agente tem o objeto ao seu alcance, em condições de fazer rápido uso do mesmo.

"A idéia de portar não significa exatamente trazer a arma nas mãos, mas sim em qualquer lugar de fácil apossamento, sem obstáculos (como na cintura, no bolso, no porta-luvas do veículo etc.), e fora dos casos de guarda autorizada (interior da residência ou local de trabalho, por força do art. 4º da lei).

"Portanto, o porte supõe a existência de uma autorização especial,

emitida pelo poder público" (in Lei das Armas de Fogo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, págs. 26 e 115).

4 — Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

### III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Negaram provimento.

Participaram do julgamento com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli e Paulo Gallotti. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Rui Carlos Kolb Schiefler.

Florianópolis, 15 de dezembro de 1998.

*Amaral e Silva,  
Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.011079-3, DE JOINVILLE

**Relator: Des. Amaral e Silva**

*Processual penal — Estupro — Delito caracterizado — Prova — Depoimento infantil — Validade — Precedentes jurisprudenciais.*

*Não havendo como descrever da versão apresentada por criança, vítima de estupro, a condenação se impõe.*

*Hipótese em que outras crianças, também ofendidas, relataram a prática de crimes contra os costumes, perpetrados pelo apelante, pedófilo, bastante beneficiado, pois, por questões formais, não respondeu pelos outros delitos.*

*"Tratando-se de crime contra os costumes, se o depoimento da vítima criança não afronta a prova mas, antes, encontra razoável*

*ressonância no contexto probatório, se não se depara com justificativa plausível para a admissão de que sua versão é inverídica ou fantasiosa, não há, evidentemente, fundamento legal para recusa da única prova direta de que dispõe para elucidação da autoria do fato delituoso” (RT 663/285).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.011079-3, da comarca de Joinville, em que é apelante Ivan da Silva Pereira, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

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

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Ivan da Silva Pereira foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 213 e 214, art. 213 c/c o art. 14, II, todos combinados com o art. 224, a, e art. 71, todos do Código Penal.

Segundo a exordial:

“No dia 15 de janeiro de 1998, por volta das 14 horas, o denunciado convidou a vítima J. J. D., de 10 anos de idade, sua vizinha, para ir até a sua casa pois tinha presentes para lhe dar. Lá, sob ameaças e utilizando-se de força impelido por mórbido e repulsivo impulso pedofílico, abusou sexualmente da vítima, mantendo com ela conjunção carnal completa, o que resultou em rompimento himenal (laudo de fls. 8), submetendo-a a coito anal.

“Também em dia indeterminado, no final do ano de 1997, o denunciado foi à casa de V. L. A. de O., de 11 anos de idade, também vizinha, e,

aproveitando-se do fato de a vítima estar sozinha em casa com o irmão menor, amarrou o menino em uma cadeira, e levou a vítima até o quarto, despiu-a sob ameaças de morte, quando a mesmo gritou, o que chamou a atenção de um vizinho, fazendo com que o denunciado entrasse em fuga, deixando clara a intenção de cometer crime sexual, o que só não aconteceu por fato alheio à sua vontade.

“Também em data indeterminada o denunciado chamou a menor D. P. M., hoje com 12 anos de idade, para que esta fosse até sua residência, e lá utilizando-se de força, encostou-a contra a parede e tentou despi-la ocasião em que esta defendeu-se, desferindo um chute no denunciado, o que permitiu que a mesma fugisse, novamente não se consumando o delito por circunstâncias alheias à vontade do denunciado”.

O Dr. Juiz declarou nula a denúncia quanto às imputações referentes às vítimas V. L. A. de O. e D. P. M., nos termos do art. 564, II e III, a, 1ª parte, do CPP, e precedente, em parte, para condenar Ivan da Silva Pereira à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 213, c/c o art. 224, a, ambos do Código Penal.

Alega o apelante, em síntese, que a prova colhida extrajudicialmente é inaceitável, pois ausente o devido processo legal e contraditório. No mé-

rito, que deve ser absolvido, pois a condenação baseou-se apenas em depoimento infantil e que a "imaturidade moral da criança não admite valor pleno ao depoimento"; que "o testemunho infantil merecesse ressalva, é deficiente e perigoso"; "por conter defeitos psicológicos e morais, não pode ser recebido como juízo de plena certeza".

Também em resumo, diz o Dr. Promotor que a sentença deve ser mantida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovemento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

## II — Voto

### 1 — Rejeito a preliminar.

Não houve qualquer afronta ao devido processo legal.

A decisão baseou-se em provas obtidas na fase do contraditório.

### 2 — A autoria restou demonstrada.

A vítima, com dez anos de idade, em sinceras e coerentes declarações, que guardam perfeita harmonia com os demais elementos de convicção, confirmou as acusações contra o apelante.

O laudo de exame de conjunção carnal (fls. 11) comprova o desvirginamento. Além disso, outras crianças, em declarações lógicas e de clara boa-fé, confirmaram a tendência do apelante à pedofilia.

Sustenta a defesa que não podia o decreto condenatório lastrear-se apenas nas declarações da vítima.

Sem procedência a alegação.

O Des. Acácio Rebouças, do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Criminal n. 106.668, observou:

"Eliminar, aprioristicamente, o testemunho infantil, é entregar a criança, inerme, à sanha dos sátiros" (RT 420/89).

Anote que a vítima, de apenas 10 anos de idade, foi extremamente lógica em seu depoimento, tanto na fase policial como na judicial.

Inquirida no inquérito, na presença da mãe (fls. 10 e verso), bem como em Juízo, (fls. 65), exaustivamente perguntada pela defesa, respondeu, firme e coerentemente:

"que esclarece a depoente que conhece o réu de vista da vizinhança; que certa feita viu o mesmo depoente passando pela rua e indagou à mesma acaso se gostaria de receber um presentinho de sua mãe (do réu); que a depoente pediu autorização para a mãe, que acabou concordando que fosse então para a residência do acusado e, lá chegando, o mesmo informou que teria algumas roupas para lhe dar; que no entanto o réu, reconhecido na presente solenidade, pediu que a depoente tirasse a sua roupa, tendo a mesma respondido negativamente, quando então o réu passou a desnuda-lá, também baixando a própria calça e cueca; que passou a praticar cunilingus na depoente, depois passando a apalpar sua genitália e, seguidamente, enfiar seu membro viril na vagina da depoente; que o acusado ainda tentou enfiar seu órgão genital no ânus da depoente; que a depoente não sabe se o réu alcançou o gozo genésico (...) que rece-



beu de presente duas blusas e as ameaças do acusado de não contar os fatos para a sua mãe, senão a mesma 'vai se ferrar'; que a depoente foi para o banheiro e viu que sua calcinha tinha sangue, pelo que queimou tal veste, com medo que sua mãe descobrisse, mas quando a mesma viu a depoente fazer tal ato, teria alegado que tentou confeccionar uma roupinha para a sua boneca e que não conseguindo, acabou tentando queimar a calcinha; que cerca de um mês após os fatos, não mais suportando as dores de consciência, contou o ocorrido à mãe, que levou o fato ao conhecimento da autoridade policial; que fruto das investigações, foi constatado desvirginamento da depoente".

Em resposta à defesa:

"que a depoente de nada desconfiou quando recebeu o convite do réu para se deslocar à residência deste para receber presentes; que o réu não disse o motivo pelo qual pretendia presentear a depoente; que a depoente não tem muitos amigos com idade superior à própria; que a amiga mais velha que a depoente se chama V., colega de escola; que nunca foi em bar e nunca bebeu bebida alcoólica; que a depoente tinha algum conhecimento sobre o sexo, conhecimento advindo da mãe, mas não em detalhes, e que nunca conversava sobre tal tema com suas amigas; que conhece J., irmão de sua amiga V.; que os pais ingerem bebida alcoólica, mas não são alcoólatras segundo a depoente; que já adquiriu cervejas em nome do seu pai; que a depoente é boa aluna e se acha pessoa que possui boa imaginação; que antes dos fatos, nunca havia ido à residência do acusado; que a depoente sabe que o réu

tem mulher e filha; que nunca teve qualquer espécie de contato sexual com quem quer que seja; que frequenta a casa do tio do réu, sendo que a esposa deste (do tio) sempre estava presente; que a depoente não gosta muito de ler; que nunca viu revistas pornográficas; que a depoente se considera pessoa obediente em relação à mãe; que sua mãe disse para a depoente contar a verdade em Juízo; que a depoente ainda não menstruou; que a mãe da depoente não deixa a mesma frequentar festinhas à noite; que a depoente disse que sua mãe tinha qualquer dívida de cigarros para com o acusado, mas nada relatou que as blusas que esta (a depoente) havia ganhado se referisse a qualquer pagamento de tal dívida".

De qualquer forma, não foram os depoimentos da vítima e laudo de exame de conjunção carnal as únicas provas.

Duas crianças da comunidade, V. L. A. de O. e D. P. M., vizinhas do apelante, também relataram violências sexuais por parte do réu.

V. L. A. de O., com onze anos de idade, à época do depoimento policial, na presença da Conselheira Tutelar de Joinville, disse:

"que em certa ocasião, anterior ao Natal/97, quando o indiciado apareceu em sua casa, perguntando por seus irmãos; que a menor informou ao indiciado que seus pais estavam trabalhando e seus irmãos também encontravam-se trabalhando, sendo que a mesma estava apenas em companhia de seu irmão J., de apenas sete anos de idade; que afirma a menor que o indiciado amarrou as mãos de seu irmão J., para trás, fixando-o em

uma cadeira; que alega a menor que o indiciado utilizou cordas para amarrar seu irmão J.; na seqüência, o indiciado levou a menor para o outro quarto, mandando a mesma tirar a roupa; que diante da negativa da menor o indiciado mandou a mesma levantar-se e tirou-lhe a roupa, jogando-a sobre a cama; que esclarece a menor que no momento em que o indiciado deitou-se sobre a mesma, esta deu um grito, tendo a boca tapada pelo indiciado; que no mesmo instante, escutou seu vizinho perguntar 'o que foi', fazendo com que o indiciado ficasse preocupado, vestindo-se e saindo pelos fundos da casa; que a menor acredita que seu vizinho não tenha visto o indiciado sair, pois o mesmo saiu pelos fundos da casa; que alega a menor que antes do indiciado sair, ameaçou a mesma, dizendo que se caso esta narrasse os fatos a alguém, ele não só tentaria, como consumaria a relação sexual" (fls. 27).

O fato foi confirmado pelo irmão, também criança, J. A. de O., de 7 anos de idade (fls. 32).

Não bastasse, há, ainda, as declarações de D. P. M., de 12 anos de idade, que também informou sobre outra tentativa de estupro por parte do apelante.

No mais, pela propriedade do raciocínio, trago as contra-razões de recurso do culto e zeloso Promotor de Justiça Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira, que acompanhou todas as fases do processo:

"Vejam os méritos.

"Destaca-se neste sentido a própria comprovação da materialidade do delito, na medida em que o laudo de fls. 11 comprova ter sido a víti-

ma J. J. D. violada sexualmente, conclusão óbvia diante do desvirginamento em tenra idade (10 anos). E como bem asseverou a sentença em ataque, outro importante aspecto da prova encarrega-se de oferecer suporte à materialidade do crime contra a vítima. Diria mais, prova a situação covarde e degradante a que foi submetida pois atraída à alcova em troca de algumas peças de roupa ofertadas pelo acusado e que foram apreendidas em sua residência (termo de fls. 28).

"Devemos olhar com desdém essa revoltante situação que o quadro da prova produzida na instrução criminal revelou, ou vale a pena acatar a argumentação divorciada do contexto da prova que despe de qualquer conteúdo e aponta como inválido o depoimento infantil — acima de tudo resultado do fastidioso esforço de pesquisa da aguerrida defesa — rechaçando a robusta prova que sustentou a condenação, e prova a consciência do Judiciário mobilizado na necessidade urgente de se combater com rigor crimes desta natureza? A única resposta que se impõe é negativa, pois tais crimes não raro faz silenciosas vítimas ainda em tenra idade, pessoas cujas vidas são devastadas física e psicologicamente pela perversão daqueles que fazem da violência o caminho para a satisfação da sórdida lascívia.

"Se é para nos compadecer-mos, que seja com o destino das indefesas vítimas e não com supostas e não comprovadas conspirações 'processuais' contra o apelante, pois é indispensável em sede processual penal, que se valore o alicerce de prova que efetivamente indica 'a verdade real', e, no contexto da prova, impos-

sível acreditar na palavra isolada do recorrente e de algumas testemunhas de defesa apontando inverossímil álibi ou comportamento desregrado de J., ante o quadro probatório desfavorável contra ele apurado. E não é só a versão da vítima que conspira contra ele, pois outros elementos indicam a configuração do revoltante crime sexual. Aliás, apropriado consignar que o álibi depende de escorreita prova para sua rejeição, vejamos:

‘Latrocínio — Tentativa — Negativa de autoria — Falta de reconhecimento por parte das vítimas — Irrelevância diante das condições e circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa — Depoimentos de diversas testemunhas presenciais incriminando o acusado de maneira contundente — Álibi não comprovado — Conjunto probatório que justifica a condenação — Inexistência de dúvida no tocante à autoria do delito — Sentença confirmada — Recurso desprovido.

‘Não se pode negar que o medo provocado por situações marcadas pela violência e pavor, como o caso dos autos, é capaz de bloquear a capacidade perceptiva de qualquer pessoa, impedindo-a muitas vezes de registrar a fisionomia e os elementos descritivos necessários para posterior reconhecimento, mormente quando considerada a limitação da visibilidade provocada pela escuridão e a rapidez com que os fatos ocorreram.

‘Assim, em tais circunstâncias, a falta de reconhecimento por parte das vítimas é plenamente compreensível e aceitável, não impedindo por si só a prolação de um decreto condenatório, desde que haja outras provas

nos autos incriminando o acusado tornando indubitosa a autoria do delito.

‘Aquele que invoca um álibi tem que comprová-lo satisfatoriamente, de molde a excluir seguramente a possibilidade de ter sido o autor da infração, sob pena de ser o mesmo considerado desfavoravelmente contra aquele que o argüiu’ (Apelação Criminal n. 34.311, de Criciúma — rel. Des. Álvaro Wandelli — ementa publicada no DJ n. 9.453, do dia 8/4/96).

‘No inquérito policial, momento em que a prova lá revelada tem valor, ainda que relativo (JC 31/417), Ivan confirma o episódio das roupas apreendidas, acrescentando que sua irmã estaria presente no local e inclusive teria entregue tais peças de roupas à vítima (fls. 20), mas quando examinamos o depoimento da própria irmã de Ivan, I. M. P. (ouvida às fls. 25), percebemos que mente, pois ela nega que tenha estado com a vítima ou lhe tenha ofertado peças de roupa, situação que demonstra forte indício da entrega das aludidas roupas por ele mesmo como pagamento pelo execrável préstimo sexual. Reconhecimento pessoal também efetuado na fase pré-processual (fls. 24), confirmando a certeza da vítima quanto à autoria do crime na pessoa do apelante.

‘É bom lembrar que a confissão extrajudicial ainda que parcial quando Ivan reconhece o episódio da entrega de roupas, no caso em exame encontra-se ao amparo não só da prova técnica pericial que aponta o desvirginamento da vítima, bem como do lúcido e esclarecedor depoimento de J. (fls. 10 e 65), secundada por sua mãe (fls. 71), além de outras vítimas que também confirmam o comportamento se-

xual pervertido de Ivan, e todas não titubearam em confirmar em Juízo os crimes sexuais de que foram alvo (fls. 67 e 69). Some-se a tudo isso, a ausência de um único elemento fático produzido pelas testemunhas arroladas pela douda Defesa a favorecer o apelante (fls. 180/87). Ao contrário, Valter da Cunha (fls. 84) põe por terra o fantasioso álibi ao afirmar que Ivan retornou do Paraná em data de 13/1/98, dois dias antes do crime.

“Não se fale em comportamento comprometedor da vítima J. ou de suas colegas e a foto apresentada às fls. 101 só faz confirmar a certeza de que se trata de menina dedicada aos estudos, pois estava sentada em uma padaria (Estação dos Pães, conforme a placa ao fundo), local diverso dos bares suspeitos vislumbrados pela criatividade profissional dos defensores. Além disso, trajava uniforme escolar e tudo se passava em plena luz do dia, não existindo nos autos o menor referencial da vida promíscua sustentada com tanta insistência no curso do feito pelos patronos de Ivan — nem a prova testemunhal requerida pela defesa indica o menor indício sobre tais descabidas ilações.

“Vale consignar, por oportuno, como aliás bem abordou o insigne Julgador deste Grau, que nos chamados crimes de alcova, os que têm por objeto a ilícita satisfação da lascívia, revela-se de grande valor a versão apresentada pelas vítimas, ainda que sejam crianças, principalmente se amparadas por outros elementos, como só acontece no processado em estudo. Vejamos decisão desta nobre Corte a respeito, verbis:

‘Estupro — Tentativa — Prova indubitosa — Palavra da vítima — Valor probante — relator Rogério Lemos — Tribunal TJSC — O ato do agente, despido, atacar a vítima em estrada interiorana, procurando arrastá-la para local ermo, constitui circunstância a deixar manifesta a intenção da prática de conjunção carnal. Relevante é a palavra da vítima em crime de tal natureza, ainda mais quando aliada a outros indícios de prova constantes do processo. Condenação mantida. Recurso improvido’ (TJSC — Ap. Crim. n. 25.625 — comarca de Concórdia — 2ª Vara — Ac. unân. da 2ª Câm. Crim. — publ. em 25/6/90 — DJ/SC, pág. 4 — rel. Des. Rogério Lemos — Apte: Nilson Alves de Mello — Adv: Mário Pagnoncelli — Apda: A Justiça — Promotor: Humberto Francisco Scharf Vieira).

‘Apelação criminal. Estupro cometido contra criança. Violência presumida. Pretendida absolvição pela anemia probatória. Negativa de autoria. Depoimentos firmes e seguros da infante vítima que encontram guarida na prova testemunhal. Validade. Certidão de nascimento extraída meses após os fatos delituosos. Demais elementos comprobatórios que confirmam ser a vítima de tenra idade. Delito plenamente comprovado. Sentença reformada para excluir da condenação a agravante do art. 61, II, b, por ser insita ao tipo violado. Recurso parcialmente provido. Decisão: à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso para reformar a pena aplicada, afastando a agravante de menoridade, condenando o apelante, ao final, em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Custas legais’ (Ap. Crim. n.

33.126, Seara, rel. Des. Jorge Mussi, in DJ n. 9.319, de 15/9/95, pág. 8)”.  
Como visto, há prova mais que suficiente.

De qualquer modo, às bem elaboradas contra-razões trago como reforço os seguintes precedentes:

“Prova — Depoimento infantil — Crime sexual — Valor probante.

“Ementa da Redação: Não obstante tais e tantas restrições aos depoimentos infantis, vezes há em que as declarações judiciais, de menores de pouca idade, são acolhidas e consideradas expressão da verdade e servem de lastro para decisões condenatórias. Isto, quando seus relatos guardam coerência, são harmônicos com o restante da prova e encontram apoio em depoimentos de testemunhas adultas.

“Os crimes contra os costumes são dos que se procura cometer entre quatro paredes, às escuras, horas mortas, sem vigília de ninguém. Bem por isso as vítimas são suas grandes testemunhas. Descrever delas, só quando se arrigementarem elementos seguros de que têm imaginação doentia ou agem por vingança irracional.

“Crime contra os costumes — Prova — Condenação baseada em depoimentos de vítima menor que constitui a única prova direta para elucidação da autoria — Admissibilidade se encontra ressonância no contexto probatório e se inexistente justificativa plausível para se admitir que a versão da menor é inverídica ou fantasiosa — Voto vencido.

“Tratando-se de crime contra os costumes, se o depoimento da vítima criança não afronta a prova mas,

antes, encontra razoável ressonância no contexto probatório, se não se depara com justificativa plausível para a admissão de que sua versão é inverídica ou fantasiosa, não há, evidentemente, fundamento legal para recusa da única prova direta de que se dispõe para elucidação da autoria do fato delituoso” (TJSP — Ap. n. 80.165-3 — rel. Des. Canguçu de Almeida — j. 13/8/90, RT 663/285).

Do voto:

“Em crimes da natureza do aqui considerado, rotineiramente praticado às escondidas, presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, a palavra da vítima é de fundamental importância na elucidação da autoria. Se não desmentida, se não se revela ostensivamente mentirosa ou contrariada, o que cumpre é aceitá-la, sem dúvida. Pois, na verdade, não se compreende proponha-se a vítima, ainda que tendo apenas 11 anos, a inescrupulosamente incriminar alguém, atribuindo-lhe falsa autoria, sem que razões se vislumbrem para tanto. Máxime se esta incriminação gera para o incriminador a constrangedora obrigação de vir relatar a terceiros estranhos, toda a humilhação, a vergonha e desdita por que passou.

“Nem se diga, por outro lado, que se trata de incriminação partida de uma menor, na tentativa de desacreditar as declarações da ofendida que, aqui, intensamente apontam o apelante como autor do atentado à sua liberdade sexual. A criança, a despeito de sua imaturidade, não é mentirosa por princípio, especialmente quando se trate de imputar a alguém, contra quem nada tem de aparentemente, crime tão grave quanto

comprometer de sua intimidade e de seu anonimato.

“Por isso, se as palavras da vítima criança não afrontam a prova, mas, antes, encontram razoável ressonância no contexto probatório; se não se depara com justificativa plausível para a admissão de que a versão da menor é inverídica ou fantasiosa, e se, ainda, as circunstâncias sugerem a responsabilidade do acusado, não há, evidentemente, fundamento legal para a recusa da única prova direta de que se dispõe para a elucidação da autoria. Bem por isso, aliás, que, nesta Casa, por inúmeras vezes, já se decidiu, com inegável acerto, que, ‘não obstante tais e tantas restrições aos depoimentos infantis, vezes há em que declarações judiciais de menores, de pouca idade, são acolhidas e, consideradas expressões da verdade, servem de lastro a decisões condenatórias’.

“Prova

— Depoimento infantil — Valor — Entendimento:

“— Um depoimento infantil é aceito com reservas quando a criança depoente é dada a fantasias e inventa constantemente histórias, sendo, por outro lado, aceito sem reservas, quando a criança depoente possui comportamento normal, não é conhecida como mentirosa e nem é dada a fantasias” (RJDTACrim 18/121).

“Depoimento infantil

— Credibilidade — Entendimento:

“— Em muitos crimes, o depoimento da criança, sobretudo quando vítima, reveste-se da maior importância, e, ocorrendo na clandestinidade,

merece crédito se for coerente com outros meios seguros de convicção” (RJDTACrim 13/67).

“Prova criminal — Atentado violento ao pudor — Depoimento de menor, acolhido e considerado expressão da verdade — Sentença confirmada” (RJTJESP 131/479).

“Prova — Matéria criminal — Depoimento de criança — Validade — Condenação mantida.

“Não há no processo penal vigente restrição, a priori, às declarações de criança. É de mister que se apontem elementos objetivos para mostrar que ela não estava em condições mentais de observar, apreender e contar o que viu” (RT 496/269).

“Prova criminal — Estupro — Depoimento da ofendida, menor de dez anos que, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância — Coerência, ademais, com o restante da prova — Recurso provido” (RJTJESP 93/396).

“Prova — Matéria criminal — Testemunho infantil — Acusação que nele se esteia — Admissibilidade — Hipótese de atentado violento ao pudor — Condenação decretada — Voto vencido” (RT 430/344).

“Prova — Matéria Criminal — Declarações de criança, vítima de crime sexual — Validade, por verossímeis, corroboradas ademais por testemunhas — Decisão mantida.

“No processo penal todos os meios de prova teoricamente são admitidos, observadas apenas as restrições legais. A criança pode depor, notadamente quando é vítima, devendo ser as suas declarações analisadas com as reservas naturais, mas ser

aceitas quando se apresentam coerentes e verossímeis" (RT 497/320).

"Prova criminal — Atentado violento ao pudor — Depoimento de menor, acolhido e considerado expressão da verdade — Sentença confirmada" (TJSP — Ap. Crim. n. 87.689-3 — rel. Fortes Barbosa — j. 4/2/91, apud Banco de Dados Jurisprudenciais da Associação dos Juízes do RS).

"É válido o depoimento infantil, principalmente por sua espontânea ingenuidade, quando não detecta o juízo elemento algum propiciador de suspeição ou incredulidade" (TACrimSP — Ap. Crim. n. 1.004.663/0 — rel. Renato Nalini — j. 25/3/96, op. cit.).

"Atentado violento ao pudor — Vítima menor de 14 (quatorze) anos — Validade de seu depoimento porque alicerçado pelos demais elementos probatórios — Condenação mantida — Pena aplicada, contudo, minorada — Aplicação de Lei nova é posterior aos fatos em prejuízo do réu — Princípio da irretroatividade da Lei incriminadora — Recurso parcialmente provido.

"O testemunho de criança, em verdade, deve ser considerado com sérias reservas, contudo, quando coerente e harmônico com o restante da prova apurada serve, inocultavelmente, como lastro à prolação de um decreto condenatório" (Ap. Crim. n.

27.137, de Lages, rel. Des. Marcio Batista).

3 — Em síntese: O apelante, condenado por estupro perpetrado contra menina de dez anos, pretende absolvição alegando falta de prova. Não trouxe qualquer justificativa plausível para a grave imputação de que foi alvo. Além disso a ofendida prestou declarações lógicas e de clara boa-fé, secundadas por sérios indícios e circunstâncias. Outras crianças, também vítimas, confirmaram a tendência do apelante aos repugnantes crimes contra os costumes. Por questões formais, condenado por um único estupro, foi o apelante muito beneficiado.

4 — Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

### III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Negaram provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli e Paulo Gallotti. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 27 de outubro de 1998.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.012388-7, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ****Relator: Des. Amaral e Silva**

*Direito penal juvenil — Adolescente — Ato infracional — Atropelamento de ciclista — Homicídio culposo — Prestação de serviços à comunidade — Ação de pretensão socioeducativa prescrita.*

*Submetendo os infratores a princípios e normas penais comuns para a caracterização do ato infracional (ECA, art. 103), sujeitando-os a medidas restritivas de direitos e privativas de liberdade (CF, art. 227, § 3º, V), seria a negação dos princípios garantistas do Estatuto (arts. 6º e 110) e da Constituição (CF, art. 227) recusar-lhes benefícios e causas que extinguem a punibilidade.*

*A ação de pretensão socioeducativa que visa a imposição de medidas restritivas de direito e até privativas de liberdade, à semelhança da ação de pretensão punitiva, é prescritível.*

*Não admitir a prescrição na órbita dos atos infracionais implicaria tratar adolescentes inimputáveis penalmente com maior rigor que os adultos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.012388-7, da comarca de Balneário Camboriú, em que é apelante V. de L., sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por unanimidade, de ofício, declarar a prescrição da ação de pretensão socioeducativa, prejudicado o recurso.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

O Dr. Promotor ofereceu representação contra o adolescente V. de L., com 17 anos, por ter praticado a conduta tipificada no art. 121, § 3º, do Código Penal.

Segundo a vestibular:

“Conforme enunciado no incluso procedimento de apresentação de adolescente, deflagrado com base nas informações oriundas da Depol de Camboriú—SC (IP e Ofício n. 106/95), no dia 16 de julho de 1995, por volta das 19 horas, o adolescente ora representado, pilotando a motocicleta, placa CG 308, chassi 400BR3017801, renavan 545283701, trafegava pela Rua Monte Agulhas Negras, bairro Monte Alegre, em Camboriú—SC, desenvolvendo velocidade excessiva totalmente incompatível para o local, sendo que ao iniciar uma manobra de curva, acabou colidindo com o ciclista Ari Francisco Marques, que também transitava pela aludida via pública.

“Em decorrência do violento impacto, a citada vítima Ari Francisco Marques, sofreu inúmeras lesões cor-



porais, principalmente na parte da cabeça, vindo a falecer, consoante faz prova a certidão de óbito de fls. 12 e auto de exame cadavérico de fls. 11.

“Constata-se que no evento o ora representado agiu com manifesta negligência e imprudência, pois que ao pilotar a motocicleta que havia comprado, sem a devida habilitação (que por força legal não pode possuir), tinha plena ciência de que estava agindo contrário à lei e de que poderia causar danos materiais e ofender a integridade física de outrem, circunstância esta que realmente veio a se efetivar com o trágico evento que culminou com o falecimento da citada vítima.

“Ressalte-se, ainda, que após ter colidido com o ciclista, o ora representado evadiu-se do local, sem prestar qualquer socorro”.

Regularmente processado, foi imposta a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, ficando sujeito à reavaliação em 6 (seis) meses, nos termos do art. 112, III, c/c o art. 117, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

V. de L. alega, preliminarmente, nulidade da sentença porquanto deixou de apreciar uma das teses da defesa. No mérito, que deve ser absolvido, pois a culpa foi exclusiva da vítima, não podendo a falta de habilitação presumir culpa.

Também, em síntese, sustenta o Dr. Promotor que a r. sentença deve ser mantida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do apelo.

O recurso seguiu os trâmites legais.

## II — Voto

1 — A ação de pretensão socioeducativa está prescrita.

A sentença impôs prestação de serviços à comunidade.

Consoante o artigo 117 do Estatuto, o prazo de duração da medida não pode ultrapassar 6 (seis) meses.

A decisão foi publicada a 12 de maio de 1998. A representação recebida dia 7 de novembro de 1995.

Considerando o tempo de duração da medida — seis meses —, bem como a menoridade do agente e que, por isso, os prazos prescricionais são reduzidos pela metade, e que entre o recebimento da representação e a data da sentença, que transitou em julgado para a acusação, decorreu lapso de tempo superior a dois anos, resta prescrita a ação. Confira-se, artigos 109, VI, 110, § 1º, e 115, todos do Código Penal, combinados com os artigos 6º e 103 do Estatuto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 103, conceituando o ato infracional como “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”, não exclui os adolescentes das garantias das causas extintivas da punibilidade, sejam elas de caráter material ou formal.

A prescrição (a perda da pretensão punitiva ou executória) integrando as conseqüências da infração penal, vale dizer de crimes e contravenções (= a ato infracional), não pode ser recusada aos adolescentes.

Ao conceituar o ato infracional como crimes e contravenções, criando a ação de pretensão socioeducativa (ECA — art. 103 c/c os arts. 110, 148, I, 152, 180, III, 189 e 226) e a resposta por meio de medidas restritivas de direitos e privativas de liberdade (ECA art. 112 c/c o inc. V do § 3º do art. 227 da CF), admitiram claramente a Carta Política e a Lei Juvenil a invocação subsidiária dos princípios garantistas da Legislação Penal Comum, entre eles o instituto da prescrição.

Não teria sentido recorrer a normas penais comuns para restringir direitos, e até a liberdade, sem invocar causas ou institutos integrantes das referidas regras que beneficiam os adolescentes acusados de atos infracionais (= crimes e contravenções).

“Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional praticado por menor de 18 (dezoito) anos. Medidas socioeducativas, de advertência e prestação de serviços à comunidade, aplicadas pelo prazo de 1 (um) ano. Aplicação das normas da Parte Geral do Código Penal. Inteligência do artigo 226 do referido Estatuto. Prescrição. Ocorrência entre a data do recebimento da representação e a da publicação do decisum condenatório. Decretação, de ofício, prejudicado o exame do mérito” (Ap. Crim. n. 30.496, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Alberto Costa).

“Ato infracional atribuído a adolescente — Pena concretizada não superior a um ano — Prescrição da pretensão punitiva — Precedentes da corte” (Ap. Crim. n. 97.001631-0, de Rio Negrinho, rel. Des. Paulo Gallotti).

“Apelação criminal. Acidente de trânsito. Lesão corporal culposa e homicídio culposo. Lei especial. Agente menor de 18 anos à data do crime. Extinção da punibilidade do agente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do estado na modalidade retroativa. Decretação de ofício. Exegese dos arts. 107, IV, 110, § 1º, 115 e 118, todos do CP. Inteligência do art. 61 do CPP, e art. 226 da Lei n. 8.069/90. Matéria de ordem pública que prejudica o exame do mérito recursal” (Ap. Crim. n. 96.003854-0, de São Francisco do Sul, rel. Des. Jorge Mussi).

“Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional. Aplicação das normas da Parte Geral do Código Penal. Inteligência do art. 226 do referido estatuto. Lapso prescricional de dois anos entre a representação e a entrega da prestação jurisdicional já transcorrido. Recurso provido. Prescrição declarada” (Ap. Crim n. 30.300, de Tubarão, rel. Des. Ernani Ribeiro).

“Processo especial. Ação delitosa praticada por menor de 18 (dezoito) anos — Decorrência de mais de 2 (dois) anos entre a data do conhecimento judicial do fato à da decisão — Pena inferior a 1 (um) ano — Extinção da punibilidade pela prescrição — Aplicação do artigo 226 do Estatuto da Criança e do Adolescente — Decretação de ofício” (Ap. Crim n. 30.422, de Tubarão, rel. Des. Marcio Batista).

Do paradigma:

“Não há qualquer dúvida que, tanto para definição do que seja ato infracional (art. 103 do ECA), quanto em relação aos crimes praticados contra criança e adolescente, apli-

cam-se as normas da Parte Geral do Código Penal (art. 226 do ECA), constituindo-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90 = ECA) em *lex mitior* em relação ao antigo Código de Menores, sob o qual foi praticada a pretensa infração (Revista dos Tribunais, vol. 667/330).

“Assim, aplicam-se as regras pertinentes à punibilidade do Código Penal, como as causas que a extinguem; especialmente para o caso destaca-se a ocorrência da prescrição.

“É que, praticada a conduta definida como infração em 10/3/90, e não tendo a Portaria instauradora do procedimento investigatório a força de interrupção do lapso prescricional, tem-se que, quando prolatada a sentença definitiva aplicando a medida de prestação de serviços pelo prazo de 2 (dois) meses, já haviam decorrido 3 (três) anos, 3 (três) meses e 20 (vinte) dias, superando em muito o biênio prescricional previsto no art. 109, VI, do Código Penal, tendo em conta a medida socioeducativa (= punição) imposta (arts. 109, VI, e 110, §§ 1º e 2º, do CP).

“Por isto, de ofício (= art. 61 do CPP), declara-se extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, prejudicado o recurso interposto”.

2 — Em que pese a corrente jurisprudencial que defende a imprescritibilidade das medidas socioeducativas, tal como a ação de pretensão punitiva, a ação de pretensão socioeducativa prescreve.

Não me canso de repetir:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentando os artigos 227 e 228 da Carta Política, ao

tempo em que conferiu direitos fundamentais e sociais a crianças e jovens, estabeleceu para os adolescentes responsabilidade penal juvenil, criando regime jurídico onde o adolescente passou a ter a dignidade de responder pelos seus atos, principalmente quando atentarem contra valores sociais tutelados penalmente: vida, integridade física, patrimônio etc.

Essa nova responsabilidade (penal juvenil) tem sólidas bases doutrinárias na Carta Política (arts. 227, § 3º, IV e V, e 228) e nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Resolução 40/33/85 da Assembléia Geral), incorporadas pelo Estatuto Brasileiro, que no artigo 103 conceituou o ato infracional como “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Vale dizer, remeteu o intérprete aos princípios garantistas do Direito Penal Comum, tendo como normas específicas, as complementares do Estatuto, que se referem apenas à natureza da resposta, ou seja, as medidas, que por serem socioeducativas, diferem das penas criminais tão-somente no aspecto predominantemente pedagógico e na duração, que deve ser breve, esta face do caráter peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

Bem por isso, o artigo 228 da Constituição, ao conferir inimputabilidade penal até os dezoito anos, ressaltou sujeição “às normas da legislação especial”. Essas, por sua vez, estabeleceram, como dito, a chamada responsabilidade penal juvenil.

Não se confundindo imputabilidade e responsabilidade, tem-se que os adolescentes respondem

frente ao Estatuto respectivo, porquanto são imputáveis diante daquela lei especial.

Sendo imputabilidade (derivado de imputare) a possibilidade de atribuir responsabilidade com base na violação de leis, sejam elas penais, civis, comerciais, administrativas ou juvenis, não se confunde, com a responsabilidade, da qual é pressuposto (ver De Plácido e Silva — Vocabulário Jurídico, Rio, Forense, 1982, pág. 435).

Aos adolescentes (12 a 18 anos) não se pode imputar (atribuir) responsabilidade frente à legislação penal comum. Todavia, podendo-se-lhes atribuir responsabilidade com base nas normas do Estatuto próprio, respondem submetendo-se a medidas socioeducativas de inescandível caráter penal especial.

Como as penas criminais, as medidas socioeducativas podem ser restritivas de direitos ou privativas de liberdade.

Restringindo ou privando a liberdade é claro que, como as penas criminais, as medidas socioeducativas prescrevem.

Como no Direito Penal Comum, no Estatuto predominam os princípios da despenalização, da descriminalização, do Direito Penal Mínimo, optando a lei juvenil pelas penas restritivas de direitos, como importantes alternativas à privação da liberdade.

Em suma, embora inimputáveis frente ao Direito Penal Comum, os apelantes são imputáveis diante das normas da lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente e, por isso, respondem penalmente, em face do nítido caráter retributivo e socioeduca-

tivo das respectivas medidas, o que se apresenta altamente pedagógico sob o ângulo dos direitos humanos de vítimas e vitimizadores. Além disso, de boa política criminal, em que respostas justas e adequadas serviam como elementos indispensáveis a prevenção e repressão da delinquência juvenil.

O que não se admite no Direito Penal Juvenil são respostas mais severas e duradouras do que em idênticas situações seriam impostas aos condenados adultos.

Os princípios da legalidade estrita, da retributividade (temperado pela possibilidade da remissão), do caráter predominantemente pedagógico e excepcional das medidas socioeducativas, constituem garantias de natureza penal (Direito Ciência e Norma), que não podem ser negadas aos infratores do Estatuto da Juventude, muito menos as causas de extinção da punibilidade.

Ora, se os adolescentes respondem por atos infracionais, submetendo-se a medidas restritivas de direitos e até privativas de liberdade impostas por meio de ação judicial, é claro que têm direito subjetivo à prescrição. Do contrário, seria admitir para os adolescentes sistema mais rígido do que o dos adultos.

A prescrição, garantia até de direito natural, não pode ser negada aos adolescentes sob o argumento de terem as medidas socioeducativas caráter educativo e ressocializador, porquanto também têm essa característica as penas criminais.

Tenha-se presente: Estivesse o apelante submetido ao Código Penal,

a ação estaria prescrita. Não prestaria serviços à comunidade.

Como admitir numa Lei de Proteção Integral que por ser adolescente, esteja o apelante submetido à restrição de direito que não sofreria se fosse adulto?

3 — Pelo exposto, declaro, de ofício, a prescrição da ação de pretensão socioeducativa, prejudicado o recurso.

ação de pretensão socioeducativa, prejudicado o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli e Paulo Gallotti. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serrattine.

Florianópolis, 27 de outubro de 1998.

### III — Decisão

Acompanharam o relator. Declararam, de ofício, a prescrição da

*Amaral e Silva,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.000222-2, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Álvaro Wandelli**

*Crime contra o patrimônio.*

*Escuta telefônica. Autorização judicial. Prova que não influenciou na condenação.*

*Violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Ausência de comunicação com familiares e advogado. Alegação de tortura incomprovada.*

*Inépcia da denúncia. Capitulação alternativa. Validade.*

*Roubo qualificado pelo concurso de agentes e uso de arma. Depoimento de co-réu na fase investigatória. Condenações mantidas.*

*Roubo simples e receptação. Impossibilidade de condenação do co-autor de roubo também pelo crime de receptação.*

*Penas aplicadas com excessivo rigor. Adequação. Regime prisional.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.*

*98.000222-2, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que são apelantes*

*Claudionor Antônio Silveira, Gelson Paulo Borges, Maria Figueira Manoel, Gladis Geremias, Alfredo Rangel Weber, Felipe Gutierrez Sanches e Roberto Leandro, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer, negar provimento aos recursos de Claudionor Antônio Silveira e Gelson Paulo Borges, dar provimento parcial aos recursos de Maria Figueira Manoel e Gladis Geremias, para adequar a reprimenda para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semi-aberto e 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime aberto, respectivamente; e, de ofício, adequar a reprimenda de Roberto Leandro, para 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime aberto.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Criciúma (1ª Vara Criminal), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Fábio Cardoso, Gelson Paulo Borges, Claudionor Antônio Silveira, João Carlos dos Santos, Irma Martins e Maria Figueira Manoel, dando-os como incurso nas sanções dos arts. 288, caput, e 157, § 2º, incisos I e II, c/c art. 69, caput, todos do Código Penal, sendo que o primeiro e as duas últimas em relação ao roubo por força no disposto no art. 29, caput, do Código Penal; e Gladis Geremias, Alfredo Rangel Weber, Roberto Leandro, Felipe Gutierrez Sanches, Marilene Ugioni Cardoso e Cássia Milene Casagrande, nas sanções do art. 180, caput, do mesmo diploma legal, porque, segundo consta da exordial acusatória:

“Infere-se das indagações policiais inclusas, que no início do mês de maio do corrente ano (1995), em dia e hora não precisados, o denunciado Fábio Cardoso resolveu formar um bando para praticar assaltos nesta Cidade e Comarca, passando a contar com a participação do denunciado Claudionor Antônio Silveira e da denunciada Irma Martins, sendo que esta aliciou os denunciados Gelson Paulo Borges e João Carlos dos Santos, todos reincidentes em prática de crimes patrimoniais. Assim, após associados para a prática delituosa, a mando do primeiro, decidiram praticar um assalto à Ótica Michels Ltda., sita na Rua Cel. Pedro Benedet, 522, Centro, nesta Cidade e Comarca, pertencente à vítima Paulo Gesser Michels. Para tal, o denunciado Fábio Cardoso solicitou à denunciada Maria Figueira Manoel que emprestasse o seu veículo Fiat Uno cinza metálico, a qual concordou, ciente de que o veículo seria utilizado na perpetração delitiva. Assim, com a supervisão e a mando do denunciado Fábio Cardoso, no dia 11 de maio do corrente ano, por volta das 18h40min, os denunciados Claudionor Antônio Silveira, Gelson Paulo Borges e João Carlos dos Santos, este devidamente encapuzado, de arma em punho, adentraram na referida relojoaria, onde, mediante graves ameaças de morte às vítimas Paulo Gesser Michels e Maria Salete Alberton Michels, subtraíram diversas jóias de ouro, aproximadamente 400 relógios e vários cheques de clientes já preenchidos e assinados, alguns apreendidos e descritos nos termos de apreensão de fls. 11, 12, 13, 14, 39, 40, 41, 43 e 61. Consumado o assalto, os três denunciados evadiram-se do lo-

cal no veículo emprestado pela denunciada Maria Figueira Manoel.

“Consta que parte das jóias e relógios roubados foram entregues ao denunciado Fábio Cardoso, em poder do qual foram apreendidos, conforme descrevem os termos de apreensão de fls. 39 e 41, sendo que o restante foi adquirido e recebido pelos demais denunciados, de modo que a denunciada Gladis Geremias recebeu gratuitamente do denunciado Claudionor Antônio Silveira dois relógios, um anel e uma aliança, conforme descrevem os termos de apreensões de fls. 11 usque 13; os denunciados Alfredo Rangel Weber e Felipe Gutierrez Sanches receberam os três relógios descritos no termo de apreensão de fls. 40; a denunciada Marilene Ugioni Cardoso recebeu do denunciado Fábio Cardoso, seu cunhado, as jóias relacionadas no termo de apreensão de fls. 61, deixando-as ocultadas penhoradas na Caixa Econômica Federal a pedido do referido denunciado, conforme depósito de penhor e cautela de fls. 64; o denunciado Roberto Leandro recebeu do denunciado Fábio Cardoso um anel e um relógio, conforme descreve o termo de apreensão de fls. 43; e a denunciada Cássia Milene Casagrande recebeu gratuitamente do denunciado Fábio Cardoso, seu amásio, uma aliança e dois anéis, os quais estão descritos no termo de apreensão de fls. 39. Tais denunciados tinham conhecimento da proveniência ilícita dos bens recebidos ou, ao menos, tinham que presumir tal circunstância, porquanto foram recebidos gratuitamente, de pessoas não ligadas ao ramo de negócios de jóias” (fls. 2/5).

Homologada proposta de suspensão condicional do processo em relação às acusadas Marilene Ugioni Cardoso e Milene Casagrande (fls. 618/619).

Concluída a instrução criminal, sobreveio a sentença que, absolvendo a acusada Irma Martins, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, condenou os demais acusados:

— Gelson Paulo Borges e Claudionor Antônio Silveira, à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 48 (quarenta e oito) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, por infração ao art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal;

— João Carlos dos Santos, à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, por infração ao art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal;

— Maria Figueira Manoel, à pena de 7 (sete) anos e 3 (três) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, por infração aos arts. 157, caput, e 180, caput, c/c art. 69, todos do Código Penal;

— Fábio Cardoso, Gladis Geremias e Roberto Leandro à pena de 2 (dois) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, por infração ao art. 180, caput, do Código Penal;

— Alfredo Rangel Weber e Felipe Gutierrez Sanches, à pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão

são e 30 (trinta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, por infração ao art. 180, caput, do Código Penal.

Irresignados, os réus Gelson Paulo Borges, Claudionor Antônio Silveira, Maria Figueira Manoel, Gladis Geremias, Roberto Leandro, Alfredo Rangel Weber e Felipe Gutierrez Sanches apelaram:

— Gelson Paulo Borges, Claudionor Antônio Silveira e Maria Figueira Manoel, requerendo a absolvição, em face da insuficiência de provas, porquanto, além do processo conter “dúvidas, arbitrariedades, montagens e depoimentos indignos de fé”, uma vez que foram alvo de perseguições, as confissões foram obtidas em procedimento que afronta o princípio do contraditório e da ampla defesa;

— Gladis Geremias, pugnando pela inépcia da denúncia, por conter imputação alternativa; no mérito, assim como Roberto Leandro, clama pela absolvição, ao argumento da inexistência de prova quanto ao conhecimento da origem ilícita dos objetos apreendidos, bem como com relação à escuta telefônica;

— Alfredo Rangel Weber e Felipe Gutierrez Sanches pedem a declaração de nulidade do processo, porque nomeado pelo Magistrado Defensor Dativo este não foi intimado e, por isso, não se manifestou na fase do art. 499, bem como não apresentou alegações finais.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Pedro Sérgio Steil, opinou

pelo provimento do recurso interposto pelos réus Alfredo Rangel Weber e Felipe Gutierrez Sanches, prejudicada a análise dos demais recursos interpostos.

A Segunda Câmara Criminal, em acórdão julgado no dia 4/8/98, por este relator, decidiu, por votação unânime, “conhecer do recurso de Alfredo Rangel Weber e Felipe Gutierrez Sanches e dar-lhe provimento para anular o processo, a partir de fls. 382, para que, na origem, após a intimação do Defensor Dativo e oferecimento de alegações finais, nova sentença seja proferida, determinando-se, por isso, a cisão do processo; e, por maioria de votos, não conhecer dos recursos de Gelson Paulo Borges, Claudionor Antônio Silveira, Maria Figueira Manoel, Gladis Geremias e Roberto Leandro, remetendo-se os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, para análise do mérito, vencido, neste particular, o Exmo. Sr. Des. Relator, que votou pela desnecessidade de retorno dos autos à Procuradoria” (fls. 951).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Pedro Sérgio Steil, manifestou-se pelo provimento parcial dos recursos de Gladis Geremias, para reduzir a pena imposta; de Maria Figueira Manoel, para absolvê-la do crime de receptação e de Roberto Leandro, para desclassificar o crime de receptação dolosa para a forma culposa, desprovendo-se os demais apelos.

Aportou aos autos petição assinada pelo procurador do acusado Gelson Paulo Borges, objetivando a concessão do livramento condicional, haja vista que teria cumprido aproxi-



madamente 50% da pena que lhe foi imposta.

É o relatório.

Inicialmente, impende esclarecer que a petição de fls. 972/973, apensa aos autos objetivando a concessão de livramento condicional ao apelante Gelson Paulo Borges, não pode ser conhecida nesta oportunidade, tratando-se de matéria a ser ventilada no Juízo da execução. E, mesmo que se considere a possibilidade de execução provisória da sentença, na ausência de recurso do Ministério Público, consoante disposição do Provimento n. 66/98 da Corregedoria-Geral da Justiça, esta deve dar-se na origem.

Por outro lado, consoante se viu, o processo foi cindido no que se refere aos réus Alfredo Rangel Weber e Felipe Gutierrez Sanches, prosseguindo nestes autos apenas em relação aos demais co-réus.

No mais, tem-se que alguns argumentos são comuns, razão pela qual, para melhor compreensão, optei pela análise conjunta.

I — Preliminares

### 1. Litude da escuta telefônica

Os acusados Claudionor Antonio Silveira, Gladis Geremias e Maria Figueira Manoel insurgem-se contra a interceptação telefônica realizada, alegando que não pode ser considerada como meio de prova, haja vista que foi solicitada pela própria Delegacia de Polícia, bem como não foi realizado o reconhecimento das vozes.

Quanto ao primeiro argumento, tem-se que a interceptação telefônica foi autorizada e determinada pelos juízes da Primeira e da Segunda Vara

Criminal da comarca de Criciúma (fls. 61/66), sendo, pois, lícita, mesmo antes da edição da Lei n. 9.296/96.

O que, na verdade, foi solicitado pelo Sr. Delegado de Polícia foi o laudo pericial de transcrição de gravação de fita cassete (fls. 129), cujo conteúdo não foi, em momento algum, fator determinante para a condenação dos apelantes.

Por outro lado, sabe-se que a Constituição da República Federativa do Brasil protege, de um lado, a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telefônicas, e, de outro, permite que, em determinados casos, mediante autorização judicial, este direito possa ser mitigado no intuito de instruir procedimento criminal para apuração de delitos.

A possibilidade da escuta telefônica incita no meio jurídico a discussão sobre a impossibilidade da aceitação de provas obtidas por meio ilícitos, ante a inviolabilidade das comunicações telefônicas.

Diante do exposto na norma constitucional, surgiram, em síntese, três correntes de entendimento:

1) A norma era auto-aplicável, sendo a autorização judicial o único requisito para o uso de escuta, pois a norma infraconstitucional somente definiria o procedimento a ser adotado;

2) A norma não era auto-aplicável, e, à míngua de legislação específica, todas as interceptações realizadas eram inidôneas como prova; e

3) A norma não era auto-aplicável, mas considerava-se recepcionada pela nova ordem jurídica, a Lei n. 4.117 de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), que previa a que-

bra do sigilo telefônico autorizado judicialmente.

Com efeito, cabe lembrar ainda que o princípio da livre apreciação da prova também se aplica à questão da admissibilidade e coleta destas, já que se permite ao Juiz, fundamentadamente, desconsiderar provas e diligenciar para a produção das que julgar necessárias, conforme prescrito nos artigos 156, 157, 182, entre outros, do Código Instrumental Penal.

Propositada, portanto, a transcrição das lições do mestre Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, acerca das nulidades:

“Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos”.

A jurisprudência também navega nesse sentido, quando ensina que “já é tempo para deixar-se de espiohar nulidades em tudo, prejudicando a essência do processo que é encontrar a verdade” (STJ — DJU em 22/11/93, pág. 24.968), em especial quando estão reunidos diversos e fortes indícios da autoria e materialidade do crime, pelo conjunto probatório carreado aos autos.

Assim, tem-se que apesar da gravação das conversas telefônicas constituir-se prova legítima em virtude da autorização judicial, a falta do exame pericial, visando o reconhecimento

to das vozes gravadas, efetivamente não permite a utilização das transcrições dela decorrentes como base para condenação, razão pela qual obrou com acerto o Togado.

É que não há que se confundir a gravação da conversa com a transcrição, pois ao se permitir o monitoramento sem a gravação das conversas, possibilita-se que o conteúdo destas possa ser provado na forma testemunhal, independentemente de transcrição.

Além disso, é entendimento pacífico que é plenamente válida a prova colhida por meio de interceptação telefônica obtida mediante prévia autorização judicial.

A esse respeito, reportemo-nos ao artigo 5º, XII, da CF/88, que dispõe que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Sobre a matéria, já decidiu esta egrégia Câmara Criminal:

“É plenamente válida a prova colhida através de escuta telefônica perpetrada sob o pálio de expressa autorização judicial” (Apelação Criminal n. 96.007525-9, de São José, deste relator, j. em 4/3/97).

Destarte, aceita-se as gravações telefônicas como indícios legítimos de autoria, mas impede-se a utilização de suas transcrições, já que a interceptação das conversas telefônicas não se confunde com a sua transcrição, tratando-se de coisas distintas.

Ressalte-se, por fim, que a questão foi dirimida pela promulgação da Lei n. 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do art. 5º da Carta Magna, sanando a lacuna legal acerca do tema e permitindo o uso de tal instrumento probatório.

Assim, no caso em análise, a interceptação foi realizada de maneira lícita, consoante os documentos de fls. 61/66; todavia, ante à falta do reconhecimento das vozes, a transcrição da escuta não poderia mesmo ser utilizada como elemento probatório, tendo procedido corretamente o Magistrado, porquanto em nenhum momento levou em consideração o teor das gravações como meio de prova em prejuízo aos apelantes.

## 2. Violação aos princípios constitucionais

Os apelantes Claudionor Antonio Silveira, Gelson Paulo Borges e Gladis Geremias alegam que os depoimentos prestados na fase extrajudicial contrariaram os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, haja vista que foram proibidos de comunicar-se com pessoas da família e seus defensores, tendo confessado o delito mediante tortura realizada pelas autoridades.

A irrisignação no que se refere aos depoimentos prestados sem a comunicação com a família ou de advogado não pode prosperar, notadamente, porque o inquérito policial, ao contrário do que ocorre com a ação penal, é “um procedimento administrativo, elaborado pela polícia judiciária, inquisitório, cuja finalidade é a investigação do fato criminoso em sua materialidade e na sua autoria, visando fornecer elementos para que o titu-

lar da ação penal acuse o autor do ilícito penal” (Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, *Da Prova do Processo Penal*, Ed. Saraiva, 1983, pág. 150), onde, como se sabe, “a investigação policial — que tem no inquérito o instrumento de sua concretização — não se processa, em função de sua própria natureza sob o crivo do contraditório, eis que somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de respeito ao postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória” (RT 439/444).

Se isso não bastasse, “sendo o inquérito policial mero procedimento informativo e não ato de jurisdição, os vícios nele acaso existentes não afetam a ação penal a que deu origem. A desobediência a formalidades legais podem acarretar a ineficácia do ato em si (prisão em flagrante, por exemplo), mas não influí na ação já iniciada, com denúncia recebida. Eventuais irregularidades podem e devem diminuir o valor dos atos a que se refiram e, em certas circunstâncias, do próprio procedimento inquisitorial globalmente considerado, merecendo consideração no exame do mérito da causa. Contudo não se erigem em nulidades, máxime para invalidar a própria ação penal subsequente” (Julio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*, Ed. Atlas, 1995, pág. 82).

Com efeito, não há que se falar em violação ao inciso LXIII do art. 5º da Constituição, sob o argumento de que as confissões foram obtidas sem a assistência de advogado, quando se sabe que referido inciso não impõe ao Estado a obrigação de manter advogados para prestá-las ao preso nas repartições policiais, como uma extensão do direito de defesa no âmbito da

ação penal mas, sim, a possibilidade de fazer-se assistir por defensor técnico.

Nesse sentido, já decidiu este egrégio Sodalício:

“Prisão em flagrante — Tráfico de entorpecentes — Auto lavrado com garantia dos direitos constitucionais do preso — Posição do defensor do preso — Validade da peça — Ordem denegada. A nova Constituição do Brasil não impõe à autoridade policial o dever de nomear defensor técnico ao indiciado, especialmente quando da realização de seu interrogatório na fase inquisitiva do procedimento de investigação. A Lei Fundamental da República simplesmente assegurou ao indiciado a possibilidade de fazer-se assistir, especialmente quando preso, por defensor técnico. A Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial providenciasse assistência profissional, ministrada por advogado legalmente habilitado, ao indiciado preso. Nada justifica a assertiva de que a realização do interrogatório policial, sem que ao ato esteja presente o defensor técnico do indiciado, caracterize comportamento ilícito do órgão incumbido, na fase pré-processual, da persecução e da investigação penais. A confissão policial feita por indiciado desassistido de defensor não ostenta, por si mesma, natureza ilícita’ (STF, RECr 136.239-1-SP, rel. Min. Celso de Mello, ementa publicada no DJU de 14/8/92, pág. 12.227)” (Habeas Corpus n. 11.444, de Imbituba, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 11/2/94).

E com relação às agressões eventualmente sofridas na delegacia,

se os apelantes realmente assinaram os depoimentos mediante tortura, por que não há nos autos nenhum indício de que as sevícias realmente aconteceram?

Nesse caso, “...a alegação de sevícia por parte de autoridade policial desamparada de um mínimo de prova não abala a condenação...” (JC 17/433).

Inarredável, portanto, que isolada e sem respaldo no contexto probatório, a tese sustentada pelos apelantes de que sofreram alguma espécie de tortura para prestarem suas declarações está desprovida de qualquer credibilidade.

### 3. Inépcia da denúncia

Argúi, como preliminar, a defesa de Gladis Geremias a inépcia da denúncia, sob o argumento que o órgão acusador tipificou o delito praticado pela apelante de forma alternativa, haja vista que descreveu tanto o crime de receptação dolosa, como sua forma culposa, causando uma nulidade insanável no processo.

Com efeito, colhe-se da exordial as seguintes narrativas:

“...a denunciada Gladis Geremias recebeu gratuitamente do denunciado Claudionor Antônio Silveira dois relógios, um anel e uma aliança, conforme descrevem os termos de apreensões de fls. 11 usque 13”;

“...Tais denunciados tinham conhecimento da proveniência ilícita dos bens recebidos ou, ao menos, tinham que presumir tal circunstância, porque foram recebidos gratuitamente, de pessoas não ligadas ao ramo de negócios de jóias” (fls. 4).

Ora, o fato de ter ocorrido a variação “tinham conhecimento” e “tinham que presumir” não obsta a validade da peça acusatória, porquanto a capitulação alternativa deve ser aceita em nosso ordenamento jurídico desde que, como no caso, não dificulte ou impeça o exercício da ampla defesa, pois “os réus defendem-se da infração penal objetivamente descrita na peça acusatória, e não da qualificação jurídica por esta atribuída ao fato delituoso” (RT 692/337).

Sobre o tema preleciona Julio Fabbrini Mirabete:

“Deve ser admitida no processo penal a imputação alternativa. Esclarece bem Afrânio Silva Jardim: ‘Diz-se alternativa a imputação quando a peça acusatória vestibular atribui ao réu mais de uma conduta penalmente relevante, asseverando que apenas uma delas efetivamente terá sido praticada pelo imputado, embora todas se apresentem como prováveis, em face da prova do inquérito. Desta forma, fica expresso, na denúncia ou queixa, que a pretensão punitiva se lastreia nesta ou naquela ação narrada’. Não a veda qualquer dispositivo legal, nem o sistema processual ou seus princípios básicos. Atribuindo-se ao réu fatos certos e determinados, não prejudica ela o exercício regular do direito de defesa e nem viola o princípio da correlação entre a acusação e a sentença” (in Processo Penal, Editora Atlas, 1996, pág. 129).

Nesse sentido, precedente jurisprudencial:

“Pretendida desclassificação do delito de receptação dolosa para culposa — Admissibilidade — Mostrando-se equívoco o fato concreto,

apresentando elementos definidores comuns a duas figuras típicas autônomas, nada impede a denúncia alternativa, desde que não fique ambíguo ou logicamente contraditório o objeto da acusação” (JUTACrim 81/482).

Assim, preenchidas as exigências do art. 41 do Código de Processo Penal e havendo plena condição de a apelante exercitar sua defesa, não há como se sustentar a impossibilidade de imputação alternativa.

Ademais, se houve possibilidade de defesa, não há como, após a instrução e entrega da prestação jurisdicional, acoiar-se de inepta a peça deflagradora da ação penal.

Rejeita-se, portanto, a preliminar suscitada.

II — Recurso de Claudionor Antonio Silveira

1. Absolvição por insuficiência de provas

A defesa pretende a absolvição do acusado Claudionor, sob a alegativa de não ter restado comprovada sua participação na empreitada criminosa.

Quando inquirido na fase policial, o apelante confessou com riqueza de detalhes o modus operandi do assalto perpetrado, sendo indispensável a transcrição de suas declarações:

“Que por volta de 8 de maio do ano em curso, o declarante fez o levantamento na Relojoaria e Ótica Michels, localizada próximo ao Hospital São José, nesta cidade, pois pretendia roubá-la; que, após o levantamento efetuado, contactou com o indivíduo conhecido por ‘Gelson Paulo Borges’, pois sabia que esse elemento também ‘metia bronca’, para pepe-

trarem o roubo, sendo que Gelson ficou de arrumar uma outra pessoa para participar também; que assim foi feito, que o declarante pegou o Fiat Uno cinza metálico, de propriedade de Maria de tal, que reside próximo ao Colegião, e é proprietária de um restaurante embaixo da Lanchonete 'Serve Bem' nesta cidade; que Maria estava ciente que o seu veículo iria ser usado no assalto da Joalheria e Ótica Michels; que o declarante, mais Gelson Paulo Borges, e um outro indivíduo que o declarante não sabe o seu nome, mas sabe que é um amigo de Gelson Paulo Borges, dirigiram-se até as proximidades da Ótica Michels, deixando o veículo próximo a Coletoria Federal, em frente a um bar no outro lado da rua, isto por volta das 18h30min do dia 11/5/95, dirigiram-se até a Ótica immobilizando o seu proprietário, mais uma senhora que estava no interior e um pintor que fazia pintura de parede no interior da ótica, sob ameaça de armas de fogo, fazendo com que o proprietário abrisse o cofre onde roubaram uma grande quantidade de jóias e relógios de marcas diversas; que o declarante e seus comparças roubaram também do interior do cofre uma grande quantidade de cheques, que foram queimados posteriormente; que o declarante portava duas pistolas semi-automáticas calibre 380, Gelson Paulo Borges, um revólver calibre 38 que pertencia também ao declarante e o terceiro indivíduo também portava um revólver calibre 38 que também pertencia ao declarante; que o único indivíduo que estava encapuzado durante o assalto tratava-se de Gelson Paulo Borges; que, após o roubo, encontraram-se com Maria na entrada da rua da residência do decla-

rante, próximo ao café Pinheirinho, nesta cidade, onde fizeram a entrega do veículo à mesma, entregando-a também um relógio, duas pulseiras de ouro e um par de brincos e R\$ 800,00 (oitocentos reais), que era a parte dela por sua participação no roubo; que na mesma data, no período noturno, o declarante recebeu em sua casa o receptor, que já havia sido contatado previamente por Maria, receptor este que sabia que iria ser feito um roubo na joalheria e que ficou de adquirir toda a res furtiva, que quem fez o contato anterior com o receptor foi a Maria de tal, sendo que o declarante desconhece a sua identidade, mas que é uma pessoa muito conhecida por Maria; que o declarante ficou com dois relógios, presenteando-os a sua mulher e sua filha; que Gelson Paulo Borges ficou com dois relógios; que o outro indivíduo que participou diretamente do assalto ficou com um relógio e um anel de ouro; que o receptor, desconhecido do declarante, chegou a sua casa com um veículo Fiat Uno e adquiriu toda a mercadoria roubada por R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), quantia esta que foi dividida entre os quatro participantes diretos do assalto, ou seja, o declarante, Gelson Paulo Borges, o terceiro assaltante amigo de Gelson e Maria, a proprietária do Uno utilizado no roubo..." (fls. 28 e v.).

Na fase judicial, retratou-se da versão anteriormente narrada, afirmando que não prestou o referido depoimento, tendo sido agredido pelos policiais, os quais o forçaram a assiná-lo (fls. 243v.).

Ora, a retratação em Juízo, por si só, não é suficiente para apagar o teor dos depoimentos prestados

quando de sua prisão, mesmo que alegue que foi coagido a assiná-lo, uma vez que o auto de prisão em flagrante encontra-se revestido das formalidades legais atinentes à espécie.

A doutrina não diverge desse entendimento:

“A retratação em Juízo das declarações prestadas no flagrante, sob alegação de coação, só merece acreditada quando devidamente comprovadas na fase judicial (Ap. Crim. n. 26.981, de Brusque, rel. Des. Wladimir d'Ivanenko).

E ainda:

“Em sede de prova, na esfera do direito processual penal, a versão do réu, na fase do inquérito policial, mormente quando confessa a prática do ilícito, pode apresentar-se com contornos de certeza por outros elementos produzidos no curso da instrução criminal. A sua retratação em Juízo, negado o que declara no procedimento preliminar investigatório, não tem a menor significação e nem pode arremeter o magistrado a uma solução absolutória, se o elenco probatório, na sua forma direta e indiciária, ou somente indiciária, estiver a demonstrar que a nova declaração — de negativa da autoria — com este último não se compatibiliza” (Ap. Crim. n. 29.107, de São Francisco do Sul, rel. Des. Napoleão Xavier do Amarante, in DJ n. 9.356, de 13/11/95, pág. 21).

Por outro lado, as vítimas Maria Salete Michels e Paulo Gesser Michels, ao prestarem depoimento na fase judicial (fls. 325 e 326), narraram todo o ocorrido, como se vê:

“Que no dia dos fatos, 11 de maio de 1995, por volta das 18h40min, a depoente estava no bal-

cão da loja e um pintor estava na escada pintando o forro, cujo pintor era Aldo João de Andrade, enquanto o marido da depoente se encontrava um pouco afastado, mais para os fundos da loja, quando ali entraram duas pessoas e disseram que era um assalto, tendo um deles sacado de dois revólveres e apontado na direção da cabeça da depoente, enquanto outro mandava que o pintor descesse a escada; que quando o pintor desceu, o segundo assaltante também apontou a arma para a cabeça da depoente e mandou que deitasse no chão, a depoente e Aldo João de Andrade; que surgiu um terceiro assaltante, este com um capuz na cabeça, enquanto aqueles dois primeiros foram em direção do marido da depoente e o renderam; que aquele assaltante com o capuz mandou que a depoente e o pintor Aldo fossem para o banheiro da loja, mas não olhassem para o rosto dele, senão ele atiraria; (...) que do banheiro ouvia os assaltantes dizerem para que seu marido abrisse o cofre rápido e ouviam barulho de jóias serem ensacadas...” (Maria Salete Michels — fls. 326).

No mesmo sentido foi o testemunho de Aldo João de Andrade, pintor que se encontrava na loja no dia dos acontecimentos (fls. 327).

Como se não bastasse, tem-se o reconhecimento judicial efetuado pelas vítimas (fls. 325 e 326), bem como pela testemunha Adjair Bernardes (fls. 327v.), as quais foram convictas ao apontar Claudionor como um dos autores do assalto, sendo que pequenas contradições ou esquecimentos quanto às características dos acusados são perfeitamente aceitáveis, em face do pânico causado no momento do crime.

Ademais, quanto à palavra da vítima, a jurisprudência já deixou assente que “em crimes tocados de clandestinidade, como é o roubo, sua palavra assume relevante significado probatório, sendo que o reconhecimento pessoal do agente do delito, quando feito com segurança e presteza e em harmonia com outras provas, é fonte segura de prova de autoria” (TACrimSP, RJD, 181/126).

Tem-se, ainda, as declarações do co-réu Gelson Paulo Borges, onde afirmou que Claudionor realmente praticou os atos descritos na exordial acusatória (fls. 99 e v.).

A respeito das palavras do co-réu, Espínola Filho entende que 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).

Diante de tais elementos de prova, não há como eximir a responsabilidade do acusado Claudionor pelo crime perpetrado.

## 2. Desclassificação para o crime de receptação

Ora, estando devidamente configurado o crime de roubo qualificado perpetrado pelo acusado, impossível é a desclassificação para o delito de receptação.

III — Recurso de Gelson Paulo Borges

## 1. Absolvição por insuficiência de provas

Em sua defesa, o acusado almeja ser absolvido, alegando deficiência no reconhecimento feito pelas testemunhas, apresentando versões que tentaram dar credibilidade ao álibi apresentado.

Quando prestou suas declarações na fase extrajudicial, o apelante confessou ter combinado com Claudionor a prática do roubo, no entanto, segundo sua versão, desistiu de participar da empreitada.

Senão vejamos:

“...que o declarante foi até a casa de Claudionor Antonio da Silveira, próximo ao café Pinheirinho, nesta cidade, ocasião em que Claudionor disse ao declarante que em companhia de mais dois elementos iria fazer um assalto (roubo) nesta cidade e que precisaria do declarante para dirigir o veículo, proposta esta que foi aceita pelo declarante; que dias após o declarante foi procurado em sua residência por Claudionor e outros dois elementos, desconhecidos do declarante, isto por volta das 18 horas, sendo que Claudionor disse ao declarante que o serviço iria ser feito naquele fim de tarde e que se tratava de um roubo à Joalheria e Ótica Michels; que Claudionor e seus dois companheiros estavam em um veículo Fiat 1.5R, de cor prata, mas que o declarante não sabe a quem pertencia; que o declarante passou a dirigir o veículo e dirigiram-se até as proximidades da Ótica Michels, local esse que o declarante, amedrontado, falou aos seus companheiros que não mais participaria do roubo, visto que nunca tinha praticado delito daquela natureza; que o decla-



rante tem conhecimento que Claudionor Antonio da Silveria e um outro conhecido como 'tião' que dizia residir em Sombrio e o 3º elemento que o declarante desconhece a sua identidade completamente, levaram a cabo a 'empreitada'..." (fls. 99 e v.).

Em Juízo, o apelante negou a participação no assalto, alegando ter sido obrigado a assinar o depoimento (fls. 244v.).

Todavia, esta não foi a versão apresentada pelo co-réu Cladionor, como se observa:

"...que o declarante, mais Gelson Paulo Borges, e um outro indivíduo que o declarante não sabe o seu nome, mas sabe que é um amigo de Gelson Paulo Borges, dirigiram-se até as proximidades da Ótica Michels, deixando o veículo próximo à Coletoria Federal, em frente a um bar no outro lado da rua, isto por volta das 18h30min do dia 11/5/95, dirigiram-se até a Ótica imobilizando o seu proprietário, mais uma senhora que estava no interior e um pintor que fazia pintura de parede no interior da ótica, sob ameaça de armas de fogo, fazendo com que o proprietário abrisse o cofre onde roubaram uma grande quantidade de jóias e relógios de marcas diversas; que o declarante e seus comparsas roubaram também do interior do cofre uma grande quantidade de cheques, que foram queimados posteriormente..." (fls. 28 e v.).

É bem verdade que houve certas contradições quanto ao reconhecimento do réu, pois a vítima Paulo Michels, numa primeira oportunidade, apontou Fábio Cardoso como sendo o indivíduo que estava encapuzado

(fls.) e, posteriormente, afirmou tratar-se de Gelson Paulo Borges (fls.).

Todavia, pela certidão de fls. 71, vê-se que o apelante é criminoso habitual, especialmente em delitos contra o patrimônio, e as palavras do comparsa Claudionor também serviram de meio probatório, mormente em situação como a dos autos, de onde nada 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 obstinado em negar os fatos; é, pois, com razão que o direito comum na Alemanha admite esta espécie de prova, quando as circunstâncias da causa fazem desaparecer os motivos da suspeição, que ordinariamente há contra ela" (Tratado de Prova em Matéria Criminal, traduzido por Alberto Antônio Souza, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1909, pág. 296).

A lição de Altavilla também é cotejada:

"O interrogatório do acusado pode, também, ter valor probatório em relação a outro personagem do crime: se o acusa, temos 'a chamada do co-réu'. E prossegue: 'a clássica chamada do co-réu implica a confissão da responsabilidade por parte de quem a faz. Por conseguinte, a primeira condição necessária para que ela seja verdadeira, é que verdadeira seja a confissão, a segunda é que não seja inspirada em razões de ódio e a terceira é que não mascare o escopo 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. 177/178).

Além disso, o álibi demonstrado não ficou comprovado, pois há divergência das testemunhas quanto ao horário do alegado jogo de canastra, sendo que o apelante nada informou a respeito em seu interrogatório, concluindo-se que tais depoimentos não passam de uma vã tentativa de ver-se livre da responsabilidade pelo crime praticado.

Já se decidiu:

“Quem afirma um álibi deve comprová-lo sob pena de, não o fazendo, ser de nenhum o valor probatório da negativa de autoria” (JC 59/288).

Por conseguinte, a pretendida absolvição cai por terra, vez que no caderno processual há prova mais do que suficiente de que ele foi, como os demais apelantes, comparsa do delito de roubo qualificado.

## 2. Afastamento das qualificadoras

O apelante pleiteia a exclusão das qualificadoras do uso de arma e do concurso de agentes, com a fixação da pena no mínimo legal.

Não obstante o esforço dispensado pela defesa, o crime de roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes, previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, restou perfeitamente configurado, pois segundo se infere da prova testemunhal, os acusados utili-

zaram-se de arma de fogo para assegurar a posse da res furtiva.

Ademais, das palavras do próprio acusado Claudionor Antonio Silveira extrai-se a certeza de que portavam arma de fogo no momento do roubo, já que informou, quando interrogado pela autoridade policial, “...que o declarante portava duas pistolas semi-automáticas calibre 380, Gelson Paulo Borges, um revólver calibre 38 que pertencia também ao declarante e o terceiro indivíduo também portava um revólver calibre 38 que também pertencia ao declarante...” (fls. 28v.).

Com relação ao concurso de agentes, também não resta a menor dúvida de que os acusados Claudionor Antonio Silveira e Gelson Paulo Borges agiram em acordo de vontades, com o intuito de praticar o delito descrito na denúncia.

Já se decidiu:

“Para a configuração da qualificadora do concurso de pessoas, o que se exige é a demonstração do envolvimento de duas ou mais pessoas, sendo desnecessário sejam elas identificadas. Demonstrada a presença de outros indivíduos na prática delituosa, potencialmente perigosa para intimidar a vítima, não há como se afastar referida qualificadora” (RT 704/348).

No mesmo sentido, precedente deste Tribunal:

“Roubo qualificado pelo emprego de arma e concurso de agentes. Pretendida absolvição face a ausência de provas suficientes acerca da autoria. Impossibilidade. Violência e uso de arma. Caracterização. Palavras do co-réu e do terceiro envolvido (menor) confirmadas pelos demais elementos probatórios. Validade.

“Em crime de roubo, geralmente perpetrado face a face, o reconhecimento do assaltante, formalizado na fase policial e ratificado, sem titubeio, perante a autoridade judiciária, constitui a peça basilar do elenco probatório e é suficiente para a prolação do veredicto condenatório” (Ap. Crim. n. 21.444, rel. Des. Tycho Brahe).

Em suma, nenhum amparo estão a merecer os apelantes, posto que, com ofuscante nitidez, depreende-se de todo o processado a participação de cada agente na trama delituosa, devendo o acertado decreto condenatório ser mantido in totum.

#### IV — Recurso de Gladis Geremias

##### 1. Absolvição com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal

A defesa argumenta que havia por parte da acusada o desconhecimento prévio da origem ilícita dos produtos, fato que descaracterizaria o tipo penal do crime de receptação dolosa no qual foi condenada.

Todavia, razão não lhe assiste.

A materialidade do delito restou demonstrada pelos termos de apreensão de fls. 16/18.

Ao prestar depoimento na fase extrajudicial, a acusada declarou ter recebido de presente de seu marido Claudionor dois relógios, uma aliança de ouro e um anel, não tendo conhecimento de que tais objetos eram produtos de roubo (fls. 33).

Na fase judicial, narrou a seguinte versão:

“...que recebeu de seu companheiro dois relógios, um anel e uma aliança; que um dos relógios era para

a interroganda e o outro para a sua filha, ainda criança; que a interroganda viaja para o Paraguai e traz aparelhos daquele país, como videocassete e outros objetos; que havia trazido um videocassete do Paraguai, mas o cliente não quis o vídeo, alegando que não era colorido; que o companheiro da interroganda trocou referido videocassete e mais um aparelho de som pelos dois relógios e um anel e uma aliança; que seu companheiro Claudionor foi quem falou que havia feito a troca, quando deu os objetos à interroganda; que não sabia que referidos objetos eram roubados...” (fls. 247v.).

Verifica-se que, na primeira ocasião em que foi inquirida, a acusada não mencionou sequer uma palavra a respeito da troca que seu marido teria efetuado, sendo que tal versão é pouco crível, mormente considerando-se as palavras do próprio Claudionor que, ao confessar a prática do delito na fase policial, afirmou ter apresentado sua mulher e sua filha com dois relógios, nada alegando sobre a história do videocassete (fls. 28v.).

E, apesar dos esforços da testemunha Maria Aparecida Mayer, ao tentar de todas as formas inocentar a apelante, corroborando suas palavras e amparando o álibi por ela apresentado, não há dúvidas de que a versão de Gladis Geremias é totalmente inverossímil, porquanto a pessoa que teria adquirido o videocassete sequer foi ouvida, e “quem afirma um álibi, deve comprová-lo sob pena de, não o fazendo, ser nenhum o valor probatório da negativa de autoria” (JC 59/288).

Realmente, em face das provas carregadas aos autos, observa-se que a acusada tinha plena consciência de

que a mercadoria adquirida era produto de ato ilícito, ainda mais porque seu companheiro, Claudionor, estava foragido do presídio de Araranguá e, desempregado, não teria condições de presenteá-la com as jóias mencionadas. Assim, impossível que não conhecesse o envolvimento de seu marido em crimes contra o patrimônio, restando provado que agiu com dolo, ou seja, com a certeza da origem criminosa da coisa, ingrediente essencial para que se confirme a capitulação dada pela sentença.

Nesse sentido, a jurisprudência é unânime:

“Recebimento de objeto furtado — Origem que não pode ser desconhecida do agente — Delito configurado.

“Recebendo o agente objeto furtado, cuja origem não possa desconhecer, caracteriza-se a receptação dolosa” (JUTACrim 49/399).

É o caso dos autos.

2. Desclassificação para receptação culposa

Ora, estando devidamente comprovado que a acusada sabia da origem ilícita dos bens apreendidos em seu poder, impossível desclassificar-se o crime para a modalidade culposa.

3. Desclassificação para a forma privilegiada

A apelante pretende, ainda, a desclassificação do crime de receptação dolosa para a forma privilegiada, prevista no art. 180, § 5º, do Código Penal, alegando que, além de ser primária, a vítima Maria Salete teria reconhecido como de sua propriedade apenas os dois relógios constantes

dos termos de apreensão de fls. 16 e 17, cujo valor seria o de R\$ 83,00 (oitenta e três reais), autorizando, conseqüentemente, a concessão da benesse.

É sabido que, nos casos de receptação dolosa, aplica-se o disposto no art. 155, § 2º, do Código Penal (furto privilegiado), ou seja, o juiz poderá substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la, ou aplicar somente a pena de multa, se o agente for primário e a coisa furtada de pequeno valor.

In casu, não obstante a apelante seja tecnicamente primária, o valor dos bens apreendidos não foi apenas o de R\$ 83,00 (oitenta e três reais), como quer fazer crer a apelante, porquanto, além do reconhecimento dos relógios feito às fls. 21, tem-se, ainda, o realizado às fls. 39, onde a vítima Paulo Michels reconheceu como seus o anel e o par de alianças, descritos nos termos de apreensão de fls. 18/19, os quais foram encontrados em poder da acusada e de Claudionor.

Desse modo, colhe-se do auto de avaliação de fls. 20 que o valor da res foi realmente o de R\$ 372,00 (trezentos e setenta e dois reais), ou seja, superior ao salário mínimo da época dos fatos (maio de 1995), que era de R\$ 100,00 (cem reais), impossibilitando a aplicação do benefício.

4. Adequação da reprimenda e do regime prisional

Por fim, ressalte-se que a sentença está a merecer um pequeno reparo no tocante à dosimetria da pena.

Com efeito, ao aplicar a reprimenda à acusada Gladis Geremias, o Magistrado fixou-a da seguinte maneira:

“Quanto à ré Gladis Geremias, embora tecnicamente primária, é portadora de maus antecedentes, pois está sendo processada pela prática de crime contra o patrimônio e já sofreu condenação. Culpabilidade tinha consciência da ilicitude de sua ação e sabia que se portava contrariamente ao direito. Conduta social péssima. Personalidade malformada. Os motivos foram ditados pelo desejo de lucro fácil e desrespeito ao patrimônio alheio. Circunstâncias normais à espécie. Conseqüências de grau médio, pois houve recuperação da res furtiva. Comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática da infração.

“Analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixo a pena-base relativa ao delito de receptação dolosa, em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão. Inexistem circunstâncias agravantes, mas presente a atenuante da confissão (art. 65, III, d, do CP), razão pela qual atenuo a pena em três meses. Inexistem causas de especial aumento ou diminuição da pena, razão pela qual torno definitiva em 2 (dois) anos de reclusão.

“Em idênticos parâmetros, fixo a pena de multa em 30 dias-multa (art. 59 c/c art. 49, ambos do CP). Cada dia-multa no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. A ré deverá iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto na Penitenciária Estadual de Florianópolis” (fls. 643/644).

Examinando detalhadamente a fixação da reprimenda, observa-se que o Magistrado aplicou-a com um certo rigorismo, haja vista ter majorado a pena-base em 1 (um) ano e 3 (três) meses, ou seja, mais do que o

dobro, considerando que a pena mínima prevista para o crime de receptação dolosa é igual a 1 (um) ano, o que se mostra um aumento bastante elevado, mesmo que as circunstâncias judiciais sejam em sua maioria desfavoráveis à ré.

Partindo desse princípio, a reprimenda sofrerá um reajuste nos seguintes termos: pena-base deve ser fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, levando-se em conta as circunstâncias judiciais desfavoráveis; presente a atenuante da confissão espontânea, minora-se a sanção em 3 (três) meses; ausentes quaisquer causas de especial aumento ou diminuição, totaliza-se em 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença.

Nos mesmos parâmetros, deverá a pena pecuniária sofrer uma modificação para 16 (dezesesseis) dias-multa, no valor mínimo legal.

Com relação ao regime de cumprimento da sanção corporal, o Togado fixou o semi-aberto, levando em conta, provavelmente, as circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.

Não se olvida que, na hipótese dos autos, em face do emprego da expressão “poderá”, na citada alínea b do art. 33, a situação constitui faculdade do magistrado, de modo que, satisfeitas as condições exigidas por lei, o benefício não pode ser negado.

Já se decidiu:

“O art. 33 do CP, ao cuidar, em seu § 3º, da determinação do regime inicial do cumprimento da pena, faz remissão à observância dos critérios previstos no art. 59 do CP, o qual, ao tratar da aplicação da pena e ao refe-

rir-se à escolha do regime inicial de cumprimento desta, determina a consideração, entre outras coisas, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, orientação que vem corroborada pelo disposto no art. 110 da LEP, que manda seja observado o disposto no art. 33 e seus parágrafos do CP" (TACrimSP — HC — rel. Sidnei Beneti — JUTACrim 93/311).

No entanto, ao proceder a individualização da pena, deve o Togado, após analisar as circunstâncias de natureza subjetiva e objetiva do agente, fixar a reprimenda e o regime prisional inicial de forma justa e adequada aos fins desejados, para que não sirvam como um instrumento de castigo, e, sim, como um modo de recuperação moral e social do apenado.

O colendo Superior Tribunal de Justiça já deixou assente:

"Ao proceder a individualização da pena, o Juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva — culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente — e de natureza objetiva — motivos, circunstâncias e conseqüências do crime — fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade. A relevância da definição do regime prisional decorre do sentido e da função da pena, que não deve ser

concebida como instrumento de castigo, mas em consonância com os modernos desígnios que realçam a recuperação moral e social do réu" (STJ — REsp. n. 60251/SP — 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, DJU 27/5/96, pág. 17.923).

Dentro desse enfoque, vislumbra-se a necessidade de alterar o regime inicial de cumprimento da pena, pois, não obstante as circunstâncias judiciais tenham sido, em sua grande parte, desabonadoras, é certo que a acusada foi condenada à pena inferior a quatro anos, não sendo reincidente e, em se tratando de crime de receptação, cuja gravidade não se mostra tão elevada, é forçoso reconhecer que o regime aberto seria o mais adequado.

V — Recurso de Maria Figueira Manoel

1. Participação de menor importância

A acusada pretende a diminuição da reprimenda em virtude do reconhecimento da participação de menor importância no crime de roubo, sob o argumento de que o crime teria acontecido independentemente de ter emprestado seu veículo aos réus.

Na primeira oportunidade em que foi ouvida, a apelante negou ter conhecimento de que seu automóvel havia sido utilizado na empreitada criminosa, alegando que Fábio Cardoso teria pego o referido carro com o intuito de experimentá-lo, pois a acusada estava tentando vendê-lo (fls. 101 e 241v.).

Em Juízo, alegou não ter participado da formação de quadrilhas para a prática de roubos e que não ce-

deu seu veículo para a realização de qualquer assalto (fls. 241v.).

Todavia, esta não foi a versão apresentada pelo co-réu Claudionor, como se vê:

"...que o declarante pegou o Fiat Uno cinza metálico, de propriedade de Maria de tal, que reside próximo ao Colegião, e é proprietária de um restaurante embaixo da Lanchonete 'Serve Bem' nesta cidade; que Maria estava ciente que o seu veículo iria ser usado no assalto da Joalheria e Ótica Michels..." (fls. 28).

Como se não bastasse, tem-se o depoimento extrajudicial da testemunha Cláudio César Canarin, onde alegou:

"...que Fábio lhe falou que foram Carijó, de nome Claudio e Gelson, utilizando-se do Fiat Uno, de propriedade de uma tal de Maria, que roubaram a joalheria; (...) que o veículo que Maria emprestou para a perpetração do roubo, trata-se de um Uno 1.5 R, de cor prata..." (fls. 59).

E, no mais, não há na sentença objurgada nenhuma linha que justifique a redução em face do reconhecimento da causa de especial diminuição referente à participação de menor importância, mesmo sabendo que "cabe ao juiz, em face dos elementos de prova, apreciar se a participação foi ou não de menor importância. Todavia, se entender que tal contribuição foi de pouco relevo, não poderá, arbitrariamente, deixar de reduzir a pena dentro dos limites que a lei permite, pois se trata de direito público subjetivo do réu. Também a quantidade de diminuição (de um sexto até um terço) terá de ser fixada de forma fundamentada e não ao acaso" (Celso Delman-

to, Código Penal Comentado, 3ª edição, Renovar, 1991, pág. 56).

Sabe-se que o reconhecimento da referida causa especial de diminuição da pena, prevista na parte geral do Código Penal, só é concedida quando o co-autor demonstra leve eficiência causal, ou seja, quando apresenta uma contribuição ínfima ou até mesmo insignificante para o resultado.

Por tudo o que se denota dos autos, sua participação, ao contrário, foi rigorosamente indispensável ao resultado. O empréstimo do veículo aos demais comparsas foi essencial para a consumação do crime e sugere uma tal cooperação, pela relevância na cadeia causal, e pela participação na partilha da res, que torna a sua conduta equiparável a dos demais, cuja reprimenda deles não pode diferir.

In casu, até mesmo "inadmissível falar-se de participação de menor importância, na conduta do agente que, motivado, indica a seus comparsas o lugar propício à prática de roubo ou daquele que utilizando-se de seu veículo os transporta e com eles participa do crime" (TACrimSP — AC — rel. Raul Motta — RJD 16/150).

É o entendimento jurisprudencial:

"A qualificadora do concurso de agentes prescinde da presença física dos co-autores na fase executória do roubo, desde que tenham cumprido missões específicas, visando a tornar coberta de êxito a empreitada criminosa. É lícito o reconhecimento dessa qualificadora, a par da acusação pela prática do delito de bando ou quadrilha, dada sua diversa objetividade jurídica. Ordem concedida, mas dene-

gada" (STF — HC n. 70395/RJ — 2ª Turma, rel. Min Paulo Brossard, DJU 6/5/94, pág. 10.469).

É válido ressaltar o fato de que a apelante foi beneficiada, porquanto restou condenada pelo crime de roubo simples (art. 157, caput, CP), quando, na verdade, teria praticado um roubo qualificado pelo concurso de agentes e uso de armas.

Assim, a sentença não merece qualquer reparo neste sentido.

## 2. Afastamento do crime de receptação

No tocante à exclusão do crime de receptação, melhor sorte socorre a apelante.

Com efeito, Maria Figueira restou condenada à pena de 7 (sete) anos e 3 (três) meses de reclusão, sendo 5 (cinco) anos pelo crime de roubo simples e mais 2 (dois) anos e 3 (três) meses pelo delito de receptação, ambos em concurso material.

No entanto, obrou com equívoco o Magistrado ao submetê-la às sanções do crime de receptação, porquanto, como bem salientou o nobre parecerista:

"É sabido que quem se apossa de um bem móvel através de um delito antecedente (roubo, furto, estelionato, apropriação indébita etc.) jamais poderá ser autor do crime de receptação, em relação àquela coisa, mesmo que adquirida do co-autor do crime, após a partilha do produto".

"Sendo assim, havendo condenação da ré por sua participação no roubo, o fato de a mesma vender as jóias subtraídas ao réu Fábio Cardoso não caracteriza a receptação, mas sim reforça a prova de sua participa-

ção no roubo. Além do mais, tal fato sequer foi descrito na denúncia, tendo a sentença violado o princípio da correlação entre ditas peças processuais, em irregular julgamento extra petita" (fls. 969).

Mutatis mutandis é o entendimento jurisprudencial:

"Muito embora a receptação tenha como pressuposto um crime anterior, não se confunde com ele, dada a sua perfeita autonomia. Assim, quando esse crime anterior é furto, o autor da receptação não pode ser co-autor daquele" (TACrimSP — AC — rel. Xavier Homrich — RT 541/401).

## 3. Adequação da pena e do regime prisional

Desse modo, excluindo-se da condenação o crime de receptação, a pena passa a ser de 5 (cinco) anos de reclusão, por infração ao art. 157, caput, do Código Penal.

No que diz respeito ao regime prisional, o Magistrado baseou-se no art. 33, § 2º, letra a, do Código Penal, fixando o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

Ora, tal dispositivo refere-se aos condenados à pena superior a oito anos, situação que não se enquadra na hipótese em apreço, mormente por não se tratar de acusada reincidente, fazendo-se necessária a adequação do regime para o semi-aberto, por ser o que mais se amolda ao caso em tela.

O colendo Superior Tribunal de Justiça já deixou assente:

"Ao proceder a individualização da pena, o Juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva — culpabilidade, antecedentes,



conduta social e personalidade do agente — e de natureza objetiva — motivos, circunstâncias e conseqüências do crime — fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade. A relevância da definição do regime prisional decorre do sentido e da função da pena, que não deve ser concebida como instrumento de castigo, mas em consonância com os modernos desígnios que realçam a recuperação moral e social do réu” (STJ — REsp. n. 60251/SP — 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, DJU 27/5/96, pág. 17.923).

#### VI — Recurso de Roberto Leandro

1. Absolvição com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Em sua tese defensiva, o apelante pretende a absolvição, argumentando não ter ciência de que os bens apanhados em seu poder fossem de procedência criminosa.

Todavia, razão não lhe assiste.

A materialidade do crime restou comprovada pelo termo de apreensão de fls. 49.

Compulsando os autos, verifica-se que na primeira oportunidade em que foi ouvido, Roberto declarou ter recebido os objetos encontrados em seu poder como garantia de pagamento, em virtude de ter realizado re-

paros em um veículo Passat, de cor branca, contudo, “...não se recorda a placa e nem sabe de quem se trata o proprietário, sendo que tal pessoa até a presente data não retornou para pagar o serviço de mão-de-obra e resgatar tais objetos; (...) que conhece o indivíduo Fábio Cardoso, mas não é seu amigo, apenas trata-se de um cliente de sua oficina; que conheceu Claudionor Antonio Silveira, vulgo ‘Carijó’, em razão principalmente de um outro Inquérito Policial que tramita nesta Delegacia de Polícia, em que ambos e outros figuram como indiciados...” (fls. 125).

Por outro lado, na fase judicial, alterou a versão anteriormente relatada, nos seguintes termos:

“Que o interrogando possui uma oficina de chapeação e pintura no Bairro Ana Maria; que no trevo existente nas proximidades de sua oficina, um rapaz em um Passat branco bateu no meio-fio e danificou o veículo; que o interrogando estava arrumando o veículo quando ali chegou o acusado Fábio Cardoso, que era amigo do tal rapaz do Passat; que não tinham dinheiro para pagar o conserto do veículo, em torno de cento e cinquenta reais, quando então Fábio deixou como garantia do pagamento um anel e um relógio em poder do interrogando; que Fábio ficou de levar o dinheiro para retirar o relógio e o anel, mas não apareceu mais e o interrogando levou os objetos para sua casa...” (fls. 248v.).

Vale ressaltar que o acusado Fábio Cardoso, quando inquirido na fase judicial (fls. 244v.), alegou não conhecer Roberto Leandro, o que dei-

xa mais dúvidas a respeito da veracidade de suas declarações.

Diante de tantas contradições, surgem as seguintes indagações:

— Como é que o apelante, trabalhando em uma oficina, poderia ter recebido os referidos objetos, como garantia de dívida, e não saber sequer o nome do proprietário do veículo para quem estava prestando o serviço?

— Por que motivo o acusado declarou, inicialmente, que Fábio Cardoso era apenas um cliente de sua oficina, sendo que, posteriormente, afirmou ter sido ele quem deixou os bens como garantia de pagamento do serviço realizado no tal Passat branco, pertencente a um amigo?

— O fato de o réu responder processo pelo crime de roubo qualificado, juntamente com Claudionor Antonio Silveira, não seria um forte indício de que ele realmente tinha ciência da procedência das mercadorias?

Ora, sabe-se que no sistema processual prevalece o princípio do livre convencimento inexistindo critérios de valoração das provas. Assim, pode o magistrado livremente optar por qualquer delas, pois, “tudo depende das circunstâncias do caso, como aliás sempre acontece, quando se focaliza a livre convicção. Se os indícios e elementos circunstanciais do factum probandum foram tais que gerem convicção de que a instrução provisória realizada na polícia espelha e reflete a verdade dos acontecimentos, pode o juiz invocar um ou outro desses elementos, para fundamentar, completamente, a sua decisão. Notadamente quando os fatos apurados no inquérito se entrosam, como dados circunstanciais, à prova colhida na fase judicial

da instrução” (Frederico Marques, in Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed. vol. 1, pág. 160).

O que se exige é que se baseie nos elementos constantes dos autos e justifique suficientemente a decisão.

Foi o que aconteceu no caso, onde os elementos de prova, quais sejam, depoimentos contraditórios, objetos apreendidos em poder do apelante e envolvimento anteriores em crime contra o patrimônio, em parceria com outro denunciado, levam à certeza moral pela condenação.

A jurisprudência navega neste norte:

“Os indícios, quando concludentes e desfavoráveis ao réu, autorizam o decreto condenatório, pois a prova indiciária, respaldada por elementos colhidos na instrução, tem o mesmo valor que as demais” (Ap. Crim. n. 96.002806-4, de Xaxim, relator Des. Nilton Macedo Machado).

2. Desclassificação para receptação culposa

Ora, estando devidamente comprovado que o réu sabia da origem ilícita dos bens apreendidos em seu poder, impossível desclassificar-se o crime para a modalidade culposa.

3. Adequação da reprimenda e do regime prisional

Por fim, ressalte-se que a sentença está a merecer um pequeno reparo no tocante à dosimetria da pena.

Com efeito, ao aplicar a reprimenda ao acusado Roberto Leandro, o Magistrado fixou-a da seguinte maneira:

“Quanto ao réu Roberto Leandro, embora tecnicamente primário, é

portador de maus antecedentes, pois está sendo processado por delito contra o patrimônio. Culpabilidade tinha consciência da ilicitude de sua ação e sabia que se portava contrariamente ao direito. Conduta social péssima. Personalidade malformada. Os motivos foram ditados pelo desejo de lucro fácil e desrespeito ao patrimônio alheio. Circunstâncias normais à espécie. Conseqüências de grau médio, pois houve recuperação da res furtiva. Comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática da infração.

“Analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixo a pena-base relativa ao delito de receptação dolosa, em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão. Inexistem circunstâncias agravantes, mas presente a atenuante da confissão (art. 65, III, d, do CP), razão pela qual atenuo a pena em três meses. Inexistem causas de especial aumento ou diminuição da pena, razão pela qual torno definitiva em 2 (dois) anos de reclusão”.

“Em idênticos parâmetros, fixo a pena de multa em 30 dias-multa (art. 59 c/c art. 49, ambos do CP). Cada dia-multa no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. O réu deverá iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto, na Penitenciária Estadual de Florianópolis” (fls. 642/643).

Examinando detalhadamente a fixação da reprimenda, observa-se que o Magistrado aplicou-a com um certo rigorismo, haja vista ter majorado a pena-base em 1 (um) ano e 3 (três) meses, ou seja, mais do que o dobro, considerando que a pena mínima prevista para o crime de receptação dolosa é igual a 1 (um) ano, o que

se mostra um aumento bastante elevado, mesmo que as circunstâncias judiciais sejam em sua maioria desfavoráveis ao réu.

Partindo desse princípio, a reprimenda sofrerá um reajuste nos seguintes termos: pena-base deve ser fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, levando-se em conta as circunstâncias judiciais desfavoráveis; presente a atenuante da confissão espontânea, minora-se a sanção em 3 (três) meses; ausentes quaisquer causas de especial aumento ou diminuição, totaliza-se em 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença.

Nos mesmos parâmetros, deverá a pena pecuniária sofrer uma modificação para 16 (dezesesseis) dias-multa, no valor mínimo legal.

Com relação ao regime de cumprimento da sanção corporal, o Togado fixou o semi-aberto, levando em conta, provavelmente, as circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.

Não se olvida que, na hipótese dos autos, em face do emprego da expressão “poderá”, na citada alínea b do art. 33 a situação constitui faculdade do magistrado, de modo que satisfeitas as condições exigidas por lei, o benefício não pode ser negado.

Já se decidiu:

“O art. 33 do CP, ao cuidar, em seu § 3º, da determinação do regime inicial do cumprimento da pena, faz remissão à observância dos critérios previstos no art. 59 do CP, o qual, ao tratar da aplicação da pena e ao referir-se à escolha do regime inicial do cumprimento desta, determina a consideração, entre outras coisas, dos

antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, orientação que vem corroborada pelo disposto no art. 110 da LEP, que manda seja observado o disposto no art. 33 e seus parágrafos do CP" (TACrimSP — HC — rel. Sidnei Beneti — JUTACrim 93/311).

No entanto, ao proceder a individualização da pena, deve o Togado, após analisar as circunstâncias de natureza subjetiva e objetiva do agente, fixar a reprimenda e o regime prisional inicial de forma justa e adequada aos fins desejados, para que não sirvam como um instrumento de castigo, e, sim, como um modo de recuperação moral e social do apenado.

O colendo Superior Tribunal de Justiça já deixou assente:

"Ao proceder a individualização da pena, o Juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva — culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente — e de natureza objetiva — motivos, circunstâncias e conseqüências do crime — fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade. A relevância da definição do regime prisional decorre do sentido e da função da pena, que não deve ser concebida como instrumento de castigo, mas em consonância com os modernos desígnios que realçam a recu-

peração moral e social do réu" (STJ — REsp. n. 60251/SP — 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, in DJU 27/5/96, pág. 17.923).

Dentro desse enfoque, vislumbra-se a necessidade de alterar o regime inicial de cumprimento da pena, pois, não obstante as circunstâncias judiciais tenham sido, em sua grande parte, desabonadoras, é certo que a acusada foi condenada à pena inferior a quatro anos, não sendo reincidente e, em se tratando de crime de receptação, cuja gravidade não se mostra tão elevada, é forçoso reconhecer que o regime aberto seria o mais adequado.

Ressalva-se que a aplicabilidade da Lei n. 9.714/98 deve ser avaliada pelo Juízo da Execução, que é o juízo natural para análise da Lex Mitior.

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer, negar provimento aos recursos de Claudionor Antônio Silveira e Gelson Paulo Borges, dar provimento parcial aos recursos de Maria Figueira Manoel e Gladis Geremias, para adequar a reprimenda para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semi-aberto e 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime aberto, respectivamente; e, de ofício, adequar a reprimenda de Roberto Leandro, para 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime aberto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 22 de dezembro de 1998.

*José Roberge,  
Presidente;  
Álvaro Wandelli,  
Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.003271-7, DE ARARANGUÁ**

**Relator: Des. Álvaro Wandelli**

*Apelação criminal.*

*Crime contra a Saúde Pública.*

*Inconformismo do Ministério Público.*

*Escuta telefônica. Não consideração do seu conteúdo pelo Magistrado sentenciante pela ausência de identificação das vozes. Decisão que se ajusta aos princípios constitucionais. Absolvição dos demais co-réus. Afastamento do crime de associação.*

*Recurso defensivo pugnando pela absolvição. Prova conflitante. Flagrante forjado ou preparado. Nulidades. Inocorrência. Depoimentos dos policiais que efetuaram o flagrante em consonância com a prova coletada no processo. Condenação mantida.*

*Pena privativa de liberdade fixada adequadamente diante das circunstâncias do art. 59 do Código Penal.*

*Recursos desprovidos.*

*Adequação de ofício do número e valor do dia-multa aos parâmetros da Lei n. 6.368/76.*

*Inaplicabilidade da Lei n. 9.714/98 diante das circunstâncias do art. 59 do Código Penal.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.003271-7, da comarca de Araranguá (1ª Vara, Infância e Juventude/Registros Públicos), em que são apelantes e apelados a Justiça Pública, por seu Promotor, e Pedro Paulo Jesuíno:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer, negar provimento aos recursos e, de ofício, adequar o número e o valor da pena pecuniária, fixando-a em 66 (sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário de R\$ 0,52 (cinquenta e dois centavos).

Custas na forma da lei.

Na comarca de Araranguá, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Pedro Paulo Jesuíno, vulgo “Pedrinho”, Jorge Neme, vulgo “Jota” e Sinomar Leal Ribeiro Júnior, os dois primeiros como incurso nas sanções dos arts. 12, caput, e 14 da Lei n. 6.368/76, c/c art. 69 do Código Penal, e o terceiro como incurso nas sanções do art. 12, caput, do mesmo diploma legal, porque:

“Quando a polícia de Araranguá começou a investigar o envolvimento do denunciado Pedro Paulo Jesuíno com narcotráfico na região de Turvo/SC, Araranguá/SC e Sombrio/SC não supunha que estivesse ele tão organizado, com comparsas, contatos e ramificações principalmente no Estado do Mato Grosso e na Bolívia. Isso para o fim de praticar o tráfico de entorpecentes, principalmente cocaína, em grande escala.

“Sua quadrilha e seu envolvimento intenso com o tráfico de drogas só começou a ser desvendado quando a Coordenadoria de Investigações Criminais do Ministério Público de Santa Catarina e a Diretoria Estadual de Investigações Criminais (Deic) obtiveram junto à comarca de Turvo/SC — o primeiro denunciado trabalha (Celesc) e passa boa parte de seu tempo na cidade de Ermo, pertencente àquela Comarca — mandado judicial de interceptação do terminal telefônico (048) 985-0908, de sua propriedade, forte na nova Lei n. 9.296/96, ordem judicial esta que foi renovada após pedido de prorrogação (cópias autenticadas do procedimento que tramitou em Turvo, incluindo as

decisões judiciais, seguem em anexo).

“Fato 1 — A associação criminosa dos dois primeiros denunciados.

“Assim, as escutas telefônicas autorizadas judicialmente passaram a demonstrar que durante o mês de abril deste ano de 1997, o primeiro denunciado (Pedro Paulo Jesuíno) associou-se a diversas pessoas — algumas velhas conhecidas suas cá da região sul, outras do Mato Grosso, as quais veio a conhecer através de seus contatos naquele Estado e através daquela sua linha de telefonia celular móvel — com fito de praticar, reiteradamente (a intenção era abrir um canal ou uma conexão que permitisse a prática reiterada), diversas modalidades de tráfico previstas pelo artigo 12 da Lei Antitóxicos (Lei n. 6.368/76).

“Para tanto, o primeiro denunciado enviou ao Mato Grosso (especial à cidade de Cárceres) um tal de Alexandre, pessoa de sua confiança e mantida por ele, para fazer os contatos e associações com traficantes daquele Estado, visando à aquisição, diretamente de refinarias localizadas na Bolívia, de grandes quantidades de cocaína, por preços obviamente mais baixos que os praticados na região de Araranguá/Turvo/Sombrio/SC, a fim de que tal droga fosse transportada para essa região catarinense e, aqui, viesse a ser vendida por ele, Pedro Paulo Jesuíno, a preços bastante lucrativos.

“Os contatos logo deram resultado, e a associação criminosa logo passou a ter novos integrantes (vide a transcrição das escutas telefônicas, em especial da fita 6, em anexo). Nomes e apelidos como os de ‘Valter’,

'Boy', 'Pé Sujo', 'Suppi', 'Casemiro' e, principalmente, 'Jota' apelido do segundo denunciado (Jorge Neme), passaram a integrar as conversações do primeiro denunciado dioturnamente, durante aquele mês de abril de 1997, deixando evidente, pelo seu teor, que tais pessoas também passaram a compor a quadrilha. Assim, por exemplo, com o segundo denunciado ('Jota'), Pedro Jesuíno combinou e acertou no período compreendido entre 25/4/97 a 27/4/97 — preço, origem, quantidade e forma de pagar e de transportar, até Santa Catarina, a cocaína que aquele (segundo denunciado) viria a adquirir principalmente em refinarias Bolivianas. Enquanto isso, Alexandre, o contato que o primeiro denunciado mandara ao Mato Grosso e com quem mantinha freqüentes conversações telefônicas, lhe informava e lhe dava as coordenadas acerca da qualidade (pureza) da droga, da confiança que poderia ser depositada nos traficantes que passavam a integrar a quadrilha, das perspectivas de lucro fácil e dos detalhes finais para que a droga chegasse ao seu destino (Santa Catarina). Não foram esquecidos pela quadrilha, evidentemente, os assim chamados 'mulas', pessoas incumbidas de transportar a droga de um Estado para o outro.

"Enquanto isso, em Santa Catarina, o Ministério Público e a Deic já logravam obter, junto ao Juízo de Turvo, mandado de prisão temporária dos dois primeiros denunciados, e de outras pessoas ligadas e eles (cópias em anexo). A polícia de Araranguá, de sua vez, onde o primeiro denunciado também possui uma residência e envolvimento com o narcotráfico, preparava-se para fazer campana e apreen-

der a droga que, os contatos telefônicos indicavam, lhe seria remetida.

"Fato 2 — As modalidades de tráfico praticadas pelos três denunciados.

"Na tarde de 26 de maio de 1997, finalmente, após algumas horas de espera no posto da Polícia Rodoviária Federal de Araranguá/SC, a polícia interceptou os três denunciados (Pedro Paulo, Jorge e Sinomar) no interior da camioneta Ford F-1000, cabine dupla, amarela, de propriedade do primeiro (termo de apreensão de fls. 5 do APF, item 5). Nesta ocasião, droga alguma foi encontrada com os denunciados, uma vez que a tradição (entrega) da droga já havia-se efetivado, momentos antes.

"Diligenciando, então, na mesma tarde de 26 de maio de 1997, a Polícia dirigiu-se à casa que o primeiro denunciado (Pedro Paulo Jesuíno) tem na Rodovia SC 448, KM 2 — Soares — em Araranguá/SC, onde também moram sua esposa e seu filho, lá foram localizados, apreendidos (termo de apreensão de fls. 5 do APF), em um depósito nos fundos da casa, cinco pacotes de cocaína, embalados com plástico e fita crepe, com peso total de 5.368,8g (cinco mil trezentos e sessenta e oito gramas e oito decigramas), droga esta que determina, como se sabe, dependência física e psíquica (Laudo Toxicológico de fls. 39/42 do APF), e que o primeiro denunciado tinha como depósito, obviamente sem autorização, para o indesejável fim de mercadejá-la, sendo que a adquiriu do segundo denunciado poucos dias antes.

"De fato, essa cocaína apreendida pela polícia naquela casa do pri-

meiro denunciado lhe fora vendida e remetida — as tratativas telefônicas o comprovam (transcrição da escuta em anexo), poucos dias antes, provavelmente até na véspera, pelo segundo denunciado (Jorge Neme, o 'Jota'), que por sua vez a havia adquirido, alguns dias antes (durante o mês de maio de 1997), diretamente de alguma refinaria situada na Bolívia (a gravação telefônica não fornece elementos para que se saiba exatamente qual refinaria boliviana).

"E quem transportou — na véspera muito provavelmente (25/5/97) —, aquela droga apreendida na casa do primeiro denunciado, do Estado do Mato Grosso (Cárceres) até Santa Catarina (Araranguá) —, ou seja, quem serviu de 'mula' à quadrilha, foi o terceiro denunciado (Sinomar Leal Ribeiro Júnior), que se valeu para tanto de um Fiat Uno — 1000, branco, ano 90/91, de placa AX 7670, com fundo falso (termo de apreensão de fls. 5 do APF, item '4'), pertencente ao segundo denunciado, 'Jota', braço da quadrilha no Mato Grosso, que contactou e acertou com o terceiro denunciado este transporte, sendo que ficaria a cargo do primeiro denunciado lhe pagar o 'frete' em Araranguá (vide o teor das transcrições). Esse Fiat Uno utilizado para o transporte da droga, aliás, foi encontrado e apreendido pela polícia no Posto Irmão da Estrada, em Araranguá, onde fora deixado pelo terceiro denunciado após ter entregue aquela droga ao primeiro" (fls. 2/5).

Concluída a instrução criminal, foi julgada procedente, in partis, a denúncia para absolver Jorge Neme e Sinomar Leal Ribeiro Júnior, com base no art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal, e Pedro Paulo Jesuí-

no da infração do artigo 14 da Lei n. 6.368/76, com base no art. 386, inc. II, do Código de Processo Penal; e condenar Pedro Paulo Jesuíno à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 70 (setenta) dias-multa, por infração ao art. 12, caput, da Lei n. 6.368/76.

Irresignados, com a prestação jurisdicional entregue, apelaram, o representante do Ministério Público e Pedro Paulo Jesuíno tempestivamente.

O representante do Ministério Público requer: a) a reforma da sentença para condenar os réus Jorge e Sinomar, reconhecendo-se a validade das provas obtidas através da escuta telefônica procedida no terminal do celular pertencente ao apelado Pedro, independente de perícia; b) o aumento da pena-base e da multa, aplicadas ao réu Pedro Paulo, em face das circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59 do Código Penal; c) mudança do dispositivo da sentença, quanto ao regime de cumprimento da pena imposta ao réu Pedro Paulo, a teor das diretrizes do art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos; d) a condenação de Pedro Paulo, também pela infração do art. 14 da Lei Antitóxicos, ou o reconhecimento da causa de especial aumento de pena prevista no art. 18, inc. III, da Lei n. 6.368/76, em consequência ao reconhecimento da validade da escuta telefônica; e, ainda, e) o confisco do veículo F-1000, de propriedade de Pedro Paulo. Ao final, pugna pelas condenações de Sinomar Leal Ribeiro Júnior nas infrações do art. 12 da Lei Antitóxicos e, Jorge Neme e Pedro Paulo Jesuíno, nas infrações dos arts. 12 e 14 c/c art. 69 do Código Penal, do mesmo diploma legal.



Pedro Paulo Jesuíno pleiteia a absolvição, ao argumento de que o decreto condenatório baseou-se nos depoimentos dos co-réus absolvidos Jorge Neme e Sinomar Leal Ribeiro, bem como no seu depoimento, conflitantes entre si. Sustenta, ainda, que a droga foi apreendida em local que não mais residia, apontando a existência de flagrante preparado ou forjado, haja vista ter sido esta implantada por terceiros a pedido dos policiais militares. Alternativamente, pugna pela redução da pena aplicada, posto que é primário, possui residência e empregos fixos e família constituída.

O processo foi cindido em relação aos co-réus absolvidos, prosseguindo quanto ao apelante Pedro Paulo Jesuíno.

Com as contra-razões, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Paulo Huáscar Viana, pelo provimento do recurso interposto pelo representante do Ministério Público e improvemento do apelo de Pedro Paulo Jesuíno.

É o relatório.

Inicialmente, impende esclarecer que o recurso do Ministério Público, no que se refere aos co-réus Jorge Neme e Sinomar Leal Ribeiro Júnior não pode ser apreciado no momento, porquanto o processo foi cindido, prosseguindo nestes autos apenas em relação ao co-réu Pedro Paulo Jesuíno.

Por outro lado, tem-se que alguns argumentos são comuns, razão pela qual, para melhor compreensão, optei pela análise conjunta.

I — Licitude da escuta telefônica

A irresignação, ressalte-se, no que se refere ao acusado Pedro Paulo Jesuíno, data venia das considerações do diligente Promotor de Justiça, não merece ser acolhida.

Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil protege, de um lado, a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telefônicas, e, de outro, permite que, em determinados casos, mediante autorização judicial, este direito possa ser mitigado no intuito de instruir procedimento criminal para apuração de delitos.

A possibilidade da escuta telefônica incita no meio jurídico a discussão sobre a impossibilidade da aceitação de provas obtidas por meios ilícitos, ante a inviolabilidade das comunicações telefônicas.

Diante do exposto na norma constitucional, surgiram, em síntese, três correntes de entendimento:

1) a norma era auto-aplicável, sendo a autorização judicial o único requisito para o uso de escuta, pois a norma infraconstitucional somente definiria o procedimento a ser adotado;

2) a norma não era auto-aplicável, e, à míngua de legislação específica, todas as interceptações realizadas eram inidôneas como prova; e

3) a norma não era auto-aplicável, mas se considerava recepcionada pela nova ordem jurídica, a Lei n. 4.117 de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), que previa a quebra do sigilo telefônico autorizado judicialmente.

A questão foi dirimida pela promulgação da Lei n. 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do art. 5º da

Carta Magna, sanando a lacuna legal acerca do tema e permitindo o uso de tal instrumento probatório.

Nota-se que esta lei específica, apesar de impor certas restrições, deixou ao critério do julgador, ante as circunstâncias fáticas do caso em concreto, a decisão acerca da admissibilidade da interceptação telefônica no curso da investigação policial, especialmente quando permite a autorização mediante pedido verbal da própria polícia (art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.296/96).

Nesse diapasão, colhe-se da doutrina as sábias palavras de Ada Pellegrini Grinover:

“Se, naquele momento, à cognição sumária do juiz a quebra do sigilo da comunicação telefônica pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá sido lícita e não perderá essa característica se se constatar, depois, a possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios” (in O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas, Revista Forense, vol. 338, 1997, pág. 10).

Com efeito, cabe lembrar ainda que o princípio da livre apreciação da prova também se aplica à questão da admissibilidade e coleta desta, já que se permite ao Juiz, fundamentadamente, desconsiderar provas e diligenciar para a produção das que julgar necessárias, conforme prescrito nos artigos 156, 157, 182, entre outros, do Código Instrumental Penal.

Propositada, portanto, a transcrição das lições do mestre Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, acerca das nulidades:

“Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos”.

A jurisprudência também navega nesse sentido, quando ensina que “já é tempo para deixar-se de espio-lhar nulidades em tudo, prejudicando a essência do processo que é encontrar a verdade” (STJ — DJU em 22/11/93, pág. 24.968), em especial quando estão reunidos diversos e fortes indícios da autoria e materialidade do crime, através do conjunto probatório carreado aos autos.

Assim, tem-se que apesar da gravação das conversas telefônicas constituir-se prova legítima em virtude da autorização judicial, a falta do auto circunstanciado e do exame pericial visando o reconhecimento das vozes gravadas, efetivamente não permite a utilização das transcrições dela decorrentes como base para condenação, razão pela qual obrou com acerto o Togado.

É que não há que se confundir a gravação da conversa com a transcrição, pois a Lei n. 9.296/96, ao permitir o monitoramento sem a gravação das conversas, possibilita que o conteúdo destas possa ser provado na forma testemunhal, independentemente de transcrição.

A respeito desse tema, a doutrina já se pronunciou nesse sentido:

“Embora o valor probante do conteúdo da interceptação seja, nesse caso, indubitavelmente menor, a prova testemunhal não poderá ser excluída, cabendo ao juiz valorá-la, atribuindo-lhe o peso que possa merecer” (Ada Pellegrini Grinover, *ob. cit.*, pág. 10).

Esta Corte, em relação à diferenciação da gravação e das transcrições, já se pronunciou:

“Neste diapasão, e mesmo que se considerassem as gravações telefônicas como única prova, a nível de discussão acerca dos direitos constitucionais, no caso em exame a elas se haveria de dar crédito, porque, consoante consta do voto do Min. William Patterson, do Superior Tribunal de Justiça, em habeas corpus relatado pelo Min. Adhemar Maciel (e que contou também com adesão do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro):

“(…)

“O inciso XII, em que se baseia a impetração, para dizer que a sua aplicação está dependendo de regulamento por legislação ordinária, só tem lugar sem a observância do sistema constitucional, e cairia em um outro absurdo, o de que um texto feito em defesa da sociedade, do homem de bem, deve ser utilizado para proteger marginal.

“(…)

“Mas, na hipótese em exame, admitidas as gravações telefônicas com ordem judicial, não se pode reconhecer valor probante às transcrições das conversações gravadas porquanto, embora realizadas com autorização judicial, não se procedeu à confirmação das vozes gravadas e transcritas, pois estas foram identifi-

cadas à perícia apenas por indicação da autoridade policial; trata-se, assim, de prova ilegítima (toda aquela produzida em desacordo com as normas processuais — CPP, art. 564, III e IV), mas não ilícita (obtida por meios ilícitos)” (Apelação Criminal n. 96.000134-4, de Içara, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 10/9/96).

Destarte, aceita-se as gravações telefônicas como indícios legítimos de autoria, mas impede-se a utilização de suas transcrições, já que a interceptação das conversas telefônicas não se confunde com a sua transcrição, tratando-se de coisas distintas.

Sobre a matéria, decidiu esta egrégia Câmara Criminal, no ano que se finda:

“Escuta telefônica. Autorização judicial. Procedimento da Lei n. 9.296/96. Ausência de auto circunstanciado e reconhecimento das vozes. Não conhecimento da transcrição. Licitude da gravação.

‘Se, naquele momento, à cognição sumária do juiz a quebra do sigilo da comunicação telefônica pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá sido lícita e não perderá essa característica se se constatar, depois, a possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios’ (Ada Pellegrini Grinover, *O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas*, in *Revista Forense*, vol. 338, 1997, pág. 10).

‘Mas, na hipótese em exame, admitidas as gravações telefônicas com ordem judicial, não se pode reconhecer valor probante às transcrições das conversações gravadas porquanto, embora realizadas com autoriza-

ção judicial, não se procedeu à confirmação das vozes gravadas e transcritas, pois estas foram identificadas à perícia apenas por indicação da autoridade policial; trata-se, assim, de prova ilegítima (toda aquela produzida em desacordo com as normas processuais — CPP, art. 564, III e IV), mas não ilícita (obtida por meios ilícitos)' (Apelação Criminal n. 96.000134-4, de Içara, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 10/9/96)" (Apelação Criminal n. 98.000675-9, de Joinville, deste Relator, j. em 7/4/98).

Razões pelas quais, no caso em exame, ante à falta do auto circunstanciado e do reconhecimento das vozes, a transcrição da escuta não poderia mesmo ser utilizada como elemento probatório.

II — Flagrante forjado ou preparado

Inicialmente, convém esclarecer as circunstâncias em que se deram as prisões de Pedro Paulo e dos co-réus Jorge Neme e Sinomar.

Há notícia nos autos dando conta que as investigações, em torno do comércio ilegal de substâncias entorpecentes no sul do Estado, aconteciam muito antes de meados de março de 1997, consoante o requerimento de interceptação telefônica assinado conjuntamente pelo representante do Ministério Público, em exercício na Coordenadoria de Investigações Criminais e o Sr. Delegado da Deic (fls. 80/81).

Lê-se em tal documento que "após levantamentos, diligências e investigações realizadas nesta Comarca, estas apontaram, que o(s) terminal(is) telefônico(s) (048) 985-0908, de propriedade de Pedro Paulo Jesu-

ino, localizado em Sombrio e (048) 985-8049, de propriedade de Sálvio Martins Colares, também de Sombrio, estão sendo utilizados por 'Pedrinho de Tal' e 'Neizão de Tal', para tratar de assuntos relativos ao tráfico de entorpecentes e furtos de automóveis nesta região de Turvo" (fls. 80).

Convencido da gravidade do problema relacionado ao tráfico de drogas que assola não só o Estado, o Dr. Juiz da comarca de Turvo, ao qual o requerimento foi endereçado, deferiu o pedido, na mesma data (21/3/97), pelo prazo de 15 (quinze) dias (fls. 83/84).

Novo requerimento de interceptação, da lavra do Dr. Promotor de Justiça (fls. 88/89), resultou deferido, pelos mesmos fundamentos (fls. 88).

Requerimento de prorrogação da interceptação telefônica deferido (fls. 93/94).

As transcrições e fitas magnéticas foram encaminhadas ao representante do Ministério Público em exercício na Vara Criminal da comarca de Araranguá, em 30/4/97 (fls. 117).

Após as diligências, as autoridades incumbidas das investigações requereram a prisão temporária de Osmar Machado Suppi, Pedro Paulo Jesuíno, Alexandre de Tal e Jorge de Tal (fls. 96/97), bem como a expedição de busca e apreensão contra Osmar Machado Suppi e Pedro Paulo Jesuíno (fls. 100/101), o que restou deferido (fls. 107 e 108).

E, tendo o Dr. Promotor de Justiça escutado as fitas magnéticas contendo as conversas telefônicas gravadas, "constata-se que carregamento de cocaína estará chegando em nos-

sa Comarca, proveniente do Estado de Mato Grosso. Indivíduos até então identificados como Cláudio de Tal e Jorge de Tal partiram de Cuiabá/MT na data de 5 de maio de 1997, estando prevista a chegada para hoje ou amanhã, sendo que a cocaína será entregue a Pedro Paulo Jesuíno, 'Pedrinho', residente em Turvo, o qual está com prisão temporária decretada por Vossa Excelência" (fls. 110).

Pedro Paulo Jesuíno foi preso em 26/5/97, requerendo o Dr. Promotor de Justiça a expedição de mandado de busca e apreensão de tóxicos, armas, entre outros (fls. 113), o que restou deferido (fls. 113), sendo apreendido na casa de Pedro Paulo Jesuíno, na localidade de Soares, "uma sacola de plástico preto, com as inscrições 'Olivetti' na cor verde, apresentando em seu interior: 3 (três) pacotes de plástico preto, selados com fita adesiva de cor bege, acondicionando pó branco; 1 (um) pacote de plástico transparente, selado com fita adesiva de cor bege, acondicionando pó branco, e 1 (um) pacote de plástico preto com caracteres na cor amarela, selado com fita adesiva de cor bege, acondicionando pó branco. Todo o material apresenta o peso bruto de 5.368,8g (cinco mil trezentos e sessenta e oito gramas e oito decigramas)" (fls. 37).

O auto de prisão em flagrante foi lavrado na comarca de Florianópolis, o que não constitui nulidade, porquanto a autoridade policial não exerce qualquer ato de jurisdição, sendo válido o auto lavrado por autoridade diversa daquela mencionada na lei, principalmente porque a operação estava sendo dirigida pela Deic — Diretoria Estadual de Investigações Cri-

minais, que possui sede em Florianópolis.

Sobre a inexistência de nulidade na lavratura de auto de prisão em flagrante em comarca diversa da que foi efetuada a prisão, temos:

"O fato de o auto de flagrante ter sido lavrado em local diverso daquele em que ocorreu a prisão do indiciado não acarreta sua nulidade" (RT 531/364).

Ademais, o auto de prisão em flagrante foi lavrado na Diretoria de Investigações Criminais da Polícia Civil que tem competência para o exercício de suas atividades em todo o Estado de Santa Catarina. E, sob tal ótica, aplicável à espécie, guardadas as devidas proporções, o já decidido:

"O Delegado de Polícia da comarca é competente para a lavratura do auto de prisão em flagrante delito efetuada em qualquer dos municípios que a integram" (JC 21/403).

Nem se fale que qualquer nulidade possa ter ocorrido quanto ao fato de a prisão ter sido efetuada por policial de comarca diversa, mormente porque a jurisprudência já pacificou o entendimento que, "não exercendo a Polícia ato algum de jurisdição, inexistente razão para falar-se em incompetência *ratione loci*, sendo válido o auto de prisão em flagrante lavrado por autoridade de comarca contígua e que, pela lei estadual, é considerada integrada com aquela do local onde efetuada a prisão por crime desenvolvido em ambas as comarcas" (HC n. 12.454, de Lçara, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 10/10/95).

Prosseguindo, Márcio Luiz Aguiar, condutor, afirmou:

“O declarante, juntamente com outros policiais civis da 1ª Delegacia de Polícia de Araranguá, tinham informações de que os conduzidos estavam vendendo grande quantidade de cocaína na região de Araranguá, inclusive tinham conhecimento de que em ‘grampos telefônicos’ haviam descoberto que Jorge e Sinomar traziam cocaína num fundo falso do Fiat Uno Mille, placa AX 7670 e distribuíam para Pedro Paulo Jesuíno, funcionário da Celesc que ajudava na comercialização. Que estavam de posse de mandados de prisão temporária e busca e apreensão e hoje sabiam que chegaria um carregamento para Pedro Paulo, trazido por Sinomar e Jorge. Que acampanaram o Posto da Polícia Rodoviária Federal em Araranguá e esperaram por mais de duas horas até a chegada da camioneta F-1000 de cor amarela, pertencente a Pedro Paulo Jesuíno. Que abordaram a mesma, por volta das 17h30min os três conduzidos a ocupavam e era dirigida pelo Pedro. Que deram uma revista em ambos, e Pedro Paulo Jesuíno e Jorge Neme assinaram o mandado de prisão. Que os policiais descobriram que o Fiat Uno Mille estava estacionado no posto de gasolina Irmão da Estrada — na localidade de Sanga da Areia e o carro foi vistoriado e descoberto um fundo falso. Que os veículos foram removidos para a 1ª DP de Araranguá bem como os conduzidos. Que dirigiram-se para a casa de Pedro Paulo Jesuíno e durante a busca, com o respectivo mandado o declarante apreendeu, na presença dos familiares de Pedro Paulo Jesuíno e dos outros policiais, cinco pacotes de cocaína, embalados com plástico e fita crepe, que estavam es-

condidos dentro de uma caixa de isopor, num depósito, no fundo da casa. Que o declarante voltou à 1ª DP de Araranguá e deu voz de prisão aos três conduzidos, pois sabia que a droga pertencia aos três, cientificando-os de seus direitos constitucionais. Que após a apreensão da droga todos foram apresentados ao Delegado de Polícia da Deic” (fls. 9/10).

E, em Juízo:

“Que às vezes o Dr. Felipe, Promotor de Justiça, entrava em contato com o depoente e com o Delegado Airton colocando-os a par dos fatos que eram descobertos com a escuta; que no dia em que foi realizada a prisão o depoente recebeu um telefonema do Promotor Felipe pedindo para dar ‘um apoio’ ao delegado Jorge, uma vez que a droga já havia chegado nesta cidade; que de posse do mandado de busca e apreensão que lhe foi fornecido pelo Dr. Júlio César, Juiz da comarca de Turvo, o depoente solicitou auxílio da polícia militar e entregou o mandado para o delegado Jorge; que quando entregou o mandado para o delegado, este lhe disse que já havia efetuado a prisão de ‘Pedrinho’ e outros dois elementos; que essa prisão teria sido realizada em cumprimento a mandado de prisão temporária expedido na comarca de Turvo—SC; que de posse do mandado de busca e apreensão, o depoente, o delegado Jorge e outros policiais foram até a casa do acusado Pedro Paulo e, na garagem, que também serve de área de serviço, atrás de um freezer o depoente encontrou uma caixa de isopor com tampa, que dentro da caixa havia três lustres de abajur e por baixo destes lustres havia cinco quilos e pouco de cocaína; que

a droga foi colocada na viatura da polícia e logo em seguida a esposa do acusado Pedro Paulo entrou em discussão com uma vizinha residente na terceira casa à esquerda, acusando-a de ter 'entregue' o marido dela; que no 1º Distrito Policial o depoente deu voz de prisão aos acusados; que posteriormente deslocaram-se até a Capital, na Deic, onde foi lavrado o flagrante (...) que o depoente passa diariamente pela casa de Pedro Paulo, quando se desloca para o serviço no Fórum da comarca de Turvo e, quase que diariamente, via sua camionete F-1000 na residência na localidade de Soares" (fls. 404).

Ricardo Speck Kindermann, policial civil lotado na 1ª Delegacia de Polícia de Araranguá, disse que "já tinha alguns dias realizando investigações sobre o tráfico de drogas realizado por Pedro Paulo Jesuíno, Sinomar Leal Ribeiro Júnior e Jorge Neme na cidade de Araranguá, inclusive tinha conhecimento de que o telefone celular 985-0908 estava grampeado. Que o declarante hoje saiu em companhia de outros policiais da 1ª DP e um policial militar e ficaram acampanando no posto da PRF de Araranguá, esperando os três conduzidos chegarem. Que apareceram numa camioneta F-1000 de cor amarela pertencente a Jesuíno. Que revistaram os três e descobriram que o Fiat Uno Mille de cor branca, placa AX 7670, de Jorge Neme estava escondido no Posto Irmão da Estrada. Que foram ao local com os três conduzidos e descobriram, após uma revista no veículo, que existia um fundo falso. Que apreenderam os veículos e levaram para a 1ª DP, bem como os conduzidos. Que foram para a casa de Jesuíno, localizada em Soares — Ara-

ranguá, munidos do mandado de busca e apreensão e o declarante viu, bem como os outros policiais e os familiares de Jesuíno, a apreensão de cinco pacotes de cocaína, escondidos dentro de uma caixa de isopor, e dois rolos de fita crepe. Que estava num depósito nos fundos da casa. Que voltaram para a DP e os conduzidos receberam voz de prisão. Que o declarante alega que Jesuíno é ex-presidiário, pelo crime de tráfico de drogas" (fls. 10).

Certo é que Pedro Paulo possui condenação anterior, só que não por tráfico de drogas (fls. 70/71).

E do que consta do relatório do Sr. Delegado de Polícia da comarca de Araranguá, Dr. Jorge Giraldi:

"Na data de ontem por volta de 15 horas foram presos Pedro Paulo Jesuíno, Jorge Neme e Sinomar Leal Ribeiro Júnior, no posto da polícia rodoviária de Araranguá quando transitavam com o veículo Ford F-1000 placa LXX 7472, de propriedade do primeiro, ressaltando que contra os dois primeiros existia ordem de prisão temporária decretada por esse Juízo.

"Na seqüência foi apreendido o veículo Fiat Uno Mille de cor branca, placa AX 7670 de Cuiabá—MT, pertencente ao conduzido Jorge Neme, que encontrava-se estacionado no posto de gasolina Irmão da Estrada no bairro Sanga da Areia neste Município. Trazido a esta delegacia detectou-se que o veículo Fiat Uno possuía um fundo falso situado atrás do pára-choque traseiro, porém não foi apreendida qualquer espécie de substância entorpecente no interior deste veículo.

“De posse de mandado de busca e apreensão domiciliar expedido por V. Exa. na residência do conduzido Pedro Paulo Jesuíno, localizada em Soares neste Município, em companhia de policiais militares, apreendemos cerca de 5.368 gramas (cinco mil trezentos e sessenta e oito gramas) de substância similar a cocaína.

“Diante da situação de flagrância foi lavrado pela Deic o auto de prisão em flagrante n. 040/97 contra os conduzidos supramencionados, sendo que os veículos também foram apreendidos nos autos, notadamente o Fiat Uno para que fosse periciado em virtude do dispositivo elaborado para o transporte da substância entorpecente.

“Após a prisão dos três conduzidos foi preso na cidade de Sombrio Osmar Machado Suppi, em virtude de decreto de prisão temporária expedido por esse Juízo, estando todos a disposição da Deic.

“Acrescento que as investigações continuam com o objetivo de prender outros integrantes desta quadrilha especializada no tráfico de drogas entre o Estado do Mato Grosso e sul de Santa Catarina, despontando como líderes nesta região Pedro Paulo Jesuíno e Osmar Machado Suppi” (fls. 114).

Acontece que, efetuada a prisão dos apelantes e de Osmar Machado Suppi, através de mandado de prisão temporária, quanto a este nada foi apurado, nestes autos, que fizessem a autoridade concluir que estaria envolvido com o tráfico, razão pela qual não foi aqui indiciado e denunciado, prestando declarações como testemunha:

“Encontra-se preso, nesta Deic, em cumprimento de mandado de prisão temporária por 30 dias, decretada pelo Juízo da comarca de Turvo—SC e sobre os fatos que culminaram com a sua prisão, diz que não conhece Sinomar Leal Ribeiro Júnior e Jorge Neme conheceu nesta cela da Deic. Com relação a Pedro Paulo Jesuíno, alega que o conhece há anos. Que diz que Pedro Paulo está ligado com o tráfico de drogas há não muito tempo, aproximadamente 3 ou 4 meses e Pedro Paulo vende cocaína na região de Sombrio, Araranguá e Turvo e inclusive estava arrumando ramificação em Caxias do Sul. Que o declarante diz que nunca fez qualquer contato para Jesuíno. Que diz que a cocaína apreendida veio de uma cidade perto de Cárceres—MT e quem trouxe a droga foi Sinomar e Jorge, num Fiat branco que tinha um fundo falso. Que o declarante não viu o fundo falso do carro no pátio da Deic, mas alega que escutou essa conversa dentro da cela. Que o declarante tem conhecimento de que um elemento de nome ‘Alexandre’ de Osório do RS, também estaria trazendo cocaína para Pedro Jesuíno, inclusive veio do Mato Grosso com o Gol de Jesuíno há 10 dias atrás. Que o declarante diz que é amigo de Pedro Jesuíno por isso já sabia do esquema todo. Que o declarante diz que já foi preso e cumpriu pena por tráfico de drogas em Sombrio mas cumpriu sua pena em Araranguá” (fls. 33).

Acrescente-se que, quanto às palavras de Osmar Machado Suppi, tem razão a defesa, devendo elas serem recebidas com reservas, porquanto os autos apresentam três declarações de conteúdo distinto (fls. 33, 398 e 408), demonstrando que foram



prestadas conforme a conveniência do momento.

Por outro lado, são necessários alguns esclarecimentos quanto ao fato que todos os atos judiciais, praticados até a homologação do flagrante, foram da autoridade judiciária da comarca de Turvo, onde, a princípio, a ação penal deveria ser processada e julgada, levando-se em conta a regra da prevenção.

Como se sabe, o crime de tráfico de entorpecentes é permanente, onde existe apenas uma conduta, mas como a consumação se prolonga, pode ocorrer em dois ou mais locais diferentes, todos, em tese, lugar da infração.

Dessa forma, inteiramente aplicável ao caso o art. 71 do Código de Processo Penal, que dispõe:

“Tratando-se de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção”.

No entanto, “a prevenção é a forma de definição de competência entre dois ou mais juízes igualmente competentes e aplica-se aos casos de competência relativa. Necessidade, portanto, da exceção apropriada, o que não houve, na espécie” (RT 736/715).

Ou seja, prorroga-se a competência do juízo (firmada, no caso, pela prevenção, nos termos do art. 83 do CPP), se não argüida oportunamente, ou seja, no prazo da defesa prévia, por meio de exceção de incompetência (art. 108 do CPP). É que, “a não-observância da competência decorrente da prevenção gera nulidade meramente relativa, sanável se não

alegada no momento oportuno” (STF — HC n. 679.287-7, in DJU de 30/10/92, pág. 19.515) e “se o réu não opõe exceção declinatória de foro, dá-se a prorrogação da competência” (RT 560/301).

Assim, após a descrição das operações policiais que culminaram com a prisão do apelante, os questionamentos formulados pelo ilustre Defensor restaram prejudicados, porquanto as investigações, que se iniciaram na comarca de Turvo (onde está lotado o policial militar condutor), estavam sendo realizadas em conjunto com a Deic, sendo que o nome do Delegado de Polícia de Araranguá pode ser visto no relatório de fls. 114, transcrito acima.

Ademais, a legislação não fala, em momento algum, que o Ministério Público deva acompanhar a lavratura do auto do prisão em flagrante, ainda mais porque a “conveniência dessa sua presença, em cada caso, fica adstrita à apreciação do próprio Promotor de Justiça, ou do Procurador-Geral, que designará um de seus membros, se já não houver um em caráter permanente, especialmente para acompanhar o inquérito policial” (Adilson Mehmeri, Inquérito Policial, Saraiva, São Paulo, 1992, pág. 424).

Sustenta, ainda, que a droga foi apreendida em local que não mais residia, apontando a existência de flagrante preparado ou forjado, haja vista ter sido esta implantada por terceiros a pedido dos policiais militares.

Essa versão é bastante inverídica, pois a prova produzida nos autos, aponta no sentido de que a cocaína encontrada na casa em Soares Ihe

pertencia e destinava-se ao comércio, conforme se verá adiante.

Com efeito, os policiais militares, que participaram da operação que culminou na apreensão das drogas, são uníssonos em afirmar que partiram devido às notícias que o apelante estava praticando a mercancia de entorpecentes (Policiais Ailson Gonçalves Pereira — fls. 401 e Ricardo Speck Kindermann — fls. 403).

Por outro lado, a possibilidade de ter existido um flagrante forjado é desmentida pela própria companheira do apelante, Janete dos Santos Elias, quando afirmou que “no dia em que Pedro Paulo foi preso, na parte da manhã, a declarante estava em casa; que nesse período ninguém apareceu no apartamento da declarante a procura de Pedro Paulo; que Pedro Paulo nunca fez qualquer reclamação em relação à polícia (...) que foi Pedro Paulo que informou para a declarante que eram policiais as pessoas que entraram na casa de praia” (fls. 483) (grifei).

Ademais, certo é que o onus probandi da má-fé ou parcialidade dos depoimentos policiais, in casu, cabia ao apelante, em função da inversão da regra procedimental. O apelante, entretanto, nada trouxe aos autos que pudesse atacar a versão dos policiais, restando esta última inabalada no processo.

E, não se registrando evidência de inimizade capital entre o acusado e os policiais, cabia à defesa a produção de prova eficiente para desconstituição das declarações colacionadas, fato que não se concretizou. Note-se que, em nenhum momento, os depoimentos policiais prestados foram con-

traditados. Conseqüentemente, válidos os testemunhos dos policiais, como prova da autoria do ilícito assestado ao apelante.

Isso, porque pacífico o entendimento pretoriano no sentido de que os agentes de polícia não estão impedidos de depor, tão-somente em razão da condição funcional que ostentam, valendo seus depoimentos como os de qualquer outra pessoa, salvo se suspeitos ou eivados de má-fé, visto que a polícia tem muitos mais objetivos a cumprir do que engendrar flagrantes contra inocentes cidadãos.

É que “os servidores públicos, inclusive policiais, empossados que são após formal compromisso de bem e fielmente cumprirem seus deveres funcionais, têm, no desempenho de suas atuações, presunção de que agem escorreitamente, não se podendo ofensivamente presumir que os informes que, em testemunhos ou em documentos oficiais oferecem a seus superiores e à Justiça, sejam ideologicamente falsos, tendo por vil escopo inculpar inocentes” (RT 411/266).

Assim, a alegação de que a droga teria sido “desovada” na casa do apelante não tem sustentação, nem qualquer comprovação, ou indício que tal seja verdade, devendo ser tida como alegação inexistente, pois deveria tê-lo comprovado, e não o fez. Além disso, é pouco crível que os policiais, frise-se, em investigação presidida pelo Ministério Público, envolveriam-se em tão ardilosa trama para incriminar o apelante?

Assim, é consabido que a falta de prova do álibi por quem está obrigado a prová-lo é de ser o mesmo considerado desfavoravelmente con-

tra aquele que o argüiu, posto que, conforme já se decidiu: “aquele que invoca um álibi tem que prová-lo satisfatoriamente, de molde a excluir seguramente a possibilidade de ter sido o autor da infração. Álibi não cumpridamente provado equivale a confissão de crime” (Apelação Criminal n. 28.037, de Laguna, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

O apelante, por sua vez, após ter usado seus direitos constitucionais de permanecer em silêncio, por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, onde estava acompanhado de advogado (fls. 10), em Juízo alegou que “no dia 24/5/97, após as 22h, o interrogando parou no Posto Irmão da Estrada para abastecer sua caminhonete. Que foi interpelado por um senhor, o qual não sabe o nome, se queria vender seu veículo. Que a resposta dada foi positiva, sendo que não poderia mostrar o veículo naquele momento, pois já era tarde; que na segunda-feira, encontrou-se novamente com o referido senhor, cujo o nome é Jorge, visando a negociar a caminhoneta. Que vieram até o centro e após Jorge ter experimentado a caminhoneta, voltou até o Posto para deixá-lo; que na polícia rodoviária foram parados e presos; que o interrogado encontrou Sinomar também no posto de abastecimento, junto com Jorge; que até aquele dia nunca tinha visto Jorge ou Sinomar; que o interrogando e os co-denunciados foram levados até Florianópolis—SC, onde lhe disseram que havia sido encontrada a droga em sua casa; que o local onde foi encontrada a droga não é onde reside o interrogando, visto residir em Arroio do Silva; que o interrogando nunca mexeu com droga, e tampouco é viciado;

que a casa onde foi encontrada a droga já foi residência do interrogando, mas separou-se da esposa e no local reside esta com seus três filhos; que o interrogando ia na casa com alguma frequência, para ver seus filhos e levá-los a escola; que o interrogando não sabe o que os co-denunciados fazem, pois nunca os viu; que o interrogando trabalha há dezessete anos na Celesc, e nas horas vagas compra e vende automóveis; que conheceu Alexandre no estacionamento, quando este disse que tinha uma confeitaria; que alugou sua casa na praia para Alexandre e um casal na páscoa, quando o interrogando foi para Caxias, lá recebendo a notícia de que sua residência havia sido assaltada à mão armada pela polícia militar, e desde então vem sendo perseguido; que no assalto Alexandre foi colocado no porta-malas do carro utilizado pelos assaltantes, sendo que Alexandre viu as placas no seu interior, e através dessas placas foi verificado que o veículo pertencia ao cabo Cláudio da PM, que desde então o interrogando vem tendo uma série de problemas; que o interrogando não tem qualquer ligação com Mato Grosso, apenas uma certa ocasião comprou um veículo de uma pessoa do Mato Grosso chamado Jocelino; que deu problema para a transferência do veículo, e o interrogando mandou um amigo conhecido por Carlinhos até o Mato Grosso para resolver o problema; que Carlinhos viajou somente uma vez para o Mato Grosso; que o interrogando não tem telefone na sua residência, mas tem linha móvel celular de n. 985 0908; que seu telefone estava sempre na ‘Sete Car’ que fica na Sete de Setembro, nesta cidade, e todas as pessoas usavam

seu telefone; que o interrogando trabalha na Celesc de Ermo—SC; que está separado de sua esposa há três meses; que desde então está vivendo com uma moça chamada Janete dos Santos Elias; que a caminhonete que Jorge estava interessado é uma F-1000; que a caminhonete foi comprada da Madeireira Dário; que conhece um elemento com o nome de Suppi, cujo o nome completo é Osmar Machado Suppi; que esta pessoa mora em Sombrio, não sabendo o interrogando o que faz; que não conhece pessoa com o nome e apelidos de Valter, Boy, Pé Sujo, e Casemiro; que, o interrogando acrescenta que tudo é motivado por perseguição, e quando foi detido não lhe foi dado direito a advogado; que a Polícia esteve em seu apartamento no Arroio do Silva nada encontrando” (fls. 287/288) (grifei).

Acontece que no relatório das ligações telefônicas solicitado pela autoridade judicial, no período compreendido entre 24/2/97 e 11/6/97, verifica-se um sem-número de ligações telefônicas, inclusive a cobrar e no período da noite, dando conta de algum tipo de ligação do apelante com o Estado do Mato Grosso (prefixo DDD — 065 — MT, inclusive Cáceres — Fonte: <http://www.telesc.com.br/axl/html/ddd.htm>). Dessas ligações, a primeira delas é de 3/3/97 e a última de 17/5/97 (fls. 354/384).

E, ainda mais, em declaração prestada ao Togado, durante audiência de instrução e julgamento, na presença de seu Defensor, afirmou que “o verdadeiro ‘Jota’, não é o acusado Jorge Neme, que esclarece que não o conhece pessoalmente; que as conversas que tinha por telefone, sobre drogas, eram com outro ‘Jota’, que o

telefone era 065-223-2734; que este telefone não é do ‘Jota’, mas uma senhora atende e o chama; que ‘Jota’ é policial militar” (fls. 473) (grifei).

Os co-réus absolvidos, por sua vez, também usaram de seus direitos constitucionais de permanecerem em silêncio e em Juízo, interrogados, afirmaram:

“Que conheceu o acusado Pedro Paulo Jesuíno há poucos dias quando veio trazer-lhe um carro; que conhece o acusado Jorge Neme a aproximadamente dois anos; que conhece Jorge, visto que este viajava para o Mato Grosso para vender roupas; que o interrogando trabalha em uma loja de material de construção chamada Resende Magalhães, que fica na cidade Alto Araguaia—MT; que o interrogando veio para o sul, a fim de fazer uma pesquisa de preços de material de construção, pois está sendo construído um hospital e um frigorífico está sendo projetado para posterior construção; que encontrou-se com o co-denunciado Jorge em um feirão de automóveis em Cuiabá, que fica em Várzea Grande atrás da Universidade; que uma pessoa com o apelido de ‘Bicão’ pediu-lhe para que trouxesse um Fiat Uno para Pedro Paulo, dando-lhe um número de telefone para que fizesse o contato quando aqui chegasse; que pediu a Jorge para vir junto dirigir o veículo, pois o interrogando não possui habilitação; que ganharia R\$ 500,00 para trazer o Uno; que aqui chegando encontraram Pedro Paulo na usina da Celesc, quando este lhes disse que teria dinheiro somente na segunda-feira, ficando com o Uno e emprestando-lhes sua caminhonete; que o interrogando e Jorge ficaram hospedados no Posto

Irmão da Estrada; que na segunda-feira Pedro Paulo apareceu pegando o interrogando e Jorge trazendo-os para a cidade, dizendo-lhes que ia até o hospital, deixando-os no centro; que o Uno ficou no Posto; que posteriormente Pedro Paulo voltou e quando se dirigiam ao Posto Irmão da Estrada foram presos no P.R.F., sendo levados para Florianópolis—SC; que antes desses fatos nunca fez qualquer contato com Pedro Paulo Jesuíno; que nunca usou drogas; que não sabe se Jorge usou drogas alguma vez; que não conhece Alexandre, Valter, Boy, Pé Sujo, Suppi ou Casemiro, e Jorge não tem apelido e não conhece alguém que atenda pelo apelido de 'J'" (Sinomar Leal Ribeiro Júnior — fls. 289/290).

"Que o interrogando ficou conhecendo o acusado Pedro Paulo Jesuíno no dia 24/5/97, sábado, na Celesc de Turvo ou Ermo; que o interrogando possui uma pequena confecção em São José—SC; que costuma viajar para o Mato Grosso para vender o que fabrica; que em uma dessas viagens encontrou em um feirão de automóvel o co-denunciado Sinomar, o qual conhecia a pouco mais de dois anos; que Sinomar tinha que trazer um Uno Mille para Araranguá—SC, pois tinha sido oferecido à aquele para trazer o referido veículo; que Sinomar tinha que vir fazer pesquisas de preços de material de construção em Criciúma—SC, e Sombrio—SC, sendo que então o interrogando resolveu vir junto para economizar o dinheiro da passagem; que foi oferecido R\$ 500,00 para Sinomar fazer o transporte; que lá ficaram sabendo que o carro era para ser entregue para o acusado Pedro Paulo Jesuíno, o qual o interro-

gando e Sinomar não conheciam; que chegando na Celesc de Ermo entregaram o Uno Mille a Pedro Paulo e pegaram a caminhoneta cedida por Pedro Paulo; que hospedaram-se no Posto Irmão da Estrada até segunda-feira, às 11 horas da manhã; que até aquele momento o valor do frete não havia sido pago; que o interrogando e Sinomar vieram até a cidade com Pedro Paulo, quando este os deixou em uma lancheria dizendo que ia ao médico; que depois Pedro Paulo voltou pegando-os levando-os para o Posto Irmão da Estrada, quando foram abordados pela P.R.F., e presos logo em seguida; que foram levados para a delegacia dessa cidade e à noite para a Deic em Florianópolis—SC; que antes desse dia o interrogando nunca tinha tido qualquer contato mesmo que telefônico com Pedro Paulo" (Jorge Neme — fls. 291/292).

E, ainda, as palavras da esposa do apelante, Regiane de Lourdes Preza Jesuíno:

"Que está separada de fato do acusado Pedro Paulo Jesuíno há quatro meses; que o acusado transferiu residência para a praia; que após a separação o acusado Pedro Paulo passou a visitar sua família uma ou duas vezes por semana; que a casa da declarante não é freqüentada por pessoas estranhas; que nem a declarante e nem seus filhos são traficantes de drogas; que a declarante não conhece drogas; que perguntado sobre a droga encontrada em sua residência, a declarante acha que a mesma possa pertencer a dois homens que estiveram em sua residência, em um domingo a procura do acusado Pedro Paulo Jesuíno com o objetivo de adquirir a sua caminhonete; que a decla-

rante informou a referidas pessoas de que Pedro Paulo não morava mais naquela residência, mas sim na praia; que referidas pessoas pediram para deixar uma sacola de roupas em sua residência; que a declarante autorizou a deixarem na garagem uma vez que iria sair de casa; que referidas pessoas disseram que retornariam na segunda-feira, mas não retornaram; que no mesmo dia à noite apareceu a polícia e revistou a residência da declarante; que a polícia não possuía mandado para tal diligência; que o mandado somente foi apresentado posteriormente em torno de 15 minutos após; que a declarante não disse na fase policial sobre as duas pessoas e a sacola porque não lhe foi perguntado; que as duas pessoas que pediram para deixar a sacola em sua residência são as duas que estão sentadas nesta audiência ao lado de seu marido, Jorge e Sinomar; que o telefone celular de seu ex-marido era usado por ele e as vezes pela declarante; que pessoas estranhas não usavam referido aparelho 'de jeito nenhum', em sua residência (...) que o telefone era 985-0908; que seu marido também era proprietário de um Gol, veículo este que por 15 ou 20 dias não apareceu em sua residência, não sabendo a declarante se referido veículo estava com seu marido ou em algum outro local; que Pedro possui somente a caminhonete e o Gol; que possuem a casa onde reside a declarante há 17 anos; que também possuem uma casa de praia há um ano; que não conhece ninguém chamado Alexandre; que quem deixou o Gol na residência da declarante foi o irmão do acusado Pedro; que a mochila deixada pelos outros dois acusados em sua residência foi deixada pe-

los mesmos na garagem; que a garagem possui portas, mas fica sempre aberta; que os acusados não entraram em sua residência; que a declarante possui um freezer na garagem mas a sacola não foi colocada atrás do mesmo (...) Que a declarante diz que a mochila, a qual não lembra a cor possui um formato de mala, possuindo uma alça; que a bolsa permaneceu no mesmo lugar até a chegada da polícia; que não conhece ninguém chamado Jorge, com alcunha de 'Jota'; que quando prestou seu depoimento na polícia estava acompanhada de advogado; que quando prestou suas declarações na polícia, realmente a declarante não conhecia as pessoas que foram presas com seu marido; que passou a conhecer referidas pessoas nesta data; que não chegou a ver os acusados Sinomar e Jorge quando visitou o acusado Pedro no Presídio" (fls. 399/400).

Se isso não bastasse, as transcrições sequer foram consideradas, quanto mais sob o prisma de que se referiam a drogas.

Além do mais, de que adiantariam investigações nos telefones de extensão, para exclusão da culpabilidade do apelante. Se qualquer outra investigação é necessária e tal não foi feita neste processo, quanto a qualquer outro envolvido, pode ser feita em outro processo. Ressalte-se: o apelante não foi condenado pelo teor das transcrições e não há qualquer notícia nos autos de alguma operação comercial referente a peças para o veículo Gol, que estava com o motor fundido.

E, mesmo que se acredite que o réu não mais residia no local onde a

droga foi apreendida, porquanto nada impediria que continuasse a viver com a mulher mantendo um apartamento para a companheira, e se a suposta "batida" na sua casa de praia é verdadeira a ponto de fazê-lo alugar um apartamento para morar com a companheira, certo é que o apelante não deixaria a droga onde morava nem mesmo em local que já havia sido visitado pela Polícia. Aliás, até mesmo se daria ao luxo de visitar tranquilamente a mulher e os filhos.

Pois bem, se as declarações do réu e de sua sua mulher, de quem alega que estava separado, não se mostram verossímeis diante das palavras seguras do policial condutor, Márcio Luiz Aguiar, por mero raciocínio silogístico, é iniludível a responsabilidade criminal do apelante quanto à droga encontrada na casa em Soares.

As razões defensivas, buscando desconstituir as evidências apontadas, não convencem quando confrontadas com os sérios indícios que despontam do contexto probatório, tudo apontando o apelante no envolvimento com o tráfico de entorpecentes. É que o comportamento nesses delitos é quase sempre sutil. Daí a importância das evidências e dos fatos circunstanciais que entrelaçam o crime, o que leva a afirmar e confirmar que o apelante tinha em depósito para o comércio cerca de cinco quilos de cocaína.

Se isso não bastasse, o conteúdo das declarações das testemunhas da defesa apontam tão-somente dados periféricos dos fatos, mencionando a boa índole e caráter do apelante sendo, no restante, frágeis para desfazer a prova coligida nos autos.

Se os indícios integram o sistema de articulação de provas e valem por sua idoneidade e pelo acervo de fatores de convencimento (art. 239 do CPP), no que pertine ao reconhecimento dos indícios como meio probante, nunca é demais lembrar o escólio de Maria Teresa Rocha de Assis Moura:

"Os indícios têm a mesma eficácia probante que qualquer outra prova, face ao princípio do livre convencimento.

"O julgador deve sopesar todas as provas produzidas, sem prevalência de uma sobre outra, expondo, exaustivamente, na sentença, os motivos que o levaram ao convencimento.

"Se, após criteriosa análise, os indícios não deixarem qualquer margem de dúvida, no espírito do julgador, quanto à certeza da imputação, poder-se-á dizer que a conclusão, do exame dos diversos indícios reunidos, é suficiente para a prolação de uma decisão condenatória" (in A Prova por Indícios no Processo Penal, Saraiva).

O que se exige é que se baseie nos elementos constantes dos autos e justifique suficientemente a decisão.

Foi o que aconteceu na hipótese vertente, posto que além dos depoimentos convictos dos policiais que desbarataram o intento criminoso, tem-se as palavras discrepantes dos co-réus, aliados à inverossimilhança da negativa de autoria apresentada em Juízo e, até mesmo, desmentida.

Assim, diante da apreensão da droga e da constatação da vinculação entre ela e o apelante, era mesmo desnecessária a apreensão de cocaína em seu poder para tipificação do

crime, pois consoante é da jurisprudência “assim, o tráfico de drogas tanto é exercido por aquele que as transporta, como pelo que, previamente conluído com o transportador, aguarda substância entorpecente para revendê-la posteriormente. Assim, não se exige, para tal fim, contato físico, corpóreo e material do agente com a substância entorpecente” (TJSP — RT 653/284).

Além disso, os elementos do inquérito policial estão em sintonia com o apurado em Juízo e, bem por isso, são perfeitamente válidos. Desprezá-los não é possível, até porque o Código de Processo Penal adotou, nessa parte, o sistema do livre convencimento (art. 157).

E a Exposição de Motivos acrescenta que “todas as provas são relativas; nenhuma delas terá ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência”.

A jurisprudência navega no mesmo rumo:

“É válida a condenação imposta com base em dados do inquérito policial, se os depoimentos destes estão em sintonia com o apurado em juízo. Desprezá-los não é possível até porque o CPP adotou, nessa parte, o princípio do livre convencimento e na sua exposição de motivos acrescenta que todas as provas são relativas, nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou maior prestígio que outra.

As declarações constantes do inquérito policial têm valor probante, pois não é, esse, peça inútil para efeito probatório que deveria ser relegado ao esquecimento, uma vez oferecida a denúncia, é justo da atividade da Polícia Judiciária visando informação sobre o fato típico e autoria, para viabilizar a propositura da ação penal, que iniciada, esta, permanece com sua função probante, é referência valiosa para o juiz. O inquérito policial integra os autos do processo” (TJSP — AC 181.308-3/9 — rel. Silva Pinto — RT 719/399 e JTJ 174/333).

Donde se conclui que a lei, ao mesmo tempo que concede ao Magistrado a ampla liberdade de análise da prova, não lhe fornece pesos, medidas ou valores que devem ser atribuídos aos elementos constantes dos autos, ainda mais nos crimes de tráfico de entorpecentes onde “não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido” (TJSP — AC n. 193.973-3/5 — rel. Egydio de Carvalho — RT 729/542).

Ademais:

“Em tema de comércio clandestino de entorpecentes, a negativa incondicional de autoria constitui geralmente uma diretriz trilhada pelos reincidentes específicos, especialmente quando se trate de traficantes de entorpecentes, não bastando, por si só, a prolação de decreto absolutório” (TACrimSP — AC — rel. Costa Mendes — JUTACrim 49/225).

Sendo este o caso dos autos, não há como se conceber decreto ab-



solutório pois, analisada detidamente a prova, o entendimento a que se chega é, antes pelo contrário, condenatório, atendendo-se o contido no art. 37 da Lei de Tóxicos.

A egrégia Segunda Câmara Criminal da Corte de Justiça Catarinense, em que foi Relator este subscritor, assim já decidiu:

“A prova, no tráfico de entorpecentes praticado com características de maior gravidade, deve ser apreciada em seu conjunto, não podendo ser desprezados os depoimentos de policiais e nem indícios e presunções que levam à conclusão da responsabilidade penal dos acusados” (TRF (4ª Reg.) — AC n. 92/4/08590-8 — rel. Ari Pnagendler — JSTJ e TRF — Lex 47/525).

É o caso dos autos.

III — Condenação de Pedro Paulo, também pela infração do art. 14 da Lei Antitóxicos, ou o reconhecimento da causa de especial aumento de pena prevista no art. 18, inc. III, da Lei n. 6.368/76

Conseqüentemente, no caso em exame, ante a falta do auto circunstanciado e do reconhecimento das vozes, a transcrição da escuta não pode ser utilizada como elemento probatório do vínculo associativo dos agentes, porém o teor das conversas entre os investigados justificou o mandado de busca, que, posteriormente, confirmou os indícios colhidos nestas conversas, com a apreensão da droga na residência do acusado, determinando a prisão em flagrante.

E, mesmo que se admita que o apelante tivesse alguma conexão e que certamente não usaria do comércio ilícito sozinho, não há nos autos

provas suficientes para condená-lo nas penas do art. 14 ou na forma do art. 18, inciso III, ambos da Lei n. 6.368/76, como pretende o ilustre Promotor.

Os depoimentos policiais afirmam que já existiam denúncias quanto à comercialização de drogas por parte do acusado, conforme já mencionado.

Essas denúncias foram confirmadas pelo monitoramento da linha telefônica do acusado.

A reunião destes fortes indícios levou à decretação da prisão temporária do réu, culminando na apreensão da droga em sua casa, justificando a condenação pelo crime de tráfico de drogas.

Contudo, a única prova existente que Pedro Paulo mantinha um vínculo associativo com os demais réus para a prática da narcotraficância é derivada apenas de indícios não comprovados colhidos na transcrição das conversas gravadas pela escuta telefônica.

Assim, ante a impossibilidade de uso dessas transcrições como elemento probatório do delito autônomo de associação para o tráfico, a absolvição era mesmo a medida que se impunha.

IV — Aumento da pena-base, em face das circunstâncias judiciais desfavoráveis

Objetiva o apelo ministerial o aumento da pena-base aplicada posto que entende ter sido fixada com lenidade.

Razão, no entanto, não lhe assiste.

O Magistrado, quando da fixação da pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão, e pagamento de 70 (setenta) dias-multa, valeu-se dos seguintes argumentos:

“O delito tem elevadíssima culpabilidade, entendida como a reprova-bilidade da conduta, considerando-se a desorganização social e a insegurança causadas pelo elevado consumo de substâncias entorpecentes que eleva a níveis estratosféricos a criminalidade de uma maneira geral, em virtude das nefastas conseqüências oriundas da dependência a que são levados os consumidores frente a astúcia e audácia cada vez maiores dos traficantes de tóxicos. Analisando seus antecedentes, encontramos nos autos registros de que o acusado está sendo processado nesta comarca em 3 (três) processos crimes distintos, envolvendo crimes de receptação (4) e roubo qualificado, havendo um quarto processo em que restou condenado às penas de 2 anos e 4 meses de reclusão e multa, cuja sentença transitou em julgado em 22/11/89 (fls. 71); na comarca de Turvo também restou processado, porém foi declarada extinta a punibilidade com fulcro no art. 109, VI, do CP. Temos, portanto, que o acusado possui péssimos antecedentes, razão pela qual sua conduta social é voltada para a prática ilícita. Os autos revelam que o réu é dotado de personalidade perigosamente dirigida para o crime, sendo o lucro fácil, ainda que à custa da saúde do semelhante, seu *modus vivendi*, evidenciando, portanto, que os motivos do crime são repugnantes ao homem médio. As circunstâncias do delito são as mais desfavoráveis, eis que os poderes constituídos não medem esfor-

ços para prevenir o consumo e coibir a criminalidade dessa odiosa prática que é o tráfico de drogas.

“Tendo em vista as circunstâncias judiciais acima analisadas, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão.

“Inexistem agravantes e atenuantes aplicáveis ao caso.

“Igualmente, incoerrem causas de aumento ou diminuição de pena, razão pela qual torno definitiva a reprimenda corporal em 4 (quatro) anos de reclusão” (fls. 958).

Assim, vê-se que apesar de todas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal terem sido consideradas desfavoráveis ao réu, estas se limitam a maus antecedentes e gravidade do crime, porquanto já se sabe que não se pode valorá-las duas vezes. Ademais, tem-se que entre 3 e 15 anos a pena fixada, na primeira fase em 4 (quatro) anos, não pode ser considerada benigna.

Certo é que o Judiciário não deve ficar inerte ante a onda de criminalidade que assola o País que, segundo alguns, sempre existiu, proporcionalmente, no entanto, não a custa de direitos individuais, garantidos a todos na legislação, tenham eles cometido este ou aquele crime, tendo em conta que “a relação entre lei e liberdade é, obviamente, muito estreita, uma vez que a lei pode ou ser usada como instrumento de tirania, como ocorreu com freqüência em muitas épocas ou sociedades, ou ser empregada como um meio de pôr em vigor aquelas liberdades básicas que, numa sociedade democrática, são consideradas parte essencial de uma vida adequada” (Dennis Lloyd, citado pelo

Ministro Félix Fischer, no julgamento do Rec. em Habeas Corpus n. 7.485—AC, j. em 4/6/98, in DJU de 3/8/98, pág. 268).

Portanto, o quantum da pena-base foi fixado com bom senso, devendo permanecer inalterado.

V — Alteração do dispositivo da sentença, observando-se o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos

Já externei por diversas vezes meu posicionamento acerca da flagrante inconstitucionalidade do dispositivo da Lei n. 8.072/90, que veda a progressão de regime nos chamados Crimes Hediondos (§ 1º do art. 2º), por ferir o princípio da individualização da pena, inserto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição da República, ainda mais após a edição da Lei n. 9.455/97, que dispõe sobre o crime de tortura, diante da isonomia entre os crimes reconhecida pela Carta Magna.

A Lei n. 8.072/90, em seu artigo 2º, § 1º, determina o cumprimento integral da pena privativa de liberdade em regime fechado, nos crimes hediondos, na prática de tortura, no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e no terrorismo. Discutível, contudo, a constitucionalidade desse dispositivo, em face do princípio da individualização da pena, previsto entre os Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, XLVI, da CF).

É inegável que a grande maioria da jurisprudência, inclusive do nosso Tribunal, entende ser incabível a progressão de regime, em se tratando de crime hediondo, sendo que o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela constitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, com a seguinte ementa:

“À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional” (HC n. 69.603 — Plenário, j. 18/12/92, in DJU 23/4/93, pág. 6.922).

Em sentido contrário, partidário da tese da inconstitucionalidade do referido artigo, doutrina Jaques de Camargo Penteadou:

“Há muito nos afastamos da pena tarifada. Uma coisa é fixar limites amplos para determinação do regime inicial de cumprimento da pena. Outra, bem diversa, impedir progressão ao regime menos rigoroso depois de descontado certo período e apurado mérito do reeducando. A individualização repele qualquer tentativa de catalogação dos réus. Isto já seria uma medida de cunho generalizante, contrária à intenção individualizadora do Texto Constitucional (Ives e Bastos, ob. cit., pág. 237). Pena individualizada é a fixada pelo Poder Judiciário com determinação da forma inicial e acompanhamento do progresso para, saindo do regime original, aproximar o reeducando da liberdade gradativamente” (Pena Hedionda, in RT 674/286).

Esse posicionamento encontra ressonância no artigo 112 da Lei de Execução Penal, verbis:

“A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão”.

O cumprimento da pena em regime fechado, sem possibilidade de progressão, sem dúvida, conduz à antiga concepção da sanção como finalidade unicamente repressiva, com um caráter exclusivamente expiatório e retributivo, contrária à moderna concepção de função socializadora da pena, que consiste em oferecer ao delinqüente o máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes, ao seu ingresso numa vida fiel ou conformada com o dever-ser jurídico-penal, visando à prevenção da reincidência através da colaboração voluntária e ativa daquele.

O sistema progressivo, além de compatível com o consagrado princípio da individualização da pena, tem caráter reeducativo e possibilita ao condenado, de acordo com o mérito demonstrado durante a execução, promoção a regime menos rigoroso, antes de atingir a liberdade. Por isso, a progressão constitui importante estímulo à ressocialização, o que não ocorre se a pena tiver de ser cumprida em regime integral fechado. Nesse último caso, como diz Jaques Camargo Penteado, “se o virtuoso aguarda recompensa pelo sacrifício, não é lícito esperar regeneração do infrator que não terá apreciado seu mérito eventual” (Pena Hedionda, ob. cit.).

Vale, sem prejuízo da brevidade, a transcrição do voto vencido do eminente Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento do HC n. 69.603-1/STF, que praticamente exauriu a matéria:

“Tenho como relevante a arguição de conflito do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 com a Constituição Federal, considerando quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no n. XLVI do art. 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso.

“Preceitua o parágrafo em exame que nos crimes hediondos definidos no art. 1º da citada Lei, ou seja, nos de 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, genocídio, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e, ainda, terrorismo, a pena será cumprida integralmente em regime fechado.

“No particular, contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais,

distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sócio-psicológicas que lhes são próprias, mas do episódio criminoso no qual, por isto ou por aquilo, acabaram por se envolver. Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e, a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.

“Tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do mal pelo mal causado e que sabidamente é contrário aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que acenado ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização?

“Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressivi-

dade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isto, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. Por sinal, a Lei n. 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. É que, pelo art. 5º da Lei n. 8.072/90, foi introduzido no art. 83 do CP preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançarem a liberdade condicional, desde que não sejam reincidentes em crimes de tal natureza — inciso V. Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional. Descabe a passagem do regime fechado para o semi-aberto, continuando o incurso

nas sanções legais a cumprir a pena no mesmo regime. No entanto, assiste-lhe o direito de ver examinada a possibilidade de voltar à sociedade, tão logo transcorrido quantitativo superior a dois terços da pena.

“Conforme salientado na melhor doutrina, a Lei n. 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada sob o clima da emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade.

“Por ela, os enquadráveis nos tipos aludidos são merecedores de tratamento diferenciado daquele disciplinado no Código Penal e na Lei de Execuções Penais, ficando sujeitos não às regras relativas aos cidadãos em geral, mas a especiais, despondo a que, fulminando o regime de progressão da pena, amesquinha a garantia constitucional da individualização.

“Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o art. 59 do CP que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabele-

lecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade — e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) — e a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

“Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984.

“Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.

“Com isto, concedo parcialmente a ordem, não para ensejar ao paciente qualquer dos regimes mais favoráveis, mas para reconhecer-lhe, porque cidadão e acima de tudo pessoa humana, os benefícios do instituto geral que é o da progressão do regime de cumprimento da pena, providenciando o Estado os exames cabíveis”.

O que se deve ter em mente, e é exatamente este o alcance que se deve empregar à garantia constitucional da individualização da pena, compatível com o atual estágio do Direito

Penal, é que a segregação pura e simples do homem do convívio social tem aspecto de mero castigo, quando, hodiernamente, tem-se que o objetivo principal da sanção criminal é a recuperação do delinqüente, e isso só pode ser conseguido através de emprego inteligente de processos de reeducação, e não apenas isolando-o completamente da sociedade, sem esperança nenhuma até o termo final do tempo de sua condenação.

Não obstante a insistência da jurisprudência amplamente dominante em admitir como constitucional a referida norma, vem tomando corpo sérias movimentações a favor do retorno para todos os crimes do sistema progressivo de execução da pena, ainda mais após a edição da Lei n. 9.455/97, que dispõe:

“Art. 7º — O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”.

Imaginando-se, pois, a prática de crime hediondo, como é a tortura, e não por disposição legal, mas por disposição constitucional, instala-se a desigualdade entre os condenados por este crime e os demais, chamados de hediondos, pois somente para o primeiro incidirá a regra do citado art. 7º.

E como bem assinalou o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, no julgamento unânime do Recurso Especial n. 140.617—GO, pela 6ª Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça, em 12/9/1997, cuja ementa tem o seguinte teor:

“REsp. Constitucional. Penal. Execução da pena. Crimes hediondos (Lei n. 8.072/90). Tortura (Lei n.

9.455/97). Execução. Regime fechado — A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou regime comum, considerando-se inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei n. 8.072/90 conferiu-lhes a disciplina jurídica, dispondo: ‘A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado’ (art. 2º, § 1º). A Lei n. 9.455/97 quanto ao crime de tortura registra no § 1º, art. 7º: ‘O condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado’. A Lei n. 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei n. 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular, a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos progressão de regime”.

E, na 2ª Câmara Criminal do vizinho Estado do Rio Grande do Sul, temos, inclusive, entendimento pela inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, neste particular, em face da Lei n. 9.034/95 (Crime Organizado), que dispõe no seu art. 10 que “os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado”:

“Progressão de regime. Crime hediondo. Norma constitucional que cerceia direitos ou garantias deve ser interpretada restritivamente, inclusive pelo legislador ordinário. O princípio da individualização da pena deve ser observado também na fase de execu-

ção, sendo absolutamente ilegítima a consideração do fato delituoso para fins de concessão dos benefícios executórios. A lei de combate ao crime organizado prevê o início de cumprimento da pena, seja qual for o crime decorrente de quadrilha ou bando, em regime fechado, e a recente Lei da Tortura, crime equiparado aos hediondos, autoriza a progressão, com o que esta, diante do princípio isonômico, perdeu a eficácia o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos” (Agravo, rel. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. em 7/8/97).

Ou seja, ao crime hediondo, praticado através de quadrilha ou bando, incidirá o prefalado art. 10 da Lei n. 9.034/95 e não o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, verdadeiro contra-senso.

Sem a pretensão de incursionar sobre a opinião dos que comungam com as palavras do eminente Ministro Vicente Leal, sobre o papel do Juiz diante do trabalho do legislador ordinário, esposado no REsp. n. 91.852/MG, j. em 1º/4/97, “porque nosso foro é corretivo, e só podemos extirpar do trabalho aquilo que se apresentar como uma afronta manifesta ao texto constitucional”, tenho para mim que, sendo a interpretação jurídica um processo de lógica que procura estabelecer a vontade da lei, que nem sempre é a vontade do legislador, devendo “atender aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum” (art. 5º da LICC) e que a execução da pena “deve afastar-se da pretensão de reduzir o cumprimento da pena a um processo de transformação científica do criminoso em não criminoso” (Julio Fabbrini Mirabete, Execução Penal, 6ª

edição, Atlas, 1996, pág. 31), para “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º da LEP), “o julgador, portanto, é antes de tudo verdadeiro intérprete da vontade do legislador expressa na norma, mas, evidentemente, não ficará adstrito a tal vontade quando essa afrontar a consciência social ou os direitos fundamentais da pessoa humana assegurados no texto magno.

“A desobediência a uma norma prefixada (considerada injusta ou inconstitucional), não implica, necessariamente, no rompimento ou esfacelamento do ordenamento jurídico porque, na essência, o próprio fim preconizado pela norma agendi é a realização do Direito, esse o fim último da ciência jurídica.

“O legislador ordinário, entendendo, ao fixar o cumprimento integral da pena em regime fechado, atentou — sem sombra de dúvidas — contra o princípio maior — porque previsto na Constituição Federal — da individualização da pena, além de ferir os princípios que regem a própria aplicação e execução da norma legal devendo por isso, a disposição proibitiva, ser declarada de forma incidental — inconstitucional — com a sua não aplicação ao caso vertente, decorrendo, em conseqüência, o deferimento da progressão almejada caso o recorrente atenda os demais requisitos legais para a obtenção daquela” (Agamenon Bento do Amaral, A Progressão do Regime e os Crimes Hediondos, in Jus Navegandi, <http://www.jus.com.br/doutrina/hediond.html>).



E José Frederico Marques, em palavras que falam por si mesmas, assim preleciona:

“Cumpra lembrar, ainda, que a execução penal está sujeita a mudanças e alterações no tocante à efetivação do título penal executório, que dão à condenação criminal, como elemento caracterizador da sanção penal, verdadeiro caráter de pronunciamiento rebus sic standibus. Fatos extintivos podem ocorrer que tirem inteira eficácia ao referido título, além do que outros fatos, de caráter modificativo, podem alterar a forma e extensão dos atos executórios.

“Para que tais fenômenos ocorram, imprescindível torna-se o pronunciamiento jurisdicional, pois são indeclináveis, também nesse assunto, a presença do juiz e um ato decisório seu para pôr fim ou alterar o curso da instância.

“Não se altera, então, o que foi decidido, mas apenas os efeitos do julgado. A parte da sentença que incide sobre o preceito primário da norma penal incriminadora permanece íntegra, pois as alterações na sanção penal executável ‘nada alteram o efeito de coisa julgada, que produz o processo em que recaiu a sentença condenatória’. Além disso, nessas modificações não podem ser feitas mudanças ampliativas da sanção penal em detrimento da liberdade do réu.

“A coisa julgada penal, por outro lado, não pode impedir a realização do princípio da individualização da pena, regra programática da Constituição. A coisa julgada mantém-se intacta no tocante à decisão sobre a prática da infração penal. O que ficou declarado no iudicium permanece in-

questionável e intangível. O título executório é que sofre alterações, adaptando-se a fatos jurídicos e à vontade da lei. Situações supervenientes, às quais o juiz da execução deve atender, submetem o título executório a essas mudanças; mas a parte declaratória da sentença de condenação não se altera nem sofre modificações” (in Elementos de Direito Processual Penal, vol. III, Ed. Bookseller, 1997, pág. 85).

Assim, segundo o entendimento acima esposado, no que se refere à inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos mesmo que no dispositivo da sentença o Juiz faça constar a expressão inicial ou inicialmente, integral ou integralmente, o reeducando terá direito à progressão pleiteada, se preenchidos os requisitos legais, pois o que importa é que o sistema progressivo sempre deve ser obedecido.

Ademais, se levarmos em conta o entendimento da maioria dos membros desta Corte, de que tal dispositivo não é inconstitucional, não há razão para acrescentarmos a expressão integral ou integralmente do dispositivo, se há referência ao art. 2º, § 1º, dos Crimes Hediondos, que entende deva ser a pena cumprida integralmente em regime fechado.

VI — Confisco do veículo F-1000, de propriedade de Pedro Paulo

Por fim, também neste particular, a irrisignação não merece prosperar.

Sabe-se que o direito de propriedade vem sofrendo, ao longo do tempo, múltiplas limitações. Em nosso País, uma delas está precisamente no

mandamento do art. 34 da Lei Antitóxicos, que reza:

“Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, assim como os maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, serão entregues à custódia da autoridade competente”.

In casu, não se trata da hipótese do art. 34 da Lei n. 6.368/76, que só pode vingar se restar comprovado que os objetos apreendidos foram exclusivamente utilizados para a prática delitativa ou desta sobrevieram, ou seja, só pode ser aplicado quando restar incontroversa a ligação entre os objetos e a prática do narcotráfico, sendo que o ônus de provar, em tal caso, compete à acusação.

No caso dos autos, como bem argumentou o Magistrado sentenciante, “com relação à F-1000/Ford não há como caracterizar onexo etiológico existente entre o crime praticado e referido veículo. Aliás, não podemos sequer afirmar que foi adquirido com os lucros obtidos pelo acusado Pedro Paulo com a prática criminosa, posto que há nos autos alegação do proprietário anterior alegando que não recebeu o valor total da venda do veículo” (fls. 957).

Sobre o tema, esta Segunda Câmara já teve a oportunidade de manifestar-se, em acórdão da lavra do Des. José Roberge, onde ficou consignado:

“O confisco deve recair tão-somente sobre os objetos direta e intencionalmente usados como instrumentos do crime e não sobre os que

ocasionalmente estejam ligados à conduta incriminada” (JC 72-524/9).

Do corpo do acórdão extrai-se o ensinamento do renomado jurista Vicente Grecco Filho:

“Basta, para a perda, que os veículos e demais instrumentos enumerados tenham sido utilizados para a prática dos crimes definidos na lei. Deverá, porém, o juiz, para não chegar a um resultado abusivo, determinar a perda apenas dos instrumentos direta e intencionalmente colocados como instrumentos do crime e não os que ocasionalmente estejam ligados à conduta incriminada (...) Para a perda, repetimos, há necessidade de umnexo etiológico entre o delito e o objeto utilizado para a sua prática. Haveria a perda, por exemplo, de um caminhão especialmente utilizado para o transporte de maconha”.

No mesmo sentido:

“A medida de constrição dos bens que serviram como instrumento ou mesmo que advieram de proveito auferido com a prática delituosa só pode prevalecer quando restar comprovado que tais objetos tinham relação direta e exclusiva com a infração (Apelação Criminal n. 96.007525-9, de São José, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. 4/3/97).

Afasta-se, pois, a pretensão ministerial.

VII — Dosimetria da pena de multa

Reparo deve ser efetuado na dosimetria da pena de multa, porquanto o Magistrado não fixou a reprimenda pecuniária nos mesmos parâmetros da pena privativa de liberdade que, se foi fixada em 4 (quatro) anos,

sendo aumentada de 1/3 (uma terça parte) na pena-base, deveria ser fixada em 66 (sessenta e seis) dias-multa.

O valor do dia-multa também deve ser adequado, uma vez que o Togado, ao fixar o seu valor unitário, fê-lo com base nos arts. 49 e 50 do Código Penal, resultando, assim, no pagamento de R\$ 0,52 (cinquenta e dois centavos).

Ressalte-se, por fim, inaplicável a recente alteração produzida pela Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, em vigor desde 26 próximo passado, porquanto, consoante a fundamentação esposada pelo ilustre Magistrado, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime não indicam que essa substituição seja suficiente.

Diante do exposto, decide a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer, negar provimento aos recursos e, de ofício, adequar o número e o valor da pena pecuniária, fixando-a em 66 (sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário de R\$ 0,52 (cinquenta e dois centavos).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Huáscar Viana. Impedido o Exmo. Sr. Des. José Roberge.

Florianópolis, 1º de dezembro de 1998.

*Álvaro Wandelli,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.009528-0, DE JOINVILLE**

**Relator: Des. Álvaro Wandelli**

*Crime contra a saúde pública.*

*Preliminares.*

*Nulidade do auto de prisão em flagrante, testemunhado apenas por policiais.*

*Cerceamento de defesa, ante a irregularidade do ato requisitório e da citação, eis que efetuados sem as formalidades legais, indeferimento da ouvida de testemunhas da defesa arroladas em substituição às não encontradas, bem como pela impugnação do lado de dependência toxicológica que não foi acolhido e pelo indeferimento do pedido para a realização de exames médicos.*

*Utilização de prova emprestada para embasar a condenação. Inocorrência.*

*Narcotraficância — Agentes presos em flagrante com grande quantidade de substância entorpecente (cocaína e maconha), além de outros materiais afins (bicarbonato de sódio, balança de precisão) em casa, sem apontar os nomes dos proprietários — Materialidade e autoria do ilícito devidamente comprovadas — Depoimentos dos policiais federais que efetuaram a prisão que se mostram unânimes e coerentes com as demais provas dos autos — Validade destes — Infração do art. 12 da Lei Antitóxicos perfectibilizada — Condenação mantida.*

*“Os servidores públicos, inclusive policiais, empossados que são após formal compromisso de bem e fielmente cumprirem seus deveres funcionais, têm, no desempenho de suas atuações, presunção de que agem escorreitamente, não se podendo ofensivamente presumir que os informes que, em testemunhos ou em documentos oficiais oferecem a seus superiores e à Justiça, sejam ideologicamente falsos, tendo por vil escopo inculpar inocentes” (RT 411/266).*

*Pretendida a desclassificação para o crime do art. 16 da Lei n. 6.368/76 em relação a um dos agentes, sob a alegação de sua condição de viciado — Grande quantidade apreendida do estupefaciente — Prova concludente quanto a comercialização — Impossibilidade.*

*O fato de ser viciado ao uso de cocaína em grau leve não tem o condão de desnaturar o delito de tráfico, vez que, no mais das vezes, os traficantes também são viciados, utilizando-se da revenda para angariar fundos como meio de sustentar o seu próprio vício.*

*Confisco de arma de fogo — Restituição.*

*Se o Magistrado excluiu pedido de condenação por crime de porte ilegal de arma, não descrito na denúncia e, não existindo nos autos prova de que a arma tenha sido utilizada para a prática delitiva ou desta tenha sobrevivido, deve o bem ser restituído.*

*Recursos defensivos colimando a exclusão do art. 14 da Lei de Entorpecentes — Associação — Hipótese em que não restou caracterizada a estabilidade e habitualidade da associação (societas sceleris) — Reconhecimento, outrossim, da causa especial de aumento de pena tipificada no art. 18, inc. III, da Lei n. 6.368/76, em face do*

*concurso de agentes — Recurso parcialmente provido.*

*“A agravante prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 deve incidir sempre que haja concurso de duas ou mais pessoas para o cometimento da infração à Lei Antitóxicos e pode ser aplicada mesmo no caso de ser repellido o crime de associação previsto no art. 14 do mesmo diploma sem que haja contradição, posto que o citado dispositivo se refere à associação estável e permanente para aquele tipo de infrações penais” (RT 613/354).*

*Redução da pena-base para o mínimo legal — Circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal parcialmente desfavoráveis — Diminuição.*

*Da mesma forma que o condenado não tem direito público subjetivo à fixação da pena-base no mínimo legal, certo é que o Judiciário não deve ficar inerte ante a onda de criminalidade que assola o País, no entanto, não a custa de direitos individuais, garantidos a todos na legislação, tenham eles cometido este ou aquele crime, tendo em conta que “a relação entre lei e liberdade é, obviamente, muito estreita, uma vez que a lei pode ou ser usada como instrumento de tirania, como ocorreu com frequência em muitas épocas ou sociedades, ou ser empregada como um meio de pôr em vigor aquelas liberdades básicas que, numa sociedade democrática, são consideradas parte essencial de uma vida adequada” (Dennis Lloyd, citado pelo Ministro Félix Fischer, no julgamento do Rec. em Habeas Corpus n. 7.485-AC, j. em 4/6/98, in DJU de 3/8/98, pág. 268).*

*Recursos parcialmente providos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.009528-0, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que são apelantes Nereu Soares Filho e Ronni Charles Alves, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, conhecer dos recursos, afastar as preliminares suscitadas e, no mérito, dar-lhes provimento parcial para afas-

tar da condenação a infração do artigo 14 da Lei n. 6.368/76, incluindo a incidência do artigo 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76, bem como a restituição da arma de fogo apreendida ao apelante Nereu Soares Filho, mantendo-se a condenação dos apelantes tocante ao delito do art. 12 da Lei n. 6.368/76, fixando as reprimendas em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 109 (cento e nove) dias-multa, para Nereu Soares Filho; e 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 77 (se-

tenta e sete) dias-multa para Ronni Charles Alves, mantidas as demais cominações da sentença. Vencido o emittente Des. Jorge Mussi, no tocante à preliminar suscitada sobre o indeferimento da oitiva de testemunhas arroladas em substituição às não encontradas. Vencido, ainda, no que se refere à fixação da pena ao apelante Ronni Charles Alves que entendia deveria ser de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses, de reclusão, e pagamento de 88 (oitenta e oito) dias-multa.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Joinville, José Ivo Aureliano, Nereu Soares Filho e Ronni Charles Alves foram denunciados como incurso nas sanções dos arts. 12 e 14, ambos da Lei n. 6.368/76, e c/c art. 69 do CP, porque:

“O denunciado José Ivo Aureliano, no dia três de novembro de 1997, em Cassilândia/MS, recebeu uma proposta de um elemento conhecido com ‘Gato’, para que transportasse oito pacotes de cocaína para esta cidade de Joinville, o que o denunciado prontamente aceitou, já que se encontrava desempregado.

“Assim sendo, três dias após, portanto, no dia seis de dezembro do corrente ano, o denunciado José Ivo transportou o entorpecente, em uma Saveiro adremente preparada (com fundo falso), juntamente com o elemento apenas identificado como Gato, até esta cidade de Joinville, e se encontraram com o denunciado Nereu em um restaurante. Ato contínuo o denunciado José Ivo seguiu o denunciado Nereu até uma residência no Bairro Iririú, em que residia o terceiro denunciado, Ronni Charles Alves, que, em

conjunto com o acusado Nereu, havia adquirido a droga.

“Ressalte-se que a residência havia sido anteriormente alugada para o fim de depósito de tóxico pelos denunciados Nereu e Ronni.

“O denunciado José Ivo estacionou seu veículo de ré, na garagem da referida residência, sendo que então os denunciados trataram de descarregar a cocaína trazida, num total de 8 (oito) pacotes.

“Após a descarga da droga pelos denunciados, policiais federais efetuaram uma batida, sendo que, no interior da residência, alugada pelo acusado Ronni, encontraram, além dos oito pacotes recém-entregues, uma balança de precisão, mais nove pacotes de cocaína em um sótão, mais dois sacos de cocaína escondidos embaixo de um refrigerador, e um revólver marca Taurus, calibre 38.

“O total de cocaína encontrada na residência foi de 19.070g (dezenove mil e setenta gramas).

“Além da droga, estava em depósito com os denunciados Ronni e Nereu bicarbonato de sódio e amido de milho, material utilizado para ser misturado ao entorpecente a fim de aumentar o volume deste e a lucratividade ilícita. Foram ainda encontrados rolos de fita adesiva, crepe e plástica.

“Os policiais seguiram então para uma residência localizada na Barra do Sul, que estava sendo utilizada pelo denunciado Nereu Soares Filho, e em buscas na residência constataram que o denunciado mantinha em depósito cinco pacotes contendo cocaína, que pesados resultaram em 5.260g (cinco mil duzentos e sessenta gramas) da droga.

“Mantinha o denunciado Nereu, na referida residência, além da cocaína, mais 570g (quinhentos e setenta gramas) de erva conhecida vulgarmente por maconha, duas caixas de munição e pasta base de cocaína.

“No veículo Golf, que estava junto à residência, veículo pertencente ao denunciado Nereu, foi encontrada mais uma bucinha de cocaína.

“Em outra residência utilizada pelos denunciados Ronni e Nereu, localizada na Rua Marcílio Dias, nesta cidade, foi encontrada ainda uma pistola marca Clock com dois carregadores e vinte e seis cartuchos 9mm.

“Toda a droga apreendida tinha destino certo, qual seja, a venda.

“Aliada à apreensão da cocaína e maconha, foram apreendidos nas residências diversos bens, que de uma maneira ou de outra estavam ligados ao comércio clandestino de entorpecentes.

“Constata-se ainda que os denunciados estavam associados para a prática delitiva do tráfico, assim Nereu, José Ivo, Ronni, e um elemento não identificado, conhecido apenas pela alcunha de ‘gato’, estavam em conluio buscando o lucro fácil com o transporte e venda da cocaína” (fls. 2/6).

Concluída a instrução criminal, foi julgada procedente, in partis, a denúncia para: absolver José Ivo Aureliano, da infração do artigo 14 da Lei n. 6.368/76, com base no art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal e condená-lo à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 70 (setenta) dias-multa, por infração ao art. 12, c/c com o art. 18, inciso III, da Lei

n. 6.368/76; e condenar Nereu Soares Filho à pena de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, e Ronni Charles Alves, à pena de 10 (dez) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 90 (noventa) dias-multa, ambos por infração aos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76, c/c art. 69 do Código Penal.

Inconformados, apelaram Nereu e Ronni, tempestivamente, por seus defensores.

Nereu Soares Filho, argúi, em preliminar: 1) nulidade dos depoimentos prestados quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, especialmente da confissão extrajudicial de José Ivo Aureliano, porque testemunhados apenas por policiais; 2) cerceamento de defesa, ante a irregularidade do ato requisitório e da citação, eis que efetuados sem as formalidades legais, indeferimento da ouvida de testemunhas da defesa arroladas em substituição às não encontradas, bem como pela impugnação do laudo de dependência toxicológica que não foi acolhido e pelo indeferimento do pedido para a realização de exames médicos; 3) utilização de prova emprestada para embasar a decisão condenatória.

No mérito colima a absolvição, ao argumento de que não cometeu o delito esculpido no art. 12 da Lei de Tóxicos, em face da inexistência de provas seguras para amparar o decreto condenatório, ou a desclassificação do artigo 12 para o 16 da Lei n. 6.368/76, pela sua condição de viciado. Pugna, ainda, pela exclusão da condenação pela infração do art. 14 da Lei n. 6.368/76, pois inócurren

devida comprovação da pluralidade de agentes, na *societas criminis*, ou, alternativamente, a substituição pela causa de especial aumento prevista no art. 18, inc. III, da mesma Lei, minorando ou adequando-se a reprimenda para o mínimo legal. Requer, ainda, a devolução da arma apreendida.

Ronni Charles Alves também busca a absolvição da infração do art. 12 da Lei n. 6.368/76, alegando falta de provas para embasar o lastro condenatório, a exclusão da condenação pela infração do art. 14 da Lei n. 6.368/76, porque não restou configurado o delito de associação, eis que não havia entre os réus ajuste prévio para caracterizar vínculo entre as suas condutas. Requer, ainda, a minoração da reprimenda para o mínimo legal.

Após as contra-razões, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Valdir Vieira, pelo acolhimento da alegação de cerceamento de defesa pelo indeferimento da substituição e inquirição das testemunhas da defesa, requerida pelo apelante Nereu Soares Filho, ou o provimento parcial dos recursos, tão-somente para que sejam absolvidos da infração do art. 14 da Lei de Tóxicos.

É o relatório.

I — Preliminares

Antes da análise das preliminares suscitadas pelo apelante Nereu Soares Filho, oportuno lembrar que o Código de Processo Penal, como consta de sua Exposição de Motivos, “é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de

ilustre processualista italiano, ‘um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos’.

“O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou à defesa.

“Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade” (in Código de Processo Penal, Editora Saraiva, 37ª edição, 1997, pág. 15).

1. Nulidade dos depoimentos prestados quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, especialmente da confissão extrajudicial de José Ivo Aureliano, porque testemunhados apenas por policiais

Alega o apelante que seu depoimento, prestado no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, bem como os dos co-réus, notadamente no que se refere à confissão de José Ivo Aureliano, são nulos, por terem funcionado como testemunhas somente policiais federais, sem a observância do estatuído no art. 6º, inc. V, do Código de Processo Penal (fls. 11/12).

Na verdade, não se vislumbra qualquer tipo de irregularidade por ocasião do auto em flagrante, como alega o apelante, estando revestido das formalidades legais, sendo pueril o argumento utilizado de que deveria



o auto ser assinado por mais duas testemunhas, que não os policiais, já que nenhuma impugnação pode ser oferecida ao depoimento de policiais como testemunhas da prisão por eles efetuada. A lei processual não lhes opôs obstáculos, conforme se verifica, no Código de Processo Penal:

“Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e as testemunhas que o acompanharam e interrogará o acusado sobre a imputação que lhe é feita, lavrando-se auto, que será por todos assinado.

“(…)”

“§ 2º. A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade”.

E a participação dos policiais federais, como testemunhas, não macula o auto de prisão em flagrante, pois não há no ordenamento jurídico vigente qualquer restrição ao fato de policiais servirem de testemunhas, estando consagrado, ainda, na jurisprudência pátria, a validade dos depoimentos destes servidores públicos, os quais gozam de presunção juris tantum de que agem corretamente no exercício de suas funções, mormente se levarmos em conta o crime perpetrado e as circunstâncias em que ocorreu a prisão.

É assente a jurisprudência sobre a matéria:

“(…) É pacífico o entendimento da jurisprudência no sentido de que o policial, que participou do flagrante, não está impedido de assinar o

auto como testemunha” (RHC n. 1.364—SP — 6ª T. — j. 20/8/91 — rel. Min. José Cândido — DJU 9/9/91).

Ainda:

“O fato de apenas policiais figurarem como testemunhas no auto de prisão em flagrante não conduz a uma nulidade absoluta, tudo dependendo das demais provas indiciárias, de vez que nenhum dispositivo legal o proíbe” (RT 550/332).

Com efeito, consoante se depreende do auto de prisão em flagrante (fls. 12), além da assinatura de dois policiais federais que presenciaram a prisão, também houve a assinatura do condutor, do escrivão e do delegado de polícia. E, ainda, do advogado dos acusados.

Nem mesmo houve prejuízo para o apelante, pois ele preferiu falar somente em Juízo, não comprometendo a sua conduta, usando do direito constitucional de permanecer em silêncio, o que fez também o co-réu Ronni (fls. 10/11), sendo aceito pela autoridade policial. E com relação à confissão de José Ivo Aureliano, vê-se que foi prestada na presença de seu advogado, o qual também assinou o auto (fls. 12).

Ademais, se houvesse alguma irregularidade no auto de prisão em flagrante já teria sido superada pela regular instrução processual; aliás, vale lembrar que se trata de procedimento a colher elementos à apuração da prática de crimes e sua autoria, sendo peça meramente informativa. As eventuais irregularidades do flagrante, porventura ocorrentes — o que não é o caso dos autos — não se estendem à ação penal instaurada, porquanto “a ausência de certas for-

malidades na lavratura do auto de prisão em flagrante constituem-se meras irregularidades que por si sós não têm o condão de maculá-lo, até porque tais formalidades não podem chegar às raias do preciosismo" (RDJ 07/297).

Bem por isso, já se decidiu que "as eventuais nulidades do flagrante podem determinar a ilegalidade da prisão, mas não a contaminação da ação penal, deflagrada com base naquela peça, que se destina tão-só a municipal o órgão do Ministério Público à deflagração da ação penal" (Ap. Crim. n. 30.244, de Itajaí, rel. Des. Cláudio Marques, j. em 11/10/93).

Assim, ao contrário do que alega o apelante, os depoimentos prestados no auto de prisão em flagrante preenchem a finalidade e a exigência contida no inciso V do art. 6º do Código de Processo Penal.

## 2. Cerceamento de defesa

2.1. Irregularidade do ato requisitório e da citação, eis que efetuados sem as formalidades legais.

O alegado cerceamento de defesa, por não ter sido requisitado e citado com antecedência para o seu interrogatório, o que impediu a orientação adequada por seu advogado, bem como a forma como se deu a requisição e citação, aquela por telefone ao encarregado da cadeia pública local, esta por uma escritã, sem habilitação para o ato, é de ser afastado.

Constata-se que o apelante, quando inquirido na Delegacia de Polícia, em 6/11/97, na presença de seu defensor, recebeu a nota de culpa, da qual foi comunicado que fora preso pela prática dos crimes dos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76 (fls. 30), mesma

capitulação que foi dada na denúncia (fls. 2/5), recebida em 27/11/97, designando-se o interrogatório para o dia 28/11/97, o qual se realizou.

Assim, se o interrogatório realizou-se no dia 28/11/97, foi possível ao réu manter contato com seu advogado nos 21 (vinte e um) dias que o antecederam, prazo mais do que suficiente para preparar a defesa.

Por outro lado, a requisição para o interrogatório efetivamente se deu por telefone e a citação foi mesmo realizada pela escritã no dia da inquirição, conforme certidão de fls. 256.

No entanto, tais fatos não viciam os atos, se deles não acarretar prejuízo, incorrente no caso em apreço, já que o apelante compareceu para o primeiro ato do processo, tomou conhecimento da acusação, negou a prática do crime, estando acompanhado por seu advogado constituído desde o dia em que foi segregado em estado flagrantial.

Ainda, no tocante à citação ter sido exarada pela escritã, sabe-se que se trata de serventuária da justiça que desfruta de fé pública e detém o poder de certificar, isto é, proceder a extração do mandado de citação.

E, do corpo acórdão do Habeas Corpus n. 98.000617-1, interposto pelo apelante e denegado por unanimidade, por esta egrégia Câmara Criminal (fls. 352/357), se extrai:

"Não obstante o conteúdo das informações prestadas pela autoridade coatora, no tocante à forma como se deu a apresentação e citação do paciente, de há muito se sabe que o Código de Processo Penal, conforme se denota de sua Exposição de Motivos, é contrário ao excessivo rigoris-

mo das formas, que se compraz em espolhar nulidades em tudo, pelo que consagrou o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou à defesa.

“E, conforme se denota dos autos, o interrogatório (fls. 243) foi realizado na data aprazada, onde esteve presente o paciente, acompanhado de advogado, inclusive apondo sua assinatura na certidão que afirma ele estar com data falsificada, bem como realizada por quem não tinha habilitação para o ato (fls. 242).

“O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a matéria afirmando que: ‘o comparecimento do réu a juízo sana a falta ou defeito de citação’ (RT 610/452 e RTJ 71/699), nos termos do art. 570 do Código de Processo Penal, não prevalecendo, in casu, a ressalva da segunda parte do referido artigo, porque presente o defensor do réu ao ato, afastando a possibilidade de qualquer prejuízo” (fls. 354).

Desse modo, o mandado de citação foi expedido e cumprido (vide fls. 107/107v., respectivamente) além do ofício requisitório (fls. 267); este tanto atingiu sua finalidade que o preso foi apresentado e interrogado.

Por outro lado, sabe-se que Código de Processo Penal em seu artigo 563 menciona que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que “se o réu custodiado é devidamente requisitado para interrogatório, prestando normalmente seu depoimento, sem nada objetar ou fazer prova de prejuízo, não há necessida-

de de ser citado pessoalmente, por Oficial de Justiça e mediante mandado” (Recurso em Habeas Corpus n. 7.527—RJ, rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 30/6/98, in DJU de 8/9/98, pág. 117).

Assim, no caso vertente, não havendo prejuízo à defesa do apelante, que compareceu, pôde ser interrogado, e relatar a sua versão dos fatos, criando assim a oportunidade de defender-se da acusação imposta, incorreu o aventado cerceamento de defesa.

2.2. Indeferimento da ouvida de testemunhas da defesa arroladas em substituição às não encontradas.

Alega o apelante que não conhecia as testemunhas arroladas pelo antigo defensor por ocasião da defesa prévia (125/126), já que não teve acesso ao mandado de intimação destas, nem mesmo aos autos. Ressalta, ainda, que só ficou conhecendo as referidas testemunhas por seu procurador, no dia da audiência de instrução e julgamento.

Sua arguição, na espécie, não tem cabimento, valendo a transcrição de trecho da decisão que indeferiu o pedido de substituição das testemunhas não encontradas:

“As testemunhas foram arroladas no momento oportuno pelo advogado constituído pelo réu. Diga-se de passagem, advogado que acompanhou a lavratura do flagrante ocorrido no dia 6/11/97. A defesa prévia foi protocolada no dia 3/12/97. O nobre causídico teve quase 30 dias para preparar a defesa técnica do réu Ne-reu, trazendo aos autos numa demonstração de lealdade processual testemunhas existentes. Conforme

esclarecido pela própria defesa neste ato, o rol de testemunhas é falso, o que acarreta situação prevista ao art. 397 do CPP. O indeferimento da substituição das testemunhas é portanto medida que se impõe até porque a defesa foi ofertada por advogado constituído que gozava na época da confiança do réu Nereu" (fls. 392).

Consoante a certidão de fls. 274, as testemunhas arroladas na defesa prévia às fls. 125/126 (José Luis Caldeira, Joana da Silva, Mário dos Santos e Cesar Lima) não foram encontradas, certificando a Sra. Oficiala de Justiça, quando da diligência para sua intimação, não tê-las encontrado no endereço constante no mandado, porque os números indicados não existiam e as mesmas não eram conhecidas no local (fls. 274).

Ora, o art. 397 do Código de Processo Penal é claro em facultar ao Juiz o deferimento ou não de pedido de substituição de testemunha, quando não forem encontradas, não caracterizando cerceamento de defesa, pois, o indeferimento, mormente quando fundamentado, como no caso.

Com efeito, o apelante indicou profissional de sua inteira confiança para patrocinar sua defesa, o qual estava presente no interrogatório e foi intimado para apresentar defesa prévia, no prazo de 3 (três) dias, conforme exigência do art. 405 do Código de Processo Penal, e ainda assim arrolou testemunhas falsas.

Assim, na hipótese, o indeferimento era mesmo necessário, vez que o apelante demonstrou estar frustrando o disposto no art. 41, in fine, do CPP, isto é, ofereceu testemunhas que não existem para tumultuar a ce-

leridade do processo, revelando caráter meramente protelatório na produção da prova testemunhal.

A indicação de novas testemunhas com o intuito de protelar a instrução é inadmissível ante a ressalva contida no art. 397 do CPP, que facultava ao juiz deferir pedido de substituição de testemunha, citando-se o ensinamento de Julio Fabbrini Mirabete:

"Deve, porém, indeferir o pedido desde que tenha ele o fim de frustrar o disposto do art. 41, in fine, e 397, que prevêm, respectivamente, o arrolamento de testemunhas apenas por ocasião do oferecimento da denúncia ou queixa e no prazo da defesa prévia. Não se admitindo a substituição quando o pedido visa burlar tais dispositivos ou é um expediente puramente protelatório. Não se admite, assim, a substituição de testemunha: não encontradas as arroladas apenas com o prenome e sem qualificação e endereço; que provou-se não existir; que foi encontrada mas da qual a parte desistiu etc." (Código de Processo Penal Anotado, 5ª edição, Atlas, São Paulo, 1997, pág. 520).

E a jurisprudência já decidiu:

"Cerceamento de defesa — Inocorrência — Testemunhas arroladas pelo acusado não ouvidas por não terem sido encontradas — Pretendida substituição — Inadmissibilidade — Habeas corpus denegado — Inteligência do art. 405 do CPP.

"Não se pode substituir testemunha que não foi encontrada porque não existe" (RT 595/377).

Via de consequência, não pode alegar cerceamento de defesa, se arrolou testemunhas que sequer conheciam, quando se sabe que "nenhuma

das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa" (art. 565 do CPP).

Na verdade, caso se tratasse de testemunho imprescindível como alega a defesa, com relação às testemunhas José Aureliano Filho, Salmir Cândido e Luiz Carlos Bozanno, apontadas no pedido de substituição de testemunhas (fls. 318), o que não nos parece, estas já teriam sido indicadas corretamente na defesa preliminar.

Aliás, nem mesmo a importância das testemunhas restou comprovada nos autos, extraindo-se da petição de subordinação em relação ao indeferimento do pedido.

"As testemunhas arroladas são as seguintes: José Aureliano Filho (amigo da família), Salmir Cândido (corretor, colega de profissão do apelante) e Luiz Carlos Bozanno (colega de profissão do apelante e de seu pai). Estas são pessoas do convívio social do apelante e de sua família e, desta forma, são as melhores pessoas para apontarem as dificuldades e o sofrimento pelos quais a família do apelante passou quando este começou a consumir entorpecentes. Estas pessoas puderam avaliar com mais precisão os fatores que levaram o apelante a fazer uso descontrolado de substâncias causadoras de dependência física e psíquica e que desde tenra idade (15 anos) o apelante encontra-se envolvido e desta forma tornando-se cada dia mais incapaz de determinar-se, conduzir os seus atos e até responsabilizar-se por tais atos, a ponto mesmo de, nos dias de uso de inúmeras drogas concomitantemente,

o apelante não conseguir controlar seus órgãos excretórios.

"Estas pessoas acompanharam, de perto, os esforços de seus familiares para que este pudesse livrar-se do vício e viver uma vida normal e sadia, inclusive a oportunidade em que o apelante foi internado em clínica de recuperação de drogas. Porém as más companhias não deixavam que o apelante tomasse rumo de sua vida, pois nem raciocinar já não podia, diante do estado deplorável em que se encontrava.

"Ressaltamos, ainda, que estas testemunhas poderão atestar que o apelante tem profissão de corretor de imóveis e que seu pai, há muito tempo, atua no ramo imobiliário, sendo empresário bem-sucedido.

Portanto, é de extrema importância que as testemunhas acima apontadas sejam ouvidas, pois isto além de ser um direito certo do apelante é medida de inteira justiça" (fls. 318) (grifei).

Ora, que o acusado é viciado, nem ele mesmo nega. O fato de sofrer com o vício é consequência lógica para quem faz uso das drogas, todo mundo sabe. O fato de ter profissão de corretor de imóveis pode ser comprovado por outras formas, inclusive materiais, que não por testemunhos de pessoas do convívio social do apelante e de sua família. Por outro lado, a circunstância de seu pai atuar no ramo imobiliário e ser empresário bem-sucedido é causa insuficiente para determinar decreto de absolvição, sendo, portanto, insignificante.

Ademais, não pode o Judiciário, sob o argumento da busca da verdade real, reduzir a instrução criminal

“a um jogo formal de dados, quando não a um jogo bem-sucedido de interesses escusos” (Livro de Estudos Jurídicos, Vicente Cernicchiaro, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 05/207).

2.3. Impugnação do laudo de dependência toxicológica que não foi acolhida.

Insurge-se o apelante contra o exame de dependência toxicológica, em virtude ter sido calcado tão-somente em três perguntas feitas ao apelante.

De nenhuma procedência a alegação.

O laudo de dependência toxicológica afirma que “trata-se de um dependente de cocaína e, como tal, sua determinação em relação ao uso da droga estava diminuída, mantendo íntegra a compreensão do caráter delituoso deste ato. Assim, do ponto de vista Psiquiátrico-Forense, sua responsabilidade estaria diminuída, no que diz respeito ao uso de drogas, de que trata o art. 16 da Lei n. 6.368/76. Já quanto ao tráfico de drogas, sua determinação e compreensão do caráter ilícito do ato praticado estavam plenamente conservadas, devendo ser considerado como responsável pelo artigo 12 da mesma Lei Antitóxicos” (Autos em apenso — fls. 31/32).

Portanto, inegável a imputabilidade do apelante que, quando interrogado, assumiu ser viciado, ressaltando, pois, que fazia uso freqüentemente nos finais de semana.

Ademais, a circunstância de ser o agente considerado viciado, por si só, não constitui motivo relevante para a descaracterização do crime de tráfico, se comprovada sua condição

de traficante e a considerável quantidade de entorpecente apreendida.

Nesse sentido é o entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal:

“Inegável a imputabilidade do paciente diante do exame de dependência toxicológica conclusivo, pois que, ao tempo do fato, era viciado em substância entorpecente, mas não era inteiramente incapaz de determinar sua conduta.

“A circunstância de ser o agente considerado usuário ou dependente de droga, por si só, não constitui motivo relevante para a descaracterização do tráfico de entorpecente, mormente quando comprovada a sua condição de traficante e a considerável quantidade com ele apreendida: cerca de cinco quilos de cocaína” (HC n. 73.197—GO, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 2/4/96, in RTJ 164/629).

Como se não bastasse, intimado para manifestar-se a respeito dos quesitos suplementares para a realização do exame, informou por meio da petição de fls. 23, que estava satisfeito com os quesitos apresentados pelo Juízo, nada tendo a acrescentar, circunstância mais do que suficiente para afastar a aventada nulidade por cerceamento de defesa.

2.4. Indeferimento do pedido para a realização de exames médicos.

No que diz respeito à alegação de cerceamento de defesa ante o indeferimento do pedido de exames de Mapeamento Cerebral Computadorizado e Tomografia Computadorizada pelo Magistrado, sob o argumento de que tais exames “seriam de crucial importância para a defesa, pois demonstrariam que o apelante é viciado em

grau máximo em drogas e que consequentemente possui seqüelas em seu cérebro a ponto de necessitar de tratamento em clínicas especializadas" (fls. 503), igualmente não deve ser atendida.

Nesse particular, como bem salientou o ilustre Sentenciante, indeferindo o pedido por considerá-lo ato meramente protelatório, "o processo não permite qualquer tipo de ilação sobre eventual deficiência mental do réu. No interrogatório judicial, nas presenças, nas audiências, na fala das testemunhas e policiais, ninguém fez qualquer referência a algum problema de ordem mental por parte do acusado.

"Nesse contexto o exame pretendido em nada ajudaria a descoberta da verdade real, ao contrário do afirmado pela defesa" (fls. 441).

Sobre a matéria a jurisprudência já assentou:

"Requerida pela parte, cabe à autoridade deferir ou não a realização de perícia, conforme a considera ou não necessária para a elucidação dos fatos ou de suas circunstâncias; a lei deixa ao prudente arbítrio do juiz sua realização, devendo a parte que a deseje convencê-lo fundamentalmente da sua conveniência, evitando-se a realização de perícias desnecessárias, impertinentes e procrastinatórias" (Apelação Criminal n. 34.583 (99.92444-7), de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 14/5/96).

Ademais, certo é que, "seja como for, quando o acusado puder produzir provas em sua defesa deverá considerar-se na obrigação moral de exibi-las.

"A regra que 'a prova incumbe a quem afirma ou acusa, e não a quem nega', além das exceções já apontadas, sofre mais a seguinte: 'cabe ao acusado o ônus da prova, quando acham-se em seu poder os elementos probatórios da questão e das suas modalidades, ou do fato e das suas circunstâncias'" (Inocência Borges da Rosa, *Questões Essenciais do Direito e Nulidades Processuais*, Ed. Borsói, pág. 133).

Sem tais provas, não havia mesmo como acolher o pedido, razão pela qual rejeita-se, também, a nulidade.

3. Utilização de prova emprestada para amparar a condenação

Insurge-se, ainda, sob o argumento de que o Magistrado utilizou-se para embasar o decreto condenatório de prova emprestada, transportando-a para o presente processo, coisa que não poderia ter feito, posto que ausente o contraditório.

Trata-se, na verdade, do fato de ter sido mencionado o nome do apelante no depoimento de um traficante, em um inquérito policial, em Curitiba (n. 109/96), conforme se infere do recurso criminal impetrado pelo Dr. Vânio José Corrêa Viana, objetivando salvo-conduto, citado pelo Magistrado nas informações do Habeas Corpus n. 98.000617-1, mencionado acima.

Essa assertiva não merece prevalecer.

Certo é que o Magistrado reportou-se sobre este fato às fls. 433, quando da prolação da sentença, mas apenas no sentido de que "essas circunstâncias são mencionadas para

afastar do réu Nereu a pecha de ingênuo que sua fala pretendeu revelar”.

Porém, tal não foi elemento de convicção para o digno Magistrado sentenciante. E sim, um plus a mais para a condenação, entre inúmeras outras provas contidas nos autos, pois ao que se constata, a princípio, ocorreu a apreensão (fls. 13/116) e o laudo toxicológico reconheceu ser substância entorpecente de uso proibido (fls. 93/98). A quantidade apreendida não é ínfima a descaracterizar o tráfico, aliado ao fato de estar acondicionada e dividida em pequenas parcelas. Os policiais federais que efetuaram o flagrante informaram como foi realizada a prisão e apreensão do material tóxico.

Como se vê, a condenação nas infrações do art. 12 da Lei de Tóxicos não sobreveio do citado inquérito policial, mas diante de prova cabal e conclusiva.

Afasta-se, pois, as preliminares argüidas pelo apelante Nereu e passa-se ao exame do mérito dos recursos.

## II — Mérito

Necessário para a melhor apreciação da conduta de cada um dos apelantes que se navegue, pelas provas colacionadas nos autos, que se iniciam com o auto de prisão em flagrante, quando foram autuados os três acusados, Nereu Soares Filho, Ronni Charles Alves e José Ivo Aureliano.

A materialidade foi devidamente comprovada pelo Laudo Pericial de Constatação (fls. 18/19), Laudo Definitivo (fls. 93/95 e 96/98) e Termo de Apreensão (fls. 13/16), onde estão descritos os objetos apreendidos em

poder dos apelantes, valendo a citação: 24 (vinte e quatro) pacotes envoltos em fita adesiva transparente; 1 (um) pacote pequeno, tipo “trouxinha”, e 1 (um) menor ainda tipo “burchinha”, todos contendo cocaína, perfazendo o total aproximado de 24.332g (vinte e quatro quilos, trezentos e trinta e dois gramas), 1 (uma) pasta base de cocaína envolta com plástico transparente, com peso aproximado de 0,008g (oito gramas); 1 (um) pacote, tipo “tijolo”, contendo em seu interior e 0,570g (quinhentos e setenta gramas) de Cannabis Sativa Linneu (maconha); 1 (um) cigarro de maconha parcialmente combusto; 6 (seis) latas de açúcar de milho para uso infantil, marca Dextrosol, peso líquido de 250g; 3 (três) pacotes de bicarbonato de sódio, peso líquido de 100g; 3 (três) rolos de fita adesiva transparente usados; 1 (um) rolo de fita crepe usado; 1 (um) rolo de plástico transparente usado; 1 (uma) balança de precisão, marca Sunbeam, com capacidade até dois quilos; 1 (uma) máquina de fotografia Polaroid 636 closeup, com a inscrição Made In The United Kingdom, em embalagem própria; 1 (uma) pistola Clock, 9mm, n. de série AEF 535, com dois carregadores com capacidade para quinze; 104 (cento e quatro) cartuchos 9mm intactos; 1 (um) revólver, Taurus, calibre 38, cinco tiros, inox, cano curto, n. de série IH11250 com respectivo coldre; 5 (cinco) cartuchos calibre 38, intactos; 5 (cinco) aparelhos de telefone celular, sendo dois da marca Nokia, dois Gradiente e um Motorola, todos com as respectivas baterias; 2 (duas) baterias para telefone celular, uma Motorola e outra marca Nokia; 2 (dois) carregadores de bateria para telefone



celular, sendo uma da marca Top Charger Twin e outro Intelli Charge XT; 1 (um) carregador de bateria para telefone celular do tipo utilizado em veículos, Motorola; 1 (um) veículo, marca Volkswagen, modelo Golf GLX 2.0 Mt, ano 1997, placa LYG77741/SC, cor verde, chassi 3VW1931HLTM346425, com o respectivo Certificado de Registro e Licenciamento de Veículos n. 262617549, em nome de Nereu Soares; 1 (um) veículo, marca Volkswagen, modelo Saveiro CL 1.8 ano 1995, placa BUC 120/SP, cor verde, chassi 9BWZZZ30ZSP068447 e o seu Certificado de Registro e Licenciamento de Veículos n. 264741033, em nome de Elias Cavalcante; 1 (um) veículo, marca Volkswagen, modelo Gol GTS, ano 1993, placa VS 4040/SC, cor vermelha, chassi 9BWZZZ30ZPT128259, Certificado de Registro e Licenciamento de Veículos n. 249546485, em nome de Fernão Sérgio de Oliveira; 1 (um) Certificado de Registro e Licenciamento de Veículos n. 297427787, em nome de Nereu Soares Filho, referente a um motociclo, marca Yamaha, modelo DT 200R, placa BVL 8459/SC, ano 1996, chassi 9C64LR100T0004086; 1 (um) Certificado de Registro e Licenciamento de Veículos n. 287670321, em nome de Nereu Soares Filho, referente a um automóvel, marca Volkswagen, modelo Gol MI, ano 1997, placa LYQ 6414/SC, chassi 9BWZZZ377VT097242; R\$ 524,00 (quinhentos e vinte e quatro reais) em espécie; U\$ 105,00 (cento e cinco dólares americanos) em espécie e 1 (um) cheque n. 332816, Banco HBSC Bamerindus, Agência URB — Iri-

riú/Joinville, valor preenchido de R\$ 210,00 (duzentos e dez reais), correntista Aldori Moreira dos Santos.

Ainda, conclui a autoridade policial no Auto de Apresentação e Apreensão: “esclarece o apresentante que todo o material acima relacionado foi encontrado em poder dos presos José Ivo Aureliano, Ronni Charles Alves e Nereu Soares Filho, quando das respectivas prisões em flagrante por tráfico de substância entorpecente, sendo os produtos encontrados da seguinte forma: na residência de Ronni Charles Alves, sito na Rua Arthur Zoefeld, 434, Iriú, nesta cidade, dezanove pacotes envoltos em fita adesiva e o do tipo ‘trouxinha’, num total aproximado de 19.070g (dezanove quilos e setenta gramas) de cocaína; as seis latas de açúcar de milho, Dextrosol; as três latas de bicarbonato de sódio; rolos de fita adesiva, crepe e plástica; a balança de precisão; a máquina fotográfica; o revólver Taurus e os cinco cartuchos, calibre 38; os veículos Saveiro e Gol; os aparelhos de telefone celular e respectivas baterias e carregadores. Numa das residências de Nereu Soares Filho, sito na Rua Marcílio Dias, n. 578, Bairro Santo Antônio, nesta cidade, foi apreendida a pistola Clock com o dois carregadores e vinte e seis cartuchos de 9mm intactos; na situada no Balneário Barra do Sul/SC, ao lado do Bar Lagoa Azul, foram apreendidos o veículo Golf e no interior deste a ‘buchinha’ de cocaína; no interior da residência os cinco pacotes restantes de cocaína com o peso aproximado de 5.260g (cinco quilos e duzentos e sessenta gramas); os quinhentos e setenta gramas de maconha; a pasta base de cocaína; o cigarro de maconha parcialmente combusto e as duas caixas

de munição, calibre 9mm, com setenta e oito cartuchos intactos. Esclarece, ainda, o apresentante que em poder de José Ivo Aureliano foi encontrado o veículo Saveiro, o telefone celular Motorola e um carregador de bateria da marca Top Charger Twin. Com Ronni Charles Alves, foi apreendido o veículo Gol; três aparelhos de telefone celular, uma da marca Nokia, dois Gradientes, mais o carregador de bateria Intelli Charles XT e o utilizado em veículo, Motorola, bem como a bateria de marca Nokia; a máquina fotográfica; o revólver Taurus e seus cinco cartuchos intactos; cabendo-lhe também R\$ 85,00 (oitenta e cinco reais) e o cheque de R\$ 210,00 (duzentos e dez reais). Com o terceiro preso, Nereu Soares Filho, o veículo Golf e a 'buchinha' de cocaína em seu interior; a pistola Clock e respectivas munições; um aparelho celular, marca Nokia e uma bateria motorola; os Certificados de Registro de Licenciamento de Veículos da moto e do Gol MI, bem como os cento e cinco dólares americanos e os R\$ 439,00 (quatrocentos e trinta e nove reais). Os demais materiais, como a balança, os rolos de fita adesiva, crepe e plástica, as latas de açúcar de milho e bicarbonato de sódio, não foram assumidos por nenhum dos três presos" (fls. 15/16).

O condutor policial Rubens Martins narrou em detalhes como se deu a apreensão da droga e a captura do apelante, in verbis:

"Que a partir de março do corrente ano o depoente passou a efetuar investigação sobre atividades de Nereu Soares Filho, apontado em informes anônimos que diziam estar ele ligado ao tráfico de drogas; Que a

investigação, em seu transcurso, indicou a ligação deste com Ronni Charles Alves; Que foram observados os veículos e locais utilizados normalmente por Nereu; Que dessa vigilância foi possível descobrir o endereço de uma casa em Barra do Sul, assim como a residência na Rua Marcílio Dias, no bairro Santo Antônio; Que o endereço de Ronni ultimamente passou a ser na rua Arthur Zoefeld, no Iririú; Que os carros utilizados normalmente por Nereu eram um Golf verde, uma moto, um Gol bordô; Que Ronni passou a usar um Gol cor vinho; Que na tarde de ontem, o depoente observou a presença de uma Saveiro com placa do interior de São Paulo, a qual estava postada na garagem da casa de Ronni estacionada de ré; Que verificou duas pessoas mexendo na traseira dessa Saveiro, sendo uma delas Ronni; Que já sabia, por estar observando, que Nereu também se encontrava na residência; Que o depoente convocou reforço, sendo que logo outros colegas passaram a auxiliar na vigilância; Que ao se aproximar um dos policiais da casa, Ronni ameaçou empreender fuga, ao que foi decidido de imediato que deveria ser feita a abordagem; Que o depoente e seus colegas policiais adentraram na casa e encontraram na cozinha o Nereu, o Ronni e a pessoa ora identificada como José Ivo Aureliano; Que sobre a mesa havia uma balança de precisão e oito pacotes envoltos em fita plástica tipo crepe, contendo em seu interior o pó branco conhecido como cocaína; Que após dominados os três, já na presença de testemunhas do povo, foi feita uma busca nos outros aposentos da casa; Que num forro foram encontrados mais nove pacotes da mesma

droga; Que também embaixo da geladeira foram encontrados outros dois pacotes contendo cocaína; Que na casa também foram localizadas substâncias destinadas ao 'batismo' da droga, ou seja, amido de milho e bicarbonato de sódio, além de um revólver trinta e oito, pertencente a Ronni; Que, após novo contato com a Delegacia, foram obtidos mandados de busca e apreensão para outros endereços de Nereu, quais sejam a Rua Marcílio Dias e a casa em Barra do Sul; Que o depoente e sua equipe participaram da busca na casa situada em Barra do Sul, onde foram localizados mais cinco pacotes contendo cocaína e um de maconha, bem como duas caixas de munição calibre 9mm contendo 78 projéteis; Que naquela casa foi localizado o veículo Golf antes usado por Nereu e que há alguns dias não era visto com o mesmo; Que uma mulher, que serviu de testemunha e que executa serviços de limpeza na casa, afirmou que Nereu e Ronni guardaram o veículo Golf naquele local; Que ainda na presença das testemunhas no interior desse veículo, foi encontrada uma bucha de cocaína sobre o banco traseiro; Que teve conhecimento de que a equipe designada para executar busca na casa de Nereu havia encontrado uma pistola Clock, calibre 9mm; Que foram todos trazidos até a Delegacia" (fls.8/9).

Na mesma linha, o policial Edson Gomes dos Santos contou "que há vários meses vem desenvolvendo investigação sobre o traficante de drogas Nereu a partir de determinação do Chefe da Delegacia, oriunda de informes anônimos; Que na tarde de ontem, acionados pelo colega Ruben, equipes se dirigiram para o ende-

reço de Ronni, situado na Rua Arthur Zoefeld, no Iririú, pois ali fora avistada uma Saveiro com placa de São Paulo, estacionada de ré na garagem da casa, enquanto o carro de Ronni achava-se na rua; Que ao se aproximar um dos policiais, Ronni ameaçou empreender fuga, quando a equipe decidiu deflagrar a abordagem, entrando na residência; Que tão logo entraram o depoente percebeu a presença na cozinha da casa de Nereu e a pessoa agora identificada como José Ivo além do próprio Ronni; Que sobre a mesa da cozinha observou a existência de 8 pacotes envoltos em fitas plásticas do tipo crepe contendo o pó branco conhecido por cocaína, bem como uma balança de precisão; Que após dominados os três traficantes, foram convocadas testemunhas do povo, as quais passaram a acompanhar a busca efetuada na residência; Que embaixo da geladeira foram localizados dois pacotes contendo cocaína, sendo que num alçapão mais 9 pacotes com a mesma droga foram encontrados; Que na casa ainda foram arrecadados potes contendo amido de milho industrializado e bicarbonato de sódio, substâncias utilizadas para 'batizar' a cocaína, aumentando o seu volume; Que também foi apreendido um revólver da marca Taurus, calibre 38, cuja propriedade foi assumida por Ronni; Que após contactada a Delegacia de Polícia Federal, em seguida a equipe do depoente foi informada da obtenção de mandado de busca para a residência de Nereu e a casa situada em Barra do Sul/SC, utilizada por ele e Ronni; Que o depoente integrou a equipe que efetuou buscas na casa em Barra do Sul/SC, sendo a segunda delas acompanhada do próprio Nereu,

após obtida uma cópia da chave do automóvel Golf lá guardado na garagem; Que nessa busca foram apreendidos mais 5 pacotes contendo cocaína, em embalagem semelhante às encontradas na residência de Ronni; Que tais pacotes foram encontrados pelo próprio depoente sob um guarda-roupas muito pesado; Que no freezer dessa casa encontrou-se um pacote contendo pouco mais de meio quilo de maconha; Que mais um pouco de cocaína, na forma de uma trouxa, foi localizado atrás de um espelho do banheiro, onde também dessas caixas havia uma pequena trouxa contendo cocaína; Que ao ser aberto o veículo Golf, sempre na presença de testemunhas do povo, foi encontrada uma trouxa de cocaína sobre o banco traseiro daquele automóvel; Que todo material foi trazido para esta Delegacia, com o Golf; Que tomou conhecimento da apreensão de uma pistola Clock pela equipe que vistoriou a residência de Nereu" (fls. 9/10).

E sem divergir dos colegas, o policial Francisco Torres de Moraes Filho esclareceu que "que a partir de sua chegada nesta Delegacia, no mês de junho do corrente ano, o depoente passou a integrar equipe encarregada de investigar Nereu, um traficante da cidade que vinha sendo denunciado anonimamente; Que com a investigação foi possível detectar os endereços usados por Nereu, sendo que este frequenta a casa de seus pais na Av. Papa João XXIII, reside na Rua Marcílio Dias e frequenta a casa da Rua Arthur Zoefeld, onde reside seu companheiro Ronni Charles Alves; Que também foi verificado que Nereu costuma ir a uma casa em Barra do Sul, na Traversa da Rua da Saudade, vizinho a um

bar de nome Lagoa Azul; Que nessa investigação foi verificada a utilização, por Nereu, do automóvel Golf de cor verde, um Gol preto, um Gol vermelho e uma moto; Que vários outros dados acerca de Nereu e Ronni foram coletados; Que na tarde de hoje um dos colegas encarregados da vigilância de Nereu verificou a presença, na casa de Ronni, de uma Saveiro com placa do Estado de São Paulo, estando estacionado do lado de fora o Gol usado por Ronni; Que o policial Ruben acionou outra equipe e, quando da aproximação dos policiais, Ronni ameaçou evadir-se, ocasião em que ocorreu a abordagem a Ronni, Nereu e outra pessoa que estava na casa, depois identificado como José Ivo; Que ao adentrarem na casa, foram avistados sobre a mesa da cozinha vários pacotes contendo cocaína, num total de 8, além de uma balança de precisão; Que a busca na casa levou à descoberta de mais 9 pacotes de cocaína num sótão, bem como dois sacos contendo a droga embaixo do refrigerador; Que foi também localizado e apreendido um revólver Taurus, calibre 38, cuja propriedade foi assumida por Ronni; Que na seqüência, o depoente foi determinado a integrar equipe que se dirigiu até a casa em Barra do Sul, para cumprir mandado de busca e apreensão; Que ali foram encontrados mais cinco pacotes contendo cocaína embaixo de um guarda-roupas, um pacote de maconha dentro do freezer, um pouco de droga na parte traseira de um espelho; Que no Golf que encontraram na garagem da casa foi localizada uma trouxa de cocaína, a qual estava no banco traseiro daquele carro; Que teve conhecimento da apreensão de uma arma tipo pistola,

calibre 9mm; Que após o cumprimento das diligências necessárias, todos foram encaminhados até esta Delegacia" (fls. 10).

Os apelantes, na presença de advogado, usaram de seu direito constitucional de permanecer em silêncio (fls. 11), e o co-réu José Ivo Aureliano, por ocasião de sua confissão perante a autoridade policial, relata que veio até a cidade na companhia da pessoa de alcunha "gato", o qual disse ser dono do estupefaciente por aquela conduzida num fundo falso de sua camioneta Saveiro, com o objetivo de repassar cerca de oito quilos de cocaína para Nereu. Tal quantidade foi encontrada sobre uma mesa no momento da abordagem policial. Nestes termos, observa-se de suas declarações:

"Que a Saveiro apreendida lhe pertence, tendo sido comprada por R\$ 9.000,00 há quinze dias; Que o veículo efetivamente possui um fundo falso na sua carroceria; Que essa alteração foi mandada fazer pela pessoa que mandou trazer a droga até Joinville/SC; Que, o interrogando transportou oito pacotes de cocaína desde Cassilândia/MS, a mando de um sujeito conhecido pelo apelido de gato; Que conheceu tal pessoa há uns três dias atrás, o qual lhe fez a oferta, aceita em virtude de se encontrar o conduzido desempregado e precisando de dinheiro; Que, gato acompanhou o interrogando até esta cidade de Joinville/SC, onde o mesmo se encontrou com a pessoa que identifica como Nereu, num restaurante da cidade; Que dali o interrogando seguiu com Nereu, até a casa onde ocorreu a apreensão, sendo que gato permaneceu no restaurante; Que o próprio interrogando

é quem abriu o fundo falso da camioneta para retirada da droga; Que na casa já se encontrava a outra pessoa presa junto, cujo nome não sabe; Que a quantia prometida para que o interrogando fizesse o transporte dessa droga até Joinville/SC era de R\$ 2.000,00..." (fls. 11/12).

E, se não bastasse, informam os autos que as investigações policiais foram detonadas em função de denúncias anônimas, conforme se denota do ofício subscrito pelo Delegado de Polícia Federal da comarca de Joinville quando do pedido de autorização para adentrar na residência frequentada por Nereu, assim se pronunciou:

"No decorrer das investigações que esta Delegacia de Polícia Federal vem desenvolvendo no combate a narcotraficantes em atividade na região, foram apontadas as evidências de que o imóvel, situado na travessa da Rua da Saudade, s/n, ao lado do Bar Lagoa Azul, em Barra do Sul/SC, local onde os traficantes Nereu e Ronni costumam frequentar para descanso e onde se encontram constantemente, está sendo usado para guarda de substâncias entorpecentes que são comercializadas em Joinville" (fls. 20).

Prosseguindo no inquérito policial, Valmor Legal, vizinho e cunhado do proprietário da casa da Rua Arthur Zoefeld, onde residia Ronni, afirmou que após sua esposa lhe chamar a atenção para a movimentação na rua (cerca de cinquenta metros de onde estava), foi verificar o que estava ocorrendo e, aproximando-se do local, "notou que eram homens armados que se identificaram como sendo Policiais Federais e pediram ao depo-

ente para servir de testemunha nas buscas que realizavam na residência de seu cunhado; que, no interior da aludida residência, presenciou três homens dominados e próximo a eles, vários pacotes envoltos com fita adesiva transparente que, segundo os Policiais Federais, tratava-se de cocaína; que lhe foi mostrado os lugares onde estavam os pacotes de cocaína, parte sobre a geladeira, parte sobre a laje da residência e uma quantidade maior em cima de uma mesa juntamente com uma balança de cor branca; que, após encerrada a busca policial, o depoente foi convidado a prestar esclarecimentos nesta Delegacia; que a casa, onde foram presos os traficantes, de propriedade de seu cunhado Cesar Garcia, foi alugada por este há dois meses para dois homens" (fls. 42).

Do que não discreparam as declarações de Lourenço José Martins, também vizinho:

"(...) então, presenciou alguns homens, que se identificaram como sendo Policiais Federais, adentraram o quintal de sua residência para cercar a casa vizinha, na qual, a dois meses, um elemento, que não sabe dizer o nome, passou a residir; que, após o cerco, os Policiais Federais, em torno de cinco a seis, adentraram a residência vizinha e, em seguida, chamaram o depoente para presenciar o que estava ocorrendo; que, ao entrar na mencionada casa, viu três elementos algemados e deitados no chão, ao lado deles vários pacotes, envoltos com fita adesiva transparente, que, segundo os Policiais Federais, tratava-se de cocaína; que, os Policiais Federais mostraram ao depoente os locais onde haviam encontrado os pacotes,

parte embaixo da geladeira, na cozinha da residência, parte sobre a laje num corredor e outra quantidade estava em cima de uma mesa; que, a casa em questão é de propriedade de seu vizinho Cesar Garcia, o qual reside ao lado da moradia onde foi feita a busca policial; que, sabe informar que Cesar Garcia havia alugado a aludida residência há dois meses, porém, não sabe dizer para quem foi" (fls. 43).

Por sua vez, Cesar Garcia, proprietário da casa e mencionado nos dois depoimentos transcritos acima, informou que "conhecia Ronni há algum tempo da lavação de automóveis que o depoente possui naquele próprio Bairro; que há cerca de dois meses o depoente alugou sua casa para o Ronni, por um preço de quatrocentos reais ao mês; que, dos dois aluguéis já recebidos, um foi quitado por Ronni e o outro pelo Nereu, pessoa que conheceu quando do aluguel da casa para Ronni; que o contrato foi feito informalmente, na confiança, não existindo qualquer documento que comprove o mesmo; que o depoente via o Nereu na casa de Ronni de vez em quando, sendo que ele também passou a ser freguês da lavação, aonde levava um Golf ou um Gol vermelho; que, as quitações feitas por Ronni e Nereu foram sempre em dinheiro" (fls. 49).

Maria Aparecida Lima Rodrigues, por sua vez, foi testemunha da apreensão realizada na casa de Nereu Soares Filho, na localidade de Barra do Sul, sendo que prestava serviços domésticos ao apelante, a qual informou "que na tarde de ontem, por volta das dezoito horas, foi convidada por integrantes de uma equipe da Polícia Federal para presenciar uma bus-

ca na residência de Nereu Soares; que os Agentes Federais estavam acompanhados de um homem que há um mês passou a freqüentar a casa de Nereu o qual, agora, sabe chamar-se Ronni; que, na realização da busca na casa de Nereu Soares, a depoente estava acompanhada do amigo e vizinho Marcos Wegner, que também, como a depoente, foi convidado a acompanhar a busca policial; que, então, na condição de testemunha, presenciou quando foi encontrado na cozinha, no interior de um freezer, dois pacotes contendo substância vegetal de forma prensada, a qual os Policiais intitularam como sendo maconha; que, após terem encontrado maconha, parte da equipe policial deixou o local acompanhada de Ronni, ficando com a depoente e seu vizinho Marcos dois agentes da Polícia Federal no interior da residência; que, mais tarde, os mesmos policiais voltaram à residência, porém, desta vez, acompanhados do próprio Nereu; que, então, na presença de Nereu Soares, que agora sabe chamar-se Nereu Soares Filho, os Polícias efetuaram nova busca no interior da moradia; que, na segunda busca feita, testemunhou quando foram encontradas, no interior do banheiro interno da casa, duas caixas com munição e dentro de uma das caixas um tablete, tipo uma pasta, de cocaína, segundo a versão dos policiais; que, na continuidade das buscas, os Policiais Federais encontraram num outro banheiro, do lado externo da casa, um cigarro parcialmente combusto de maconha, e, sob um armário de um dos quartos, cinco grandes pacotes envoltos com fita adesiva transparente contendo cocaína; que, após revistarem toda a casa,

observou quando os Policiais abriram o carro de Nereu, um Golf, novo, cor verde metálica, estacionado na garagem, até então a única coisa que ainda não tinha sido revistada, e pôde presenciar que no interior do aludido automóvel foi encontrado um pequeno pacote contendo uma substância branca em pó, também classificada como cocaína pelos Policiais que se referiram ao pequeno pacote como 'buchinha de cocaína' (fls. 47).

No que foi amparada pelas declarações do vizinho Marcos Wegner (fls. 46).

Inquiridos, ainda, os Policiais Federais Ramenon de Oliveira Freitas (fls. 52) e Luciano Soares Torres (fls. 55).

E, também, Aldori Moreira dos Santos, proprietário do cheque encontrado na residência de Ronni, o qual informou que deu o cheque como garantia de dívida e que "sabia do envolvimento de Nereu Soares com substância entorpecente, porém não sabe dizer se como traficante ou como usuário, sabendo a respeito por comentários sobre a pessoa de Nereu no bairro Iririú" (fls. 60/62).

Foi confeccionado auto de constatação (fls. 83/84) e veio aos autos laudo definitivo de substância entorpecente (fls. 93/98), onde ficou constatado que as substâncias apreendidas pelos policiais federais eram de fato os entorpecentes conhecidos como maconha e cocaína, cujas quantidades exatas eram de 570g (quinhentos e setenta gramas) de maconha e 24.332g (vinte e quatro mil, trezentos e trinta e dois gramas) de cocaína.

Em Juízo, na presença de seu advogado, Nereu Soares Filho negou qualquer relação com os entorpecentes apreendidos na residência do co-apelante Ronni, local onde ambos foram presos, bem como aqueles apreendidos na sua casa de praia em Barra do Sul, contando a seguinte versão:

"...que o interrogando recebeu uma ligação para seu telefone celular, 974-2762, de um tal de Gato, marcando um encontro na lanchonete do Janga, no bairro Bom Retiro. O interrogando deslocou-se para esta lanchonete em seu Gol 1000, vinho. Chegando lá Gato disse que tinha recebido uma indicação de que o interrogando era viciado em cocaína e tinha uma casa para alugar na praia. Junto com o mesmo estava José Ivo. Chegou nessa lanchonete por volta das 13h30min e, de lá, levou José Ivo e Gato para almoçar na churrascaria do Lino, trataram do aluguel de uma casa que o interrogando tem em Barra do Sul. Acertaram que o aluguel custaria 2.000 reais por 30 dias e além disso o interrogando ganharia uma bucha de 100 gramas de cocaína. Recebeu de presente naquela oportunidade uma pequena bucha de cocaína. Terminado o almoço por volta das 15h30min, o interrogando voltou com José Ivo e Gato até o Bar do Janga, onde havia ficado o veículo Saveiro de José Ivo. Deixou seu carro nesse local, embarcou na Saveiro junto com José Ivo, em direção a Barra do Sul. No caminho parou no restaurante Sinuelo, onde tomou uma cerveja com José Ivo. Logo em seguida rumaram para a casa de Barra do Sul, onde chegaram por volta das 18h30min. Enquanto José Ivo olhava a casa, o in-

terrogando foi falar com a sua caseira, pedindo à mesma que limpasse a casa uma vez por semana para José Ivo e comunicou do aluguel. Na garagem dessa casa estava o Golf verde, pertencente ao pai do interrogando. O veículo estava lá, para não ficar no tempo em Joinville. Falou para José Ivo, que no dia seguinte pela manhã, ia até Barra do Sul retirar o Golf da garagem, porque naquele dia estava sem a chave. José Ivo disse que voltaria à casa no dia seguinte no período da tarde. Na casa existem dois quartos e uma suíte. A chave da casa seria entregue a José Ivo pela caseira. O pagamento seria feito no dia seguinte quando José Ivo iria procurar pelo interrogando para saber se o Golf havia sido retirado da garagem. Voltaram para Joinville e como a estrada não era boa, o carro de José Ivo apresentou problemas de suspensão. Como o interrogando conhecia Ronni e sabia que o mesmo trabalhava com esse tipo de problemas, levou José Ivo até a residência do co-réu Ronni. Chegaram na casa de Ronni quando já estava escurecendo. Colocaram o carro na garagem, para que Ronni, vendo o problema, pudesse solucioná-lo. Enquanto Ronni foi buscar ferramentas para verificar o problema do carro, o interrogando entrou na casa de Ronni e foi ao seu quarto assistir uma fita de videocassete. Conhece o acusado Ronni há uns dois anos, de contatos de futebol. Costuma ir até a casa do mesmo, apenas para fazer contatos sobre jogos. Sabia que Ronni tinha uma fita de vídeo interessante e por isso foi assisti-la. Viu que Ivo mexia nas bolsas que trazia dentro do carro, mas não foi olhar o que havia no interior da mesma. Logo depois a polícia fe-



deral chegou e efetuou a prisão. Ficou deitado no quarto e só viu que a polícia tinha achado droga posteriormente, quando lhe mostraram a caixa em cima da mesa. Que a bucha de cocaína encontrada no interior do Golf era do interrogando que tinha sido deixada pelo interrogando, depois que voltou de uma festa. O interrogando conhece Cesar Garcia, porque o mesmo é dono de um posto de lavagem na Papa, onde o interrogando costumava lavar seu carro. Numa ocasião, Cesar perguntou ao interrogando se deveria alugar uma casa para Ronni. O interrogando respondeu que pelo que sabia, Ronni era uma pessoa direita e que pagava suas contas. Não é verdade que tenha efetuado o pagamento do aluguel da casa de Ronni para Cesar. O interrogando é viciado em cocaína fazendo uso mais freqüente aos finais de semana. O interrogando trabalha com seu pai na Imobiliária e costuma vender terrenos em loteamentos, em casinhas, no próprio local dos empreendimentos. O interrogando não tem conta em banco. O interrogando ganha 1.400 reais por mês, e sobra por mês apenas uns 200 reais. De vez em quando, recebe algum extra de comissão. Teve conta em banco há muito tempo atrás. Costuma alugar sua residência nas temporadas, por 30 reais por dia. Que a polícia apreendeu uma pistola que pertencia ao interrogando, bem como cerca de 60 dólares que estavam em sua carteira. Comprou os dólares numa casa de câmbio. A polícia apreendeu também 439 reais na carteira do interrogando. Que já foi preso e processado por tráfico de drogas. Foi condenado à pena de três anos de reclusão. Cumpriu toda a pena. Foi condenado em 1991 e

terminou de cumprir a pena em 1993" (fls. 109/110).

Por sua vez, o co-apelante Ronni Soares Alves contou que "o interrogando, dois meses antes, havia mudado de endereço. Anteriormente morava na Rua Brasil, mas mudou-se porque o aluguel estava um pouco alto. Conhecia Cesar Garcia, porque lavava seu veículo num posto de lavagem que este tinha na Papa. Falou com Cesar para alugar uma casa que este possuía no bairro Iririú. Alugou a casa por 400 reais. Na Rua Brasil, pagava a mesma importância, mas na renovação, o proprietário queria um maior valor. Trabalhou durante um tempo na D'Paschoal, mas havia deixado este emprego há um ano atrás. Estava trabalhando depois deste período para a firma Jair Automóveis, revenda que fica próxima ao Colégio Tuffi Dippe. Trabalhava como vendedor de carro e também verificava para Jair o estado dos veículos que chegavam para troca. Ganhava 600 a 700 reais por mês. Ajudava também o rapaz que mora perto da sua casa mas não era rendimento fixo. Conhecia Nereu, porque o pai do mesmo é dono de uma imobiliária e patrocina o time de futebol, para o qual o interrogando já jogou. Nereu também jogava bola nesse local. O interrogando é proprietário de um veículo Gol GTS, 1993. Tinha um celular, número 974-6114, mas o aparelho foi desligado, porque não teve condições de pagar a conta. No dia dos fatos, o interrogando tinha ido buscar roupa numa passadeira, e por coincidência, estava em casa por volta das 14h30min, quando chegaram Nereu e José Ivo. Nereu e José disseram que o veículo Saveiro estava com problemas na suspensão di-

anteira e o interrogando disse que olharia para ver qual o defeito. Notou que no porta-malas da Saveiro havia uma caixa, com um saco, contendo material que o interrogando achou suspeito. Enquanto se preparavam para olhar os amortecedores da Saveiro, notou que Nereu e José Ivo levaram a caixa e o pacote para sua casa, sem pedirem autorização. Suspeitou do caso, mas preferiu não falar nada para não arranjar confusão. Logo que Nereu e José Ivo entraram com a droga, a polícia chegou. O interrogando não tentou fugir. Foi colocado no interior da casa e algemado, com José Ivo e Nereu. Viu que a polícia apreendeu diversos tijolos de cocaína que lhe foram mostrados. Notou também que a polícia apreendeu uma balança de precisão. Não viu os rolos de fita nem o rolo de plástico. Não sabe se Nereu é proprietário de alguma casa em Barra do Sul. Não sabia que a droga estava escondida dentro do forro de sua casa nem embaixo da geladeira. O alçapão, que dá acesso ao forro da casa do interrogando, não tem tampa e fica aberto. O interrogando foi levado pela polícia federal até Barra do Sul, onde lhe disseram que Nereu tinha uma casa. Enquanto o interrogando estava nesta casa, a polícia não encontrou nenhum tipo de drogas. Na garagem da casa de Barra do Sul estava estacionado um Golf verde. O interrogando já viu Nereu dirigindo este veículo, mas acredita que o mesmo seja do pai de Nereu. Normalmente Nereu usava um Gol 1000, vinho. Não é verdade que a polícia tenha apreendido algum revólver que pertencia ao interrogando. Não conhecia o acusado José Ivo antes dos fatos. O interrogando alugou a casa de Cesar Garcia

e por duas vezes pagou o aluguel ao mesmo. O contrato de locação da casa foi feito verbalmente e não houve participação da imobiliária do pai de Nereu. Não é de seu conhecimento que Nereu tenha feito o pagamento do aluguel em alguma oportunidade. Nereu não freqüentava com assiduidade a casa do interrogando. Já tinha providenciado a documentação nova de seu carro, mas não estava andando com a mesma. Comprou o Gol GTS, uns cinco meses antes de ser preso. Pagou 11.500 reais por esse veículo. Pagou este preço à vista. Quando trabalhava na D'Paschoal, o interrogando tinha conta em banco. Depois que saiu não trabalha com banco, usando somente em dinheiro. Na casa de Barra do Sul, a polícia encontrou certa quantidade de maconha. Não sabe se havia cocaína dentro do Golf. Pelo que sabe, Nereu trabalha na imobiliária de seu pai. Não prestou nenhuma informação na fase policial, por orientação de seu advogado. O interrogando se considera viciado em maconha, mas não usa cocaína" (fls. 116).

Mudando o teor das declarações que prestou na Delegacia de Polícia, José Ivo Aureliano relatou:

"Três meses antes de ser preso, aproximadamente, mudou-se para Cassilândia. Em Cassilândia, a família do interrogando estava enfrentando muitas dificuldades financeiras. O trabalho do interrogando não gerava lucro suficiente para manter a família. Em razão disso, acabou resolvendo entrar para um mundo do tráfico de drogas. Comprou uma caminhonete Saveiro por 9000 reais e adquiriu 24 quilos de cocaína por 14.000 mil reais. Fez contato com um tal de Gato, pessoa que lhe vendeu a droga e esse, na

véspera da partida do interrogando para Joinville, pediu o veículo Saveiro emprestado. No dia seguinte, recebeu o carro com a droga acondicionada no fundo falso. Gato disse-lhe que deveriam vir até Joinville, onde o mesmo teria como encaixá-lo para a venda de drogas. Trouxe os 24 quilos de cocaína, sem que houvesse definição sobre a pessoa para a qual deveria entregar a droga, para posterior comércio. Gato veio no mesmo veículo que o interrogando e, ao chegarem num restaurante, Gato lhe disse que conhecia uma pessoa que era viciada em cocaína e que poderia alugar uma casa para o interrogando deixar a droga. Gato telefonou para Nereu, pedindo ao mesmo que comparecesse ao restaurante, pois estava interessado em alugar uma casa, que o mesmo tinha. Meia hora depois, enquanto almoçava, chegou Nereu. Conversou com Nereu no restaurante e este falou que queria dois mil reais pelo aluguel da casa, e que poderia receber parte do valor em droga. O interrogando disse que queria o contrato por 30 dias e que pagaria os dois mil reais, um ou dois dias depois, concordando também em ceder uma quantidade de drogas, se fosse o caso. Essa conversa ocorreu no restaurante, por volta das 15 horas. Logo depois, o interrogando saiu do restaurante sozinho em seu veículo e no veículo Gol bordô, de Nereu, seguiram este e Gato. Nereu deixou Gato e o veículo num posto e passou para o carro do interrogando. Depois disso o interrogando e Nereu ficaram dando voltas pela cidade. O interrogando não conhece a cidade, não sabe os lugares onde foi. Nereu parou para conversar com alguns amigos e já no entardecer é que Nereu o

levou à Barra do Sul. Não conhece a cidade e não sabe dar nenhuma indicação de qual caminho tomar, para ir até Barra do Sul. Lembra-se apenas que, um pouco antes de chegar, passa por uma lagoa, pelo que lhe parece a direita da estrada. Calcula que tenha demorado de 30 a 40 minutos, do centro de Joinville até a praia. Chegou a casa que tinha alugado, por volta das 18h40min, quando já estava escuro. Não lembra das características da casa. Chegando neste local, o interrogando resolveu esconder cinco quilos de cocaína na casa. Como Nereu havia dito que uma zeladora fazia a limpeza da residência, o interrogando escondeu a droga atrás de um guarda-roupa, que havia no quarto de casal, com banheiro. Pegou também certa quantidade de maconha que Gato dizia que era para seu uso e guardou dentro do freezer. No terreno da casa, encontrava-se um veículo Golf, cor verde. Que o interrogando descarregou apenas os cinco quilos de cocaína e a maconha, que estavam dentro do veículo, numa bolsa que trazia consigo. Não descarregou o restante, 19 quilos, porque queria que o veículo Golf fosse tirado da garagem, quando voltaria até a casa e descarregaria a droga, com maior tranquilidade. Nereu combinou que tiraria o carro da garagem e só não fez naquele dia, porque estava sem a chave. Voltou com Nereu até o posto onde havia deixado Gato e lá encontraram com o mesmo, por volta de 21h30min. Gato não quis voltar para dormir na casa de Barra do Sul porque, no dia seguinte, teriam que consertar a suspensão do carro do interrogando. Foi com Gato até um hotelzinho simples, não muito no centro da cidade. Deixou o carro estacio-

nado ao lado do hotel. No dia seguinte, o interrogando acordou por volta das 10h30min, saiu na rua com Gato, fizeram um lanche e depois foram almoçar. Não sabe o nome nem a localização do restaurante. Gato ligou para Nereu e este veio ao restaurante e ao saber do problema envolvendo a suspensão do veículo do interrogando, Nereu disse que conhecia um rapaz que poderia fazer o conserto. Nereu novamente deixou seu carro no posto e veio na Saveiro do interrogando. Gato saiu para falar com uns amigos. Chegando na casa de Ronni, o interrogando falou com o mesmo, sobre o problema do carro. Ronni saiu para pegar uma chave necessária ao conserto na casa de um amigo e logo depois voltou. A casa de Ronni não há características de que funcione uma oficina. Ronni tinha algumas chaves e mexeria na suspensão para ver se existia algum problema e depois compraria alguma peça. Como Ronni teria que mexer na suspensão, o interrogando achou melhor tirar os 19 quilos de cocaína do fundo falso de seu veículo. Sozinho, foi tirando a droga e colocando-a dentro da casa de Ronni. Ronni não queria deixar, mas foi convencido pelo interrogando. Colocou toda a cocaína para dentro da casa. Ia guardar um pouco da droga no forro da casa e chegou a botar uns nove tijolos. Uns oito tijolos estavam em cima da mesa, quando escutou barulho no portão. Tentou esconder um pouco da droga embaixo da geladeira. Não viu nenhuma balança de precisão na casa. O bicarbonato de sódio e o Dextrosol não eram do interrogando. Tinha colocado também para dentro da casa, três ou quatro rolos de fita adesiva. Não viu o rolo de plástico trans-

parente. O interrogando tinha consigo um telefone celular. No dia da prisão, Gato usou o telefone celular do interrogando, para ligar para Nereu. No dia anterior, Gato não usou o telefone celular para ligar para Nereu. Pelo que lembra Nereu também tinha telefone celular. Não é de seu conhecimento a existência de pasta base de cocaína. Quando a polícia chegou o interrogando, Nereu e Ronni estavam dentro de casa. Ronni estava trocando de roupa para mexer no veículo. O carro do interrogando está no nome de uma pessoa chamada Joilson, não tendo maiores dados. Mentiu na polícia porque estava tentando criar uma situação melhor para si. Agora que está preso resolveu falar toda a verdade" (fls. 112/114).

Os policiais federais, inquiridos em Juízo, confirmaram os depoimentos prestados anteriormente.

"A partir da instalação da delegacia da polícia federal em Joinville, passaram a receber diversas denúncias anônimas referentes ao tráfico e ao consumo de drogas na cidade. Essas informações apontavam com insistência o nome do acusado Nereu. Passaram a dirigir as investigações para a verificação das atividades de Nereu. Montaram campanas em sua residência e também nos locais que o mesmo freqüentara. A partir deste trabalho constataram que o acusado Ronni e o réu Nereu andavam sempre juntos. Descobriram também o endereço onde Ronni morava e notaram se tratar de uma casa que ficava constantemente fechada e que tinha em seu quintal um cão de guarda. Dando seguimento aos trabalhos de investigação o depoente e um colega passaram em frente à casa de Ronni e es-

tranharam o fato de um veículo Saveiro encontrar-se estacionado na garagem da casa com a dianteira voltada para a rua. Notou que o réu Nereu estava junto à traseira do veículo acompanhado por outro elemento desconhecido da polícia. O depoente e seus colegas afastaram-se um pouco da residência e pediram a presença de outros policiais federais no local. Quando retornaram o acusado Ronni chegou e estacionou seu veículo Gol GTS vinho em frente à residência. Nereu e o outro elemento continuavam em movimentos suspeitos na parte traseira do veículo. Ronni parecia estar vigiando a rua para verificar a existência de algo errado. Quando os policiais se aproximaram para a abordagem de Ronni que estava na parte da frente do terreno correu para dentro de casa e aparentemente avisou os outros dois acusados. O depoente e seu colega arrombaram a porta e entraram na casa. Viram sobre a mesa da cozinha uma balança de precisão e vários pacotes, cujo conteúdo aparentava ser cocaína. Após entrarem na casa, José Ivo correu para o banheiro e tentou esconder-se atrás da porta. Ronni correu para um dos quartos e Nereu para outro. Após os policiais dominarem a situação chamaram testemunhas do povo para que acompanhassem as buscas na casa. Já na presença de testemunhas, encontraram alguns pacotes de substância semelhante à cocaína escondidos na parte de baixo da geladeira e diversos pacotes no forro da casa. Além disso encontraram garrafas de água mineral, baldes, e amido de milho, material normalmente utilizado para ampliação do volume da droga antes da venda. No momento

da prisão nenhum dos réus assumiu a propriedade da droga. Ainda na casa de Ronni o depoente manteve contato com seu superior no sentido que o mesmo conseguisse um mandado de busca e apreensão para ser executado numa casa de Barra do Sul que as investigações indicavam pertencer a Nereu. O depoente de posse do mandado deslocou-se até Barra do sul, acompanhado de Ronni. Chegando ao local Ronni ao ser perguntado sobre a existência de droga na casa disse que talvez houvesse um pouco de maconha para consumo próprio, num freezer que estava na garagem. Encontraram a droga neste local e viram ainda que na garagem da casa de Barra do Sul, encontrava-se estacionado um Golf verde que era utilizado normalmente pelo réu Nereu, mas que fazia alguns dias que o mesmo não usava. Como Ronni não tinha a chave do carro, deixaram dois policiais federais acompanhados de testemunhas do povo no local e vieram buscar Nereu na delegacia. Juntamente com Nereu fizeram outras buscas e encontraram outros pacotes com conteúdo semelhante à cocaína escondidos embaixo do armário do quarto do casal. Nereu que se havia recusado de início a entregar a chave do carro Golf acabou por cedê-la à polícia quando soube que o carro seria arrombado, caso necessário. Dentro do veículo encontraram embaixo do banco traseiro uma pequena bucha de cocaína. Atrás do espelho de um banheiro encontraram outra pequena porção de droga, no interior de uma caixa de munição calibre 9mm, ainda não deflagrados. Na casa de Ronni, encontraram ainda um revólver calibre 38, que o réu admitiu que lhe pertencia. A se-

nhora responsável pela casa de Barra do Sul, disse aos policiais que dias antes Ronni e Nereu haviam deixado o Golf estacionado naquele local. A polícia suspeitou que o carro tivesse sido deixado em Barra do Sul em razão de ter ocorrido outro flagrante na BR 101, sendo que os presos afirmaram que tinham comprado cocaína de um elemento que tinha um carro verde em Joinville. O acusado José Ivo disse que era mero transportador da droga e que ganharia uma certa importância apenas pelo frete. Falou que o proprietário da cocaína era um tal de Gato, e que este fazia contato com Nereu. Nunca tinha visto o acusado José Ivo na cidade. Também não havia presenciado o veículo Saveiro que o mesmo possuía nos locais frequentado por Ronni e Nereu. Nas investigações realizadas puderam perceber que Nereu e Ronni não tinham qualquer rotina de trabalho. Viviam andando pela cidade, nas imediações da BR 101, e também Barra do Sul. Durante as investigações notou que Nereu usava uma moto e um Gol vermelho, e o Golf verde, que os usava durante um tempo e depois trocava. Ronni usava um Gol GTS vinho. Perguntou para José Ivo onde o mesmo transportava droga e esse mostrou a existência de um fundo falso, conforme retratado na fotografia de fls.138. Dada a palavra ao MP, disse: Que não havia indício algum do funcionamento de uma oficina mecânica na casa de Ronni. A casa tinha poucos móveis e somente num dos quartos e na cozinha. Observou que o veículo Saveiro estava normalmente estacionado na garagem e não havia qualquer sinal de que o mesmo estivesse sofrendo algum conserto. Se não está engana-

do, havia uma televisão no quarto de Ronni mas não recorda se existia videocassete. Dada a palavra ao defensor, disse. Viu latas de amido de milho mas não pode informar se a droga já havia sido misturada. Ao entrar na casa pelo cheiro que sentiu teve a impressão que havia ocorrido manipulação de cocaína no local. Não chegou a ver a droga sendo descarregada do carro para o interior da casa. Antes do fato narrado na denúncia não tinha visto o acusado Nereu vendendo ou consumindo droga. Não tinha visto anteriormente o acusado Nereu transportando droga em sua moto, Gol ou Golf. O depoente esclarece que passou duas vezes em frente à casa de Ronni. Na primeira delas, embora não pudesse observar por muito tempo para não prejudicar a investigação, viu Nereu e outro elemento próximo da traseira da Saveiro. Quando passou pela segunda vez com o objetivo de mostrar a casa para seus colegas avistou a presença de Ronni na garagem. Quando se aproximou para a abordagem Ronni estava vigiando a rua. Existe uma porta que dá acesso da garagem ao interior da casa de Ronni. Não sabe se a porta de acesso de garagem da residência estava aberta ou fechada. Que Nereu foi preso em um dos quartos da casa por um colega do depoente. Não sabe se esse quarto era o mesmo que continha a televisão. Recorda que seu colega afirmou que deteve Nereu no quarto que continha a televisão. Recorda que seu colega afirmou que deteve Nereu no quarto em que estavam os apetrechos para malhar a droga. As testemunhas do povo afirmaram que nunca tinham visto cocaína anteriormente. As testemunhas foram escolhidas

aleatoriamente na rua. Não sabe se a pessoa que alugou a casa para Ronni serviu como testemunha da existência da droga. No caminho até a Barra do Sul, não é verdade que tenham colocado Nereu ajoelhado com arma apontada na cabeça” (Ruben Martins — Condutor — fls. 294/295).

“Após a instalação da Delegacia da Polícia Federal em Joinville, passaram a receber denúncias de que Nereu era traficante de drogas. Começaram a fazer investigações e verificaram que Nereu e Ronni estavam sempre juntos. Assim começaram a investigar os endereços e os locais que ambos frequentavam. No dia dos fatos o depoente foi chamado para dar apoio a uma operação comandada pelo policial Ruben, na casa de Ronni. Chegando ao local, quando Ruben foi se aproximar para observar o caso mais de perto, Ronni tentou evadir-se para o interior da casa. A porta dos fundos foi arrombada e o depoente pode notar que Ronni foi para um quarto, Nereu para outro e José Ivo entrou no banheiro. O depoente fez a prisão de José Ivo e ao chegar na cozinha constatou sobre a mesa a existência de uma balança de precisão e oito pacotes de cocaína. Após serem interrogados Nereu e Ronni negavam a propriedade da droga. José Ivo disse que tinha trazido a droga para Nereu. Chamaram testemunhas do povo para observar a busca na casa. O depoente achou dois pacotes de cocaína na parte debaixo da geladeira e 9 pacotes no sótão da casa. Providenciaram um mandado de busca para a casa de Nereu no bairro Santo Antônio e também em Barra do Sul. Levaram Ronni até Barra do Sul e no caminho este revelou que sabia apenas da

existência de maconha no freezer da casa. Chegando ao local, encontraram a droga mencionada por Ronni e também um veículo Golf que Nereu costumava usar. Deixaram dois policiais com testemunhas do povo na casa e voltaram até a delegacia para pegar Nereu. Embora Nereu negasse a existência da droga na Barra do Sul, na presença de testemunhas do povo, o depoente encontrou 5 pacotes de cocaína embaixo do armário do quarto e duas bucinhas de cocaína no interior de uma caixa de munição escondidas atrás do espelho. Seu colega Ruben achou uma bucha de cocaína no interior do Golf verde. Nunca soube da presença de José Ivo ou do veículo Saveiro em Joinville antes da prisão. Enquanto investigou nunca viu Ronni ou Nereu trabalhando em algum local. Dada a palavra ao MP, disse: Não existia qualquer tipo de equipamento para conserto de veículo na casa de Ronni. Num dos quartos a polícia encontrou e apreendeu material normalmente usado para o batismo da droga. Não se recorda se em algum dos quartos da casa de Ronni existia televisão com videocassete. Os únicos móveis que existiam na casa de Ronni era uma cama e um armário num dos quartos e uma mesa, um fogãozinho e uma geladeira na cozinha. Os apetrechos para batismo da droga não estavam no quarto mobiliado. Dada a palavra ao defensor disse: Acompanhou toda a lavratura do flagrante. Que durante a lavratura do flagrante esteve no local um advogado, cujo o nome parece ser Júlio e depois chegou o advogado Vânio, mas não sabe quem este defensor representava. Pelo que recorda o advogado assistiu ao depoimento do José Ivo na polícia. José Ivo

contou que veio até Joinville com um tal de gato. Gato fez contato com Nereu e este passou a acompanhar o réu José Ivo. Como as informações eram vagas não puderam investigar a existência de gato. José Ivo aparentava não conhecer bem a cidade e o réu afirmava que tinha apenas que entregar a droga para Nereu. Pela experiência que o depoente tem, a droga apreendida ainda não havia sido batizada e estava empacotada da maneira como possivelmente saiu da fonte. Nas investigações realizadas não percebeu qualquer trabalho lícito de Nereu e Ronni que demonstravam viver somente da venda de droga. Desde março de 1997 a Delegacia da Polícia Federal começou a investigar as atividades de Nereu. Que em uma oportunidade anterior quase conseguiram prender o acusado Nereu traficando drogas, mas este conseguiu se evadir com o Golf verde. Depois continuaram com as fundadas suspeitas da atividade ilícita e ficaram aguardando uma oportunidade para a prisão. A afirmação do depoente está baseada no fato de que Nereu aparentou ter percebido aproximação da polícia evadindo-se imediatamente do local procedimento incomum para quem nada teme” (Edson Gomes — fls. 297/298).

“O depoente chegou para trabalhar na delegacia de Joinville, em junho de 1997. Desde esta data passou a participar das investigações vinculadas ao réu Nereu. Da observação da conduta de Nereu passaram a observar o acusado Ronni que parecia agir como secretário no comércio ilícito da droga. Verificaram carros e imóveis utilizados por Nereu e perceberam que estavam em nome de terceiros. No dia narrado da denúncia

juntamente com o policial Ruben, passou em frente à casa de Ronni e estranhou a presença de um veículo Saveiro estacionado na garagem da residência. Desconfiado, Ruben solicitou reforço. Após a chegada dos demais policiais resolveram se aproximar da casa mas Ronni parecia ter percebido a ação policial fugindo para o interior da casa. Arrombaram a porta dos fundos e viram os três acusados na cozinha, sendo que Ronni correu para o quarto, José Ivo para o banheiro e Nereu foi preso pelo depoente num outro quarto onde estavam guardados produtos para o batismo da droga. Sobre a mesa da cozinha encontraram oito pacotes de cocaína e uma balança de precisão. Chamaram testemunhas do povo e estas acompanharam buscas que resultaram na apreensão de outros pacotes de cocaína. Na parte debaixo da geladeira e no forro da casa. Depois disso foram com Ronni até a residência de Nereu até a Barra do Sul/SC. Acharam com facilidade uma certa quantidade de maconha que estava guardada no freezer pois essa droga não estava escondida. Viram também que o veículo Golf estava na garagem e resolveram voltar até a delegacia para pegar a chave com Nereu. Em posse da chave do veículo, e acompanhado de Nereu voltaram até Barra do Sul. Neste meio tempo deixaram dois policiais cuidando da casa acompanhados por duas testemunhas. As testemunhas acompanharam a busca na casa e viram quando a polícia achou 5 pacotes escondidos debaixo de um armário bem pesado e duas buchas dentro de uma caixa de munição 9mm atrás do espelho. Depois um policial encontrou uma bucha no Golf verde de Nereu. O



depoente esclarece que José Ivo afirmou que veio do Mato Grosso até Joinville, com um tal de Gato. Gato teria feito contato com Nereu e este teria embarcado na Saveiro junto com José Ivo para irem até a casa de Ronni" (Francisco Torres de Moraes — fls. 299).

A testemunha Valmor Legal, confirmando o que havia dito na Delegacia de Polícia, acrescentou que "confirma que seu cunhado afirmou que a casa havia sido alugada para Nereu" (fls. 301).

A testemunha Lourenço José Martins, inquirida, nada acrescentou (fls. 302).

Some-se, ainda, as declarações de Cesar Garcia, proprietário do imóvel onde o apelante em companhia do co-apelante Ronni mantinha o depósito de cocaína para venda, o qual declarou de modo expresso:

"O depoente construiu uma casa ao lado da que inicialmente morava e resolveu alugar a residência que ficou desocupada. Sabia que Ronni pagava aluguel e ofereceu-lhe a casa desocupada para locação. Acertaram o aluguel em R\$ 400,00 por mês. Após alugar a casa para Ronni, conheceu o acusado Nereu. Nereu passou a freqüentar o posto de lavação junto com Ronni. Pôde perceber que Ronni e Nereu eram amigos. O primeiro aluguel foi pago por Ronni diretamente ao depoente. O segundo aluguel foi deixado por Nereu no posto de lavação do depoente. O depoente não estava presente quando Nereu deixou o dinheiro naquele local. Como tinha alugado a casa para Ronni imagina que este tenha dado o dinheiro para Nereu, e este apenas deixou o valor

correspondente no posto de lavação. Quando prestou depoimento na fase policial estava muito nervoso, pode ter cometido algum engano" (fls. 303).

Maria Aparecida Lima Rodrigues afirmou "...que trabalha para o acusado Nereu há dois anos e uns dias antes dos fatos, cerca de uma semana, tal acusado lhe disse para manter a casa limpa, porque iria chegar um pessoal do Mato Grosso para passar uns dias lá, mas não mencionou o nome da pessoa e nem quantas pessoas eram; que a depoente conhecia o acusado Ronni há cerca de dois meses e viu dita pessoa na casa do co-réu Nereu por umas quatro vezes e nestas oportunidades eles ingeriam cervejas e depois Ronni ia embora; que nunca ouviu o que eles conversavam; que não conhece José Ivo Aureliano; que durante o tempo que trabalha para o acusado Nereu nunca o viu alugar aquela casa, mas algumas vezes ele a emprestava ao que lhe parece, para alguma pessoa passar finais de semana, isto inclusive aconteceu com o acusado Ronni (...) quando a depoente chegou à casa do acusado Nereu, junto com os policiais, a casa estava totalmente fechada e foi aberta pelos policiais quando lá chegou; que para entrar na casa os policiais forçaram a porta da garagem; que naquela ocasião a chave não encontrava-se com a depoente, pois Nereu a tinha pego uma semana antes, para dá-la ao pessoal do Mato Grosso; que a garagem de tal casa dá acesso à cozinha, onde também há uma porta, mas esta encontrava-se aberta, naquele dia; que quando chegou na casa do acusado Nereu naquele dia, a porta da garagem não tinha sinais de arrombamento" (fls. 335/337).

As testemunhas de defesa, embora apontassem que Ronni era mecânico, não confirmaram, em momento algum, que essas funções eram exercidas na casa do apelante, veja-se:

“Nada sabe sobre os fatos narrados na denúncia. Conhece o acusado Ronni há aproximadamente 1 ano e não sabe de nenhum fato que lhe desabone a conduta. Conhece um pouco o acusado Nereu, porque foi criado no mesmo bairro que o réu. Que conheceu o acusado Ronni pois este jogava futebol. Convidou Ronni para fazer parte de um grupo de futebol integrado pelo depoente. Jogavam às terças-feiras à noite e Ronni não costumava faltar. Soube que Ronni trabalhou na D’Paschoal e era mecânico” (fls. 305).

O policial Federal Luciano Soares Torres, que no dia dos fatos foi chamado para dar apoio, contou:

“O depoente foi chamado para apoiar um trabalho de uma equipe que investigava a casa de Ronni. Chegando ao local, o coordenador da ação decidiu pela abordagem dos suspeitos. Ronni tentou fugir mas foi perseguido (...) O depoente ficou do lado de fora cuidando da parte da frente da casa. Quando entrou na casa viu vários pacotes de substância que parecia cocaína sobre uma mesa. Depois os policiais chamaram as testemunhas do povo que acompanharam a apreensão e outros pacotes da droga sobre a laje da casa e também embaixo da geladeira. Finalizada essa operação foram com o réu Ronni até Barra do Sul. Neste local encontraram maconha dentro do freezer que ficava na garagem. Alguns dos policiais re-

solveram levar Ronni até a delegacia e trazer até Barra do Sul. Ficou aguardando no local junto com o policial Ramenon e duas testemunhas, até que seus colegas policiais retornassem com Nereu. Com a presença de Nereu e testemunhas do povo revistaram novamente a casa e encontraram outros pacotes de cocaína embaixo do armário e algumas buchas dentro de uma caixa de bala” (fls. 304).

A testemunha da defesa José Luiz Caldeira narrou que:

“O depoente nada sabe sobre os fatos narrados na denúncia. Conhece os acusados Ronni e Nereu não sabendo de nenhum fato que lhes desabone a conduta. Conhece Ronni um pouco melhor que Nereu. O depoente é dono de uma oficina de lataria e Ronni bateu o seu carro três vezes e levou para consertá-lo na firma do depoente. Ronni sempre pagou todos os serviços em dia (...) Ronni trabalhava na D’Paschoal e depois que deixou este emprego o depoente não sabe qual a função que Ronni passou a exercer. Que Ronni sabia mexer com mecânica e suspensão de carro” (fls. 306).

A testemunha da defesa Luiz Carlos de Mira narrou que “nada sabe sobre os fatos narrados na denúncia. Conhece o acusado Ronni porque o mesmo costumava pegar fitas na videolocadora do depoente, além do que jogavam bola juntos. Ronni sempre lhe pareceu ser ótima pessoa. O depoente não sabe de nenhum fato que lhe desabone a conduta. Conhece o réu Nereu apenas de vista. O acusado Ronni é mecânico e já fez serviço desse tipo para o depoente” (fls. 307).

Com base nesses elementos, aprecia-se pois os inconformismos.

### 1. Nereu Soares Filho

1.1. Sustenta o apelante, escudado na tese da negativa de autoria, que foi injustamente condenado no delito de tráfico, posto que o Magistrado abandonou todas as provas que apontam a sua inocência (fls. 504).

Essa versão, no entanto, não encontra respaldo nos autos, eis que as provas elencadas no caderno processual apontam que Nereu mancomunado com o co-apelante Ronni, mantinham a casa em Barra do Sul e a ocupada por Ronni como depósito de substâncias entorpecentes destinadas à comercialização.

Com efeito, emerge do caderno processual que os policiais federais, em virtude de denúncias anônimas informando que Nereu era traficante na região, passaram a efetuar investigações e vigiá-lo, através de acompanhamento visual, constatando que o apelante e Ronni andavam juntos.

No dia dos fatos, estando de campana, avistaram uma camionete Saveiro posicionada junto a casa onde estavam os apelantes e, diante de atitudes suspeitas destes, resolveram abordá-los, oportunidade em que dominando os dois e mais o acusado José, na presença de testemunhas do povo, começaram a revista na casa, logrando encontrar a quantidade total de 19.070g (dezenove mil e setenta gramas) de cocaína que estavam escondidos embaixo da geladeira, no interior do forro, bem como um revólver 38, telefones celulares, além de substâncias para o batismo da droga (amido de milho, bicarbonato de sódio), outros objetos dentre eles, uma balan-

ça de precisão, e diversos apetrechos para embalar a droga, rolos de fita adesiva, crepe e plásticos, entre outros objetos e dinheiro.

Neste local foi também apreendido o automóvel Gol GTS, placa MKB 8740, pertencente ao co-apelante Ronni, bem como a camioneta Saveiro, culminando com a prisão dos acusados.

Dando prosseguimento à diligência, munidos de mandado de busca e apreensão dirigiram-se até a casa de praia em Barra do Sul, que estava sendo utilizada por Nereu e Ronni, e encontraram mais 5.260g (cinco mil duzentos e sessenta gramas) de cocaína, em um guarda-roupa e 570g (quinhentos e setenta gramas) de maconha, no interior de um freezer, bem como localizado o automóvel Golf, placa LYG 7441/SC cor verde, usado, às vezes, por Nereu em contatos criminosos, onde foi encontrado no banco traseiro uma trouxinha contendo amostra de cocaína, sendo apreendido uma pistola Clock, calibre 9mm, uma trouxa de cocaína e outra pasta base da mesma substância no interior de um espelho de banheiro, o que culminou com a sua prisão.

Nesse diapasão são os depoimentos dos policiais federais que participaram das investigações redundando na prisão em flagrante do apelante, os quais, em ambas as fases procedimentais, declararam de forma segura e harmônica a conduta criminosa do apelante em relação à droga apreendida na casa em que morava Ronni e na sua casa de praia em Barra do Sul, já que estavam vigiando o apelante Nereu Soares Filho, com sérias suspeitas de sua ligação

com o narcotráfico, tendo sido descoberto que ele as mantinha como depósito da droga e que ali se reuniam para coordenar o tráfico de drogas, culminando na apreensão de 24.332 (vinte e quatro mil trezentos e trinta e dois) gramas de cocaína.

A validar as declarações dos policiais federais, têm-se as palavras dos vizinhos do local que viram as substâncias entorpecentes apreendidas na casa, local freqüentado por Nereu, sendo lá surpreendido com a grande quantidade de entorpecentes juntamente com Ronni e José, pelos policiais federais.

A alegação de que os policiais federais em seus depoimentos nada trouxeram de concreto para elucidação dos fatos, afirmando que eles induziram o julgador para uma possível condenação, é um tanto quanto absurda.

Em momento algum o apelante demonstrou onde estaria tal indução, sendo mais uma assertiva infundada, pois que a polícia tem outros objetivos a cumprir do que engendrar flagrantes contra inocentes cidadãos.

É que “os servidores públicos, inclusive policiais, empossados que são após formal compromisso de bem e fielmente cumprirem seus deveres funcionais, têm, no desempenho de suas atuações, presunção de que agem escorreitamente, não se podendo ofensivamente presumir que os informes que, em testemunhos ou em documentos oficiais oferecem a seus superiores e à Justiça, sejam ideologicamente falsos, tendo por vil escopo inculpar inocentes” (RT 411/266).

Por outro lado, não se registra evidência de inimizade capital entre o

acusado e os policiais — merecendo os depoimentos prestados credibilidade.

Sabido que os depoimentos dos policiais envolvidos nas investigações não devem ser recebidos com reservas apenas pela sua condição funcional, mormente quando são uniformes e convincentes com as demais provas dos autos, como ocorreu no caso presente, devendo ser considerados como quaisquer outros depoimentos, recebendo o valor e a credibilidade que merecem.

Cabia sim, à defesa, a produção de prova eficiente para desconstituição das declarações colacionadas, fato que não se concretizou. Note-se que em nenhum momento os depoimentos policiais prestados foram contraditados. Conseqüentemente, válidos os testigos dos policiais, como prova da autoria do ilícito assestado ao apelante.

A propósito Julio Fabbrini Mirabete preleciona:

“Não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos dos policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se, em princípio, que digam a verdade, como qualquer testemunho” (in Processo Penal, Ed. Atlas, 1997, pág. 294).

Damásio E. de Jesus tem o mesmo entendimento:

“A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/54). Assim, como já foi decidido, ‘é inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedi-

do de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado de um exame global do quadro probatório (TACrimSP, RT 530/372) (pág. 147)" (in Processo Penal Anotado, Saraiva, 7ª ed., 1989).

Nesse sentido, colaciona-se da Jurisprudência Catarinense:

"É prova segura para embasar a condenação por violação ao art. 12 da Lei n. 6.368/76 a apreensão da droga em poder do acusado aliada a convincentes e imparciais depoimentos de testemunhas, as quais vêm a confirmar a condição de traficante do réu" (JC 62/271, rel. Des. Ernani Ribeiro).

E:

"Os depoimentos de policiais, quando coerentes, firmes e consonantes com os demais elementos carreados aos autos, são suficientes a embasar um decreto condenatório" (JC 68/397, rel. Des. Marcio Batista).

É pouco crível que o apelante Nereu e José Ivo tenham-se deslocado até a casa de Barra do Sul, já que José Ivo sequer deu indicação de como chegar no local, confirmando que Nereu estava realmente esperando a chegada de José Ivo com o estupefaciente, já que este viria do Mato Grosso, conforme se viu nas declarações de Maria Wegner, caseira do apelante.

Como se vê, se não bastasse a veracidade que envolve as palavras dos policiais federais, as palavras das testemunhas e dos co-réus encontram profunda ressonância no conjunto de provas carreadas aos autos, principalmente nas declarações do co-réu Jo-

sé Ivo Aureliano, traduzindo fortes elementos de convicção de que Nereu alugou para Ronni a casa situada na Rua Arthur Zoefeld, local onde se reuniam para coordenar o tráfico de drogas, recebendo a cocaína que lhe era entregue, além de utilizar-se da casa de praia de Barra do Sul, ambas como depósito da cocaína.

Ora, o fundamento de negativa da propriedade da droga em nada ampara o apelante, porquanto mantinha na sua residência localizada na Barra do Sul cinco pacotes contendo cocaína, no total de 5.260g (cinco mil duzentos e sessenta gramas), bem como 570g (quinhentos e setenta gramas) de maconha, com duas caixas de munição e pasta à base de cocaína, além de veículo que estava na residência (pertencente a Nereu) onde também foi encontrada uma buchinha de cocaína.

E, se a legislação não prescreve "ter em depósito para vender", mas tão-somente "ter em depósito, sem autorização ou em desacordo legal ou regulamentar", por si só, já estaria caracterizado o delito, vez que na casa havia diversas porções de cocaína e maconha acondicionadas em invólucros próprios para venda, sem falar que na casa onde foi preso ocupada por Ronni, seu companheiro que auxiliava no depósito e na venda, outra grande quantidade de cocaína, bem como petrechos para o batismo da droga (balança de precisão, bicarbonato de sódio, entre outros descritos no termo de apreensão de fls. 18/19).

Diante disso, restou comprovado, pelos depoimentos dos policiais federais, corroborados pelas declarações do co-apelante, bem como pela

confissão extrajudicial de José Ivo Aureliano, que era elemento visado pela autoridade policial, e quanto a grande quantidade do estupefaciente apreendido, tanto na casa de Ronni como na residência em Barra do Sul freqüentada pelo apelante, utilizada para depósito com o objetivo de comercialização na região de Joinville.

Nesse aspecto, a jurisprudência é dominante:

“A quantidade da droga, os locais diversos em que era guardada, os diferenciados tipos de embalagem e a variabilidade de porções (42,5g e 0,5g) comprovam que a erva, ao menos em parte, era destinada à mercancia” (RJTJRS 157/178).

Ainda:

“O crime de tráfico de entorpecentes, previsto no art. 12 da Lei 6.368/76, não exige à sua configuração, a venda da substância tóxica a terceiros. Basta a sua consumação, a posse, guarda ou depósito dessa mesma substância” (RJTJSP 70/371).

A afirmativa de que era corretor de imóveis na imobiliária de seu pai não altera o teor dos fatos e a alegação de que teria alugado a casa de Barra do Sul para José Ivo restou isolada; já a empregada Maria disse que nunca viu a casa alugada.

Nesse passo, indubitável o envolvimento do apelante com o tráfico ilícito, caindo por terra a pretensão absoluta pela inexistência de prova segura para amparar um decreto condenatório, restando, assim, tipificado o crime do artigo 12 da Lei de Tóxicos.

Por fim, verifica-se que o Magistrado sentenciante, que acompanhou a instrução do feito, amparou o

decreto condenatório em todo o conjunto probatório, dentro do processo, e, além do mais, no sistema processual prevalece o princípio do livre convencimento inexistindo critérios de valorização das provas. Assim, pode o Magistrado livremente optar por qualquer delas, pois “tudo depende das circunstâncias do caso, como aliás sempre acontece, quando se focaliza a livre convicção. Se os indícios e elementos circunstanciais do factum probandum foram tais que gerem convicção de que a instrução provisória realizada na polícia espelha e reflete a verdade dos acontecimentos, pode o juiz invocar um ou outro desses elementos, para fundamentar, completamente, a sua decisão. Notadamente quando os fatos apurados no inquérito se entrosam, como dados circunstanciais, à prova colhida na fase judicial da instrução” (Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., vol. 1, pág. 160).

1.2. Conseqüentemente, o pedido desclassificatório, ao argumento de que é viciado, reforçando, ainda, que a cocaína encontrada no veículo Golf (um grama) lhe pertencia, é totalmente descabido.

É que restou devidamente comprovado que pertencia a Nereu não só a cocaína apreendida no veículo Golf, mas também todo o estupefaciente encontrado nas residências, ou seja, cerca de 570g (quinhentos e setenta gramas) de maconha, 24.332g (vinte e quatro mil trezentos e trinta e dois gramas) de cocaína, todos acondicionados prontos para venda, além de revólver calibre 38 e munições, bem como diversos apetrechos para mistura (bicarbonato de sódio, rolo de fita crepe, rolo de fita adesiva, plástico

transparente, balança de precisão, outros objetos), conforme se infere no termo de apreensão de fls. 13/16, no laudo pericial de fls. 93/96 e laudo de constatação de fls. 18 e 19, sendo mais do que suficiente que o destino era a narcotraficância, configurando o art. 12 da Lei n. 6.368/76, descartando-se, por óbvio, a tese desclassificatória para o crime do art. 16.

No laudo pericial de dependência toxicológica realizado, de fls. 31, os peritos atestam ser o apelante um dependente psíquico de cocaína, em grau leve. Nesta condição, apesar de conservar plena sua capacidade de entendimento, sua autodeterminação encontrava-se reduzida, com relação ao consumo da droga, sem alterar-lhe a compreensão do caráter delituoso do fato.

Ademais, o fato de ser viciado ao uso de cocaína em grau leve não tem o condão de desnaturar o delito de tráfico, vez que, no mais das vezes, os traficantes também são viciados, utilizando-se da revenda para angariar fundos como meio de sustentar o seu próprio vício, ainda mais, como no caso em apreço, em que a grande quantidade do estupefaciente apreendida em poder do apelante indica ineludivelmente que seu destino era o tráfico, pois “ainda que se trate de réu viciado no uso de tóxicos, a apreensão de grande quantidade da erva em seu poder revela o objetivo de sua comercialização” (in RJTJSP 75/343).

E como vem decidindo a jurisprudência pátria:

“A condição de traficante prepondera sobre a de viciado, isto porque sua autodeterminação está diminuída apenas e exclusivamente em

relação ao uso de substâncias tóxicas, mantendo-se perfeitamente íntegra quanto ao entendimento do caráter ilícito do crime denominado de tráfico” (Ap. Crim. n. 32.940, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 8/8/95).

Ou:

“A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num único agente, preponderando a última, de maior gravidade” (RJTJSP 101/498).

Essas circunstâncias, portanto, somadas àquelas apontadas na análise do primeiro argumento recursal, levam à configuração do crime previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

## 2. Ronni Charles Alves

2.1. Efetivamente, há nos autos provas suficientes a ponto de confirmar que a droga apreendida em sua residência tinha como destino o comércio.

Sustenta o apelante que não há prova suficiente para embasar um decreto condenatório, devendo-se levar em consideração a versão contida em seu interrogatório (fls. 539).

E, então, o que se diga do teor da declaração contida no processo, juntada para instruir pedido de novo interrogatório, onde afirma que “quanto à alegação que fiz contra o acusado Nereu Soares Filho, acusando-o falsamente, de ter o mesmo ajudado o acusado José Aureliano no transporte da caixa e do pacote levados para dentro de minha casa, onde estava contida a droga apreendida pela polícia federal, fato que não condiz com a

verdade, pois, quando do meu interrogatório, fiquei com medo de ser responsabilizado pelo cometimento dos crimes pelos quais estou respondendo e por isso acabei relatando fatos que não aconteceram da forma declarada, agora refletindo o mal que fiz, acusando Nereu Soares Filho, por algo que este não fez" (fls. 322).

Mentiu somente quanto à participação de Nereu?

Então o que realmente aconteceu?

Será que em um novo depoimento poderia se dar maior credibilidade às palavras de quem não se sabe quando está falando a verdade, em detrimento das declarações, que diz contraditórias, dos policiais federais que efetuaram o flagrante?

Sobre a matéria, o egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo já decidiu:

"Em tema de comércio clandestino de entorpecentes, os agentes policiais não estão proibidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase extrajudicial tenham participado no exercício de suas funções. Assim, o fato de ser a testemunha funcionário da polícia não basta, por si só, para afastar a credibilidade de seu depoimento, máxime porque não só a declaração de inidoneidade há de ser específica e não genérica, não podendo abranger toda uma categoria de pessoas, como também porque, sendo os agentes servidores públicos, têm, no exercício de suas funções, presunção juris tantum de que agem corretamente" (JUTACrim 36/21).

No mais, aproveitando as conclusões já esposadas neste longo arazoado, tem-se que o vínculo exis-

tente entre o acusado Ronni e Nereu restou suficientemente comprovado, conforme se denota das declarações das testemunhas, especialmente de Maria Aparecida Lima Rodrigues (fls. 335) e Cesar Garcia (fls. 303).

Ressaltem-se, ainda, as declarações de José Ivo Aureliano, tentando apresentar versão exculpatória dos apelantes, afirmando que os materiais para o batismo da droga, apreendidos na casa de Ronni, não eram de sua propriedade.

Assim, diante de todos os indícios e circunstâncias apurados, restou clara a autoria do delito por ambos os apelantes, razão pela qual não se pode falar em insuficiência de provas para a condenação.

Por fim, ressalte-se o ensinamento de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, de que "se o juízo lógico conclusivo aparece como síntese completa e harmônica de todos os elementos indiciários, e apresenta-se como a lógica e natural consequência das premissas enunciadas, porque se eliminaram todos os contra-indícios e os motivos infirmantes, e se tenha uma reconstrução nítida e completa e convincente dos fatos, poderá chegar à certeza moral sobre o fato indicado" (in *A Prova por Indícios no Processo Penal*, Ed. Saraiva, 1994, pág. 97).

III — Absolvição da infração do art. 14 da Lei de Entorpecentes

A absolvição pela infração do art. 14 da Lei de Tóxicos é objetivo comum aos apelantes, razão pela qual é apreciada em conjunto.

Inicialmente, convém esclarecer que, conforme exaustivamente analisado acima, os apelantes, mancomunados, participaram do tráfico de



entorpecentes, utilizando suas residências para guardá-los e posteriormente vendê-los em Joinville, objetivando lucro fácil com o transporte e a comercialização da maconha e cocaína.

Compulsando-se os autos, verifica-se a ocorrência de mero concurso eventual de agentes, pois não há prova concreta da associação de Ronni e Nereu de modo habitual ou permanente, requisito essencial à configuração do delito do art. 14 da Lei n. 6.368/76.

Com efeito, a engrenagem levantada na r. sentença de que Nereu e Ronni mantinham uma sociedade para o comércio ilícito, a *societas sceleris*, nem de longe se vislumbra na espécie, porquanto foi comprovado nos autos um só negócio com relação a substância tóxica por parte dos apelantes, eis que nada mais no caderno processual demonstrou com plena certeza que ambos compunham sociedade organizada, estável, duradoura, que cometia crimes em série, de modo permanente e continuado.

Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal colhe-se:

“O crime do artigo 14, em se tratando de tráfico de entorpecentes, equivale ao crime de bando ou quadrilha previsto no Código Penal, com a diferença de que, para a tipificação do crime previsto no art. 14, bastam dois envolvidos, exigindo-se, todavia, para a realização do tipo, a estabilidade da associação” (Habeas Corpus n. 69.031/MS, rel. Min. Paulo Brossard, julgado em 17/12/91, STF, Segunda Turma, in RTJ 139/226).

Ao contrário, indicam os autos unicamente a certeza de mera even-

tualidade, ou seja, a co-autoria, razão pela qual a absolvição do crime do art. 14 da Lei de Tóxicos é medida que se impõe.

“Crime contra a saúde pública — Associação para prática de tráfico de entorpecente — Descaracterização — Mera convergência ocasional de vontades para prática transitória e eventual de um delito — Ausência, portanto, do elemento subjetivo do tipo, de uma associação estável e permanente — Inteligência do art. 14 da Lei 6.368/76.

“Co-participar de tráfico não é o mesmo que se associar para traficar, sendo indispensável para a configuração do crime do art. 14 da Lei n. 6.368/76 a presença do *animus associativo*, isto é, de um ajuste prévio no sentido da formação de vínculo associativo de fato, verdadeira *societas sceleris*, em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado” (RT 646/280).

Assim reconhece-se, diante da descrição fática contida na denúncia, que o tipo penal caracterizado é o da causa de especial aumento de pena do inciso III do art. 18 da Lei Antitóxicos, em não se comprovando o tipo autônomo (mais grave) previsto no art. 14. Ocorre, dessa forma, nova definição jurídica do fato criminoso (art. 383 do CPP), mais benéfica aos agentes apelantes, que se defenderam da figura mais severamente punida.

Nesse sentido é o entendimento:

“Crime contra a saúde pública — Entorpecente — Sentença condenatória que repele o crime de associação e comina a agravante do concurso

de pessoas — Contradição inexistente — Recurso improvido — Inteligência dos arts. 14 e 18, III, da Lei n. 6.368/76. A agravante prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 deve incidir sempre que haja concurso de duas ou mais pessoas para o cometimento da infração à Lei Antitóxicos e pode ser aplicada mesmo no caso de ser repellido o crime de associação previsto no art. 14 do mesmo diploma sem que haja contradição, posto que o citado dispositivo se refere à associação estável e permanente para aquele tipo de infrações penais” (RT 613/354).

É o caso dos autos.

IV — Diminuição da reprimenda

1. Nereu Soares Filho

Objetiva o apelante a redução da reprimenda, bem como a pena pecuniária para o mínimo legal, em relação ao crime previsto no art. 12 da Lei de Tóxicos, posto que entende exacerbada a que lhe foi aplicada.

Razão lhe assiste.

O Magistrado, quando da fixação da pena-base em 9 (nove) anos de reclusão, e pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, valeu-se dos seguintes argumentos:

“Cuidando da pena prevista no artigo 12 da Lei já mencionada, percebo que são péssimos os antecedentes do réu. A própria defesa asseverou que o acusado foi condenado em 1991 e cumpriu pena por tráfico de drogas cometido nesta cidade. No início de 1997 o acusado esteve em busca de habeas corpus preventivo para livrar-se de investigações sobre o mesmo delito (fls. 259/265). Sua conduta social foi retratada como elemen-

to não afeito ao trabalho e dado a boêmia. Sua personalidade demonstra alta propensão ao crime, conforme denota a certidão de fls. 71, verso, retratando que já foi preso em flagrante outras vezes. As circunstâncias da infração revelam quinquenal e o acusado pode ser considerado grande traficante, tamanha a quantidade de tóxicos que maneja, sendo indivíduo de alta nocividade social. A fixação de reprimenda em quantidades reduzidas, em se tratando do réu Nereu, já se mostrou ineficaz. Após ser condenado em 1991 e resgatado a pena nos anos seguintes o réu já recuperou sua condição no mercado ilícito e novamente constituiu patrimônio. A pena deve servir à prevenção e repressão penal. Serve como alerta para os elementos nocivos da sociedade e deve ser suficiente para desencorajar novas investidas por parte do réu. Sendo assim, fixo a pena definitivamente em nove anos de reclusão.

“A sanção pecuniária é arbitrada nas mesmas proporções da segregativa. Desse modo, fixo a sanção pecuniária em cento e cinquenta dias-multa. O valor do dia multa fica estabelecido na metade do valor estipulado no § 1º do art. 38 da Lei n. 6.368/76, ante a razoável condição financeira do réu” (fls. 456).

Como se vê, o Magistrado considerou como péssimos antecedentes uma condenação de 1991, já cumprida, por delito de tráfico, que somente foi mencionada no interrogatório do apelante, sendo que não existe nos autos qualquer comprovação a esse respeito, devendo ser excluída a circunstância dos péssimos antecedentes, para sopesar a pena-base.

Ainda, a autoridade judiciária levou em conta a personalidade para majorar a pena-base, como alta propensão ao crime, calcada em uma certidão contida às fls. 71v., onde se vislumbra o registro de “autos de flagrante”, expedido pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca, datados de 21/8/90, 11/3/91, 9/9/91, 5/9/88 e a presente, de 6/11/97, sem qualquer indicação de que vieram a transformar-se em inquéritos policiais devidamente formalizados.

Ora, sequer pode ser afirmado que os acontecimentos (nem como fatos podem ser tidos, porque como tais não foram apurados) são verdadeiros, pois anunciam a verificação de singelas “certidão de indiciamento em flagrante”, não havendo como considerá-los antecedentes contrários ao apelante, pois se sabe que “a expressão ‘maus antecedentes’, em direito penal notadamente a percutir no status libertatis — não se confina a meros envolvimento policiais ou judiciais ainda em estágio de indefinição jurídico-processual, porém há de se assentar em condenações por delitos com trânsito em julgado, às quais se aglutina a referência de uma conduta inegavelmente de desajuste social” (TACrimSP — HC — rel. Gonçalves Nogueira — RT 607/334), razão pela qual não pode influir na fixação da pena-base.

Já a expressão “a fixação de reprimenda em quantidades reduzidas, em se tratando do réu Nereu, já se mostrou ineficaz. Após ser condenado em 1991 e resgatado a pena nos anos seguintes o réu já recuperou sua condição no mercado ilícito e novamente constituiu patrimônio. A pena deve servir à prevenção e repressão

penal. Serve como alerta para os elementos nocivos da sociedade e deve ser suficiente para desencorajar novas investidas por parte do réu” é de ser excluída da majoração da pena-base. A um, porque conforme já se anotou, não existe nos autos documento que comprove a assertiva de condenação anterior. A dois, porque o Dr. Juiz sentenciante descreveu abstratamente situações de outro processo que nada tem a ver com o presente, além do que foi extremamente arbitrário em suas colocações, apontando o seu inconformismo pelo fato de serem traficantes, asseverando, no final, como forma de represália, o que está muito longe das circunstâncias judiciais referidas e exigidas no art. 59 do Código Penal, para individualizar a reprimenda.

Certo é que o Judiciário não deve ficar inerte ante a onda de criminalidade que assola o País que, segundo alguns, sempre existiu, proporcionalmente, no entanto, não a custa de direitos individuais, garantidos a todos na legislação, tenham eles cometido este ou aquele crime, tendo em conta que “a relação entre lei e liberdade é, obviamente, muito estreita, uma vez que a lei pode ou ser usada como instrumento de tirania, como ocorreu com frequência em muitas épocas ou sociedades, ou ser empregada como um meio de pôr em vigor aquelas liberdades básicas que, numa sociedade democrática, são consideradas parte essencial de uma vida adequada” (Dennis Lloyd, citado pelo Ministro Félix Fischer, no julgamento do Rec. em Habeas Corpus n. 7.485—AC, j. em 4/6/98, in DJU de 3/8/98, pág. 268).

Assim tais circunstâncias não podem ser consideradas como desfavoráveis para influir na pena-base.

Esta, todavia, deve ainda manter-se acima do mínimo legal, pois como ponderou o Magistrado sentenciante “a conduta social foi retratada como elemento não afeito ao trabalho e dado a boêmia”, sendo certo que o crime de tráfico traz inúmeras consequências danosas à coletividade.

Manter-se, sim, acima do mínimo legal, mas não no patamar fixado.

Depreende-se, portanto, a necessidade da redução da pena-base.

Como bem decidiu recentemente o colendo Supremo Tribunal, “nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo. É lícito ao magistrado sentenciante, desde que o faça em ato decisório adequadamente motivado, proceder a uma especial exacerbação da pena-base” (HC n. 71697-1, rel. Min. Celso de Mello, clipping do DJ — 16/8/96, in Informativo STF n. 40).

Por isso, a pena-base não pode chegar na variação 3 — 15 anos, no triplo, fixada que foi em 9 (nove) anos. Assim considerando, fixa-se a pena-base um pouco acima do mínimo legal, em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado.

Já na segunda fase da dosimetria, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes, mantendo-se a reprimenda fixada.

Na terceira fase da aplicação da reprimenda, inclui-se a causa especial de aumento do inciso III do artigo 18 da Lei n. 6.368/76, aumentando a pena anteriormente fixada em 1/3

(um terço), tornando-a definitiva em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

A quantidade de dias-multa deve ser fixada proporcionalmente, resultando, na primeira fase, em 82 (oitenta e dois) dias-multa. Não incidindo agravantes ou atenuantes e incidindo a causa de especial aumento do art. 18, inciso III, da Lei de Tóxicos, a qual deve ser valorada em 1/3 (um terço), resta a pena pecuniária, em definitivo, em 109 (cento e nove) dias-multa.

O valor do dia-multa deve ser mantido, tendo o Magistrado fixado na metade do valor estipulado no § 1º do art. 38 da Lei n. 6.368/76 que, in casu, tendo em vista a data dos fatos (6/11/97), é de R\$ 2,78 (dois reais e setenta e oito centavos), porquanto há comprovação nos autos de que o apelante possui diversos bens, entre eles uma motocicleta e um automóvel (fls. 12).

## 2. Ronni Charles Alves

Da mesma forma, Ronni Charles Alves insurge-se em relação à reprimenda aplicada, requerendo a sua fixação no mínimo legal.

Também ao apelante se verifica que o aumento na pena-base foi exacerbado, visto que o Togado considerou-a um pouco acima do mínimo legal, tendo em vista a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, que considerou desfavoráveis.

O ilustre Sentenciante quando da fixação da pena-base em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 90 (noventa) dias-multa, assim se manifestou:

“Cuidando da pena prevista no artigo 12 da Lei já mencionada, per-

cebo que o acusado não registra antecedentes. Conduta social e personalidade sem maiores alterações. As circunstâncias da infração, contudo, revelam que o acusado pode ser considerado grande traficante, tamanha é a quantidade de tóxicos que ajuda a manejar, sendo, por conseqüência, indivíduo de alta nocividade social. A pena deve servir à prevenção e repressão penal. Serve como alerta para os elementos nocivos da sociedade e deve ser suficiente para descorajar novas investidas por parte do réu. A pena reduzida em casos de tráfico não é aconselhável. Os grandes lucros que a infração proporciona não assustam, na maioria das vezes, os elementos que são condenados à pena mínima e dois anos depois estão de volta à rua. O Poder Judiciário também pode e deve ter política de combate à criminalidade. Se o mal do momento é o narcotráfico que deságua no crime organizado, justo que se imponham duras sanções aos que se dedicam a esta prática. Sendo assim, fixo a pena definitivamente em cinco anos e seis meses de reclusão" (fls. 457).

Acontece que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não são desfavoráveis ao apelante, posto que não registra maus antecedentes, a conduta e a personalidade, como considerou o Magistrado, "sem maiores alterações".

A expressão utilizada pelo Magistrado de que "a pena deve servir à prevenção e repressão penal. Serve como alerta para os elementos nocivos da sociedade e deve ser suficiente para desencorajar novas investidas por parte do réu. A pena reduzida em casos de tráfico não é aconselhável.

Os grandes lucros que a infração proporciona não assustam, na maioria das vezes, os elementos que são condenados à pena mínima e dois anos depois estão de volta à rua. O Poder Judiciário também pode e deve ter política de combate à criminalidade. Se o mal do momento é o narcotráfico que deságua no crime organizado, justo que se imponham duras sanções aos que se dedicam a esta prática reconhecidas como circunstâncias judiciais desfavoráveis", conforme analisado acima, não pode servir para elevar a pena-base.

Ora, o Dr. Juiz sentenciante louvou-se, outra vez, em circunstâncias totalmente arbitrárias, diferentes daquelas descritas no art. 59 do CP, o que não é permitido, inovando, assim, a individualização da pena-base.

Por outro lado, as circunstâncias, como ponderou o Magistrado, "revelam que o acusado pode ser considerado grande traficante, tamanha é a quantidade de tóxicos que ajuda a manejar, sendo, por conseqüência, indivíduo de alta nocividade social".

Portanto, a pena-base deve manter-se acima do mínimo legal, mas não em valor superior ao dobro, pois foram reconhecidas como desfavoráveis as circunstâncias do crime.

Como bem decidiu o colendo Supremo Tribunal, "nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo. É lícito ao Magistrado sentenciante, desde que o faça em ato decisório adequadamente motivado, proceder a uma especial exacerbação da pena-base" (HC n. 71697-1, rel. Min. Celso de Mello, clipping do DJ — 16/8/96 -, in Informativo STF n. 40).

Por isso, pelo conjunto das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) a pena merece reparo, como pretendido, já que num limite entre 3 (três) anos e 15 (quinze) anos, estabelecidos no art. 12 da Lei de Tóxicos, o aumento para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses da pena-base foi exacerbado, podendo ser reduzido pelas três circunstâncias judiciais, ou seja, a conduta social, a personalidade, os antecedentes tidos como favoráveis, fixando-se em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Já na segunda fase da dosimetria, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes para o apelante, mantendo-se a reprimenda fixada.

Na terceira fase da aplicação da reprimenda, inclui-se a causa especial de aumento do inciso III do artigo 18 da Lei n. 6.368/76, aumentando a pena anteriormente fixada em 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses.

A quantidade de dias-multa deve ser fixada proporcionalmente, resultando, na primeira fase, em 58 (cinquenta e oito) dias-multa. Não incidindo agravantes ou atenuantes e incidindo a causa de especial aumento do art. 18, inciso III, da Lei de Tóxicos, a qual deve ser valorada em 1/3 (um terço), resta a pena pecuniária, em definitivo, em 77 (setenta e sete) dias-multa.

Obrou com acerto o Magistrado com relação ao valor unitário do dia-multa ao apelante, porquanto inexistente nos autos prova de que o acusado tenha qualquer patrimônio, inclusive estando desempregado, na época, e, portanto, que seja merecedor de reprimenda pecuniária fixada em valor elevado.

V — Restituição da arma apreendida

Pretende o apelante Nereu a restituição de sua arma, uma pistola, marca Clock, 9mm, n. de série AEF 535, porque a referida arma não teve qualquer ligação direta com os fatos, pois foi o único objeto apreendido na sua residência situada na Rua Marcílio Dias.

Razão lhe assiste.

In casu, não se trata da hipótese do art. 34 da Lei n. 6.368/76, que só pode vingar se restar comprovado que os objetos apreendidos foram exclusivamente utilizados para a prática delitativa ou desta sobrevieram, ou seja, só pode ser aplicada quando restar incontroversa a ligação entre os objetos e a prática do narcotráfico, sendo que o ônus de provar, em tal caso, compete à acusação.

A orientação jurisprudencial que se amolda à espécie é de que o confisco só se justifica se houver prova concludente de que o bem é produto do crime, o que não existe, no caso dos autos.

Não há prova efetiva de que a pistola, marca Clock, 9mm, n. de série AEF 535 (termo de apreensão — fls. 14), que a sentença confiscou em favor da União, tenha sido adquirida com o produto exclusivo do comércio ilícito, ou utilizada para o tráfico.

Por outro lado, nem mesmo se pode aplicar a hipótese do art. 91, inciso II, a, do Código Penal, que trata de instrumentos do crime que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito, porquanto o próprio Magistrado afastou, na sentença condenatória, a possibilidade de condenação dos ape-

lantes por crime de porte ilegal de arma, porque não descrito na denúncia.

Assim, não havendo condenação pelo crime de porte ilegal de arma, e não existindo nos autos prova de que tenha sido utilizada para a prática delitativa ou desta sobrevivendo, dá-se provimento parcial ao recurso para que, após a comprovação da propriedade da arma, seja ela devolvida ao apelante, procedendo ao devido registro na repartição competente, para regularizar a sua posse.

Diante do exposto, decide a Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, conhecer dos recursos, afastar as preliminares suscitadas e, no mérito, dar-lhes provimento parcial para afastar da condenação a infração do artigo 14 da Lei n. 6.368/76, incluindo a incidência do artigo 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76, bem como a restituição da arma de fogo apreendida ao apelante Nereu Soares Filho, mantendo-se a condenação dos apelantes no tocante ao delito do art. 12 da Lei n. 6.368/76, fixando as reprimendas em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 109 (cento e no-

ve) dias-multa, para Nereu Soares Filho; e 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 77 (setenta e sete) dias-multa para Ronni Charles Alves, mantidas as demais cominações da sentença. Vencido o eminente Des. Jorge Mussi, no tocante à preliminar suscitada sobre o indeferimento da oitiva de testemunhas arroladas em substituição às não encontradas. Vencido, ainda, no que se refere à fixação da pena ao apelante Ronni Charles Alves, que entendia deveria ser de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 88 (oitenta e oito) dias-multa.

Participou do julgamento, com voto, vencedor o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 17 de novembro de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente com voto;*  
*Álvaro Wandelli,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.012328-3, DE ITAJAÍ**

**Relator: Des. Álvaro Wandelli**

*Porte de arma de fogo. Lei n. 9.437/97. Artigo 10, § 3º, inciso IV. Pretendida alteração do regime prisional do fechado para o semi-aberto.*

*Réu reincidente. Crime praticado anteriormente à vigência da lei. Afastamento da qualificadora prevista no inciso IV. Necessi-*

*dade de alteração da capitulação do delito para o art. 10, caput, da referida lei.*

*Tendo como corolário o princípio da anterioridade, a qualificadora do § 3º do art. 10 da Lei n. 9.437/97, aplicada ao caput e ao § 2º, do mesmo diploma legal, somente deve ser considerada para pessoas que ostentam condenação anterior, com trânsito em julgado, por crime contra pessoa, contra o patrimônio ou tráfico de entorpecentes cometidos após a entrada em vigor da nova lei, cometidos com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.*

*Recurso provido para adequar a pena e o regime prisional.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.012328-3, da comarca de Itajaí, em que é apelante José de Oliveira, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, de ofício, fixar a reprimenda em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, em regime semi-aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, prejudicada a análise do recurso interposto.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itajaí, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra José de Oliveira, dando-o como incurso nas sanções do art. 10, § 3º, inciso IV, da Lei n. 9.437/97, porque:

“Consta da peça flagrançial que no dia 1º de julho de 1998, por volta das 17 horas, durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão na residência de José de Oliveira, sita na Rua das Camélias, bairro Cidade Nova, nesta cidade e Comarca, Policiais

Civis encontraram dentro do maleiro de um guarda-roupa, um revólver da marca Rossi, calibre 38, n. W 110725 (termo de apreensão de fls. 6), o qual o denunciado possuía e mantinha sob sua guarda sem a devida autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

“Referida arma foi furtada de Valdir Baungartner no dia 12 de outubro de 1996, na cidade de Brusque.

“Segundo consta, José de Oliveira já foi condenado pela prática de crime contra o patrimônio — furto — na comarca de Biguaçu” (fls. 2/3).

Processado regularmente, restou condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 10, § 3º, inciso IV, da Lei n. 9.437/97.

Inconformado, apelou o réu, objetivando a fixação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena.

Após as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr.



Valdir Vieira, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

1. A tese defensiva restringe-se, unicamente, na fixação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda, sob o argumento de que a condenação do apelante na comarca de Biguaçu depende do julgamento de habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, e, ainda, que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis e que está trabalhando desde o seu ingresso no presídio, possuindo bom comportamento carcerário.

O inconformismo do acusado merece prosperar, mas algumas considerações de ordem teórica devem ser efetuadas.

Com o advento da Lei n. 9.437/97, o porte de arma de fogo, sem autorização da autoridade, foi transformado em crime punido com detenção de um a dois anos (art. 10, caput), tendo o legislador criado uma qualificadora, a qual submete o agente à pena de dois a quatro anos de reclusão, nos casos em que portar arma de fogo e possuir “condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” (art. 10, § 3º, IV).

Todavia, tal dispositivo merece uma análise cautelosa, respeitando-se a regra do *tempus regit actum*, para que não venha a prejudicar o autor de uma conduta antes apenas brandamente, e que passa, agora, a ser tratada com mais severidade.

É o caso das condenações referidas no mencionado artigo, as quais são causas majorantes da pena e que

não podem ser levadas em consideração se os fatos ocorreram anteriormente à vigência da lei, sob pena de ferir o princípio da irretroatividade da *novatio legis* incriminadora, adotada pelo nosso ordenamento jurídico penal.

Na hipótese dos autos, verifica-se que, ao fixar a reprimenda, o Magistrado justificou-a da seguinte maneira:

“Ex positis, julgo procedente a denúncia e, obedecendo as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, sendo intenso o grau de culpabilidade do réu, reprovável a sua conduta social, deformada a sua personalidade, egoísticos os motivos e sem alterações os outros indicadores do referido dispositivo legal, condeno-o como incurso nas sanções do artigo 10, § 3º, inciso IV, da Lei n. 9.437/97, à pena-base de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Deixo de considerar a agravante da reincidência, por ser elemento constitutivo do tipo. Ausentes outras agravantes. Igualmente, deixo de considerar a atenuante da confissão espontânea, eis que a pena aplicada o foi no mínimo legal. Inexistem outras atenuantes ou quaisquer condições especiais de aumento ou diminuição, razão pela qual torno definitiva a reprimenda suprafixada. Fixo em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato o valor do dia-multa (...).

“Declaro fechado o regime inicial de cumprimento da pena e deixo de conceder o benefício do recurso em liberdade, eis que se trata de réu reincidente e porque ele permaneceu preso durante a instrução (...)” (fls. 163).

Como se vê, o Togado obrou com equívoco, tipificando o art. 10, § 3º, inciso IV, como um crime autônomo, e não combinando o inciso IV com o art. 10, caput, ou com o § 1º, inciso III, que é o que se deve entender da ratio legis.

A respeito do assunto, cita-se a lição de Luiz Flávio Gomes e Willian Terra de Oliveira:

“Abandonada a interpretação literal, impõe-se a conclusão de que esse inc. IV pretende, na verdade, majorar a pena de quem, já tendo sido condenado antes, praticou novo crime, agora relacionado com arma de fogo. É o agravamento da culpa (culpabilidade) pela personalidade do autor. No direito anterior (LCP, art. 19, § 1º) já era prevista semelhante exasperação, in verbis: ‘A pena é aumentada de um terço até metade, se o agente já foi condenado, em sentença irrecorrível, por violência contra a pessoa’. Falava-se, em técnica muito superior, em ‘violência contra a pessoa’. No fundo, a ratio do aumento da pena é exatamente esta. Como dizia com grande acerto José Duarte, é uma condição pessoal do agente que justifica a pena maior, porque revela periculosidade ou fundada suspeita de novo delito; o fato precedente é denunciador da índole agressiva, por isso que é razoável o incremento da sanção.

“Na interpretação do inc. IV ora sob exame, não se pode perder de vista essa ratio legis. Aceita-se em doutrina a relevância da condenação anterior para o juízo de culpabilidade, porque o agente manifesta personalidade não consoante ao direito, apesar de já ter sido advertido antes de que

deveria se conformar com as regras jurídicas. É um fator que, pela via da personalidade, pode ser levado em conta. Mas é indispensável que se avalie a personalidade manifestada no fato cometido, o que significa uma valoração jurídica (não puramente ética ou moral ou meras suspeitas vagas). Fatos da ‘mesma índole’ podem autorizar uma especial exasperação da pena. Logo, a interpretação do inc. IV, também neste aspecto, não pode ser literal. Não é qualquer crime contra a pessoa ou contra o patrimônio que irá fundamentar o aumento. Uma lesão culposa, ou mesmo qualquer crime patrimonial cometido sem violência, não possui nenhuma conexão com o crime de arma de fogo. O melhor entendimento é, portanto, o seguinte: só se justifica a qualificadora (que representa o dobro da pena) quando o agente demonstrou no fato precedente ‘índole agressiva’, isto é, violência, que está presente no homicídio, no roubo e no tráfico de drogas, por exemplo.

“Esse inc. IV, de outro lado, só incide como qualificadora em duas hipóteses: a) art. 10, caput, e b) art. 10, § 1º, inc. III. Não recai sobre o § 1º, inc. I, porque se trata de crime culposos. Não tem nenhuma relevância em relação ao inc. II porque, como vimos, ao criminalizar a ‘arma de brinquedo’, este nasceu como letra morta. Não tem pertinência em relação aos crimes autônomos do § 3º porque a pena da qualificadora é idêntica em tais crimes. Assim delineado o âmbito de incidência do inc. IV, verifica-se que sua posição correta seria após o § 2º.

“Estamos diante de uma qualificadora, que implica exasperação qualitativa e quantitativa: a pena passa a

ser de 'reclusão' e dobram-se os limites mínimo e máximo dos crimes previstos no art. 10, caput, e § 1º, inc. III, quando o sujeito possui condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico de drogas (crimes que se revelem, na nossa interpretação, 'índole agressiva'). Também nesse ponto no antigo § 1º do art. 19 da LCP era superior. Lá a majoração tinha a natureza de causa de aumento de pena, de um terço até metade. Parecem-nos razoáveis esses limites, que estão muito aquém do contemplado pelo novel legislador (o dobro).

"A condenação anterior, evidentemente, tem que ser 'irrecorrível' (tal como constava na LCP). Ninguém pode ser admitido como culpado antes do trânsito em julgado (princípio da presunção da inocência, regra de tratamento).

"Uma condenação anterior, no nosso direito, pode assumir múltipla relevância para o juízo de culpabilidade: normalmente entra na consideração das circunstâncias judiciais (CP, art. 59: antecedentes ou personalidade); mas pode também configurar a reincidência (art. 61). E no inc. IV, ora comentado, aparece como qualificadora. É fundamental, assim, pelo que acaba de ser exposto, atentar para o princípio do ne bis in idem: uma mesma circunstância (ou base fática) não pode ser valorada duas vezes. Se a condenação anterior, no crime de arma de fogo, deve ser considerada na qualificadora, não pode ser apreciada outra vez (como circunstância judicial ou agravante). Em suma: nos crimes previstos no art. 10, caput, e § 1º, inc. III, a condenação anterior serve como qualificadora; nos demais delitos (art.

10, § 1º, inc. I, e art. 10, § 3º, incs. I, II e III) será valorada como antecedente criminal ou personalidade ou agravante (reincidência).

"Para o fim de se caracterizar a qualificadora, por último, pouco importa se o autor do fato é ou não reincidente. O que a lei exige é, tão-somente, 'condenação anterior' " (Lei das Armas de Fogo, RT, 1998, págs. 198/200).

No mesmo sentido, é válido ressaltar o ensinamento do Dr. Victor Eduardo Rios Gonçalves, Promotor de Justiça em São Paulo, no artigo publicado no IBCCrim n. 70, de setembro de 1998, pág. 6:

"Saliente-se que pela técnica do Direito Penal não existe qualquer ilegalidade no reconhecimento da agravante genérica da reincidência ou de maus antecedentes para se fixar pena acima do mínimo legal. Ocorre, entretanto, que a reincidência e os maus antecedentes são reconhecidos pelo juiz, no caso concreto, durante a individualização da pena, respeitando o próprio texto da Constituição Federal que, em seu art. 5º, XLVI, determina que a lei regulará a sua individualização, para que a pena esteja em consonância com a situação particular de cada infrator. Não pode o legislador, entretanto, estabelecer como elemento ou como qualificadora de um crime, a prática de infração penal anterior pela qual o agente já foi punido. Se admitirmos essa falácia, teremos também que aceitar uma hipotética lei que venha a criar qualificadora, aumentando a pena do homicídio para 20 a 30 anos de reclusão, se o agente possuir condenação anterior. Seria logicamente uma aberração.

"Em suma, parece-nos que ao agente flagrado portando arma de fogo que já possua condenação anterior poderá apenas ser aplicada a agravante genérica da reincidência e nunca a qualificadora do § 3º, IV, da Lei n. 9.437/97".

Por outro lado, colhe-se da certidão de antecedentes de fls. 114, que a condenação sofrida pelo acusado, por crime contra o patrimônio, transitou em jugado em 21/8/95, ou seja, antes de entrar em vigor a referida lei, tornando-se inviável, portanto, o aumento da reprimenda em virtude da mencionada condenação.

Assim, se o réu, porventura, possuir uma condenação atual (após a vigência da lei) por crime contra o patrimônio, contra a pessoa ou por tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, a qualificadora prevista no art. 10, § 3º, inciso IV, deverá incidir sobre sua condenação, caso contrário, ela será considerada apenas como agravante ou antecedente criminal.

É o que afirma o Dr. Victor Eduardo Rios Gonçalves, no artigo supracitado, ressaltando que quanto a estas conclusões a doutrina é unânime:

"a) aplicação da qualificadora apenas para pessoas que ostentam condenação anterior por crime contra pessoa, contra o patrimônio ou tráfico de entorpecentes cometidos após a entrada em vigor da nova lei, em respeito ao princípio da legalidade (que tem como corolário o princípio da anterioridade);

"b) a condenação anterior deve ter transitado em julgado e somente poderá gerar o reconhecimento da qualificadora dentro do prazo de cinco

anos a que se refere o art. 64, I, do Código Penal, pois, se nem mesmo a reincidência prevalece após esse período, não há como pensar que a qualificadora possa sê-lo;

"c) por uma questão de lógica, a qualificadora somente poderá ser reconhecida para os crimes contra a pessoa ou contra o patrimônio cometidos com emprego de violência à pessoa ou grave ameaça, pois apenas nesses o legislador pode presumir uma maior periculosidade do agente que porta arma de fogo".

Por derradeiro, ressalta-se a opinião da Dra. Maria Salete de Miranda, em artigo publicado no IBCCrim n. 68, de julho de 1998, pág. 14:

"Trata-se de qualificadora que passa a considerar condenações anteriores, por crime contra a pessoa, patrimônio e tráfico de entorpecentes e drogas afins, como causa de aumento da pena. Questiona-se: como condenações anteriores, referidas no mencionado dispositivo, podem ser levadas em consideração as existentes à época da vigência da lei? Pode o promotor de justiça denunciar o autor de crime de porte de arma por tal qualificadora, consubstanciando-se em condenações anteriores à vigência desse diploma legal? Acreditamos que não. Somente as condenações por crimes contra o patrimônio e tráfico de entorpecentes ocorridas a partir da vigência da lei devem ser levadas em consideração, isto porque, levar-se em conta as condenações anteriormente existentes, seria consagrar a retroatividade da *novatio legis* incriminadora ou, no caso específico do mencionado inciso, da *novatio legis in pejus*, que como vimos esbarra

nos princípios adotados pelo nosso ordenamento jurídico penal.

“Pela infringência à mencionada circunstância qualificadora, depa-ramo-nos com substancial aumento sancionatório, pois reporta-se ao § 2º, cuja pena é de reclusão de dois a quatro anos e multa, enquanto no caput do mencionado artigo a reprimenda é de um a dois anos de detenção e multa. Não há, portanto, como se discutir a incoerência de agravamento da situação do réu. Assim, deve o réu ter ciência de que sua conduta atual (após vigência da lei), ao ser condenado por um daqueles crimes, implicará um apenamento mais severo se for condenado por porte ilegal de arma de fogo. Trata-se da observância do aforismo *nullum crimen sine praevia lege*, denominado princípio da legalidade ou princípio da reserva legal, cujo fundamento se encontra na Constituição Federal (art. 5º, inc. XXXIX) e Código Penal (art. 1º), e representa importante conquista de ordem política em todas as Constituições democráticas e liberais”.

2. Após a análise da situação retratada nos autos, faz-se necessária a alteração da capitulação do delito, que passa a ser o disposto no art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, em virtude do afastamento da “qualificadora” prevista no § 3º, inciso IV, passando-se à dosimetria da pena, ressaltando a impossibilidade de retorno dos autos à origem para eventual proposta de suspensão condicional do processo por tratar-se de réu comprovadamente reincidente.

Assim, nos termos do art. 59 do Código Penal, o réu possui maus antecedentes, visto já condenado por

crime contra o patrimônio. No entanto serão considerados na segunda fase, em razão da reincidência. Culpa-bilidade em pequeno grau. Maior, mentalmente são, ao portar arma sem registro sabia que estava agindo contrariamente ao Direito. Personalidade voltada para a prática de atos criminosos. Motivos já esclarecidos. Circunstâncias normais à espécie, infelizmente. Não há conseqüências de relevância que reflitam diretamente no mundo jurídico, sendo que a segurança da comunidade, em delitos que tais, está somente ameaçada. Dessa forma, fixa-se a pena-base em 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa.

Restou configurada a circunstância agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do CP), motivo pelo qual acrescido mais 2 (dois) meses de reclusão e, inexistindo outras agravantes ou atenuantes a considerar, bem como causas de especial aumento ou diminuição, totaliza-se a reprimenda em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal.

Considerando os elementos do artigo 59 c/c o art. 33 e seus parágrafos, ambos do CP, bem como a reincidência, fixo o regime semi-aberto para o cumprimento da pena ora irrogada.

Incabível a substituição prevista no art. 44 do Código Penal.

Deixo de aplicar a substituição prevista no artigo 77 do mesmo diploma legal, tendo em vista a reincidência.

Diante do exposto, decide a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, de ofício, fixar a reprimenda em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, em regime semi-aberto, e pa-

gamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, prejudicada a análise do recurso interposto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 3 de novembro de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente com voto;*  
*Álvaro Wandelli,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.013078-6, DE CANOINHAS**

**Relator: Des. Álvaro Wandelli**

*Apelação criminal.*

*Crime contra os costumes.*

*Preliminares.*

*Suspeição do delegado que presidiu o inquérito policial. Descabimento.*

*As hipóteses de suspeição previstas no Código de Processo Penal são aplicáveis aos juízes (art. 254 do CPP), peritos, intérpretes e aos serventuários e funcionários da justiça (art. 274 c/c art. 105 do CPP), mas não há previsão legal para que seja levantada contra delegados ou policiais civis e militares, mormente quando o artigo 107 do mesmo diploma legal expressamente prevê que “não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito”.*

*Ilegitimidade do Ministério Público. Condições para arcar com as despesas do processo. Prova que incumbe à parte interessada. Inocorrência.*

*A prova da miserabilidade jurídica do representante da vítima é requisito fundamental para legitimar a ação do Ministério Público, mas exigir rigorismos e formalidades não previstas em lei para a sua comprovação é dar salvaguarda à ação delituosa contra os interesses de cidadãos desprovidos de condições para arcarem com os encargos de uma ação penal simultânea às despesas normais com a sobrevivência própria e de sua família.*

*Nulidade da sentença por julgamento ultra petita. Condenação por crimes em continuidade delitiva. Denúncia que narra detalhadamente a conduta realizada.*

*Não é ultra petita a decisão que reconhece a continuidade delitiva prevista no artigo 71 do CP quando o réu se defende de uma exordial ministerial que capitula de forma errônea o delito cometido, mas descreve os fatos numa longa narrativa que expõe todos os fatos ocorridos e demonstra existir mais de uma vítima.*

*Agente que acaricia partes íntimas das ofendidas. Confissão extrajudicial. Irrelevância de retratação em Juízo se esta encontra-se isolada das demais provas do processo. Coerência das palavras das vítimas.*

*A palavra das vítimas é de vital importância para a resolução de crimes contra os costumes, eis que estes são, geralmente, cometidos às escondidas, sem a presença de testemunhas.*

*Pena desproporcional ao delito cometido. Ato libidinoso que não enseja condenação de tal gravidade.*

*Se a pena decorrente da prática de um delito deve ser proporcional à ofensa por este provocada à sociedade, então sanções de igual monta devem corresponder a lesões jurídicas de mesma intensidade. Por isso, o ato libidinoso capaz de configurar o atentado violento ao pudor deve ter uma reprovabilidade semelhante à conjunção carnal violenta proibida pelo artigo 213 do Código Penal, sendo que a hipótese de beijo e toques rápidos em partes íntimas não pode ensejar a mesma reprimenda penal que um estupro ou atentado violento ao pudor.*

*Desclassificação para a contravenção do artigo 65 da Lei das Contravenções Penais. Perturbação da tranquilidade.*

*Na falta de dispositivo legal que melhor traduza a conduta perpetrada pelo agente, não pode o sistema judiciário impingir-lhe uma pena desmesurada e desproporcional, sob pena de provocar injustiça e insegurança jurídica maiores do que a decorrente do próprio delito. Nesse passo, conclui-se que o ato realizado pelo autor não merece a pecha de ato libidinoso capaz de ensejar a pena prevista no Estatuto Penal, mas sim a prevista no art. 65 da Lei de Contravenções Penais.*

*Provimento parcial do apelo.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.013078-6, da comarca de Canoinhas, em que é apelante Valmor Henrique Herbst, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer e dar provimento parcial ao recurso para desclassificar o delito para o artigo 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41, fixando a pena em 29 (vinte e nove) dias de prisão simples, expedindo-se em favor do apelante o competente alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Canoinhas, o representante do Ministério Público denunciou Valmor Henrique Herbst por infração ao artigo 214 c/c art. 224, a, do Código Penal, em razão dos seguintes fatos:

“Em 2/6/97, por volta das 20h30min, as vítimas infantis C. S. X., nascida em 22/9/89, e C. S. X., nascida em 20/1/91, foram levadas, pela mãe, até a casa onde o denunciado reside com a sua amásia N. de F. E. O. N., sendo empregada doméstica da mãe das meninas, obteve desta a confiança de receber as mesmas, para delas tomar conta durante algumas horas em que a mãe e o pai de ambas, por terem outros compromissos, não podiam cuidar das mesmas.

“O denunciado, contudo, ao ver dentro da casa onde residia as peque-

nas vítimas, não houve por conter seu instinto sexual, decidindo-se, então, por constrangê-las, mediante violência que se presume até ante a pouca idade das infantis, a que permitissem que com elas viesse ele a praticar atos libidinosos desafogadores de sua concupiscência.

“Convenceu-as, então, a que principiassem a brincar de se esconder.

“Nessa brincadeira, numa oportunidade, o denunciado convenceu a menor C. a que fosse esconder-se em companhia dele, atrás da casa. Aproveitando-se de que ninguém os via, o denunciado, então, constrangeu C. a que se sentasse em seu colo e, enquanto com uma das mãos segurava a menina pelas costas, usou da outra mão para afagar lubricamente a vagina da infante.

“Posteriormente, repetiu seu modo de proceder em relação à menor C.: também convenceu-a que se escondesse com ele atrás da casa, ocasião em que constrangeu a menina a que se sentasse no seu colo e, então, passou a mão com lascívia na região vulvar da menor.

“Mais tarde, o denunciado convenceu as meninas a que se deitassem numa cama, sob cobertores, para assistirem televisão.

“Num momento em que estavam sobre a cama ele e a menor C., o inculpado voltou a passar a mão na região da vagina da menina, fazendo-o agora por mais quatro vezes. Em



duas dessas outras quatro vezes, efetuou as carícias por sobre a roupa da menina; nas outras duas vezes, introduziu a mão por dentro das vestes da infante, chegando a tocar a própria pele da mesma, sempre alcançando a região da vagina, comprimindo tal região ao ponto de, em dada ocasião, provocar dor na vítima, o que fez o acusado sentir medo e retirar a mão rapidamente, mas não chegou a chamar a atenção da amásia do inculpa-do, nem de nenhuma outra pessoa. Pouco depois, o denunciado, por duas vezes, pegou a mão da infante e trouxe-a até próximo ao seu pênis, procurando fazer com que a vítima o tocas-se; a menor, todavia, muito embora constrangida, recusou-se a fazê-lo.

“Posteriormente, quando estavam sobre a cama ele e a menor C., estando C. e a amásia N. na cozinha, o denunciado voltou a acariciar, com emprego das mãos, por mais duas vezes, em ambas de forma também libidinosa, a região da vagina de C. E, também, num outro momento, quando a menor estava na cozinha, afagou, em outras duas vezes, de novo, a vulva da menina, sempre sem que a amásia N. viesse a perceber seu comportamento.

“Todavia, pouco tempo depois, as meninas, constrangidas, melindradas, não compreendendo as razões do comportamento do inculpa-do mas — em que pese a ingenuidade oriunda da pouca idade das mesmas — estranhando que ele assim procedesse, contaram o que se passava para N., a qual afastou-as da companhia do amásio, culminando por relatar o que ouvira à mãe das vítimas, esta que levou os fatos ao conhecimento da Polícia Civil” (fls. 2/5).

Instaurada a ação penal, a marcha processual resultou na condenação do acusado Valmor Henrique Herbst à pena de 7 (sete) anos e 7 (sete) meses de reclusão, em regime fechado, por infração aos artigos 214, c/c o art. 224, a, e 71, todos do Código Penal Brasileiro.

Inconformado com o teor do decisum, o acusado apelou, alegando, preliminarmente, a nulidade do processo por suspeição do delegado que presidiu o inquérito policial e nulidade da sentença por julgamento ultra petita. Defende, ainda, a impossibilidade de condenação pelo artigo 224, alínea a, do CP, e a inexistência de provas concretas capazes de condenar o réu, requerendo a absolvição.

Contra-arrazoado o apelo, foram os autos remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça que opinou, em parecer da lavra do Dr. Vidal Vanhoni Filho, pelo conhecimento do recurso e nulidade da ação penal por falta de legitimação do Ministério Público em face da imprestabilidade do atestado de miserabilidade expedido por autoridade policial suspeita. Manifestou-se, também, pela desclassificação do delito para a contravenção prevista no artigo 65 da LCP.

É o relatório.

## I — Preliminares

### 1. Suspeição da autoridade policial

Aduz a nobre defesa que o delegado que presidiu o inquérito policial é concubino da mãe das vítimas e, portanto, deve ser declarado autoridade suspeita, com a conseqüente anulação do processo.

No entanto, razão não lhe cabe.

Prefacialmente, cumpre ressaltar que não existem provas no processo que tal fato seja verdade, sendo que o nobre causídico não apontou elementos concretos para chegar a essa conclusão, mormente quando era ônus da defesa comprovar tais alegações.

Todavia, para espancar definitivamente a questão, faz-se necessária a análise da matéria com maior profundidade.

O argumento recursal está lastreado no entendimento de que as causas de suspeição do juiz elencadas no artigo 254 do Código de Processo Penal também se referem à autoridade policial por força do artigo 274 do mesmo diploma legal.

No entanto, o exame de tais dispositivos legais demonstra que tal assertiva não é correta, porquanto essas hipóteses de suspeição elencadas somente são aplicáveis aos juízes (art. 254 do CPP), peritos, intérpretes e aos servidores e funcionários da justiça (art. 274 c/c o art. 105 do CPP).

Ora, não há previsão legal para a ampliação defendida pelo autor, já que a lista de autoridades incluída naqueles dispositivos é taxativa, não podendo ser levantada contra delegados ou policiais civis e militares.

Como se não bastasse, está estampado claramente no artigo 107 do Código Instrumental Penal que “não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito”.

O entendimento doutrinário não diverge, colhendo-se dos festejados

escritos de Julio Fabbrini Mirabete que “já se tem entendido que não se invalida inquérito policial presidido pelo pai da vítima (RTJ 61/491), pela própria vítima do fato objeto do inquérito (RT 512/406), ou de outro procedimento com o mesmo indiciado (RT 421/51). Entretanto, a própria lei determina que ‘deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal’ (art. 107, 2ª parte). Tais motivos podem ser previstos em leis de organização policial ou referentes aos funcionários públicos. Como bem acentua Hélio Tornaghi, trata-se de regra meramente ética, sem qualquer sanção para o seu descumprimento” (in Processo Penal, 4ª ed. rev. e atual., São Paulo, Atlas, 1995, pág. 214) (grifei).

Além desses motivos, é sabido e ressabido que as nulidades no inquérito policial não afetam o processo penal correlato, porquanto aquele é mero procedimento informativo.

Razão pela qual afasta-se a preliminar suscitada pelo apelante.

## 2. Ilegitimidade do Ministério Público

Em que pese o entendimento do nobre parecerista, não procedem os seus argumentos no sentido de falta de legitimidade do Ministério Público para propositura da ação penal em exame.

Aduz o nobre Procurador de Justiça que o atestado de pobreza presente nos autos não poderia surtir efeitos, eis que a autoridade prolatora era suspeita.

Contudo, conforme explanado no item anterior, verifica-se que inexistente tal suspeição, e, por consequência, também não há nulidade em tal

atestado, que é plenamente válido para gerar efeitos jurídicos.

Além disso, não existe formalismo exigido para comprovação de hipossuficiência do representante da vítima.

Conforme explicitado pela abalizada doutrina de Ada Pellegrini Grinover, a Suprema Corte já decidiu que “a impossibilidade de a vítima ou seus pais poderem prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, não se restringe ao miserável, mas abrange pessoas de condição modesta ou até de classe média que se encontrem em tal situação” (RTJ 126/143) (in *As Nulidades no Processo Penal*, 6ª ed. rev. e ampl. e atual., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, pág. 71).

Ora, se não há motivos para decretar a nulidade do ato realizado pela autoridade policial por suspeição desta, caberia à parte interessada — no caso, o apelante — demonstrar que o representante da vítima tinha condições de arcar com os custos da ação penal.

Ademais, não se pode olvidar que a prova da miserabilidade jurídica do representante da vítima é requisito fundamental para legitimar a ação do Ministério Público, mas exigir rigorismos e formalidades não previstas em lei para a sua comprovação é dar salvaguarda à ação delituosa contra os interesses de cidadãos desprovidos de condições para arcarem com os encargos de uma ação penal simultânea às despesas normais com a sobrevivência própria e de sua família.

Com efeito, colhe-se dos julgados desta corte:

“A disposição contida no § 1º do art. 225 do Código Penal vem sendo interpretada liberalmente, em favor da ofendida. É suficiente o atestado policial, embora a miserabilidade comporte outros meios de prova. Prevalece a orientação de que não se exige representação com fórmula rígida, bastando a manifestação inequívoca da vontade no sentido de que o processo seja iniciado” (Ap. Crim. n. 21.868, de Taió, rel. Des. Ayres Gama, j. em 23 de setembro de 1986).

E, ainda:

“Apelação criminal. Delito de estupro na sua forma tentada. Preliminar de ilegitimidade do Ministério Público repelida. Recurso desprovido. Nos crimes contra os costumes, para a representação, não se exige fórmula rígida, bastando a manifestação de vontade no sentido de que o processo seja iniciado” (Ap. Crim. n. 30.448, de Timbó, rel. Des. Jorge Mussi, j. em 24 de junho de 1994) (grifei).

Diante desses argumentos, não há como proceder a tese levantada pelo nobre Parecerista.

### 3. Sentença ultra petita

Clama a combativa defesa pela nulidade da sentença por julgamento ultra petita em decorrência da condenação por diversos crimes em continuidade delitiva sem o correspondente pedido na denúncia.

No entanto, melhor sorte não lhe assiste.

Muito embora não exista o pedido acusatório expresso, pela condenação do acusado nos diversos crimes em continuidade delitiva, a exordial ministerial descreve os acontecimentos numa longa narrativa, ex-

pondo, detalhadamente, o ocorrido na residência do apelante.

Por outro lado, é cediço que o réu se defende dos fatos, e não da capitulação do crime feita pelo Promotor, e, dessa forma, “decisão ultra petita não ocorre quando, embora não capitulado, o fato encontra-se literalmente narrado na denúncia, do que defendeu-se amplamente o acusado” (Ap. Crim. n. 25.996, de Itajaí, rel. Des. José Roberge, j. em 24 de agosto de 1990).

Em caso semelhante ao dos autos, esta egrégia Corte decidiu:

“Não há nulidade na sentença que, diante de queixa-crime imputando ao réu a prática de crimes de atentado violento ao pudor praticado contra duas crianças, reconhece, em seu benefício, a continuidade delitiva, sem recurso da acusação” (Ap. Crim. n. 32.513, de Abelardo Luz, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 26 de setembro de 1995).

E, do corpo do referido acórdão:

“Assim, porque descrita expressamente na inicial acusatória a circunstância de serem duas as vítimas, não há como se cogitar de julgamento ultra petita unicamente porque a capitulação legal lá atribuída não indica para o disposto no art. 71 do CP; o réu defende-se dos fatos descritos (crimes de atentado violento ao pudor contra duas crianças) e não da capitulação”.

Cabe salientar, também, que a interpretação dada pelo Juiz a quo foi a mais benéfica para o réu, porquanto o Sentenciante adotou a forma mais branda para majorar a sanção penal, ao passo que existem diversos julgados no sentido da aplicação do con-

curso material para tais casos, hipótese que resultaria numa pena maior do que a efetivamente aplicada.

Por tais razões, é descabida a alegação de nulidade da sentença por julgamento além do pedido.

## II — Mérito

### 1. Insuficiência de provas

Diante do contexto probatório estampado nos autos, é irrefutável a conclusão de que existiu a conduta delitiva e que esta foi realizada pelo apelante.

No tocante à materialidade, tem-se que ela está comprovada pelos depoimentos prestados pelas infantes, pois os crimes dessa natureza não deixam vestígios materiais observáveis por exame de corpo-delito.

É que tais infrações penais já estão consumadas com atos como prática de sexo oral ou beijos, carícias e toques em partes pudendas, ações que, por si só, não deixam, na vítima, marcas ou sinais visíveis passíveis de serem registradas em posteriores laudos periciais.

Daí por que é clara e firme a posição da jurisprudência que afirma que em casos como o dos autos ser desnecessária a comprovação por laudo pericial da materialidade, podendo ser demonstrada pelas demais provas trazidas ao processo.

Esta Corte já decidiu que:

“Crime contra os costumes. Atentado violento ao pudor. Inexistência de laudo pericial. Irrelevância. Declarações da vítima seguras e coerentes. Validade. Delito caracterizado. Condenação mantida” (Ap. Crim. n.

96.010708-8, de São Miguel do Oeste, rel. Des. José Roberge, j. em 18 de fevereiro de 1997) (grifei).

E, ainda:

“Atentado violento ao pudor — Ausência de prova da materialidade — Irrelevância — Ato que não deixa vestígios. Nem sempre o crime de atentado violento ao pudor deixa vestígio, posto que a ausência de seqüelas físicas, em muitos casos, é a regra. Em consequência, para sua configuração, não há que se exigir a constatação pericial dos atos libidinosos” (Ap. Crim. n. 33.661, de Timbó, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 30 de outubro de 1995).

Por sua vez, a autoria da conduta exsurge dos autos com nitidez cristalina.

A mãe das vítimas informou ao Juiz que:

“N. trabalhava comigo fazia quinze dias, e eu tinha boas referências sobre ela, naquele dia eu precisei que ela ficasse com as crianças, e então levei-as, junto com a N. para a casa desta, e iria depois buscá-las. Quando eu fui buscá-las, a N. trouxe uma no colo e o acusado Valmor trouxe a outra até o carro. A N. então fez o seguinte comentário: ‘como tuas filhas são espertas, porque o Valmor pegou-as no colo e elas falaram que ele estava passando a mão nelas’. O Valmor então complementou dizendo ‘eu falei para elas abrirem as pernas para eu poder pegá-las no colo’. Assim que saí de lá com as meninas, as duas falaram quase que juntas que ‘mãe, não foi bem assim que aconteceu’, e falavam as duas que o Valmor tinha passado a mão na vagina delas” (fls. 51).

Sobre os fatos ocorridos no interior da casa, a menor C. afirmou que “o Valmor brincou de se esconder comigo e com a C. Ele me pegou no colo e passou a mão na minha vagina, e eu não senti muita dor. Depois nós fomos assistir televisão debaixo das cobertas e ele então passou a mão na minha vagina, por cima da minha roupa, por umas três vezes. Depois ele colocou a mão por dentro da minha roupa e passou a mão forte na minha vagina e aí eu senti dor e cheguei a falar ‘ai’. A N. estava na cozinha e quando ela vinha no quarto ele tirava as mãos para cima das cobertas. Depois a C. contou para a N. o que estava acontecendo e a N. bateu no Valmor” (fls. 52) (grifei).

A menor revelou mais detalhes quando prestou seu depoimento à autoridade na fase policial, como se infere:

“Que a primeira vez o indiciado passou a mão quando se escondiam atrás da casa; que na segunda vez o indiciado lhe passou a mão quando estavam deitados na cama assistindo TV, quando lhe passou a mão em sua pombinha por cima da roupa; que o indiciado lhe passou uma vez a mão e depois passou duas vezes a mão por dentro da roupa em sua pombinha (vagina); que, o indiciado ainda pegou a mão da depoente e passou em seu pênis, por cima da calça; ou melhor, esclarece que o indiciado pegou na mão da depoente e colocou-a próximo do pênis e esta retirava a mão, isto fazendo por duas vezes; que, em uma das vezes que passou a mão, por dentro de sua roupa, diz que doeu, e deu um grito, quando ele retirou a mão rapidamente” (fls. 11/12)

Corroborando tais assertivas, C. declarou ao Magistrado a quo:

“Eu brinquei de esconde-esconde com o Valmor e ele me pegou no colo e disse para eu abrir as pernas. Eu fiquei no colo dele, com as pernas na altura da cintura dele. Ele me segurou e com a mão passou na minha vagina e eu senti dor. Depois nós assistimos televisão debaixo das cobertas e o Valmor passou a mão na minha vagina, por cima da minha roupa, por umas duas vezes. Eu fui na cozinha e contei para a N. e ela então bateu no Valmor. Depois eu contei para a minha mãe” (fls.53).

O valor dessas declarações é incontestável, pois, como é sabido e consabido, as declarações da vítima em casos dessa natureza são de suma importância, eis que tais delitos são, na maioria das vezes, cometidos às escondidas e longe dos olhos de testemunhas.

Como bem ensina a doutrina, “assim, naqueles delitos clandestinos qui clam comittit solent — que se cometem longe dos olhares de testemunhas —, a palavra da vítima é de valor extraordinário. Nos crimes contra os costumes, e, g., 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” (Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, volume 3, 18ª ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 296).

A jurisprudência desta Corte navega no mesmo rumo:

“Crime contra os costumes. Estupro e atentado violento ao pudor. Delitos praticados contra menor. Negativa de autoria. Palavra da vítima corroborada pelos demais elementos do processo. Validade. Delitos caracterizados. Condenações mantidas. ‘Nos crimes contra os costumes, de violência carnal, em que a prova da autoria fica reduzida praticamente às declarações das vítimas, não devem ser as mesmas infirmadas quando uníssonas e firmes. Têm valor preponderante, superior às do acusado’ (RT 610/335)” (Ap. Crim. n. 96.002316-0, de Joinville, rel. Des. José Roberge, j. em 1º de outubro de 1996).

Conquanto o apelante tenha-se retratado em Juízo, sua confissão perante a autoridade policial aumenta o valor probante das palavras proferidas pelas menores.

É que a retratação judicial do acusado não merece crédito, pois está isolada nos autos, sem nenhum alicerce em qualquer fato relevante.

O apelante aduziu que havia confessado pois “tive medo de negar e acontecer alguma coisa comigo” (fls. 41), no entanto, não indicou qualquer motivo concreto para tal apreensão.

Ora, é forçoso admitir que alguém assumiria ter cometido atos obscenos com menores em decorrência de um medo abstrato e infundado.

Muito pelo contrário, a hipótese mais crível e verossímil é que o réu retirou o que havia dito no inquérito policial para fugir da sanção penal iminente, sendo a retratação mero expediente defensivo visando à absolvição do agente.

Diante desse quadro que se desenha, não há como se olvidar as

sábias palavras do doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Dependendo do conjunto das provas, a retratação poderá ou não infirmar a força probatória da confissão. Assim, se a confissão encontra eco nas demais provas, a retratação, por si só, insuladamente, será irrelevante, não podendo o Juiz dedicar-lhe qualquer consideração” (in Processo Penal, 3º volume, 18ª edição revista e atualizada, Editora Saraiva, 1997, págs. 288/289) (grifei).

O entendimento jurisprudencial desta Corte é pacífico ao admitir que “se o depoimento prestado perante a autoridade policial se ajusta ao conjunto de provas reunidas, a retratação em juízo, por si só, não tem o condão de impor o descrédito daquelas declarações” (Ap. Crim. n. 33.459 (88.085118-0), de São Francisco do Sul, rel. Des. José Roberge, j. em 25 de novembro de 1997).

Isso posto, extrai-se da confissão extrajudicial do réu que “confirma que quando as menores C. e C. estiveram em sua casa passou a mão várias vezes na vagina das mesmas; (...) que na ocasião em que passou a mão nas menores, sua amásia estava na cozinha, tendo ficado sozinho no quarto com as menores; (...) que lembra ter passado por duas vezes a mão por dentro da roupa, na vagina da menor C.” (fls. 22).

A amásia do acusado confirmou estes fatos, afirmando que “a depoente foi para a cozinha fazer uma nega maluca, e, mais alguns minutos, apareceu na cozinha a menor C. reclamando que o indiciado Valmor havia-lhe passado a mão, tendo-lhe falado o seguinte ‘tia o tio estava

passando a mão na minha pombinha, e apertando que chegava a doer’, e mostrava como ele havia feito” (fls. 21).

Por fim, o argumento de que estava embriagado não socorre o apelante, porquanto inexistente qualquer prova que indique tal estado de consciência alterada, e, mesmo que houvesse, “não excluem a imputabilidade penal: (...) II — a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos” (artigo 28 do Código Penal).

Assim, por todo esse contexto probatório, não há como ser afastada a autoria dos fatos cometidos, inequivocamente, pelo apelante.

## 2. Capitulção do delito

Todavia, a correta capitulação jurídica do delito demanda um exame aprofundado.

Enquanto a sentença a quo decidiu que os fatos ocorridos configuram o crime previsto no artigo 214 do Código Penal, o nobre Parecerista defende a tese que tais acontecimentos infringiram, apenas, o disposto no artigo 65 da Lei de Contravenções Penais, aduzindo que houve tão-somente meros e rápidos toques na região genital, não estando presente, in casu, hediondez no comportamento do agente.

Diante deste dilema, é vital conceituar apropriadamente tais infrações e verificar qual destes dispositivos deve ser aplicado no caso em exame.

Acerca do crime de atentado violento ao pudor, ensina a doutrina que este “está definido no artigo 214 do CP, com a pena alterada pelo arti-

go 6º da Lei n. 8.072, de 25/7/90: 'Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena — reclusão, de seis a dez anos'. Dando acolhida aos doutrinadores, que consideram certos crimes de atentado violento ao pudor tão graves quanto o estupro (o coito anal, p. ex.), o legislador equiparou as penas dos dois delitos" (Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, volume 2, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, pág. 449) (grifei).

De outro vértice, tem-se que a contravenção aludida pelo douto Procurador de Justiça consiste em "molestar alguém ou perturbar-lhe a tranqüilidade, por acinte ou motivo reprovável: Pena — prisão simples, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa" (artigo 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41).

Ressalte-se, por oportuno, que o significado da palavra molestar é "1. Causar moléstia (1) a; afetar, atacar; amolestar; 2. Magoar, maltratar; contundir; 3. V. apoquentar; 4. Causar dano ou prejuízo a; desservir; 5. Ofender, melindrar; 6. Desgostar, penalizar" (Dicionário Aurélio Eletrônico, versão 2.0).

Muito embora as duas condutas ilícitas tenham em comum o pressuposto da existência de um ato do sujeito ativo dirigido contra a vontade do ofendido, a conduta, os fins visados pelo transgressor da norma e o quantum da sanção penal são completamente diferentes.

A forma de agir no crime previsto no artigo 214 do CP demanda o uso de violência ou grave ameaça, o que

não ocorre na contravenção em exame, eis que esta consiste tão-somente numa perturbação da tranqüilidade decorrente de melindre, mágoa, desgosto ou ofensa à vítima.

Os fins colimados pelo sujeito ativo nas condutas proibidas pela lei também são completamente diversos, pois no atentado violento ao pudor é visada à satisfação da concupiscência do delinqüente enquanto na contravenção da perturbação da tranqüilidade o sujeito age por acinte ou motivo reprovável que magoa, afeta ou melindra a vítima.

Ressalte-se, por oportuno, que o referido diploma legal indicou, ainda que de forma implícita, que tal finalidade específica de satisfação da lascívia do agente é determinada pela prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, já que este foi elevado à categoria de elementar do tipo penal.

Contudo, conforme salientado pelo aclamado doutrinador Julio Fabbrini Mirabete, verifica-se que a sanção prevista no artigo 214 do Código Penal tem idêntico valor à determinada pela prática do crime de estupro.

Ora, desde a festejada obra de Beccaria, é pacífico no mudo jurídico que as penas devem ser proporcionais ao mal social causado pelos delitos, e, por conseguinte, sanções de igual monta devem corresponder a lesões jurídicas de mesma intensidade.

No entanto, não se pode negar que o ser humano é capaz de agir de infinitas formas, cada uma com nuances diferentes das demais, sendo impossível, portanto, exigir que o legislador preveja todas estas possibilidades durante o processo normogenético.



Dessa forma, o ato libidinoso proibido pelo dispositivo legal citado deve ter uma reprovabilidade semelhante à conjunção carnal violenta proibida pelo artigo 213 do Código Penal.

Assim, em casos como coito anal, sexo oral e outros de igual violência, é plenamente justificável que os agentes ativos mereçam a reprimenda penal na extensão prevista em lei.

Como bem salientado pela doutrina:

“Não obstante procure atingir um número limitado de situações, o processo de tipificação mostra-se defeituoso diante da impossibilidade de reduzir a infinita gama de atos humanos em fórmulas estanques. Por tal motivo, o processo legislativo de tipificação é realizado de forma abstrata, alcançando também o que English chama de casos anormais. A imperfeição do trabalho legislativo faz com que possam ser consideradas formalmente típicas condutas que, na verdade, deveriam estar excluídas do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal” (Maurício Antônio Ribeiro Lopes, *O Princípio da Insignificância no Direito Penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, pág. 62).

Por esses argumentos expostos, fica claro que a configuração do atentado violento ao pudor demanda uma ação que inflija mal similar ao causado por um estupro.

Dessa análise dos dispositivos legais mencionados, chega-se à irrefutável conclusão que o suporte fático do atentado violento ao pudor contém os elementos que constituem a contravenção penal prevista no artigo 65

da LCP, porquanto aquela ação também provoca uma perturbação à vítima e é igualmente realizado por motivo reprovável.

Em outras palavras, o ato que perturba o ofendido e que seja provocado por motivo reprovável configurará o atentado violento ao pudor se é destinado à satisfação da lascívia do agente e se praticado com violência ou grave ameaça — ainda que seja a violência presumida decorrente do artigo 224 do CP.

Razão pela qual é correto afirmar que os elementares necessários à configuração da contravenção penal aludida são subconjunto daqueles que compõem o crime previsto no artigo 214 do CP.

Nessa mesma linha de raciocínio, se estas circunstâncias estiverem ausentes no caso em concreto, deve-se aplicar a pena prevista na LCP em obediência ao princípio da subsidiariedade.

Daí por que a desclassificação da conduta perpetrada pelo agente quando inexistente ato libidinoso reprovável e violência ou grave ameaça.

Diante dessas ponderações, é necessário verificar se no caso em exame existiu a violência e a finalidade específica do agente.

In casu, ainda que a conduta do apelante tenha sido reprovável, é impossível afirmar que ela tenha ferido o tecido social da mesma forma que um estupro, coito anal, ou outros atos já citados.

É que o agente limitou-se a passar a mão nas partes íntimas das ofendidas, sem realizar quaisquer outros atos que mereçam a gravidade da

pena que lhe foi imposta — sete anos e sete meses de reclusão.

Da jurisprudência pátria colhe-se:

“Caracteriza a contravenção de perturbação da tranqüilidade e não o crime de atentado violento ao pudor, o beijo tentado e o apalpamento dos seios e órgão genital da vítima que não levaram senão alguns segundos” (TJSP — AC — rel. Celso Limongi — RT 701/305 e JTJ 144/275).

Na falta de dispositivo legal que melhor traduza a conduta perpetrada pelo agente, não pode o sistema judiciário impingir-lhe uma pena desmesurada e desproporcional, sob pena de provocar injustiça e insegurança jurídica maiores do que a decorrente do próprio delito.

Nesse passo, conclui-se que o ato realizado pelo autor não merece a pecha de ato libidinoso capaz de ensejar a pena prevista no Estatuto Penal, mas sim a prevista na Lei de Contravenções Penais.

Fatos semelhantes a estes já mereceram desta Corte medida similar:

“Atentado violento ao pudor — Ato sem libidinosidade — Crime não caracterizado — Desclassificação para importunação ofensiva ao pudor — Recurso provido. Ato libidinoso, necessário à caracterização do crime de atentado violento ao pudor, é todo aquele que serve de desafogo à concupiscência; assim é o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual. Em alguns casos resulta grande dificuldade para distinção entre o crime de atentado violento ao pudor e a contravenção prevista no art. 61 da lei própria, pela proximidade

de conceitos entre as duas infrações. A diferença fundamental está na forma de agir do infrator, pois o crime só se consuma com a prática de um ato. A jurisprudência e a doutrina têm entendido que, para caracterização do crime de atentado violento ao pudor, é necessária a prática de atos inequívocos e idôneos dirigidos ao fim libidinoso e, na falta de prova segura e forte, o caminho é a desclassificação ou para o crime de ato obsceno (art. 233 do CP) ou para a contravenção apontada (art. 61 da LCP), pois esta pode configurar-se com beijo na boca (contra a vontade da vítima), toques no corpo, bolinagens, apalpadelas, gracejos e propostas desonestas, o que deve ser examinado em cada caso concreto” (Ap. Crim. n. 96.007533-0, de Timbó, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 1º de outubro de 1996).

No mesmo sentido:

“Contravenção penal — Importunação ofensiva ao pudor — Beijo roubado e toque superficial, sobre as vestes, em seio de mulher — Cautela para distingui-los do crime de atentado violento ao pudor. O beijo roubado, assim como o toque superficial e fugaz, por sobre as vestes, nos seios de uma mulher, não caracterizam a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal e sim a conduta indecorosa de importunação ofensiva ao pudor” (Ap. Crim. n. 33.538, de Campos Novos, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 10 de outubro de 1995).

Por todos esses motivos, dá-se provimento parcial ao recurso para desclassificar os delitos cometidos para as contravenções penais previstas no artigo 65 da LCP.

Dessa forma, mantendo a análise das circunstâncias judiciais elaborada pelo digno Juiz a quo, fixa-se a pena base em 30 dias de prisão simples para cada infração.

Presente a atenuante de confissão espontânea, diminui-se a reprimenda em 5 (cinco) dias para cada contravenção.

Tendo sido cometidas infrações de mesma espécie, com o mesmo modus operandi, lugar e horário, configurada está a continuidade delitiva prevista no artigo 71 do Código Penal.

Razão pela qual aplica-se somente uma das penas majorada em 1/6 (um sexto), totalizando 29 (vinte e nove) dias de prisão simples.

Contudo, depreende-se do exame dos autos que o réu encontra-se preso desde 3 de junho de 1997, e, desta forma, a pena já foi cumprida na sua integralidade.

Destarte, em face da alteração da pena imposta e seu cumprimento

na integralidade, expede-se, em favor do apelante, o devido alvará de soltura, se por al não estiver preso.

Por todo exposto, decide a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer e dar provimento parcial ao recurso para desclassificar o delito para o artigo 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41, fixando a pena em 29 (vinte e nove) dias de prisão simples, expedindo-se em favor do apelante o competente alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela doura Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vidal Vanhoni Filho.

Florianópolis, 15 de dezembro de 1998.

*José Roberge,*

*Presidente;*

*Álvaro Wandelli,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.007033-3, DE JOAÇABA**

**Relator: Des. Genésio Nolli**

*Apelação criminal — Júri — Homicídio — Ausência de indagação sobre o elemento subjetivo do excesso.*

*Tendo o Conselho de Sentença negado por maioria de votos que os meios usados na repulsa eram necessários, impõe-se a questionação acerca do excesso culposo e doloso. Prejudicadas tais indagações, o julgamento fica eivado de nulidade absoluta.*

*“(...) o desdobramento dos quesitos a respeito de cada um dos elementos das justificativas é hoje regra, conforme jurisprudência praticamente pacífica. Assim, quanto à legítima defesa, por exemplo, é necessário que se indague separadamente sobre a existência*

*de agressão da vítima, sobre a injustiça, sobre sua atualidade, sobre sua iminência, sobre o emprego dos meios necessários à repulsa, e sobre a moderação na utilização desses meios (...)*” — (in *Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., 1997, pág. 614.*)

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.007033-3, da comarca de Joaçaba (2ª Vara), em que é apelante Elizete Passos, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, acolher a preliminar da douta Procuradoria-Geral de Justiça para anular o julgamento, julgando prejudicado o recurso interposto.

Custas de lei.

A Câmara adota como razão de decidir o bem-lançado parecer exarado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a seguir transcrito:

“Submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri de Joaçaba (2ª Vara), Elizete Passos restou condenada à pena de 4 (quatro) anos de reclusão em regime aberto domiciliar, por infração ao art. 121, § 1º, do Código Penal, e por inconformada com o veredicto — maioria de votos —, recorreu a tempo e modo, com fulcro no art. 593, III, letras a e d e, ainda, § 3º do Código de Processo Penal, tendo o representante ministerial oferecido contra-razões pugnano pela manutenção do decusum.

“Sem analisar a pretensão deduzida, há se apontar a nulidade absoluta ocorrida quando da quesitação referente à tese da legítima defesa própria, isso porque, após a votação

do quinto quesito — Os meios usados na repulsa eram necessários? —, negado por maioria (4x3), o Juiz-Presidente não questionou sobre os demais, nulificando o julgamento.

“Esta egrégia Casa, decidiu:

‘Júri — Ausência dos quesitos — Omissão que fere o disposto no artigo 564, inciso III, letra k, do Código de Processo Penal — Julgamento anulado’ (Apelação Criminal n. 25.495, de Campo Erê, relatora Desembargadora Thereza Tang).

“Do corpo do acórdão, o excerto:

‘Ocorre que entre as alegações do recorrente encontra-se a de que o questionário foi deficiente e com isso cerceada sua defesa. A matéria, porém, só poderá ser examinada à luz dos quesitos formulados, estes que ao contrário do que dispõe o artigo 564, III, letra k, do Código de Processo Penal, não se encontram nos autos, omissão que fere de nulidade o julgamento, conforme já decidiu este Tribunal (JC 50/390). E nem se objete com a Súmula 160, pois tratando-se de nulidade absoluta, a instância recursal pode até de ofício examinar tudo que se refira a errare in procedendo, ou regularidade processual, como no caso’.

“A doutrina, por sua vez, esclarece: ‘Negado o quesito sobre a necessidade (o que significa entendimento de ter o acusado adotado ou escolhido meios de repulsa desneces-

sários para impedir ou fazer cessar a agressão, atual ou iminente e injusta, que sofria) e negado o quesito sobre a moderação (o que significa entendimento de ter o acusado empregado, ou usado, de maneira imoderada o meio defensivo escolhido), resulta entendimento sobre a presença de um excesso de reação; para o conhecimento da natureza de tal excesso, se culposo ou doloso, prossegue a votação do questionário na seriação referente à legítima defesa para indagação sobre o excesso, e, se negado o quesito ('— o réu somente excedeu culposamente os limites da legítima defesa?'), optaram os jurados pelo excesso doloso, ficando inteiramente afastada a tese defensiva' (Hermínio Alberto Marques Porto, in Júri — Procedimentos e Aspectos do Julgamento, 7ª ed., Malheiros, São Paulo, 1993, págs. 222/223).

"Desta forma, a melhor solução, parece, é decretar de ofício a nulidade do julgamento, para que a outro seja submetido a recorrente, prejudicando o inconformismo da defesa".

Ante o exposto, anula-se o julgamento, julgando-se prejudicado o recurso interposto.

Presidiu o julgamento com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva e participaram dele, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Paulo Gallotti e Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Huáscar Viana.

Florianópolis, 25 de agosto de 1998.

*Genésio Nolli,*  
*Presidente para o acórdão e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.008561-6, DE RIO NEGRINHO**

**Relator: Des. Genésio Nolli**

*Apelação criminal.*

*Optando o Conselho de Sentença por uma das versões existentes nos autos, aliás a mais crível e corroborada pelas palavras das testemunhas, inviável é o reconhecimento da nulidade do veredicto por decisão manifestamente contrária à prova dos autos.*

*Não há confundir a figura do homicídio privilegiado (art. 121, § 1º) e a atenuante genérica do art. 65, III, d, ambas do CP. Naquela exige-se que o crime seja cometido sob o domínio de violenta emoção e logo em seguida a injusta provocação da vítima. Nesta exige-se apenas que o agente tenha agido sob influência de violenta emoção.*

*Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.008561-6, da comarca de Rio Negrinho, em que é apelante João Batista da Silva, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

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

Custas de lei.

João Batista da Silva, vulgo "João Lageano", foi denunciado por infração ao artigo 121, caput, c/c o art. 71, parágrafo único, ambos do Código Penal.

Segundo a denúncia, no dia 6/11/88, o acusado após desentender-se com a vítima Gervásio Neri Grobe expulsou-a do salão de baile de que era proprietário. Ato contínuo a vítima postou-se em frente ao referido salão e passou a provocar desordens. Neste instante apareceu no local dos fatos a vítima Eduardo Mendes de Assis que tentava acalmar Gervásio. Foi quando o denunciado saiu do salão e de arma em punho desferiu quatro tiros em direção às vítimas, sendo que um disparo atingiu Eduardo e outro Gervásio, que vieram a falecer em razão dos ferimentos.

Processado, foi pronunciado e submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri onde restou condenado, nos termos da denúncia, à pena de 7 (sete) anos de reclusão, no regime semi-aberto.

Inconformado com o veredicto do Conselho de Sentença apelou postulando a nulidade do julgamento, a fim de ser submetido a novo. Fundamentou seu recurso em dois aspectos:

primeiro, que a decisão divorciou-se da prova coligida; segundo, que houve decisão contraditória pois os senhores jurados negaram a tese de homicídio privilegiado e depois reconheceram a ocorrência da agravante genérica do art. 65, III, c, do CP.

Com as contra-razões rumaram os autos a esta superior instância onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Sem razão o apelante.

Em primeiro lugar, a alegativa de que o decisum divorciou-se da prova amealhada não tem sustentação.

A prova, ao contrário do que entende o insigne defensor é por demais convincente, senão vejamos:

A versão acusatória, de que após desentendimentos com a vítima Gervásio o acusado, ante a negativa daquele em se ausentar, foi até a porta do salão de baile e efetuou os disparos letais, que vieram também a atingir a vítima Antônio, que procurava acalmar Gervásio, encontra respaldo na prova testemunhal colhida.

Ivo Mendes de Assis disse que "já fora do salão, Eduardo percebeu que Gervásio encontrava-se na rua em frente ao salão portando um facão e uma pequena barra de ferro, sendo que o mesmo estava exaltado e batia com o facão no chão; que, Eduardo resolveu acalmar Gervásio, chegando a convidá-lo para ir embora, isso já por volta das 22h30min; que, nisso surgiu o proprietário do salão conhecido por 'João Lageano' o qual armado com um revólver detonou um tiro o

qual atingiu a Eduardo, que saiu correndo, caindo logo em seguida; que, na seqüência, o depoente percebeu que 'João Lageano' detonou mais dois tiros contra Gervásio acertando-o" (fls. 13 e 158 verso).

João Lúcio Vieira que a tudo também assistiu afirmou que, "algum tempo depois o depoente estava deixando o salão para ir embora, quando percebeu que na rua em frente ao salão, encontrava-se Gervásio Neri Grober, o qual tinha nas mãos o 'facão' e um pedaço de ferro, e com estes instrumentos exaltado batia-os no chão; que, o depoente viu que Eduardo Mendes de Assis, tentava acalmar Gervásio, inclusive querendo tirá-lo daquele local; (...); que, o depoente viu quando o proprietário do salão, conhecido pela alcunha de 'João Lageano', saiu do salão empunhando um revólver com o qual detonou um tiro em direção de Eduardo e Gervásio; que, Eduardo saiu correndo para uma ruazinha ao lado do salão, e pareceu ao depoente que Gervásio foi em direção ao atirador, momento em que João Lageano detonou mais dois tiros contra Gervásio, o qual foi cair atrás de um carro; (...); que, quando 'João Lageano' detonou o primeiro tiro contra Eduardo, este estava a uma distância aproximada de quinze metros, bem como, o primeiro tiro contra Gervásio foi detonado a uma distância de dez metros, o qual na seqüência foi em direção a João Lageano..." (fls. 16).

No mesmo sentido, ainda, o testeigo de Rose Hass: "...quando Eduardo saiu, percebeu que um conhecido seu de nome Gervásio Neri Grober encontrava-se no meio da rua defronte ao salão, e tinha consigo um facão, com o qual e exaltado batia no chão; que

Eduardo resolveu acalmar Gervásio, inclusive por várias vezes o convidou para ir embora; que o proprietário do salão, conhecido pela alcunha de 'João Lageano' surgiu ao lado do salão, empunhando um revólver, sendo que na seqüência detonou um tiro; que a seguir a depoente viu que atingiu a Eduardo, o qual saiu correndo, praticamente caindo aos pés da depoente, onde ficou agonizando; que na seqüência a depoente escutou a detonação de mais um tiro, quando viu Gervásio também sair correndo e ainda mais um tiro foi detonado por 'João Lageano', tiros estes que atingiram Gervásio..." (fls. 17).

Já a versão defensiva além de pouco crível e, diga-se an passant contraditória, restou isolada na palavra do réu. As testemunhas defensivas em nada contribuíram, vindo aos autos em abono ao réu.

A doutrina sobre a matéria:

"...ao Júri é assegurado o privilégio de escolher, na prova feita, aquilo a que quer dispensar consideração, desprezando o mais; tão-somente quando o veredicto do Tribunal leigo é arbitrário, porque se dissocia integralmente da prova dos autos, isto é, não há qualquer elemento de prova que ampare e que apóie a solução adotada, surge a possibilidade de, repelindo o arbítrio, entrar o tribunal de recurso no mérito" (Ari Azevedo Franco in "Código de Processo Penal Brasileiro", vol. V, pág. 434).

Não é outra a lição de Julio Fabbrini Mirabete: "não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão

dos jurados que nenhum apoio encontra na prova é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão" (in "Código de Processo Penal Interpretado", Ed. Atlas, 2ª ed., SP, 1994, págs. 680 e 681).

A jurisprudência já se consolidou em hipóteses como tal:

"Princípio da soberania do júri. Se a prova autoriza o reconhecimento de duas versões sobre o crime: uma fundada na palavra dos réus, negando a participação; e a outra extraída de parte da prova testemunhal, não é proibido ao conselho de sentença optar por uma delas, não podendo ser anulada, sob a alegação de ser contrária à prova dos autos, pois tal procedimento só se justifica quando o veredicto dos jurados é arbitrário, totalmente dissociado do conjunto probatório.

"Condenação mantida" (Apelação Criminal n. 33.936, de Anita Garibaldi, rel. Des. José Roberge).

"A decisão do Júri que, com supedâneo nos elementos constantes do processo, opta por uma das versões apresentadas, não pode ser anulada sob a alegação de ser contrária à prova dos autos, pois tal procedimento só se justifica quando a decisão dos jurados é arbitrária, totalmente dissociada do conjunto probatório" (JC, 62/255)" (Apelação Criminal n. 96.006662-4, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Quanto ao segundo argumento, de que houve decisão contraditória, melhor sorte não assiste ao apelante:

Insurge-se o recurso contra a votação dos quesitos quando os se-

nhores jurados rejeitaram a tese de homicídio privilegiado e, posteriormente, reconheceram a agravante genérica do artigo 65, III, c, do CP.

O Estatuto Repressivo Penal assim dispõe sobre o homicídio privilegiado:

"§ 1º — Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço".

E a agravante genérica do art. 65, III, c:

"Art. 65 — São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

"(...);

"III — ter o agente:

"(...);

"c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima".

Note-se a diferenciação entre os dois dispositivos.

Delmanto bem elucida:

"Esta figura privilegiada não se confunde com a atenuante genérica do art. 65, III, c, última parte, do CP. Nesta última, o crime é praticado sob influência (e não domínio) de violenta emoção e sem o requisito causal logo em seguida, do homicídio privilegiado. Assim, embora a atenuante não incida quando for reconhecido o homicídio privilegiado, se este for negado ela ainda pode ser cabível" (in Código Pe-



nal Comentado, 4ª ed., Renovar, SP, 1998, pág. 218).

Não é outra a manifestação jurisprudencial:

“Minorante da violenta emoção e atenuante genérica. Na primeira, que tipifica a espécie, como homicídio privilegiado, o réu age sob o domínio da violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima. Na atenuante o agente age sob simples influência” (Apelação Criminal n. 26.705, de Criciúma — relator Des. José Roberge – j. em 7/6/91).

Ante o exposto é negado provimento ao recurso, mantendo-se o

veredicto soberano do Tribunal do Júri.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Huáscar Viana.

Florianópolis, 8 de setembro de 1998.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente com voto;*  
*Genésio Nolli,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.013567-2, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Genésio Nolli**

*Atentado violento ao pudor. Vítima menor de quatorze anos e alienada mental. Circunstâncias que eram do conhecimento do réu. Legitimidade ativa do Ministério Público. Ofensa ao contraditório. Inocorrência. Prova condenatória firme e insuscetível de dúvidas, lastreada na palavra da vítima, sua mãe e testemunha. Alegações do réu que não encontram respaldo na prova. Pena-base equivocadamente fixada.*

*Comprovada a pobreza da vítima por meio de atestado e das demais evidências dos autos e feita a representação, para a qual não se exige rigores formalísticos, é o Ministério Público parte legítima ativa.*

*Não há falar em ofensa ao princípio do contraditório se os depoimentos prestados na fase policial foram apenas ratificados em Juízo. Defesa que se fazia presente e concordou, sem sequer fazer as perguntas que entendia pertinentes às testemunhas.*

*O acréscimo de pena do art. 9º da Lei n. 8.072/90 — Lei dos Crimes Hediondos — só é de ser aplicado quando comprovada a ocorrência de lesões de natureza grave ou morte. Precedentes desta Corte.*

*Reconhecidas na sentença como totalmente desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, a pena-base deve ser fixada acima do seu mínimo.*

*Provimento parcial do recurso defensivo para excluir da pena a causa de especial aumento. E provimento parcial ao recurso do Ministério Público para elevar a pena-base.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.013567-2, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que são apelantes e apelados a Justiça, por seu Promotor, e Reginaldo Arceno Silveira:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, rejeitar as preliminares, dar provimento parcial ao recurso da defesa para excluir da condenação o acréscimo previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/90 e prover parcialmente o do Ministério Público para aumentar a pena-base.

Custas legais.

Perante o Juízo de Direito da comarca de Criciúma (2ª Vara Criminal), Reginaldo Arceno Silveira foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 213, c/c os arts. 224, letras a e b, 226, inciso III, e 14, inciso II, todos do Código Penal, combinado ainda com o art. 9º da Lei n. 8.072/90.

Segundo descreve a peça acusatória inicial:

"...no dia 27 de abril de 1993, por volta das 11 horas, nesta Cidade, o aqui denunciado, aproveitando-se de uma certa proximidade com a família da vítima M. M., de 11 anos de idade e portadora de deficiência mental, adentrou na residência daquela.

"Ato contínuo, percebendo o denunciado que a menor encontra-

va-se sozinha no interior da casa, ofereceu-lhe uma carona até a escola.

"No trajeto, o denunciado, já com 'segundas intenções', desviou-se do rumo, seguindo para um local ermo.

"Após, estancou seu veículo, passando, então, a apalpar de forma lasciva a pequena e indefesa vítima.

"Não satisfeito, o denunciado tirou-lhe as vestes, em seguida, também despiu-se, culminando por praticar cópula vulvar com a menor".

Finda a instrução, sobreveio a sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou o acusado à pena de 9 (nove) anos de reclusão, em regime fechado, como incurso nas sanções do art. 214, c/c o art. 224, a e b, ambos do CP.

Inconformados, apelaram a defesa e a representante do Ministério Público.

O apelo defensivo objetiva a absolvição do réu, ao argumento de que a prova da materialidade, autoria e culpabilidade é tênue. Preliminarmente, requer a nulidade do processo por ilegitimidade do Ministério Público e por ofensa ao princípio do contraditório.

A Dra. Promotora de Justiça insurgiu-se contra a fixação da pena-base no mínimo legal, após o Magistrado ter reconhecido que as circunstâncias

judiciais do art. 59 do CP eram "totalmente desfavoráveis ao acusado". Requer ainda a exclusão do aumento de pena, em razão da presunção de violência, que o Magistrado aplicou.

Contra-arrazoados ambos os apelos, os autos ascenderam e, nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial apenas do defensivo, a fim de reduzir a pena.

É o relatório.

I — Recurso da defesa

Merece provimento parcial o recurso defensivo para, tão-somente, excluir da pena a causa de especial aumento do art. 9º da Lei n. 8.072/90.

Preliminarmente pretende a defesa a nulidade do processo porque, segundo entende, o representante do Ministério Público é parte ilegítima para intentar a ação penal. Para tanto, argumenta que não houve representação e não restou demonstrado o estado de pobreza da vítima.

A representação encontra-se embutida no próprio depoimento da mãe da vítima na polícia quando disse: "...que a declarante deseja que o indiciado Reginaldo Arceno Silveira seja processado e condenado às penas da lei vigente pelo delito que cometeu contra sua filha..." (fls. 11v.).

A representação não exige forma sacramental. A jurisprudência se orienta no sentido da inexigência de qualquer formalidade. Se as declarações que a vítima prestar no inquérito policial permitirem, por si sós, a inferência de que é de sua intenção a propositura da ação penal contra o ofensor, elas valem como representação. Na espécie, além das declarações da

vítima, as declarações de sua mãe demonstram a inequívoca vontade de ver o ofensor processado. Nesse sentido:

"Para legitimar a ação do Ministério Público basta o comparecimento da parte ofendida, ou de seu representante legal, perante a autoridade policial, dando-lhe conhecimento do fato e manifestando, mesmo que de maneira implícita, a sua intenção de punir o acusado" (JC 31/340).

"Tem-se orientado a jurisprudência do STF no sentido de que a representação a que se refere o § 2º do art. 225 do CP não precisa de forma sacramental para ser manifestada, bastando haver a inequívoca demonstração do interesse do ofendido em que se desencadeie a ação penal" (RT 657/369).

Não há como se deixar de considerar, com base na pretensa "ausência de queixa-crime", como quer a defesa, o hediondo crime cometido contra a menor. Não há falar em queixa-crime, mas sim em representação para o Ministério Público, como determina o art. 225, § 1º, do Código Penal.

Quanto a alegação de que não restou comprovado o estado de pobreza, a preliminar não pode prosperar.

Segundo se infere, às fls. 8 encontra-se o atestado de pobreza da vítima. Ademais a pobreza da vítima é fato facilmente demonstrado pela prova existente no bojo processual.

Rejeita-se, portanto, esta preliminar.

Não procede também a preliminar que pretende a anulação do processo, sob o argumento de que houve

cerceamento de defesa, em virtude de as testemunhas apenas terem ratificado em Juízo suas declarações prestadas na polícia.

Embora não tenha sido empregada a melhor técnica pelo Magistrado, o fato de nos depoimentos prestados em Juízo apenas ter sido ratificado o dito na polícia, não implica em nulidade.

Caso a defesa tivesse algum questionamento a fazer às testemunhas, deveria tê-lo feito na ocasião pois estava presente, e não ficado calada. Assim, não há reconhecer ofensa ao princípio do contraditório, porquanto, se a defesa estava presente e tinha plena ciência dos depoimentos prestados na fase policial, ao quedar-se silente admitiu aquelas declarações. Logo, respeitados foram os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Dessa forma esta preliminar também é rejeitada.

No mérito a condenação merece persistir.

Conforme jurídica e minuciosamente analisou o Dr. Promotor de Justiça em suas contra-razões, aqui adotadas como fundamentos de decidir, “ao contrário do que afirma o apelante, a materialidade encontra-se devidamente comprovada através do laudo pericial de fls. 7, na qual o perito afirma que a menina apresenta hímen íntegro, com pequena fissura na fúrcula vaginal, constatando uma pequena lesão traumática. Em depoimento prestado em Juízo (fls. 55), o perito além de confirmar o laudo pericial, declarou que a lesão era relativamente recente, pois não tinha cicatrizado ainda, podendo ter sido ocasionada

pela introdução do dedo ou por um objeto rombo que ocasionasse o esgaçamento.

“No tocante ao estupro, evidente comprovou-se que o mesmo não se aperfeiçoou, tendo em vista o laudo pericial que declara que não houve conjunção carnal. Mas, por sua vez, não se pode questionar pelos elementos existentes no próprio laudo pericial, que ao invés de estupro, o que ocorreu na realidade foi atentado ao pudor. Neste ponto não merece retoque a sentença de Primeiro Grau que desclassificou a capitulação inicial de estupro para atentado violento ao pudor.

“Assim, amplamente se encontra demonstrada a materialidade do fato delituoso pelo laudo pericial de fls. 7, onde se constatou lesão vaginal, que segundo afirma o perito em seu depoimento em Juízo poderia ter sido produzida por um dedo ou por um objeto rombo (fls. 55).

“Passando a analisar a autoria, esta encontra-se da mesma forma que a materialidade devidamente comprovada nos autos.

“Em que pese a argumentação expedida pela defesa de que única prova direta existente nos autos seja a palavra da vítima corroborada pelos depoimentos da mãe e de uma vizinha da mesma, como é cediço, em sede de crime contra os costumes a palavra da ofendida assume fundamental importância, porquanto, na maioria das vezes, como no caso dos autos, a prática delitiva é intentada às ocultas, às escondidas, de forma a tornar a vítima uma presa fácil à consumação do delito e funcionar como a única prova que, se for segura e firme, dispõe o

Ministério Público para demonstrar a responsabilidade do agente.

“Assim, a doutrina e jurisprudência vêm assentando, reiteradamente, o posicionamento de que, em casos tais, as declarações da ofendida surgem com um coeficiente probatório de alta valoração.

“Neste passo é da jurisprudência:

‘Nos crimes contra os costumes, de violência carnal, em que a prova da autoria fica reduzida praticamente às declarações da vítima, não devem ser as mesmas infirmadas quando uníssonas e firmes. Têm valor preponderante, superior às do acusado’ (TJSP — rel. Djalma Lofrano — RT 610/335).

‘Indícios fortes e indubitáveis são suficientes para a condenação em crime de atentado violento ao pudor, eis que, nesse tipo de delito, pela sua própria natureza, por ser cometido sempre às escondidas, não se exige prova testemunhal para a condenação, bastando a palavra da vítima e a prova indiciária’ (TJMG — AC — Rubens Lacerda — RT 636/325).

‘Nos delitos de natureza sexual, a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a única prova de que dispõe a acusação. Assim, não se compreende que se proponha a vítima, ainda menor, que inescrupulosamente incrimine alguém, não se podendo olvidar que a criança não é mentirosa a princípio, principalmente quando se trata de imputar a alguém crime tão grave’ (TJSP — AC — rel. Bruno Nett — JTJ 142/345).

“Ademais, a palavra da vítima goza de presunção de veracidade, quando não infirmada por outros elementos, neste sentido é da jurisprudência:

‘Os crimes contra os costumes são dos que se procura cometer entre quatro paredes às ocultas, horas mortas, sem vigília de ninguém. Bem por isso as vítimas são suas grandes testemunhas. Descrer delas, só quando se arregimentam elementos seguros de que têm imaginação doentia ou agem por vingança irracional’ (TJSP — AC — rel. Geraldo Roberto — RT 455/332).

“E, na hipótese dos presentes autos, a situação não se faz diferente.

“No decorrer da instrução, nada se comprovou ou mesmo suscitou que levasse à nefasta conclusão de que a vítima teria algum motivo para ‘criar’, ou, por que não dizer ‘armar’ toda uma farsa para incriminar o ora acusado.

“Desta forma, conclui-se que a história descrita pela menor M. M. na oportunidade do inquérito policial, totalmente coerente com os indícios existentes nos autos, é prova bastante para embasar o decreto condenatório. Não se podendo afirmar de forma alguma que seu depoimento é peça isolada diante do quadro probatório.

“Neste sentido, é de suma importância a avaliação de alguns dos elementos dos autos, que em conjunto formam um todo capaz de se creditar com segurança que a vítima não construiu simplesmente uma versão dos fatos, mas sim o viveu.

“Primeiramente, a vítima em seu depoimento declara:

'no dia dos fatos, sua mãe tinha saído, indo fazer perícia em seu irmão; que neste dia 'Nado' foi na sua casa, lhe pegou pela mão e a levou para o carro dizendo que ia levá-la na escola; que então a declarante entrou no veículo de 'Nado' e ele a levou para o mato...' (fls. 10).

"Neste aspecto, tem consonância com o depoimento da vizinha da vítima, I. Z.:

'...a declarante diz que no dia dos fatos, se encontrava em sua casa, quando por volta das 11h sua vizinha J., mãe da vítima havia saído de casa para levar seu filho ao médico; que a menina M. havia ficado em casa em companhia de seu irmão, pronta para ir para escola, sendo que o ônibus iria passar para pegá-la; que neste dia, após J. sair de casa, este tal Reginaldo apareceu e entrou direto na casa de J.; que a declarante diz que o viu na casa apenas uma outra vez; que neste dia, pegou a menina M. e a levou para o carro dizendo que trabalha perto da escola da Apae e a levaria' (fls. 12).

"Sobre o mesmo aspecto, deve-se ainda analisar o depoimento da testemunha R. L., que assim declarou:

'...esclarece que Reginaldo não tinha o costume e nem freqüentava a casa de sua sogra J. (mãe da vítima)' (fls. 13).

"Assim, deve-se ressaltar, por qual razão o declarante teria levado a menina para a escola, se como o mesmo declarou em seu depoimento jamais o tinha feito e justamente naquele dia em que levou a menor para a escola a mesma foi violentada.

"Ao nosso ver, acreditar como pretende a defesa de que a menina foi

levada para o colégio pelo apelante, coisa que até então jamais tinha feito, e coincidentemente foi violentada por seu colegas de classe que conviviam já a bastante tempo com a menor, é por demais supor ingenuidade, a desrespeito de todos os indícios.

"E, não o dizemos por mera especulação como faz a defesa. Se realmente tivesse ocorrido o ato libidinoso por parte dos colegas de classe, como explicar que ninguém teria percebido, ainda mais em um centro educacional como a Apae, onde o cuidado com os freqüentadores é muito mais rigoroso do que em qualquer outro estabelecimento, tendo em vista a peculiaridade de quem lá se encontra.

"Ademais, por qual razão teria levado a vítima na Apae, justamente no dia em que sua mãe não estava em casa, coisa que nunca havia feito? A esta indagação só nos resta uma resposta plausível: o apelante, supondo que ninguém saberia que o mesmo tinha levado a menina ao colégio, não teria como ser responsabilizado, ainda mais tendo em vista que a vítima é portadora de doença mental.

"Simplesmente, acolher a tese da defesa de que tudo não passou de uma farsa armada pela mãe da menor, sem outros elementos nos autos a indicar que tal afirmação é correta, é por demais alencar o princípio do in dubio pro reo para o caminho da impunidade.

"Analisando o contexto probatório, temos ainda o fato que no depoimento da vizinha da mãe da vítima, I. Z., a mesma declara:

'...que no dia seguinte sua vizinha J., lhe mostrou a calcinha da menina suja de sangue e perguntou para

a declarante o que deveria fazer; que então ficaram sabendo de que o tal Reginaldo havia tentado estuprar a menina M.; que J. levou sua filha para o pronto-socorro sendo posteriormente orientada a comparecer nesta (Delegacia) especializada' (fls. 9v.).

"Neste aspecto do processado, não é verdade, como descreve a defesa em sua apelação, de que a vizinha teria recebido as informações da mãe, na realidade o que se extrai do depoimento acima transcrito é que a vizinha teve ciência do fato diretamente da menina, pois acompanhou a mãe quando a menina contou o ocorrido.

"Ora, se fosse realmente verdade como quer fazer supor a defesa de que mãe da menor armou toda a farsa para incriminar o apelante, não teria ela agido da forma presente nos autos. Tão-somente, pode-se supor de farsa, se admitíssemos que inclusive a vizinha estaria em conluio com a mãe da menor.

"De outra banda, nota-se que a defesa tenta de todas as formas propugnar pela absolvição do apelante ao ponto de chegar a duvidar da idoneidade, inclusive, da autoridade policial que colheu o depoimento da vítima na fase policial. Afirmando em suas razões de recurso a fls. 152: 'Diante de tal situação, como realmente saber se a 'vítima' prestou ou não depoimento policial? Será que as palavras não eram de sua genitora?'

"Não podemos admitir em hipótese alguma tais assertivas, pois se assim o fizéssemos, levaríamos ao descrédito todo o trabalho de investigação policial até hoje realizado.

"Ao nosso ver, trata-se na espécie de argumento por demais mal-

doso para ser levado em conta, se não consegue provar a inocência do apelante através da prova amealhada durante a instrução que são desfavoráveis aos réus, não pode simplesmente a defesa remeter ao total descrédito a autoridade policial, ao ponto de querer fazer crer que a autoridade policial incrimina pessoas de bem ao seu bel-prazer.

"Ora, é por demais absurdo imaginarmos que estão a vizinha, a autoridade policial, a vítima e sua mãe em conluio para incriminar o apelante.

"Não podemos crer que levemente pessoas de bem, e autoridade como no caso a policial, que desempenha tarefa nobre na comunidade, fiquem incriminando outras pessoas, ainda mais que contra elas nada tenham que permita que assim agiriam, por ódio ou vingança.

"Quando da análise de casos como o estudo, devemos nos ater ao que se reporta os autos, e não a meras suposições sem suporte probatório.

"Neste sentido, é com propriedade que leciona Moacyr Amaral dos Santos:

'Se provar é demonstrar a verdade, indispensável será da prova produzida resulte poder de convencer. Desde que não faça, restarão apenas afirmações igualmente respeitáveis, mas inócuas' (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 17ª ed., vol. 2, pág. 372).

"Sobre este prisma, as afirmações de conluio não passam de igual forma de meras conjecturas, sem nada de concreto a corroborá-las.

“Quanto a outro ponto levantado pela defesa que não poderia ter havido sangramento, apesar do perito declarar em seu depoimento não ter ocorrido, como pode ter ele certeza deste fato se a vítima foi submetida a perícia 2 (dois) dias após o ocorrido?”

“O que ocorreu na realidade, é que na realização da perícia os vestígios de sangramento já deviam ter desaparecido, o que é muito provável, diante do lapso temporal entre o ato libidinoso (lesão) e o exame.

“De outra forma, se assim não procedermos, voltaremos novamente no absurdo de querer acreditar que a vizinha (I. Z.) que em seu depoimento de fls.12 declara ‘...que sua vizinha J., lhe mostrou a calcinha suja de sangue...’, está em conluio com a vítima e sua mãe. O que, pelos argumentos anteriormente expendidos, é um absurdo sobre o aspecto jurídico da prova.

“Impende ser analisada ainda, quanto às razões de apelo, a afirmação de que o apelante tem boa índole, por ter amizade com várias crianças e moças na comunidade, ser primário e ter bons antecedentes, de forma que suas declarações devem ser revestidas de maior credibilidade que as da própria vítima.

“Sob esta ótica, em nosso direito, são comuns os casos em que o autor do fato se mostra como pessoa querida e bem-amada, quando na realidade tem intenções bem diversas. O que, para ilustrar tal fato, temos entre os mais recentes, o caso clássico do ‘Maníaco do Parque’, que até o descobrimento de seus crimes era conhecido em seu ambiente social como um rapaz boa-praça, modesto, talentoso,

articulado e sensato (A face inocente do terror, revista Veja, n. 31, 5/8/98, pág. 120), quando na realidade era pessoa de má índole, capaz de crimes brutais como o por ele praticado.

“Assim, não pode sob esta alegação se desconstituir as afirmações contidas no depoimento da vítima.

“Isto pois, como é cediço, em crime contra os costumes, a palavra da vítima possui presunção de veracidade, ainda mais quando não existe, como no caso em estudo, qualquer espécie de atrito entre a vítima e o acusado ou entre este e a mãe da mesma.

“Revestindo-se destes elementos, a palavra da vítima é fundamental para alicerçar o decreto condenatório.

“Neste sentido, vem decidindo reiteradamente a jurisprudência:

‘Em delitos como o da espécie, a palavra da vítima é fundamental. Não se pode desprestigiar a mulher que se viu tolhida em sua liberdade sexual em favor de quem, inconscientemente, apenas se recusa a admitir em Juízo prática comprovada por laudo e resultante de todo o contexto probatório acolhido nos autos’ (TJSP — AC n. 107.607-3/1 — rel. Renato Nalini).

“Sob todos os aspectos dos autos, temos elementos indiciários suficientes juntamente com o depoimento da vítima a embasar o decreto condenatório.

“Quanto ao valor da prova indiciária é de suma importância reportarmos-nos aos ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete sobre o tema:

‘Diante do sistema de livre convicção do juiz, encampado pelo Cód-



go, a prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como se atesta na Exposição de Motivos, em que se afirma não haver hierarquia de provas por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a outra. Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória' (Código de Processo Penal Interpretado, 4ª ed., 1996, pág. 286).

"Não discrepando da doutrina, assim têm decidido nossos tribunais a respeito do valor da prova indiciária:

'Desde os primórdios do Direito, ou seja, da mais remota antiguidade, os indícios e presunções sempre foram admitidos em doutrina como elementos de convicção. Assim, na ausência de confissão voluntária, a prova de condição subjetiva, tal como o saber e o conhecer, somente pode ser feita através de indícios e presunções, desde que veemente, ao prudente arbítrio do Juiz. Quando este se despe de seu poder-dever de firmar convicção, por todas as evidências, relegando-se à análise de provas diretas, a impunidade se estabelece como regra' (TACrimSP — RJDTACRIM — 5/169).

"No caso dos autos, não se mostra diferente. Analisando todo o contexto probatório, presentes encontram-se indícios suficientes a comprovar a autoria do fato delituoso por parte do apelante, unido este à palavra da vítima, cristaliza-se certeza suficiente quanto à autoria para abalizar o decreto condenatório".

Razão assiste ao apelante quando pretende ver excluído da condenação o aumento de 3 (três) anos aplicado pelo Magistrado, em razão da violência presumida e da alienação mental da vítima.

Além de não se tratarem de causas de aumento as hipóteses acima, a violência só elevaria a pena caso houvessem lesões graves ou morte.

Nesse sentido:

"Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, para ocorrer a incidência do aumento de pena previsto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, necessário que resulte lesão corporal grave ou morte, ante a expressa remissão da lei ao art. 223, caput, e parágrafo único do CP" (Rev. Crim. n. 2.663, rel Des. Jorge Mussi).

Nestes termos é dado provimento parcial ao recurso defensivo.

II — Recurso do Ministério Público

Assiste razão à ilustre Promotora quando pretende a elevação da pena-base.

É que o Magistrado, embora houvesse reconhecido que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP eram totalmente desfavoráveis ao réu, aplicou-lhe a pena no mínimo.

Ao analisar as circunstâncias disse o Magistrado:

"Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, tenho que a personalidade do réu Reginaldo Arceno Silveira, vulgo 'Nado', apresenta sérios desvios, por clara falta de controle à sua libido, nitidamente voltada à prática de delito contra os costumes; o dolo foi intenso à espécie, sendo que as circunstâncias foram

bastante propícias, já que aproveitou-se de uma menina com apenas 11 (onze) anos de idade e portadora de deficiência mental, sendo que o próprio réu disso tinha conhecimento. O motivo que delineou o evento delitivo foi a desenfreada necessidade de satisfação de seus mais bestiais instintos sexuais. As conseqüências do crime perpetrado são inavaliáveis, mas que certamente influirão, doravante, no equilíbrio psicológico da desditosa vítima, apesar desta não ter manifestado comportamento que facilitasse ao réu encetar a prática delituosa”.

Assim, não poderia o Magistrado ter fixado a pena-base no seu mínimo, porquanto a análise das circunstâncias não autoriza.

Aliás, assim já se manifestou a jurisprudência:

“Aplicação - Primariedade — Circunstância que por si só não justifica aplicação da pena no grau mínimo — Circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu. O simples fato de o réu ser primário e de não registrar antecedentes criminais não obriga a que sua pena seja fixada no mínimo legal, se relevantes circunstâncias judiciais recomendam a devida exacerbação” (TJPR, Apelação Criminal, rel. Des. Farhat Neto, publicado em 12/6/91, in Fácil Jurisprudência, verbete n. 36.303).

“A pena-base não deve ser fixada no mínimo legal quando as cir-

cunstâncias judiciais não são totalmente favoráveis ao réu” (Apelação Criminal n. 32.835, de Chapecó — relator Des. Álvaro Wandelli).

Elevo então a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses.

Prejudicado restou o segundo argumento recursal do órgão acusatório, exclusão da causa de especial aumento, diante do anterior acolhimento do pleito quando analisado o recurso defensivo.

Recurso a que se dá provimento parcial.

### III — Conclusão

Assim decidido, a pena do réu Reginaldo Arceno fica definitivamente estabelecida em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantido o regime fechado para o seu cumprimento.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli, tendo dele participado, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Paulo Gallotti e Souza Varella. Lavrou parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 24 de novembro de 1998.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Genésio Nolli,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 96.005162-7, DE BLUMENAU****Relator: Des. Jorge Mussi**

*Apelação criminal — Medida preliminar de busca e apreensão — Interposição contra sentença que homologou laudo pericial — Cabimento — Exegese do inciso II do art. 593 do CPP — Conhecimento.*

*Crime contra a propriedade imaterial — Eventual ação penal que se processará mediante queixa-crime — Busca e apreensão efetivada por oficiais de justiça — Existência de procedimento próprio, em que se exige que seja feita por peritos (art. 527 do CPP) — Ausência de argüição do vício e de prejuízo à defesa — Mera irregularidade que não obsta à cognição.*

*Busca e apreensão de máquina — Laudo firmado por dois peritos com curso superior, nomeados e devidamente compromissados pelo Juízo e com habilitação técnica específica para o exame — Validade — Sentença homologatória mantida — Recurso improvido.*

*Contra a sentença que homologa o laudo pericial de pedido de busca e apreensão em crimes contra a propriedade imaterial cabe apelação, nos termos do inciso II do art. 593 do CPP, haja vista sua natureza de definitiva, já que põe fim à medida preliminar requerida.*

*Nos termos do art. 159, § 1º e § 2º, do CPP, inexistindo no Juízo peritos oficiais, perfeitamente válido o laudo pericial elaborado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, devidamente nomeadas e compromissadas pela autoridade judiciária, mormente quando habilitadas tecnicamente para o exame.*  
conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 96.005162-7, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante Imatec Indústria e Comércio Ltda., sendo apelada Enfesmak Indústria Comércio e Representação Ltda.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime,

Custas na forma da lei.

Na comarca de Blumenau, Enfesmak Indústria Comércio e Representação Ltda., representada por Odair Sasse, ingressou com medida preliminar de busca e apreensão contra Imatec Indústria e Comércio Ltda., representada por Jorge Luiz Bortolossi, com base no disposto nos artigos

524 e seguintes do Código de Processo Penal, 128 e seguintes da Lei 5.772/71, 169, 181 e seguintes, do Decreto-Lei n. 7.903/45 (Código de Propriedade Industrial), porque a requerida estaria produzindo e comercializando uma máquina intitulada "Enfestadeira para Malha Tubular", cujo privilégio de invenção era exclusivo da requerente, sendo um dos principais produtos comercializados pela sua empresa, postulando, ao final, "a nomeação de dois peritos, conforme dispõe o art. 527 do CPP, para que procedam à vistoria e apreensão das máquinas e peças contrafeitas na empresa contrafatora" (fls. 5), indicando, ainda, os quesitos a ser respondidos pelos expertos, tudo a fim de instruir possível ajuizamento de queixa-crime posterior.

Nomeados os peritos (fls. 48) e realizada a diligência de Busca e Apreensão (fls. 56), aqueles, devidamente compromissados, conforme Termo de Instauração de Perícia de fls. 86, apresentaram o laudo de fls. 110/125, o qual, após manifestação favorável do Ministério Público (fls. 164 e verso), foi homologado por sentença pelo Juízo a quo.

Inconformada, apelou a requerida, buscando a anulação da decisão homologatória, alegando, em síntese, que o laudo pericial deveria ter sido efetuado por "perito criminal com formação em engenharia mecânica ou similar" (fls. 201) e não por expertos não oficiais, embora engenheiros mecânicos, como ocorreu. Sustentou, no mais, adentrando no mérito, que não há nos autos provas que caracterizem a falsificação ou a contrafação, nem mesmo objetos falsificados ou contrafeitos foram apreendidos, afirmando,

por fim, que a máquina apreendida é totalmente diferente daquela vendida pela apelada, pelo que entende deva ser reformada a decisão recorrida.

Apresentadas as contra-razões pela apelada, o órgão ministerial de Primeiro Grau manifestou-se pela manutenção do decismum, subindo os autos a este grau de jurisdição, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Vidal Vahnoni Filho, manifestou-se preliminarmente pelo não-conhecimento do apelo, por entender incabível recurso contra sentença que homologa ou não laudo pericial; caso vencida a preliminar, opinou pelo seu improvimento, confirmando-se a decisão homologatória.

É o relatório.

1 — O recurso de apelação em epígrafe é próprio e tempestivo, merecendo ser conhecido, pois trata-se de interposição contra decisão definitiva stricto sensu, ou com força de definitiva, proferida por juiz singular, consoante disposto no artigo 593, inciso II, do Código de Processo Penal.

Em comentários ao inciso II do art. 593 do CPP, preleciona Julio Fabbrini Mirabete:

"Também cabe apelação das decisões definitivas ou com força de definitivas proferidas por juiz singular nos casos não previstos no art. 581. As sentenças definitivas a que a lei alude são as chamadas sentenças definitivas em sentido estrito (stricto sensu), em que se julga o mérito, define-se o juízo, sem absolver ou condenar, e se encerra a relação processual. Como exemplos, citem-se as sentenças que resolvem o incidente de restituição de coisas apreendidas;

que homologam, ou não, o laudo pericial de pedido de busca e apreensão em crimes contra a propriedade imaterial; que indeferem pedido de justificação; que autorizam levantamento de seqüestro; que indeferem pedido de explicações; que, em pedido de explicações, as consideram satisfatórias, impedindo a propositura de ação penal nos crimes contra a honra; que decidem pela não existência de uma condição objetiva de punibilidade etc." ("Código de Processo Penal Interpretado", 2ª ed., Atlas, São Paulo, 1997, pág. 747, grifado).

Neste sentido é o entendimento dos tribunais pátrios:

"São apeláveis porque têm a natureza de definitivas as decisões proferidas em processos cautelares, entre outras a que homologa laudo pericial em medida preliminar de busca e apreensão" (RT 471/344).

Ainda:

"Laudo pericial exigido pelo art. 527 do CPP — Caráter de medida cautelar preparatória sendo pressuposto legal para o exercício da ação penal — Homologação — Decisão de natureza interlocutória mista com força de definitiva — Cabimento de apelação — Inteligência e aplicação do art. 593, II, do CPP" (RT 702/356).

2 — No que concerne ao mérito, não merece prosperar o apelo.

Com o advento da Lei n. 8.862, de 28 de março de 1994, que alterou o caput e o parágrafo 1º do art. 159 do CPP, dando-lhe nova redação, passou-se a exigir, não havendo peritos oficiais (no caso, criminais) no Juízo, a realização do laudo pericial por duas pessoas idôneas nomeadas pela autoridade judiciária, desde que porta-

doras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, entre as que detenham habilitação técnica relacionada à natureza do exame a ser procedido.

Da doutrina, sobre o tema, coleta-se:

"No processo penal, de regra, as perícias devem ser realizadas por peritos oficiais, do órgão público existente para esse fim, entre os quais os Institutos de Criminalística. Todavia, se isso não for possível, ou porque não existe a especialidade necessária no órgão oficial ou porque ele não atende a região, a autoridade deverá nomear os peritos, que prestarão compromisso, escolhidos entre os que tiverem habilitação técnica, o que é obrigatório nas profissões legalmente regulamentadas, ou entre pessoas que tenham conhecimento do objeto do exame" (Vicente Greco Filho, in "Manual de Processo Penal", 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1995, pág. 194).

Reforçando a lição, arremata Magalhães Noronha:

"Devem esses peritos não oficiais ser escolhidos dentre pessoas que tenham habilitação técnica, isto é, homens aptos, seja por sua ciência, seja pela experiência" ("Curso de Direito Processual Penal", 21ª ed., Saraiva, São Paulo, 1992, pág. 100).

É pacífica a orientação jurisprudencial no sentido de que, nas comarcas onde não há expertos oficiais com capacidade técnica para executar a perícia, o magistrado deve, de livre escolha, nomear duas pessoas aptas a realizá-la, obedecendo às formalidades do artigo acima citado.

Nesta direção:

“Busca e apreensão — Exame pericial de corpo de delito realizado por pessoas leigas — Ausência de peritos oficiais — Admissibilidade — Inteligência dos arts. 527 e 159, § 1º, do CPP” (RT 581/397).

“Inexistindo no quadro da polícia funcionário perito criminal, pode o juiz nomear pessoas que lhe são estranhas, na forma do artigo 159 do CPP” (RT 581/426).

Ora, no caso sub examine, tanto o processo de escolha como o de elaboração do laudo pericial de fls. 110/125 estão de acordo com as formalidades exigidas pela nova redação do art. 159 do Código de Processo Penal, não se vislumbrando qualquer vício que poderia acarretar a anulação da sentença homologatória recorrida; nada existe a abalar a validade da aludida perícia, vez que efetuada e subscrita por dois engenheiros mecânicos, devidamente nomeados e comprometidos, e com habilitação técnica para tanto, não merecendo, por isso, nenhum reparo a decisão que homologou o laudo por estes subscrito.

3 — A apelante alega, ainda, adentrando no mérito, que seu produto difere do de propriedade da apelada, por possuir inúmeras melhorias e inovações, pelo que jamais poderia ter sido homologado o laudo em questão.

Mesmo não sendo estes autos instrumento hábil para debates acerca da materialidade do crime supostamente cometido pela apelante, a ser apurado em eventual ação penal futura, cabe salientar que a prova pericial realizada foi categórica em sua conclusão, quando disse que: “os conjuntos principais (...) são idênticos, tal-

vez, com pequenas diferenças dimensionais ou de posicionamento de algumas peças” (fls. 125), encerrando qualquer discussão sobre o tema, nesta fase cautelar.

Ademais, por outro lado, consoante leciona a doutrina, nestes casos “o que importa é a idéia de invenção, a idéia de solução, cuja usurpação caracteriza o delito (...). Modificações acidentais introduzidas no produto ou no processo patenteado, sobretudo modificações de forma ou de aspecto do produto, não excluem a contrafação.

“(...) a contrafação deve ser apreciada tendo-se em vista mais as semelhanças intrínsecas do que as diferenças de forma ou de aspecto que, na maioria dos casos, têm por fim disfarçar a infração do privilégio” (João da Gama Cerqueira, in “Tratado da Propriedade Industrial”, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, pág. 542).

E, por fim, como bem observou o culto parecerista Dr. Vidal Vanhoni Filho, a fls. 227:

“A sentença homologatória do laudo pericial não faz precluir a discussão sobre a materialidade da infração; apenas, tornando aparentemente justa a causa, autoriza o ofendido a propor a ação penal. E sem a propositura da ação penal não existe gravame. Segue-se daí que a discussão em torno da materialidade da infração, antes do eventual aforamento da ação penal, como pretende a Imatec, serve só e só ao enervamento da repressão. No julgamento da eventual ação penal, é que cabe a ampla, geral e irrestrita discussão acerca da materialidade da infração. Por agora, a recusa

da materialidade significaria um inde-sejável prejuízo, que a instrução preliminar não comporta”.

4 — Diante do exposto, conheceu-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, subscrevendo parecer, pela

douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vidal Vanhoni Filho.

Florianópolis, 22 de abril de 1998.

*José Roberge,*

*Presidente com voto;*

*Jorge Mussi,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 96.006062-6, DE SÃO JOAQUIM**

**Relator: Des. Jorge Mussi**

*Crime contra a administração pública — Peculato — Servidor de sociedade de economia mista (Estado detentor da maioria do capital social) — Equiparação à categoria de funcionário público — Inteligência do art. 327 e seus parágrafos, do Código Penal.*

*Confissão extrajudicial reforçada pela farta prova testemunhal dando conta do cometimento do ilícito — Autoria e materialidade devidamente comprovadas — Condenação mantida.*

*Pena — Crimes cometidos em continuidade delitiva — Critério objetivo para o aumento da sanção — Três infrações — Equivalência a 1/5 (um quinto) — Diminuição da reprimenda que se impõe.*

*Acusado que ressarcir os cofres públicos, antes do oferecimento da denúncia, com presteza e voluntariedade — Reconhecimento do arrependimento posterior — Redução da reprimenda em 2/3 (dois terços), em decorrência da aplicação do art. 16 do Código Penal — Recurso provido para este fim.*

*Prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa — Extinção da punibilidade — Decretação de ofício.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 96.006062-6, da comarca de São Joaquim (1ª Vara Criminal/Infância e Juventude/Registros Públicos), em que*

*é apelante Adilson Porto, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para,

reconhecendo a minorante do arrependimento posterior, adequar a pena e, conseqüentemente, declarar extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição.

Custas na forma da lei.

Na comarca de São Joaquim, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Adilson Porto, dando-o como incurso nas sanções dos artigos 312 e 316, § 2º, c/c o artigo 69, todos do Estatuto Penal, porque, conforme se infere da exordial acusatória de fls. 2 a 4:

“Na condição de funcionário da empresa estatal deste Estado, Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina — Cidasc —, vinculada à Secretaria de Estado da Agricultura, do Abastecimento e Irrigação, o acusado Adilson Porto exercia suas funções na Unidade de Beneficiamento dessa empresa situada neste município, onde era responsável pelo serviço de pesagem de caminhões.

“Pela utilização da balança a Cidasc cobrava uma taxa, na época, de NCz\$ 110,00 (cento e dez cruzados novos), independentemente do tamanho do veículo de carga, segundo se depreende da tabela de preços constante às fls. 17, com controle financeiro e do movimento de veículos feito através de tickets.

“No dia 14 de agosto de 1990, às 15h20min, o veículo da transportadora Gabardi, a serviço da empresa Perdigão, placas CA 1022, foi devidamente pesado. O acusado Adilson Porto, pelo serviço prestado, exigiu o pagamento no valor de NCz\$ 250,00. O denunciado, para lograr êxito em

sua ação criminosa, fez uso do ticket de controle n. 3888, o qual já havia sido utilizado no ano de 1985, possibilitando-lhe, por conseqüência, apropriar-se da quantia de NCz\$ 110,00 e desviar, também em proveito próprio, a quantia que indevidamente exigiu e recebeu no valor de NCz\$ 140,00.

“Dando prosseguimento a sua jornada criminosa, no mesmo dia 14 de agosto de 1990, às 15h40min, o senhor Francisco Ouriques utilizou-se daquele serviço de pesagem da Cidasc desta cidade quando, após passar pela balança com seu caminhão placas GI 0772, o acusado Adilson Porto exigiu o pagamento da quantia de NCz\$ 250,00. O denunciado, para lograr êxito em sua ação criminosa, fez uso do ticket de controle n. 4216, o qual já havia sido utilizado em 1985, possibilitando-lhe, assim, apropriar-se da quantia de NCz\$ 110,00, em proveito próprio e, ainda, desviar, também, em proveito próprio, a quantia que indevidamente exigiu e recebeu de Francisco Ouriques no valor de NCz\$ 140,00.

“Também no dia 14 de agosto de 1990, às 16h25min, o senhor José Moacir Monteiro utilizou-se daquele serviço de pesagem da Cidasc deste município quando, após passar pela balança com o caminhão placas RA 8184, da empresa Coesa Ltda., o acusado Adilson Porto lhe exigiu o pagamento da quantia de NCz\$ 250,00. O denunciado, para lograr êxito em sua ação criminosa, fez uso do ticket n. 4311, o qual já havia sido utilizado no ano de 1985, possibilitando-lhe, por conseqüência, apropriar-se da quantia de NCz\$ 110,00, em proveito próprio e, ainda, também em proveito próprio, a quantia que indevidamente



exigiu e recebeu de José Moacir Monteiro.”

Encerrada a instrução criminal, foi julgada procedente a denúncia, restando condenado à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, cada qual no valor de 2/30 (dois trigésimos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pelo cometimento das infrações dos artigos 312 e 327, c/c o artigo 71, caput, todos do Código Penal.

Irresignado com o teor da decisão entregue, recorreu, tempestivamente, objetivando a sua absolvição, por não existirem provas suficientes da materialidade do delito, eis que foram montadas; por outro lado, argumenta que o peculato não se configurou, haja vista o acusado não ser funcionário público, e sim empregado, no regime da CLT, da Cidasc, sociedade de economia mista, que não se equipara a entidade paraestatal (§ 1º do art. 327 do Código Penal). Alternativamente, requer a diminuição da pena, pelo reconhecimento do arrependimento posterior, capitulado no artigo 16 do Código Penal, posto que o apelante devolveu o prejuízo causado às vítimas, voluntariamente, antes do recebimento da denúncia.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a este grau de jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, pelo seu conhecimento e desprovimento.

É o relatório.

1 — No tocante à absolvição pleiteada pela defesa, impossível sua decretação.

1.1 — Primeiramente, há que se afastar o argumento levantado pela defesa de não ter ocorrido o crime de peculato, por ser a Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina (Cidasc) pessoa jurídica de direito privado e, por conseguinte, não se enquadrar o apelante no conceito de funcionário público.

A conceituação de funcionário público estabelecida por nossa Lei Penal é mais ampla do que aquela arraigada na esfera do Direito Administrativo, visando a salvaguardar os interesses da administração pública e, conseqüentemente, do Estado, em caso de ameaça por seus próprios funcionários ou por particulares, que, em razão de seu cargo, emprego ou função, abusem da confiança sobre eles depositada, usurpando bens ou valores que a lei visa a proteger.

Hely Lopes Meirelles distingue com sabedoria estes conceitos de funcionário público:

“Somente para efeitos criminais, nos delitos relacionados com a função, é que o pessoal das sociedades de economia mista se equipara a funcionário público, por expressa determinação do parágrafo único do art. 327 do Código Penal” (in “Direito Administrativo Brasileiro”, 14ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, págs. 328-9).

Na verdade, o artigo 327, § 1º, do Código Penal, equipara a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

Sobre a concepção de funcionário público inserta no Código Penal, Julio Fabbrini Mirabete esclarece:

“Equipara-se a funcionário público, pelo § 1º do artigo 327, ‘quem

exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal'. (...) Dividem-se elas em empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo Poder Público e serviços autônomos. As duas primeiras, juntamente com as autarquias, compõem a Administração Indireta da União, e, os dois últimos, fora dessa Administração, constituem os entes de cooperação. Embora a interpretação literal do § 1º do artigo 327 não deixe dúvidas quanto à inclusão no conceito de funcionário público, para os efeitos penais, das pessoas que exercem cargo, emprego ou função pública nessas entidades paraestatais, há na doutrina séria resistência em abrangê-las na definição. (...) Recentíssimas decisões do STF, porém, confirmam que 'o empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista está equiparado, para os efeitos penais, ao funcionário público' (RECr. 96.358-8-RJ, DJU de 28/8/1982, pág. 7.874; RTJ 101/869 e 413; RT 566/406). Assim tem-se decidido em outras ocasiões no STF (RTJ 56/766, 46/27; RT 589/418), no TFR (RF 182/308), no TJSP (RT 613/318), no TACrSP (JTACrSP 69/287) e no TJDF (RF 222/267). (...) Não é só a interpretação literal da expressão 'entidade paraestatal' que leva a esta conclusão. A Lei n. 6.799, de 23/6/1980, que reenumerou o antigo parágrafo único para § 1º e acrescentou o § 2º, dissipa qualquer dúvida ao dispor: 'A pena será aumentada de terça parte quando os autores dos crimes previstos neste capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa públi-

ca ou fundação instituída pelo poder público'. Adotou o legislador, portanto, o sentido jurídico próprio da expressão entidade paraestatal na conceituação de funcionário público para os efeitos penais, abrangendo todos os que exercem cargo, emprego ou função nessas entidades (diretores ou empregados), embora o aumento de pena previsto no dispositivo somente se aplique aos ocupantes dos cargos especificados na lei. Não se pode concluir que a equiparação se refere apenas aos dirigentes; já no § 1º, referindo-se a lei à entidade paraestatal, abrange todas as entidades citadas, o que fica confirmado no § 2º. Embora possam não ter elas fins próprios do Estado, são constituídas, ao menos em parte, com patrimônio público, visam à realização de vários fins de interesse coletivo, e se submetem às normas e controle do Estado, justificando-se a maior proteção que a lei vai-lhes emprestando" (in "Manual de Direito Penal", vol. 3, 7ª ed. rev. amp., São Paulo, Atlas, 1994, pág. 289, grifamos).

E arremata, ao tratar especificamente do crime de peculato:

"Sujeito passivo do crime é o Estado, pois se trata de crime contra a administração pública. Diante do conceito abrangente da expressão, além da União, Estados e Municípios, podem ser vítimas as autarquias e as entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista etc.), diante da equiparação prevista pelo artigo 327, como já foi acentuado" (ob. cit., pág. 290, grifamos).

Alberto Silva Franco e outros, sobre a equiparação do empregado

de sociedade de economia mista a funcionário público, esclarecem:

“O acréscimo de § 2º ao art. 327 tem o mérito de pôr fim a antiga dissensão jurisprudencial em torno da definição de funcionário público, para fins penais.

“Com o advento da Lei 6.799/80 consideram-se funcionários públicos, enquanto sujeitos ativos de crimes, não só as pessoas pertencentes à administração direta e às autarquias, mas, também, os funcionários de entidades paraestatais, de que são espécies as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações instituídas pelo Poder Público” (in “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, 5ª ed. rev. amp., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pág. 3.097, grifamos).

Paulo Cyrillo Pereira compartilha da mesma opinião, em artigo intitulado “Funcionário público: titularidade passiva nos crimes contra a Administração Pública. Equiparação, para fins penais, de servidores das autarquias”. Leia-se:

“Nosso Código Penal adotou a noção extensiva, dando maior elasticidade ao conceito de funcionário público, não exigindo, para caracterização de funcionário público, nem mesmo o exercício profissional ou permanente da função pública.

“Segundo Nelson Hungria (Comentários ao Código Penal, v. IX/398), como corolário do art. 327, não é propriamente a qualidade de funcionário público que caracteriza o crime funcional, mas o fato de que é praticado por quem se acha no exercício de função pública, seja esta permanente ou temporária, remunerativa

ou gratuita, exercida profissionalmente ou não, efetiva ou interinamente, ou per accidens (ex.: o jurado, a cujo respeito achou de ser expresso o art. 438 do CPP; o depositário nomeado pelo juiz, etc.).

“Considera-se funcionário público, segundo o texto legal, não só o indivíduo investido, mediante nomeação e posse, em cargo público, ou que serve em emprego público (eventual posto de serviço público, fora dos quadros regulares e para o qual não haja necessidade, sequer de título de nomeação), como também qualquer pessoa que exerça função pública, seja esta qual for” (RT 665/259).

Este entendimento é abarcado pela jurisprudência, conforme se lê:

“Segue equiparado a funcionário público, para os efeitos penais, quem ocupe qualquer cargo, tenha qualquer tipo de emprego, exerça qualquer função em entidade que se inclua na categoria de paraestatal (v. g., a sociedade de economia mista), conquanto diverso o tratamento punitivo relativamente à posição hierárquica do agente” (TACrim.SP, Apelação Criminal n. 588.839-6, rel. Des. Corrêa de Moraes, j. em 27/9/90).

No mesmo sentido:

“Peculato — Empregado de sociedade de economia mista — Equiparação, para efeitos penais, ao funcionário público — (...) — Ordem denegada” (JTJ 132/565).

Ora, a Cidasc é sociedade de economia mista da qual o Estado é acionista majoritário, mantendo em sua propriedade 51% das quotas que compõem o capital social da empresa, relevando-se, mais uma vez, a necessidade de se preservar seu patrimô-

nio, bem como a moralidade e improbidade exigidas na condução de seus negócios.

Dessa forma, afasta-se a argumentação inicial desenvolvida pela defesa de que um dos pressupostos para tipificação do crime de peculato, qual seja, a condição de funcionário público do agente, não estaria presente na hipótese.

1.2 — Por outro lado, a prova da materialidade encontra-se demonstrada pelos documentos de fls. 11 a 19, dando conta da indevida utilização pelo apelante de tíquetes antigos e já usados anteriormente, de ns. 3888, 4216 e 4311, e do recolhimento das respectivas taxas abusivas, pela tabela de preços praticados pela Cidasc, de fls. 21, atestando o valor correto do serviço de pesagem de R\$ 110,00 (cento e dez reais), e ainda através do Boletim de Ocorrência de fls. 23.

Há também o esclarecimento prestado pela Cidasc, no documento de fls. 220, de que os tíquetes eram sempre emitidos em três vias, sendo que a primeira era mantida no escritório central, acompanhada de sua respectiva Guia de Recolhimento, enquanto que a segunda e a terceira vias eram entregues ao motorista do veículo, para que pudesse comprovar o peso líquido de sua carga. E foram justamente as terceiras vias dos tíquetes já usados, que o apelante mantinha em sua posse, que utilizou para praticar o crime de peculato noticiado, entregando-as aos caminhoneiros citados na denúncia, cobrando-lhes taxas que irregularmente recolheria em proveito próprio.

No que se refere à autoria, a prova testemunhal é farta, convergindo para o fato de que o apelante efetivamente apropriou-se de valores pertencentes à Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina.

Em primeiro lugar, há o depoimento judicial de Zani Luiz Fabres, funcionário da Companhia, que viu os tíquetes antigos no setor de pesagem, alertando seus superiores sobre a ocorrência de possíveis irregularidades:

"(...) Que o declarante foi alertado por um colega do acusado de nome Domingos da Rosa, que o réu estava usando ticket, ou seja, 3ª via, de papelão, sem carbono, para pesagem de caminhões de carga; que o declarante, em vista da informação, fez uma investigação e constatou que no setor de pesagem dentro de uma campanha de óculos havia em torno de sete papelões numerados de anos anteriores, já devidamente recolhidos ao banco; que em virtude dos fatos o declarante comunicou ao supervisor regional em Lages, na pessoa do senhor Pedro Figueiredo; que este supervisor esteve em São Joaquim e abordou três caminhões de fora para fazerem uma pesagem; que posteriormente a pesagem o mesmo supervisor de posse dos tais tickets, ressarcia os motoristas e ficava consigo o comprovante da pesagem; que essas pesagens foram feitas dentro do horário normal; que por esses motivos é que o acusado foi demitido; (...) que foi confirmada a denúncia, tendo sido constatada a utilização de tickets de anos anteriores e cobrado valores acima da taxa normal; que esses valores não foram recolhidos para a Cidasc;

que de acordo com a utilização dos tickets, a primeira via é encaminhada para a Cidasc e em se tratando de caminhões particulares, as duas outras vias ficam com o motorista (...)” (fls. 178).

Domingos Ribeiro da Rosa, colega do apelante, referido no depoimento acima, veio a Juízo esclarecer:

“(...) que o declarante trabalhava junto com o acusado na pesagem de caminhões e presenciou quando o acusado usava a 2ª via dos tickets já recolhidos para novas pesagens; que o acusado cobrava acima do valor, muito embora tenha sido advertido pelo próprio declarante para que não procedesse daquela maneira; (...) que foi o declarante quem avisou o responsável pelo setor das irregularidades praticadas pelo acusado (...)” (fls. 179).

A testemunha Pedro Arruda Figueiredo Filho, na fase judicial, declarou:

“(...) que o depoente era supervisor regional da Cidasc, (...) nessa condição recebeu denúncias de que o denunciado estaria cometendo irregularidades na unidade daquela cidade de beneficiamento de sementes, na balança; que foi constatado que o denunciado tinha padrão de vida superior às possibilidades de seu salário o que reforçou as suspeitas; que diante disso o depoente pôde constatar in loco que efetivamente o denunciado, como relata a denúncia, cobrava dos caminhões pesados a quantia de duzentos e cinquenta mil cruzeiros, quando a taxa normal era de cento e dez mil cruzeiros; que as investigações revelaram que o denunciado se utilizava dos ‘ticks’ (sic) antigos, já

utilizados, para efetuar a pesagem dos veículos; no caso dos três caminhões não foi sequer recolhido o valor de cento e dez mil, da taxa normal da Cidasc (...)” (fls. 138v.).

Um dos caminhoneiros abordados pelo supervisor, e que efetuou a pesagem de sua carga com o apelante, em seu testemunho judicial, declarou:

“(...) Que na época dos fatos narrados na denúncia, o depoente transportava carvão vegetal de Campo Belo do Sul para a cidade de Criciúma e na saída da cidade de São Joaquim foi interceptado por duas pessoas que se identificaram como sendo fiscais da Cidasc e pediram para que o depoente pesasse o seu caminhão, porque queriam conferir o peso da carga com o ticket pago, uma vez que havia suspeita de que a pessoa que parava os caminhões na estrada estaria cobrando importâncias indevidas, recomendando que o interrogando não pagasse em dinheiro mas em cheque; Que o interrogando havia pago Cr\$ 250,00 (duzentos e cinquenta cruzados novos) em cheque, para a pessoa que pesou o caminhão (...); Que as pessoas que se identificavam como fiscais da Cidasc e que mandaram o depoente pesar a carga do caminhão e pagar em cheque logo passaram a advertir o depoente de que a pessoa que iria pesar o caminhão iria cobrar uma importância indevida a mais e por isso deveria pagá-la em cheque, sendo que o valor devido era para ser Cr\$ 110,00, enquanto que o depoente acabou pagando Cr\$ 250,00, tendo a pessoa que recebeu esta importância fornecido um tickt (sic) da pesagem, sem no

entretanto fornecer recibo (...)” (fls. 172).

O próprio apelante acabou por confessar, na fase administrativa, a irregularidade de sua conduta:

“(…) que entretanto afirma que muitas vezes fora procurado fora do horário de serviço para pesar diversos veículos, quando então, além do valor da Tabela da Cidasc que era cobrado, o declarante recebia, de vez em quando, ‘gorjetas’ de tais motoristas, as quais eram dadas de livre e espontânea vontade por tais motoristas, sendo que o declarante nunca estipulou o valor de tais gratificações; que também durante o horário de expediente, afirma que por muitas vezes ganhou ‘gorjetas’ dos motoristas que pesaram seus veículos na mencionada Balança, principalmente quando não havia troco para dar a tais motoristas pela ocasião de seus pagamentos, porém afirma que nunca cobrou nem exigiu pagamento de ninguém acima da Tabela da Empresa; que com referência ao uso de tickets usados, afirma o declarante que de fato, num determinado dia, três motoristas de caminhões estiveram na Balança da Cidasc para pesarem seus caminhões, ocasião em que todos os três motoristas exigiram que o declarante fizesse a pesagem em tickets usados, alegando que eles não estavam interessados na pesagem e que eles queriam somente tirar a ‘tara’ dos caminhões, quando então de fato o declarante pesou os três caminhões, conforme os tickets de n. 3888, n. 4216, n. 4311, conforme xerox lhe (sic) apresentado nesta oportunidade, oportunidade em que cobrou apenas a taxa da Cidasc, tendo entretanto, os mesmos, dado uma ‘gorjeta’ ao declarante, de livre vanta-

de, alegando que os tickets era (sic) apenas para efeito de ‘tara’, ou seja, para eles saberem apenas o peso do caminhão, com o intuito de verificar se estavam com excesso de peso ou não; que não exigiu o pagamento de nenhum valor, além da taxa da Cidasc desses elementos, os quais deram ‘gorjetas’ de livre vontade deles; (...) que somente encontrou aqueles três tickets usados; que não usou outros tickets usados além dos três já mencionados (...)” (fls. 28 e 28v.).

Junte-se a isso a sentença proferida pela Junta de Conciliação e Julgamento de Lages, de fls. 231 a 235, em que foi autor da ação reclamatória o ora apelante, e ré a Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina, confirmada em Segundo Grau pelo acórdão do Tribunal Regional do Trabalho, de fls. 236 a 240, cuja ementa aqui se reproduz, corroborando os atos de improbidade praticados pelo apelante:

“Justa causa. Improbidade. Caracteriza justa causa, ensejadora da despedida motivada, a cobrança por servidor de empresa pública de tarifa superior à tabelada, em proveito próprio e em detrimento do usuário e da empresa” (Recurso Ordinário Voluntário n. 4.799/93, rel. Juiz Luiz Garcia Neto, j. em 3/9/93).

Perfeitamente imposta, portanto, a condenação ao apelante nas sanções do artigo 312 do Código Penal, não merecendo qualquer reparo a sentença, no respeitante ao mérito.

2 — Contudo, há que se reconhecer presente a causa de especial diminuição do arrependimento posterior, aplicando-se, via de consequên-

cia, a redução prevista no artigo 16 do Código Penal.

É que a denúncia explicita que o apelante exigiu o pagamento de NCz\$ 250,00 (duzentos e cinquenta cruzados novos) de cada um dos três caminhoneiros citados, no dia 14 de agosto de 1990, sendo que o valor unitário de cada pesagem, de acordo com a tabela da Companhia, era de NCz\$ 110,00 (cento e dez cruzados novos), locupletando-se, assim, de NCz\$ 330,00 (trezentos e trinta cruzados novos) devidos à Cidasc.

Como não foi reconhecido o delito do artigo 316, § 2º, do Código Penal, pela sentença recorrida, nem houve recurso ministerial, não há discutir os valores a maior recebidos pelo apelante, que, segundo informa, teriam sido pagos a título de "gorjeta". Trata-se, isso sim, de inquirir-se sobre o destino dos NCz\$ 330,00 (trezentos e trinta cruzados novos) cabíveis aos cofres da Companhia.

De acordo com a Guia de Recolhimento de fls. 37, verifica-se que o apelante depositou, na conta da Cidasc, a importância referida acima, correspondente à cobrança dos tickets ns. 3888, 4216 e 4311, em 11 de outubro de 1990, data anterior ao recebimento da denúncia, ocorrido em 4 de dezembro de 1992 (fls. 2), permitindo-se, assim, o reconhecimento do arrependimento posterior, que autoriza a redução da reprimenda a ser-lhe imposta.

Damásio E. de Jesus apresenta os requisitos para que se reconheça a figura em questão:

"Para que haja a redução da pena é necessário que: 1º) o delito tenha sido cometido sem violência ou

grave ameaça à pessoa; 2º) o sujeito tenha reparado o dano físico ou moral emergente do crime ou restituído o objeto material; 3º) a reparação do dano ou a restituição do bem constituam atos voluntários do agente; 4º) a reparação ou a restituição deve ocorrer até a data do recebimento da denúncia ou da queixa" (in "Código Penal Anotado", 2ª ed. amp. atual., São Paulo, Saraiva, 1991, pág. 44).

Julio Fabbrini Mirabete preleciona, sobre o assunto:

"O disposto no artigo 16 é uma causa obrigatória de diminuição da pena, que pode ser reduzida de um a dois terços nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Abrange, pois, não só crimes contra o patrimônio (furto, estelionato, apropriação indébita etc.), como também todos os demais em que ocorra um prejuízo patrimonial à vítima. Aplica-se o dispositivo aos crimes dolosos ou culposos consumados ou tentados" (in "Manual de Direito Penal", vol. 1, 8ª ed. rev. amp., São Paulo, Atlas, 1994, pág. 157).

Especificamente ao tratar do crime de peculato, afirma:

"O ressarcimento do dano ou a restituição da coisa apropriada, em se tratando de peculato doloso, não exclui o delito, podendo apenas influir na aplicação da pena (...). A reparação do dano anterior ao recebimento da denúncia agora é causa de diminuição de pena, nos termos do artigo 16 do CP, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 7.209/84 (RT 671/302)" (in "Manual de Direito Penal", vol. 3, 7ª ed. rev. amp., São Paulo, Atlas, 1994, pág. 294).

O Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da figura em questão, decidiu:

“Arrependimento posterior — Mera redução da pena.

“O arrependimento posterior (CP, art. 16), introduzido pela Reforma Penal, de 1984, é causa especial de diminuição de pena. Não exclui a criminalidade. Ameniza, em homenagem à conduta do réu, o rigor penal” (Recurso de Habeas Corpus n. 2.020-2, de São Paulo, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. em 8/3/93, DJU I 29/3/93, pág. 5.266).

Igualmente:

“Peculato — Reparação do dano — Circunstância que não extingue a punibilidade, por não se tratar de modalidade culposa — Delito que, além da lesão patrimonial, ofende os interesses da Administração Pública — Fato com influência apenas na dosimetria da pena.

“Tratando-se de peculato doloso, a reposição do dinheiro apropriado não extingue a punibilidade, influyendo apenas na dosimetria da pena, uma vez que a infração é dirigida contra a Administração Pública. Apenas na modalidade culposa é que, reparado o dano, extingue-se a punibilidade do agente” (RT 633/266).

Apesar de haver divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade de aplicação do artigo 16 do Código Penal aos crimes contra a administração pública, a melhor corrente é aquela que prefere não distinguir onde a lei não distingue, conforme se esclarece no seguinte julgado, da lavra do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Merece a decisão, no entanto, apenas, um reparo e diz respeito à aplicabilidade do art. 16 do CP. Entendeu ela que embora reparado o dano, inaplicável o dispositivo, porque ‘irreparável a moralidade administrativa, resguardada pelo legislador e também atingida’.

“Ora, o artigo mencionado apenas exclui a sua incidência aos delitos praticados ‘com grave ameaça ou violência à pessoa’, ficando, assim, bem claro que aos demais delitos é ele aplicável. Não se pode distinguir onde a lei não distingue, principalmente tratando-se, como se trata, de dispositivo contido em lei repressiva.

“Aliás, é entendimento desta colenda Câmara de sua aplicabilidade em delito de peculato, eis que decidindo caso idêntico assim se manifestou: ‘Para a caracterização do arrependimento posterior, causa obrigatória de redução da pena, o ato de reparar o dano ou restituir a coisa precisa ser voluntário, embora não possa ser espontâneo. Assim, a redução será cabível ainda que a reparação tenha sido feita por receio de condenação ou visando à própria redução deste art. 16. Operado o ressarcimento antes do início da ação penal por ato voluntário do agente, a pena deve ser reduzida no grau máximo’ (RT 636/280).

“Indisputável, nos autos, o ressarcimento do prejuízo e que se operou antes do recebimento da instauração da ação penal, sendo, portanto, cabível a aplicação do art. 16 do CP. E como o ressarcimento se deu antes de proposta a ação penal, a redução será pelo máximo previsto no referido dispositivo: dois terços” (RJTJSP 123/461).



Confirma este entendimento a decisão:

“No crime de peculato, a restituição do valor apropriado aos cofres públicos, ainda que com alguma pressão procedimental, antes do recebimento da denúncia, caracteriza arrependimento posterior. Tal circunstância, aliada à primariedade do agente, possibilita a diminuição da reprimenda no grau máximo, conforme o art. 16 do CP” (TJSP, RT 671/302).

Assim, a reprimenda aplicada é de ser reduzida in casu em dois terços, ou seja, em seu máximo, em vista da presteza do réu em ressarcir os cofres públicos, não importando a espontaneidade da devolução, e sim sua voluntariedade.

É o que atesta Julio Fabbrini Mirabete:

“O critério para a redução da pena, em decorrência do reconhecimento do arrependimento posterior, deve fundamentar-se na presteza do ressarcimento do dano, isto é, quanto mais rapidamente for feito tal ressarcimento, tanto maior será a redução. Quanto mais lento o ressarcimento, menor a redução” (ob. cit., pág. 157).

Da jurisprudência, colhe-se:

“O critério para redução de pena, em decorrência do reconhecimento do arrependimento posterior, deve fundamentar-se na presteza do ressarcimento do dano, isto é, quanto mais rapidamente for feito tal ressarcimento, tanto maior será a redução. Quanto mais lento o ressarcimento, menor a redução. Se os prejuízos da vítima devem ser integralmente reparados, o que deve considerar-se são os transtornos que a vítima sofreu com a atividade do réu, minorados pe-

la maior presteza do ressarcimento e mais acentuados com a lentidão do mesmo. Parece ser esta a orientação do Código Penal, pois considera um ressarcimento mais distanciado no tempo, isto é, após o recebimento da denúncia, mera atenuante” (RTJE 63/226).

De teor semelhante:

“Arrependimento posterior — Causa de diminuição da pena — Ressarcimento do dano antes do oferecimento da denúncia — Lei que não exige que o ato seja espontâneo, apenas voluntário — Percentual de redução da reprimenda a ser adotado varia em função da maior ou menor presteza do agente na efetiva reparação — Inteligência do art. 16 do CP.

“Para a caracterização do arrependimento posterior, a lei não exige que o ato seja espontâneo, bastando a voluntariedade do agente em reparar o dano ou restituir a coisa, antes do oferecimento da denúncia. O percentual de redução a ser adotado varia em função da maior ou menor presteza do agente na efetiva reparação” (TACrimSP, RT 727/532).

3 — Por fim, em relação à aplicação da continuidade delitiva, laborou em equívoco a sentença recorrida. É que a jurisprudência tem assentado que o aumento da pena deve obedecer a um critério objetivo, qual seja, o número de crimes praticados pelo agente, que no caso foram três.

O Supremo Tribunal Federal exarou o seguinte aresto, a respeito:

“Tanto quanto possível, a fixação do aumento deve decorrer do critério objetivo referente ao número de infrações, evitando-se, com isto, o risco de incidência em verdadeiro bis in

idem, ou seja, o de levar-se em conta circunstâncias já consideradas anteriormente no cálculo da pena-base" (Habeas Corpus n. 69.033-5, rel. Marco Aurélio, DJU de 13/3/92, pág. 2.925).

No mesmo vértice, leia-se:

"Critério de acréscimo de pena para o efeito de continuidade delitiva adotado pelo Tribunal de Alçada Criminal: 1 — até dois crimes, o acréscimo deve ser de 1/6; 2 — até 3 crimes, 1/5; 3 — até quatro crimes, 1/4; 4 — até cinco crimes, 1/3; 5 — até seis crimes, 1/2; 6 — até sete crimes, 2/3" (JUTACrim. 89/218).

E, especificamente no caso de três infrações, extrata-se:

"O aumento correspondente ao crime continuado leva em conta, no aspecto subjetivo, a personalidade do réu e as demais circunstâncias previstas pelo art. 59 do CP, e, no aspecto objetivo, o número de infrações, cujas penas se unificam. Logo, calcula-se em 1/5 o acréscimo para o agente que, possuindo personalidade voltada à delinquência, cometeu três crimes em continuação" (RJD 11/20).

4 — Passa-se, então, à adequação da reprimenda:

Por haver infringido o artigo 312 do Código Penal, foi imposta ao apelante a pena-base de 2 (dois) anos de reclusão, e pagamento de 15 dias-multa, pena pecuniária que ora se ajusta para o mínimo legal, isto é, pagamento de 10 (dez) dias-multa (haja vista fixação da privativa de liberdade no seu mínimo legal, com que a pecuniária deve guardar proporcionalidade), no valor unitário irrogado na decisão guerreada, ou seja, em 2/30 (dois

trinta-avos) do salário mínimo vigente na época dos fatos.

Não se verificam presentes agravantes ou atenuantes a se considerar na segunda fase da dosimetria.

Por terem sido três as infrações, perpetradas em continuidade delitiva, devidamente admitida no decurso impugnado, aumenta-se a pena em 1/5 (um quinto), totalizando 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, e pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Reconhecendo-se presente a causa de especial diminuição do arrendimento posterior, reduz-se a reprimenda de 2/3 (dois terços), resultando a sanção em 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e recolhimento de 4 (quatro) dias-multa, cada qual no valor unitário supracitado.

5 — Todavia, em face da redução operada, dos autos emerge clara a ocorrência de causa extintiva da punibilidade do apelante, que por ser matéria de ordem pública merece ser declarada de ofício, em qualquer fase do processo (art. 61 do CPP).

Vê-se, do caderno processual, que a denúncia foi recebida em 4 de dezembro de 1992 (fls. 2), e a sentença condenatória publicada em 3 de junho de 1996 (fls. 269v.).

Considerando-se a reprimenda aqui irrogada — cumprimento de 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e pagamento de 4 (quatro) dias-multa —, percebe-se haver transcorrido lapso superior a 2 (dois) anos, entre os dois citados marcos, impondo-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa.

Neste norte, já decidiu esta Câmara:

“Prescrição retroativa. Se entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença transcorreu lapso de tempo prescricional, extinta está a pretensão punitiva do Estado” (Apelação Criminal n. 30.528, de Urubici, rel. Des. José Roberge, j. em 22/10/93).

Guardando semelhanças com o caso sub examine, vide Apelação Criminal n. 97.007385-2, da Capital, deste Relator, j. em 2/9/97.

Assim, consoante prescrevem os artigos 107, inciso IV, 109, inciso VI, 110, §§ 1º e 2º, todos do Código Penal, observado o disposto no artigo 61 do Código de Processo Penal, decreta-se, de ofício, extinta a punibilidade do apelante, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa.

6 — Diante do exposto, conhece-se do recurso, dando-lhe provi-

mento parcial para fixar a pena do apelante em 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e pagamento de 4 (quatro) dias-multa, no valor unitário de 2/30 (dois trigésimos) do salário mínimo vigente na época dos fatos, e, via e consequência, decretar-se, de ofício, extinta a punibilidade do apelante pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 14 de abril de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente com voto;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.003566-0, DE VIDEIRA**

**Relator: Des. Jorge Mussi**

*Aborto — Autorização judicial — Anencefalia fetal — Comprovada inviabilização da vida extra-uterina — Pedido instruído com laudo médico irrefutável da anomalia e de suas consequências e com favorável parecer psicológico do casal — Consentimento expresso do pai — Evidência de risco à saúde, especialmente mental, da gestante — Interpretação extensiva da excludente de punibilidade prevista no inciso I do art. 128 do CP — Aplicação dos princípios da analogia admitidos no art. 3º do CPP — Autorização concedida — Apelo provido.*

*Diante da solicitação de autorização para realização de aborto, instruída com laudo médico e psicológico favoráveis, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, e*

*evidenciado o risco à saúde dela, mormente a psicológica, resultante do drama emocional a que estará submetida caso leve a termo a gestação, pois comprovado cientificamente que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro) e de outras anomalias incompatíveis com a sobrevivida extra-uterina, outra solução não resta senão autorizar a requerente a interromper a gravidez.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.003566-0, da comarca de Videira (2ª Vara/Fazenda Pública), em que é apelante N. C. dos S., sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, prover o recurso para conceder o alvará judicial para realização de aborto.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da comarca de Videira, N. C. dos S. ingressou com pedido de alvará judicial para realização de aborto, argumentando, em síntese, que vive há mais de 12 anos com A. L., sendo que no final do mês de dezembro de 1997 engravidou do primeiro filho do casal, o que a fez procurar assistência médica para realização de exame pré-natal, oportunidade em que lhe foi requisitada uma ecografia obstétrica (ultra-sonografia), que, realizada, em 13/2/1998, constatou-se a possível existência de anomalias no feto, correlacionadas a anencefalia, sugerindo os médicos, então, a feitura de novos exames para comprovação da situação.

Em 27 de fevereiro, a autora submeteu-se a uma segunda ultra-sonografia, que confirmou a má-formação fetal, notadamente no que diz respeito ao segmento encefáli-

co, motivo bastante para ser a gestante encaminhada para clínica especializada nesta Capital, a fim de realizar exame de ultra-sonografia morfológica fetal, que, levado a efeito em 3 de março, atestou, definitivamente, a existência de anomalias fetais, consistentes em "anencefalia; extenso disrafismo da coluna tóraco-cervical (aberto), retroflexão da cabeça fetal em relação ao tronco", incompatíveis com a sobrevivida extra-uterina, como concluiu o médico que subscreveu o laudo (documento de fls. 19).

Alega que a continuidade da gestação, diante da situação do feto, poderá provocar-lhe irreparável dano psicológico, além do desnecessário prolongamento de seu sofrimento; diz que da gravidez poderão advir resultados dos mais diversos, como a possibilidade de alteração comportamental no decorrer do período gestacional, pois estará gerando um ser que comprovadamente falecerá assim que nascer; argumenta, por fim, a possibilidade dos riscos à sua saúde que qualquer gravidez acarreta.

Amparada no que dispõe o art. 128, I, do Código Penal, que não pune o aborto necessário no caso de risco de vida à gestante, norma que entende aplicável analogicamente ao caso, haja vista o risco de dano à sua saúde, especialmente a mental, requereu

a concessão de alvará judicial para interromper a gravidez.

Juntou os documentos de fls. 9 a 23.

Após parecer favorável do representante do Ministério Público, e por requisição deste, foram ouvidos a autora e seu companheiro, que reafirmaram a intenção de realizar o aborto, bem como declararam ter conhecimento das possíveis conseqüências de uma interrupção da gravidez; juntou-se em seguida, também a requerimento do Parquet a quo, parecer psicológico, que concluiu que tanto a requerente quanto seu companheiro apresentavam "lucidez e informação suficiente para uma decisão consciente e irrevogável quanto à interrupção desta gravidez", motivo pelo qual o órgão ministerial ratificou o posicionamento anterior.

O Togado Singular, sustentando que não há previsão legal para a concessão, já que a hipótese descrita nos autos não está dentre aquelas não puníveis do art. 128 do Código Repressivo, e ainda por questões de ponto de vista emocional, moral, espiritual e ético, houve por bem negar a autorização requerida.

Inconformada, a requerente recorreu, objetivando a reforma do decidido, para que lhe seja concedido o alvará judicial colimado, a fim de que possa evitar o prosseguimento da gestação.

Contra-arrazoado o recurso no sentido da concessão do alvará, os autos ascenderam a esta Instância, onde a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu conhecimento e provimento.

É o relatório.

1 — Embora nominado como "recurso ordinário", o apelo interposto está previsto no inciso II do art. 593 do CPP, uma vez que objetiva a reforma de decisão definitiva ou com força de definitiva, proferida por juiz singular, e foi interposto a tempo, pois na data do ajuizamento ainda não haviam sido intimados a autora ou seu advogado.

Assim, o recurso é próprio e tempestivo, merecendo ser conhecido.

2 — No mérito, merece reformada a decisão de Primeiro Grau.

A apelante, de posse de exames médicos comprovadores de que o feto que está gerando é portador de anomalias que impedirão sua sobrevivência extra-uterina, aforou pedido de autorização judicial para efetuar o abortamento, sustentando que esta gravidez lhe trará danos psicológicos consideráveis, já que, caso a leve a termo, sabe que estará trazendo no ventre, por nove meses, um ser malformado, sem chance alguma de sobrevivência.

O desejo de abortar foi ratificado quando ouvida pela autoridade judicial, ocasião em que declarou:

"(...) Estou grávida já no 4º mês de gestação. Através de exames soube que a criança apresenta problemas sérios cerebrais e também na coluna cervical, o que impossibilita a vida extra-uterina. Diante desta constatação, gostaria de realizar o aborto. Tenho ciência das conseqüências que o aborto pode acarretar, mas mesmo assim estou decidida a praticá-lo, pois que seria mais doloroso ver a criança nascer nas condições em perspectiva. (...) Os médicos me asseguraram que

a criança não vai ter sobrevivência após o nascimento. (...)” (fls. 30).

Seu companheiro, pai do feto, ouviu, consentiu e concordou com a pretensão da apelante (fls. 30/31), relatando o seguinte:

“(...) Sou companheiro de N. e nessa condição concordo com a pretensão da mesma. Conversamos bastante e chegamos à conclusão de realizar o aborto, pois pelo contrário ao invés de prepararmos o enxoval, teríamos que preparar o caixão e o velório. Das possíveis conseqüências do aborto, tenho conhecimento que o mesmo possa dificultar futura gravidez. (...)” (fls. 30/31).

O pedido veio instruído com o parecer psicológico de fls. 32, que dá conta da intensa angústia que acometeu o casal quando souberam que o bebê que esperavam não sobreviveria ao nascimento, informando, ainda, que a apelante, com 32 anos, “é mãe de um casal de filhos adolescentes, de um casamento anterior, e sabe perfeitamente o que é maternidade. Sabe quanto sofrimento ainda terão até o nascimento deste filho e que não haverá nenhuma chance em criá-lo, devido à má-formação congênita”, concluindo a expert, por fim, que “o casal apresenta lucidez e informação suficientes para uma decisão consciente e irrevogável quanto à interrupção desta gravidez”.

Do ultra-som obstétrico de fls. 19, datado de 3 de março do corrente e assinado pelo Dr. Luiz Flávio de A. Gonçalves, CRM 4613, constata-se que a apelante encontrava-se na 17<sup>a</sup> semana de gravidez (17 semanas e 4 dias), quando se submeteu ao exame, que concluiu que a criança gerada

apresentava “anomalias fetais observadas ao presente ultra-som caracterizando-se por: 1) anencefalia; 2) extenso disrafismo da coluna tóraco-cervical (aberto); 3) retroflexão da cabeça fetal em relação ao tronco. Os achados são compatíveis com iniencefalia, anomalia esta incompatível com a sobrevida extra-uterina”.

Segundo o Novo Dicionário da Língua Portuguesa, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, o verbete “anencefalia” significa: “1. Anomalia de desenvolvimento, que consiste em ausência de abóbada craniana, estando os hemisférios cerebrais ausentes ou representados por massas pequenas que repousam na base. Monstruosidade consistente na falta de cérebro”.

A autorização judicial para que o médico realize o abortamento tem sido deferida pelo Juízo Criminal, “como autêntica medida cautelar criminal inominada”, no dizer do Dr. Adauto Suannes, desembargador aposentado e advogado em São Paulo (in “Autorização para o Abortamento”, Boletim do IBCCrim. n. 46, pág. 2), pois o Código Penal, em seu artigo 128, admite que, em casos especiais, a gravidez seja interrompida sem que tal ato seja punido.

De se salientar, nesse passo, que autorizar não significa obrigar a gestante a executar o abortamento, mas sim permitir, conferir licença, consentir que esta se submeta a uma interrupção da gravidez do feto inviável, pois o ato de provocar o aborto é considerado crime pela legislação penal vigente, com a fundamentação básica de que o objeto que a lei protege é o direito à vida do nascituro. De posse

do alvará judicial, a apelante poderá ou não efetivar o aborto.

Evidente que diante da evolução da sociedade e das tecnologias, tornou-se imperativa a adaptação do ordenamento jurídico, especialmente das leis penais, codificadas em 1940, aos novos comportamentos; por isso, a nova parte geral do Código Penal brasileiro encontra-se em fase de elaboração, inserindo-se, dentre dos muitos temas a ser examinados, o do aborto, conduta punível nos dias atuais, a teor dos arts. 124 a 128 do referido estatuto, incluídos no capítulo dos crimes contra a vida.

Nossa lei criminal despenalizou apenas o aborto efetuado quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, chamado aborto terapêutico ou necessário ou profilático, e aquele procedido com consentimento da gestante, ou de seu representante legal, no caso de gravidez resultante de estupro, conhecido como aborto sentimental ou por indicação ética — incisos I e II do art. 128 do Código Penal.

O pedido da apelante, apesar de não se enquadrar rigorosamente nos dois casos previstos em lei, neles se enquadra por analogia e, diga-se, não é novidade no mundo jurídico.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, no seu Boletim n. 11, divulgou matéria, de autoria do Juiz de Direito Geraldo Francisco Pinheiro Franco, sob o título “Impossível a sobrevivência do feto, deve ser autorizado o aborto”.

Já no Boletim seguinte, sobre o mesmo tema, foi publicada esta colaboração do médico Thomas Rafael Gollop, Professor de Genética Médica na Universidade de São Paulo e Dire-

tor do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana, intitulada “Ainda o aborto (legítimo) em razão da anomalia fetal”, em que se esclareceu o seguinte:

“Sempre que se debate a questão do aborto no Brasil — como agora, na projetada reformulação do Código Penal —, a discussão tende a se polarizar entre os movimentos de mulheres, de um lado, reivindicando um direito reconhecido na maioria dos países, e correntes religiosas, sobretudo a Igreja Católica, de outro, jogando o peso de sua influência para impedi-lo. A partir de minha experiência no atendimento de mais de 3 mil casais, em exames pré-natais para diagnóstico de malformações fetais, gostaria de introduzir um ângulo novo na discussão: o de que o aborto no Brasil é uma questão de saúde pública e basta examiná-la do prisma da medicina fetal para verificar que a legislação atual, ignorando a evolução do conhecimento científico e dos costumes sociais, pune injustamente as camadas mais pobres da população.

“Na área de minha especialidade, a ultra-sonografia e outros exames de alta precisão fornecem hoje dados muito seguros sobre a saúde do feto nos casos de risco, nos quais, dado um quadro adverso, o casal deveria ter o direito de escolher livremente pela continuação ou interrupção da gravidez. São casos de mulheres com primeira gravidez além dos 40 anos, de grávidas com histórico de doenças geneticamente determinadas na família ou antecedentes de filhos com algum tipo de malformação e de mulheres que tiveram infecções na gestação, principalmente rubéola e to-

xoplasmosse. São essas, gestações de risco genético.

“Na maior parte dos casos, felizmente, os exames indicam que a saúde do feto é perfeitamente normal. Mas, excepcionalmente, pode-se detectar alguma anomalia e nossa posição nesses casos é que, como ocorre nos países desenvolvidos, seja permitida ao casal a opção de uma interrupção da gestação até 24 semanas. Isto, com atendimento médico e hospitalar adequado e sem que o médico, a paciente e sua família se vejam sob a ameaça de um Código Penal redigido e sancionado em 1940, quando não havia nenhum meio de fazermos um diagnóstico preciso da saúde fetal.

“As mudanças nos costumes e na tecnologia, nestes 53 anos, formam a nossa convicção de que é necessária e urgente uma adequação desse código anacrônico ao progresso científico. Dificilmente se chegará à unanimidade de pontos de vista com relação a essa questão, mas é importante destacar a mudança verificada nas últimas duas décadas.

“Recente levantamento comparativo feito pela Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia mostra que, em 1970, cerca de 35% dos médicos eram favoráveis a uma lei que permitisse a interrupção da gravidez por anomalia fetal. Hoje, 90% dos obstetras pensam dessa forma. Houve uma evolução do pensamento médico, ditada por todo tipo de informação e pelos avanços tecnológicos, mas não acompanhada pela lei penal nem por setores influentes da sociedade.

“No Brasil, ao contrário de países do Primeiro Mundo, onde o Estado assume o ônus do deficiente, a responsabilidade recai fundamentalmente sobre a família, porque o Estado brasileiro se omite duplamente: praticamente não existe informação dos riscos à disposição da população e é reduzidíssima a disponibilidade dos exames necessários ao diagnóstico precoce. O problema social se agrava porque justamente as famílias mais pobres com menos condição de arcar com o ônus do deficiente são também as que têm menos acesso tanto à informação quanto aos exames especializados, sem contar que a maior parte dos seguros médicos não assegura à família cobertura à criança que nasce com problema herdado ou congênito.

“Do lado profissional, o médico enfrenta o problema de indicar um exame capaz de revelar um diagnóstico desfavorável diante do qual está de mãos atadas. A lei não lhe permite agir, caso a família opte pela interrupção da gravidez e a criança nascida com problema não receberá nenhum tipo de apoio para reabilitação ou adaptação à sociedade.

“De todos os lados a equação é perversa!

“O que nós temos observado é que em 95% dos casos, diante de uma anomalia fetal grave, a opção do casal é pela interrupção da gestação, ainda que ela não seja legal no nosso meio. O que chama a atenção é que isso independe do nível de instrução e da formação religiosa do casal, e o argumento que ouço com frequência, nesses casos, é o de que o bem-estar da família está acima do seu credo religioso e das pressões do Código Pe-



nal. Trata-se de uma questão de foro íntimo.

“Finalmente, gostaria de mencionar dois precedentes jurídicos da mais alta importância. Em dezembro de 1992, o Juiz Dr. Miguel Kfoury Neto, de Londrina, autorizou a interrupção de uma gestação na qual havia sido diagnosticada anencefalia. Em dezembro de 1993, entramos com ação em São Paulo e obtivemos do Juiz de Direito Dr. Geraldo Francisco Pinheiro Franco autorização para interromper gravidez de 23 semanas em feto portador de acrania. A nosso ver, são essas, demonstrações claras onde o avanço da ciência médica procurou e obteve apoio e sensibilidade da classe jurídica” (grifo nosso).

Nesta mesma direção é o entendimento do mestre Paulo José da Costa Júnior, em matéria intitulada “Aborto Eugênico ou Necessário”, publicada na Revista Jurídica n. 229, de novembro de 1996, pág. 27 a 29 (citada, aliás, na petição inicial), de onde se infere que em razão da reforma do Código Penal discute-se, no Poder Legislativo, a ampliação do rol de excludentes de antijuridicidade no aborto, senão leia-se:

“Corrente oposta procura ampliar o rol de excludentes de antijuridicidade no aborto.

“Segundo tal posicionamento, além das duas excludentes já existentes, seria inserida a hipótese de aborto eugênico ou eugenésico. Trata-se do aborto piedoso, praticado quando o feto é portador de anomalia grave e incurável”.

Continuando, ressalta que:

“A Medicina, em sua contínua evolução, já permite identificar e diag-

nosticar, com precisão, anomalias do feto, durante a gestação.

“O diagnóstico de citadas anomalias é feito por meio da análise de células do feto, das células obtidas no líquido amniótico ou das células da placenta. As anomalias anatômicas do feto são diagnosticadas por ultrasonografia.

“Despontou em tal atividade o Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana São Paulo, dirigido pelo eminente Professor Thomas Rafael Gollop, da Universidade de São Paulo.

“Recentemente, tivemos notícia, pelo referido Instituto, na pessoa do Prof. Gollop, que muitos alvarás têm sido concedidos pelo Poder Judiciário para realização de aborto, em casos de malformações graves de fetos, incompatíveis com a vida. Em outras palavras: mediante prova científica irrefutável, que conduz ao grau de certeza, o feto não dispõe de qualquer condição de sobrevivida.

“(…)

“Segundo dados fornecidos pelo Instituto, foram requeridas duzentas e cinquenta autorizações para realização do aborto eugênico, sendo que apenas seis pedidos foram indeferidos em todo o Brasil: dois no Rio de Janeiro, dois em Guarulhos e dois em Belo Horizonte.

“Na comarca de Campinas, entre julho de 1994 e novembro de 1995, todos os pedidos judiciais de autorização para realização de aborto, em caso da anomalia grave do feto, que conduzem à incompatibilidade com a vida, foram deferidos.

“A pesquisa revela que grande parte dos diagnósticos, nos casos em

que o aborto foi autorizado, era de anencefalia, anomalia que inviabiliza por completo a vida extra-uterina do feto.

“Observe-se que o aborto, nessas situações, é aparentemente eugênico. Na realidade, o aborto é necessário.

“(…)

“Fundamentam as aludidas decisões os seguintes argumentos, basicamente:

“1. Não é qualquer anomalia do feto que dá ensejo à autorização judicial para o abortamento. Somente as anomalias do feto que inviabilizem sua vida extra-uterina poderão motivar tal autorização.

“2. O diagnóstico da anomalia deverá ser inquestionável.

“3. Ao lado da inviabilidade da vida extra-uterina do feto, deve ser considerado o dano psicológico para a gestante, decorrente de uma gravidez, cujo feto não apresentará sobrevivida.”

Concluindo, assevera:

“(…) Por que levar adiante uma gravidez cujo feto seguramente não sobreviverá? Por que impor um sofrimento psicológico tão intenso e inútil à gestante?

“Direito é bom senso. Direito é balanceamento de bens, cotejando-se, em cada situação, os seus valores. Diante de um diagnóstico de anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida de modo definitivo, a melhor solução é o aborto” (pág. 29, grifamos).

Importante gizar que não se trata, aqui, de autorizar o abortamento de um feto com formação anormal ou

defeituosa que lhe possibilitasse sobreviver após o nascimento, mesmo que monstruosamente, pois nossa legislação não tem admitido o aborto eugenésico ou eugênico ou patológico, isto é, “aquele praticado face à possibilidade de vir o nascituro a portar deficiência física ou mental, por herança genética”, pois “a aceitação de tal procedimento, dizem alguns, faria com que se retornasse aos tempos remotos da antiga Roma, onde jogavam-se de penhascos as crianças nascidas com deformidades, sob o pretexto de que os nascidos sem ‘aparência humana’ não eram pessoas, não eram serem humanos” (Fabrício Zamprogna Matielo, “Aborto e Direito Penal”, Sagra-DC Luzzatto Editores, Porto Alegre, 1994, págs. 62/63), mas sim de consentir que a gestante de um ser sem condição alguma de sobrevivida após o parto possa interromper esta gravidez, como no caso, onde se constatou que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro) e de outras anomalias incompatíveis com a sobrevivida extra-uterina.

Não se diga da necessidade de realização de perícia oficial na hipótese, primeiramente em razão do caráter de urgência do pedido, pois os riscos para a realização do aborto pretendido aumentam a cada semana de gestação; segundo, porquanto qualquer leigo sabe da impossibilidade de sobrevivência de um indivíduo sem cérebro, o que, repita-se, foi atestado pelo médico subscritor do laudo de fls. 19.

O conceituado Anibal Bruno, tratando das “Causas de exclusão da antijuridicidade no aborto”, já nos idos de 1975, lecionou que:

“O Direito reconhece, com função justificativa, situações que configuram um particular estado de necessidade, em que para salvar determinado bem jurídico se faz preciso sacrificar a vida do feto.

“Tem-se admitido certo número de indicações ou critérios em que se justifica a interrupção da gravidez — indicação médica, indicação ética ou emocional, indicação eugênica, indicação social ou econômica, indicação racista. E hoje a tendência que se manifesta, (...) é para aumentar o número de causas de exclusão da ilicitude do aborto.

“O nosso Código reconhece para excluir a antijuridicidade do aborto as duas primeiras espécies — a indicação médica e a sentimental. Dispõe que não será punido o aborto: a) se não há outro meio de salvar a vida da gestante; b) se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido do consentimento da gestante, ou, quando incapaz, do seu representante legal” (“Crimes contra a Pessoa”, 3ª ed., Ed. Rio, Rio de Janeiro, 1975, págs. 169/170, grifo nosso).

Ora, se a lei penal permite o aborto de fetos normais, sem anomalia alguma, e por isso com condições de sobrevida e provavelmente de desenvolvimento físico e mental normais, no caso de gravidez resultante de estupro, “criou o legislador causa de justificação assemelhada ao estado de necessidade, para permitir o sacrifício do direito à vida do embrião ou do feto em face do peso maior dado a outro bem jurídico — o direito da mulher à liberdade sexual. Tal permissão só pode se explicar por aquela consideração das repercussões negativas do

nascimento indesejado, nada impedindo, assim, que, coerentemente com posição já manifestada pelo legislador, a licitude da realização do aborto se estenda a outros casos em que, por razões diversas, o nascimento se mostre igualmente indesejado” (Maria Lúcia Karam, “Sistema Penal e Direitos da Mulher”, artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ed. RT, São Paulo, 1995, vol. 9, pág. 160).

Pois bem, como apropriadamente resumiu o ilustre representante do Ministério Público nesta Instância, Dr. Pedro Sérgio Steil:

“Temos como fato concreto e incontroverso a anomalia do feto, que inviabiliza inarredavelmente a vida extra-uterina e que, por isso, provavelmente causará dano psicológico à gestante. Há, portanto, sob certo aspecto, evidência de risco à saúde da gestante, mormente à saúde mental, como resultante do drama emocional a que estará submetida se levar a gestação a termo.

“Por outro lado, a ponderável argumentação exposta na sentença recorrida, no sentido de que não se pode causar a morte do nascituro, protegido no artigo 4º do Código Civil, não nos parece adequada ao caso, uma vez que estamos tratando de aborto legal — excludente de antijuridicidade, segundo a qual não se pune a interrupção da gravidez, praticada por médico, mediante determinadas condições (art. 128 do Código Penal) — que acarreta logicamente a morte do feto.

“(…)”

“Além disso, embora não seja razão, por si só, para o acatamento do

pleito recursal — mas é lembrada pelo bom senso — devemos ter em consideração o fato de que Brasil afora se fazem milhares de abortos clandestinos, flagrantemente ilegais, com riscos à saúde e vida de gestantes. Não nos parece razoável, diante desse quadro, que a solicitação de autorização para realização do aborto, instruída com farta evidência de recomendação médica e psicológica, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, seja negada pelo Poder Judiciário.

“Por fim, embora não anotados tecnicamente, é conveniente considerar a existência de precedentes jurisprudenciais e a argumentação mencionada no artigo do ilustre professor Paulo José da Costa Júnior, no trecho transcrito pela autora na petição inicial”.

Diante das circunstâncias especialíssimas que se fazem presentes, evidente que se deva fazer uma interpretação extensiva da excludente de punibilidade prevista no inciso I do art. 128 do CP, aplicando-se, para tanto, os princípios da analogia admitidos no art. 3º do CPP.

No dizer de Julio Fabbrini Mirabete:

“A analogia é uma forma de auto-integração da lei. Na lacuna involuntária desta, aplica-se ao fato não regulado expressamente um dispositivo que disciplina hipótese semelhante. No entender de Bettiol consiste na extensão de uma norma jurídica de um caso previsto a um caso não previsto com fundamento na semelhança entre os dois casos, porque o princípio informador da norma que deve ser estendida abraça em si também o caso não expressamente nem implicitamente previsto” (“Processo Penal”, Ed. Atlas, 4ª ed., 1995, pág. 56).

3 — Por todo o exposto, conhece-se do recurso, dando-se-lhe provimento para autorizar o abortamento requerido, determinando-se a expedição de alvará judicial para tanto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, lavrando parecer o Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 5 de maio de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente com voto;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.012880-3, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Paulo Gallotti**

*Júri — Homicídio qualificado e vilipêndio a cadáver — Nulidade posterior à pronúncia — Contradição nas respostas dos quesiti-*

*tos — Divergência verificada em séries distintas — Vício inocorrente.*

*Não há falar em contradição nas respostas dos jurados quando a divergência se verificar em quesitos de séries distintas, relativas a crimes diversos.*

*Decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Jurados que, após absolver o acusado do crime de homicídio qualificado, o condenam pela prática de vilipêndio a cadáver — Possibilidade — Existência de meros indícios de autoria — Soberania dos veredictos — Recurso improvido.*

*Sendo assegurada ao Tribunal do Júri a soberania de seus veredictos, é vedado à Segunda Instância anular o julgamento tão-somente porque a decisão dos jurados não parece ser a mais razoável.*

*Não pode ser acoimada de manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do Conselho de Sentença que, diante da existência de meros indícios de autoria, absolve o acusado do crime de homicídio qualificado, condenando-o, na seqüência, pela prática de vilipêndio a cadáver.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.012880-3, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Gilvan José Alves:*

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

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca da Capital, Gilvan José Alves foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 121, § 2º, I, III e IV, e 212, ambos do Código Penal, porque, "no dia 11/9/97, por volta das 22h, na localidade da Rua do Siri, Praia dos Ingleses, objetivando dar vazão à sua lascívia, atacou de forma

repentina a infortunada vítima M. J. C. G., que inadvertidamente por lá passava, agarrando-a pelo pescoço, levando-a a um matagal existente nas proximidades, acabando por asfixiá-la com uma chave de braço até provocar-lhe a morte.

"Ato contínuo, já se encontrando a vítima em óbito, retirou as suas vestes, passando a usar de seu corpo para saciar seus instintos animais, vilipendiando-o através da prática de atos sexuais por aproximadamente uma hora" (fls. 2).

Regularmente processado, sobreveio a decisão que o pronunciou nos termos da denúncia, tendo o réu, submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, sido condenado ao cumprimento de um ano e oito meses de detenção e ao pagamento de quinze

dias-multa, por infração ao art. 212 do Código Penal, restando absolvido da acusação de homicídio qualificado.

Inconformada, com fundamento no art. 593, III, a e d, a representante do Ministério Público apelou buscando a anulação do julgamento ao argumento de que houve contradição nas respostas dos jurados, bem como por ter a decisão do Conselho de Sentença sido manifestamente contrária à evidência probatória.

Com as contra-razões, subiram os autos, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de ser dado provimento ao apelo.

A pretensão de que Gilvan José Alves seja submetido a novo julgamento pelo Júri Popular não merece acolhimento.

O reconhecimento de contradição nas respostas dos jurados só é viável quando a divergência se verificar em quesitos referentes a uma mesma tese ou na hipótese de serem acolhidas proposições incompatíveis.

No caso, as respostas apontadas como conflitantes se deram em séries distintas do questionário, uma tratando do crime de homicídio qualificado e a outra do vilipêndio a cadáver, não sendo possível, portanto, falar-se em nulidade posterior à pronúncia em razão do reconhecimento da prática de apenas um desses delitos.

É da jurisprudência:

“Não ocorre contradição na resposta aos quesitos, quando as séries são distintas, para situações distintas” (RT 525/399).

Do nosso Tribunal:

“Contradição nas respostas a quesitos só pode ser detectada quando

emergente de uma mesma série, referente à mesma tese ou a matéria inconciliável” (Ap. Crim. n. 96.006468-0, de Joinville, rel. Des. Souza Varella, julgada em 3/12/96).

E em caso semelhante:

“Não há contradição nas respostas aos quesitos, formulados corretamente em duas séries, se o Conselho de Sentença, entendendo tratar-se de ações distintas, absolve o réu de crime de lesões corporais pelo acolhimento da excludente da legítima defesa de terceiro e a rejeita em relação ao crime de homicídio” (RT 461/418).

Do mesmo modo, não importou em afronta à evidência probatória a decisão do Conselho de Sentença que, após absolver Gilvan José Alves da acusação de ter matado M. J. C. G., reconheceu que ele vilipendiou o seu cadáver.

Como cediço, ao Tribunal do Júri é assegurada a soberania de seus veredictos, sendo vedado à Segunda Instância anular o julgamento tão-somente porque a decisão dos jurados não parece ser a mais razoável.

No caso, muito embora a solução adotada pelos jurados cause estranheza, é impossível acimá-la de manifestamente contrária à evidência dos autos.

Ao ser ouvido pela autoridade policial, Gilvan José Alves confessou a prática dos delitos, relatando em detalhes como teria matado M. J. C. G., bem como os atos praticados com o seu cadáver (fls. 25/26).

À confissão extrajudicial somam-se as declarações prestadas por E. de L. S., que reconheceu Gilvan co-

mo sendo a pessoa que a atacou nas imediações do local em que o corpo de M. J. foi encontrado (fls. 34), e também por L. D. B. da S. (fls. 35 e 125/126), que afirmou que ele a abordou em um ônibus e próximo à sua casa.

Tem-se ainda que o recorrido, dias depois dos fatos narrados na denúncia, em circunstâncias semelhantes àquelas em que se deu a morte de M. J., teria atacado M. D'A., sendo, então, preso em flagrante (fls. 38/42).

Finalmente, apurou-se que o acusado já cumpriu pena por tentativa de estupro (fls. 77v.), estando respondendo a dois outros processos por infrações da mesma natureza (fls. 78).

Diante desse quadro, decidiram os jurados absolver Gilvan José Alves do crime de homicídio qualificado, condenando-o, contudo, pelo de vilipêndio a cadáver, veredicto que não pode ser considerado como evidente afronta à prova dos autos, pois, como visto, os elementos colhidos durante a instrução não passam de meros indícios, incapazes de comprovar inequivocamente a responsabilidade do acusado pelos dois delitos narrados na denúncia ou ainda que eles teriam sido praticados pela mesma pessoa.

Nesse passo, oportuna a observação de Hermínio Alberto Marques Porto ressaltando que, em decorrência da limitação estabelecida pelas indagações formuladas no questionário, não raras vezes, ante a perplexidade gerada por contingentes conflitantes de provas, acabam acolhendo teses que levem ao "resultado desejado e entendido como justo, mas que, sendo apreciado em visão estrita, mostra inadaptação às fontes de

provas se valoradas fora das características do julgamento popular" (Júri, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, 4ª ed., pág. 149).

Em arremate, observa-se que é até possível e provável que o apelado tenha sido o autor do homicídio da infeliz vítima. Submetido a seu juízo natural, contudo, optaram os jurados por absolvê-lo por maioria de votos.

A circunstância de ter o Conselho de Sentença condenado o recorrido pelo delito do art. 212 do CP, ao que parece, mostra-se em franco confronto com a absolvição do crime de homicídio, mas essa matéria poderia ser agitada apenas em recurso da defesa, que com ela se conformou.

A hipótese dos autos, se reconhece, é inusitada, tendo inclusive provocado vários pedidos de vista e intensa discussão no seio do grupo julgador, que acabou por entender que a decisão do Tribunal do Júri não foi manifestamente contrária à prova dos autos, por inexistir neste processo essa evidência, vale dizer, os elementos de convicção que poderiam incriminar o acusado são indiciários, inclinando-se os jurados por afirmar que eles não o responsabilizam.

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Des. Souza Varella, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 15 de dezembro de 1998.

*Amaral e Silva,  
Presidente com voto;  
Paulo Gallotti,  
Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.013029-8, DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Paulo Gallotti**

*Júri — Tentativa de duplo homicídio qualificado — Motivo torpe e surpresa — Falta de correlação entre a denúncia e a decisão de pronúncia — Quesitos formulados em desconformidade com o que foi assentado na provisional — Nulidades absolutas — Declaração de ofício.*

*Sendo a denúncia a exposição da pretensão punitiva do Estado Juiz, da qual consta a descrição do fato tido como criminoso e de todas as suas circunstâncias, para que se assegure ao acusado o direito de não ser condenado sem que tenha tido a oportunidade de se defender da imputação, é indispensável que, nos procedimentos afetos ao Tribunal do Júri, exista uma relação de conformidade entre a narrativa acusatória e a decisão de pronúncia.*

*O libelo crime acusatório deve sempre guardar correspondência com a pronúncia. Assim, tendo a decisão que enviou o acusado a julgamento perante o Tribunal do Júri assentado que inexistem provas dele ter agido por vingança, não poderia ser deduzida no libelo, fonte do questionário submetido aos jurados, a pretensão do Ministério Público de provar que seria esse o motivo determinante do crime.*

*Pronúncia — Reconhecimento do concurso material de crimes — Impossibilidade.*

*“A pronúncia não se deve referir às situações de concurso ou continuidade delitiva, posto que adstritas à aplicação da pena, devendo apenas prever o dispositivo legal no qual incurso o réu, tantas vezes quantas forem as vítimas, omitindo referências outras” (RT 671/310).*



*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.013029-8, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante Vilmar Gonçalves, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, declarar, de ofício, a nulidade do processo a partir da decisão de pronúncia, inclusive, prejudicado o exame do recurso.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Blumenau, Vilmar Gonçalves foi denunciado por infração ao art. 121, § 2º, II, combinado com o art. 14, II, ambos do Código Penal, por duas vezes, porque, na madrugada de 2/9/96, efetuou disparos de arma de fogo contra Adriano Jesus Paixão e Sandra Mara Languer, que se encontravam no interior de um veículo, não se verificando o resultado morte por circunstâncias alheias à sua vontade.

Regularmente processado, sobreveio a decisão que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I, II e IV, combinado com os arts. 14, II, e 69, todos do CP.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, reconhecendo o Conselho de Sentença que o acusado agiu por motivo torpe e com o emprego de recurso que impossibilitou a defesa das vítimas, a Juíza Presidenta o condenou ao cumprimento da pena de treze anos e seis meses de reclusão, em regime fechado.

Irresignado, Vilmar Gonçalves apelou com fundamento no art. 593, c e d, do CPP, sustentando que, na ver-

dade, consumaram-se dois crimes de lesão corporal e que as qualificadoras reconhecidas pelos jurados não encontram amparo na prova dos autos. De outra parte, acrescentou que a pena-base foi estipulada muito acima do mínimo legal e que deveria ter sido admitida a continuidade delitiva entre os delitos.

Com as contra-razões, subiram os autos, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de ser negado provimento ao recurso.

Inicialmente, como orientação, cumpre observar que as anotações procedidas no curso da sessão do Júri (fls. 123/125 e 130/131), embora se reconheça seu caráter prático, não substituem a ata de julgamento, valendo ressaltar que não se fez referência, por exemplo, às teses sustentadas pelas partes durante os debates orais.

É de ter-se em conta, ainda, que não consta dos autos o termo de votação de que tratam os arts. 487 e 491 do CPP. Tal omissão, porém, restou suprida pela relação de quesitos, que, além de registrar o número de votos de cada um deles, foi assinada pela Juíza Presidenta e pelos jurados (fls. 132/137).

Nesse sentido:

"O termo de votação dos quesitos (art. 487 do CPP) é formalidade essencial: sua ausência, no entanto, não traz, por si só, nulidade do julgamento, desde que seja suprida por lançamento da votação na 'folha de quesitos', com assinatura inclusive dos jurados, constando igualmente o resultado da ata" (Ap. Crim. n. 32.221, de Sombrio, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 12/9/95).

Constata-se, todavia, a existência de matéria prejudicial a ser enfrentada preliminarmente, porquanto o reconhecimento da nulidade parcial do presente feito é medida que se impõe.

Sendo a denúncia a exposição da pretensão punitiva do Estado-Juiz, da qual consta a descrição do fato tido como criminoso e de todas as suas circunstâncias, para que se assegure ao acusado o direito de não ser condenado sem que tenha tido a oportunidade de se defender da imputação, é indispensável que, nos procedimentos afetos ao Tribunal do Júri, exista uma relação de conformidade entre a narrativa acusatória e a decisão de pronúncia.

Sobre a importância da incriminação contida na denúncia, José Frederico Marques ressalta que “a descrição do fato delituoso é elemento imprescindível na imputação. Trata-se, como diz Luigi Sansó, de ‘elemento absolutamente necessário’, porque sem essa descrição não se pode atribuir algo ao réu. Um fato só se considera atribuído a alguém através da descrição ‘que lo determina, lo especifica, lo precisa, lo indica, lo delimita’. Sem descrição não existe imputação, pois apenas se imputa a alguém aquilo que está descrito; o que não se encontra descrito não pode ser atribuído a título de imputação” (A Instituição do Júri, Bookseller, Campinas, 1997, págs. 337/338).

Na espécie, tem-se que entre a acusação formulada contra Vilmar Gonçalves e a decisão de pronúncia não existiu a necessária correlação, tendo ele sido levado a julgamento por fatos não descritos na denúncia.

Consta da exordial acusatória:

“Na madrugada do dia 2/9/96, Vilmar Gonçalves encontrava-se nas proximidades da danceteria Gerasom, situada na Rua 7 de Setembro, esquina com a Rua Humberto Campos, onde, em certo momento, avistou sua ex-companheira, a vítima Sandra Mara Languer, no interior do veículo Volkswagen Brasília, cor amarela, em companhia do proprietário, a vítima Adriano de Jesus Paixão, e de sua irmã Deise Vitória Languer.

“Nesse momento, o denunciado dirigiu-se até a janela do referido veículo e, sem motivo justificado, sacou de um revólver, desferindo um tiro contra a vítima Adriano de Jesus Paixão, atingindo-o na face e ocasionando as lesões corporais descritas no auto de exame de corpo-delito de fls.

“Dando continuidade, o denunciado desferiu mais dois tiros contra a vítima Sandra Mara Languer, atingindo-a no braço esquerdo, ocasionando as lesões corporais descritas no auto de exame de corpo-delito de fls.

“Após tais atos, Vilmar Gonçalves evadiu-se do local, sendo que, no dia seguinte, passou a ameaçar a ex-companheira com o telegrama anexo a fls. do inquérito policial.

“Na prática do crime, o denunciado agiu mediante motivo fútil, eis que não gostou de ter visto sua ex-companheira conversando com outro homem” (fls. 2/3).

Não obstante a denúncia ter apontado expressamente o desagrado do réu em ver Sandra Mara Languer junto a Adriano de Jesus Paixão como causa determinante de sua conduta, o que caracterizaria a futilidade dos crimes, a provisional acabou por acolher as qualificadoras do motivo

torpe e do emprego de recurso que impossibilitou a defesa das vítimas, suscitadas apenas quando da apresentação das alegações finais pelo representante do Ministério Público.

Ao pronunciar Vilmar Gonçalves, o Magistrado assentou:

“Compulsando o caderno processual, vê-se que a prova coletada autoriza a qualificadora, considerando que os envolvidos se conheciam, não restando comprovada discussão anterior ou motivo de vingança. Ao que tudo consta, a ação do acusado decorreu de ódio reprimido ou foi motivada por razões abjetas, o que resulta a torpeza do motivo.

“É moralmente reprovável o crime cometido pelo acusado, realmente um demonstrativo de depravação espiritual, desprezível” (fls. 89).

E mais adiante acrescentou:

“Quanto ao recurso que impossibilitou a defesa das vítimas, segundo a acusação, o homicídio foi praticado quando as mesmas se encontravam dentro do automóvel Brasília e quando o denunciado os avistou dirigiu-se até a janela, sacou de um revólver, desferindo um tiro na face de Adriano e dois tiros no braço esquerdo de Sandra, sem que pudessem imprimir qualquer forma de reação.

“Afirma a acusação que a vítima Adriano de Jesus Paixão não discutiu ou ameaçou o acusado, não teve tempo de esboçar qualquer reação diante da ação inesperada deste, e nada tinha a ver com eventual desentendimento entre a vítima Sandra Mara e o acusado, e muito menos tinha ele qualquer desavença antiga ou mesmo simples animosidade.

“A testemunha Deise Vitória Languer, irmã da vítima, afirma que não sabe quais foram os motivos que levaram o acusado a atirar na sua irmã e que o acusado não disse nenhuma palavra antes de atirar.

“Portanto, pelo que se apurou até aqui, não havia razão aparente para que as vítimas Sandra e Adriano esperassem a conduta do acusado, ou seja, que o mesmo viesse até a janela do carro e desferisse três tiros. Pelo menos, não provou a defesa.

“Diante das provas dos autos, o meio utilizado pelo acusado dificultou ou tornou impossível a defesa, diante da surpresa, visto o procedimento inesperado do acusado, não tendo as vítimas razões para a espera ou, pelo menos, suspeita da agressão, impossibilitando qualquer defesa por parte das mesmas” (fls. 89/90).

Muito embora no decorrer da instrução processual tenha ficado evidente a aversão que o réu nutria por Sandra Mara Languer, sua ex-companheira, acusando-a, inclusive, de ter-lhe infectado com o vírus da AIDS, o “ódio reprimido” ou as “razões abjetas” a que se referiu o Juiz não foram objeto da narrativa acusatória.

Do mesmo modo, quanto ao emprego de recurso que teria dificultado a defesa das vítimas, a exordial não fez qualquer referência à ausência de razões, próximas ou remotas, para que elas esperassem a agressão, tendo sido aludido, tão-somente, o fato de Sandra Mara Languer e Adriano de Jesus Paixão, quando efetuados os disparos, estarem no interior de um automóvel.

A teor do art. 384, parágrafo único, do CPP, havendo a possibilida-

de de ser dada nova definição jurídica ao fato, em consequência de prova de circunstância não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia, que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditá-la. Assim, não tendo sido as qualificadoras do motivo torpe e da surpresa expostas na preambular, sua inserção na provisional apenas seria possível mediante aditamento daquela peça.

A propósito, Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco observam:

“Ao juiz não é dado pronunciar o acusado por fato estranho à acusação, quer dizer, não mencionado na denúncia. É a imputação contida na denúncia o que fixa o alcance da pronúncia. O juiz, para ir além, ao reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos, de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente na peça vestibular da ação penal, ou que importe na aplicação de pena mais grave, deverá proceder na forma do art. 384 e parágrafo único do CPP, baixando o processo, a fim de que o Ministério Público adite a denúncia, abrindo-se vista à defesa para que, nos prazos previstos nesse dispositivo legal, fale e, se quiser, produza prova, arrolando até três testemunhas.

“Somente com esse procedimento se poderá alargar ou alterar o teor da acusação, que há de ser a base do libelo, salvo se fato novo ocorrer, ou melhor, ‘pela verificação superveniente de circunstância que modifique a classificação do delito’ (CPP, art. 416)” (Teoria e Prática do Júri, Revis-

ta dos Tribunais, São Paulo, 1997, 6ª ed., págs. 226/227).

E Hermínio Alberto Marques Porto, tratando especificamente da inclusão na pronúncia, por iniciativa do juiz, de circunstância qualificadora, complementa:

“A parte classificatória da decisão de pronúncia pode apresentar qualificadora não articulada pela petição inicial penal. Tendo sido a qualificadora adotada pela pronúncia conhecida na instrução, mas a ela não dando referência, ainda que implícita, a parte descritiva da petição inicial, denúncia ou queixa, à sua adoção deve anteceder aditamento que resulte do estudo, pela acusação, do suporte fático à qualificadora; não constando a qualificadora da parte classificatória da petição inicial, mas a ela dando referência, ainda que implícita, a parte descritiva, pode a decisão de pronúncia, então na independência de aditamento, adotá-la” (Júri, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, 4ª ed., págs. 80/81).

Destarte, o acolhimento das duas qualificadoras não constantes da denúncia, sem o seu aditamento pelo representante do Ministério Público, resultou em evidente prejuízo para a defesa de Vilmar Gonçalves, acarretando a anulação do presente feito a partir da decisão de pronúncia, inclusive.

Entretanto, o exame dos autos mostra a ocorrência de outra falha processual.

O libelo crime, peça básica nos processos de Júri, onde o fato tido como delituoso e suas circunstâncias são deduzidos, como cediço, deve guardar correspondência com a pro-

núncia, não podendo afastar-se daquilo que nela ficou assentado.

Novamente traz-se a lição de Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco:

“O libelo crime acusatório é o ato processual de postulação da acusação. Nele encontra-se, por assim dizer, o ponto de interseção nos procedimentos da competência do Júri entre o *judicium accusationis* e o *judicium causae* ou julgamento de mérito.

“O libelo emana da pronúncia e constitui a principal fonte do questionário que os jurados vão responder para externar o seu veredicto.

“No clássico conceito de Strikio, lembrado por João Mendes, ‘o libelo é o tronco da árvore judiciária; assim como o tronco rege toda a árvore, assim o libelo governa todo o processo e o juízo; assim como a árvore, com o tronco afetado, por melhor que seja o terreno, ou não dá frutos ou dá frutos raquíticos, assim, o libelo mal-formulado, por melhor que seja a prova, não dará resultado algum ou, pelo menos, não dará resultado conforme a intenção do autor’” (obra citada, pág. 252).

E, a seguir, concluem:

“O libelo é o corolário obrigatório e necessário da pronúncia. Nulo é, portanto, o que se ache em discordância com ela, pelo menos na parte em que se verifique a desarmonia” (idem, pág. 253).

Como se viu, na decisão de pronúncia, o Magistrado consignou que não restou provado no curso da instrução que o acusado tivesse agido por vingança (fls. 89).

Já no libelo, o representante do Ministério Público requereu o reconhecimento do motivo torpe, alegando que a vingança teria sido a causa determinante dos crimes, sendo formulado quesito nesse sentido, que acabou acolhido pelos jurados.

Este Órgão Fracionário já proclamou:

“Em sede de crimes da competência do Tribunal do Júri, o acusado se defende das acusações do libelo, que deve ser formulado de acordo com a pronúncia” (Ap. Crim. n. 97.000332-3, de Biguaçu, rel. Des. Genésio Nolli, julgado em 25/3/97).

Em arremate, uma última observação com o propósito único de orientar o Magistrado de Primeiro Grau.

A parte classificatória da provisional deve indicar apenas os dispositivos legais em que o réu é pronunciado, incluindo as qualificadoras, sem qualquer referência às circunstâncias do crime concernentes à aplicação da pena, tais como causas especiais de aumento ou diminuição da reprimenda, atenuantes, agravantes e modalidades de concurso de crimes, que devem ser abordadas no libelo e em plenário.

Sobre o assunto, Fernando da Costa Tourinho Filho esclarece:

“Pode o juiz na pronúncia invocar agravantes e atenuantes? Obviamente não. As causas genéricas de aumento ou diminuição de pena previstas na Parte Geral do Código Penal devem ser invocadas quando o Juiz for proferir sentença condenatória, mesmo porque visam ao ajuste da pena a ser imposta. E, pela mesma razão, não pode o Juiz fazer referência

a concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, por se tratar de matéria a ser observada na aplicação da pena” (Código de Processo Penal, Saraiva, São Paulo, 1998, 3ª ed., vol. II, pág. 27) (o grifo não é do original).

Assim, ao remeter o acusado a julgamento pelo Júri Popular, o Magistrado não poderia ter reconhecido a ocorrência do concurso material de delitos.

Em caso semelhante, já se decidiu:

“A pronúncia não se deve referir às situações de concurso ou continuidade delitiva, posto que adstritas à aplicação da pena, devendo apenas prever o dispositivo legal no qual incursa o réu, tantas vezes quantas forem as vítimas, omitindo referências outras” (RT 671/310).

E deste Tribunal:

“Dadas as peculiaridades da sentença de pronúncia não comporta ela a inclusão de agravantes ou atenuantes ou de causas de especial au-

mento ou diminuição de pena, ou ainda, de concurso material, formal ou crime continuado.

“Essas circunstâncias podem e devem ser consideradas na fase do libelo — art. 417 — e do julgamento popular — art. 484, ambos do CPP” (Rec. Crim. n. 9.389, de Gaspar, rel. Des. Ernani Ribeiro, julgado em 22/3/93).

Por tais fundamentos, declara-se, de ofício, a nulidade do processo a partir da decisão de pronúncia, inclusive, prejudicado o exame do recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Des. Souza Varella; lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 22 de dezembro de 1998.

*Amaral e Silva,*

*Presidente com voto;*

*Paulo Gallotti,*

*Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.002222-6, DA CAPITAL****Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Processo crime — Vinculação do juiz — Inexistência de impedimento — Sentença criminal — Juiz substituto não vitalício — Validade.*

*Nossa lei processual penal não adota o princípio da identidade física do juiz, nada impedindo que a decisão venha a ser proferida por magistrado diverso daquele que presidir a instrução.*

*Os juízes substitutos, mesmo não vitalícios, quando substituído, têm “competência plena para praticar todos os atos reservados por lei ao juiz vitalício” (Lei n. 5.624/79, art. 112).*

*Crime contra a saúde pública — Narcotraficância (art. 12 da Lei n. 6.368/76) — Cocaína — Grande quantidade — Prova — Depoimentos de policiais — Réu viciado — Capacidade de entendimento — Circunstâncias do art. 37 da Lei Antitóxicos — Crime caracterizado — Desclassificação para uso próprio inviável — Condenação mantida — Confissão qualificada — Distinção da espontânea — Atenuante não reconhecida — Exclusão da causa de aumento decorrente da associação eventual porque já afastada do co-réu — Pena adequada.*

*Lei penal especial — Regras gerais — Inteligência e aplicação do art. 12 do Código Penal.*

*As regras gerais do Código Penal aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, salvo se esta dispuser de modo diferente; em caso contrário, quando a lei especial não ditar regras gerais a respeito dos fatos que descreve, serão aplicadas as do Código.*

*Pena criminal — Tráfico de entorpecentes — Reclusão em regime integralmente fechado (Lei n. 8.072/90) — Possibilidade de substituição por penas restritivas de direitos (Lei n. 9.714/98) — Requisitos.*

*A Lei n. 8.072/90, que trata dos crimes hediondos e a eles equiparados, proíbe progressão do regime, concessão de anistia, graça e indulto, assim como de liberdade provisória, mas não contém comando proibitivo à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nem ao sursis.*

*Observado o princípio da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX, e CP, art. 1º), na falta de proibição expressa na norma incriminadora especial e diante da nova sistemática penal advinda com a Lei n. 9.714/98, admite-se, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade aplicada não superior a 4 (quatro) anos por crime denominado de tráfico de entorpecentes, por penas restritivas de direitos, chamadas “alternativas”, tendo em vista que, de regra, esses crimes não são praticados com violência ou grave ameaça à pessoa.*

*O tratamento mais leve, entretanto, condiciona-se à presença das circunstâncias objetivas e subjetivas, estas referentes à pessoa do agente e à gravidade do crime, previstas nos incisos II e III do art. 44 do CP, pois a nova lei “confia na prudência dos operadores jurídicos”, porque cada caso é um caso e “não se irá valorar do mesmo modo a conduta de um jovem que cede gratuitamente a droga numa reunião de amigos a outro companheiro, com a conduta de quem explora o tráfico com ânimo de lucro ou para aliciar menores” (Luiz Flávio Gomes).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.002222-6, da comarca da Capital (1ª Vara Criminal), em que é apelante Valdir Antônio de Moraes, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, unicamente para afastar a causa de especial aumento prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, adequando-se a pena privativa de liberdade para 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado.

Custas na forma da lei.

Na comarca da Capital, Valdir Antônio de Moraes, Aldo Otávio da Silva, Gilson Otávio da Silva e Luís Gonzaga Loch foram denunciados como incurso nas sanções do art. 12

c/c art. 18, III, ambos da Lei n. 6.368/76, porque:

“Consta dos autos que em data de 7 de julho do ano em curso (1998), por volta das 21 horas, através do telefone Disk Denúncia, policiais federais desta Capital receberam informações sobre um descarregamento de material entorpecente que ocorreria na localidade do Bairro Costeira do Pirajubaé, nesta Comarca, mais precisamente na Rua Jorge Lacerda, defronte a um telefone público, nas proximidades de um bar, droga esta que chegaria dentro de um veículo VW/Voyage, tipo táxi.

“Dirigindo-se para o local, aguardando nas proximidades, acabaram os agentes policiais por constatar a chegada do veículo de características fornecidas, com dois ocupantes no seu interior, na verdade os denunciados Luís Gonzaga Loch e Valdir Antônio de Moraes, sendo que



este último, tão logo o automóvel parou, entregou um pacote de cor parda a um elemento que saíra do interior do mencionado bar, este o denunciado Gilson Otávio da Silva, acabou por passar o material para um quarto elemento, posteriormente identificado como o também denunciado Aldo Otávio da Silva, sendo que os policiais após efetuarem a abordagem dos mesmos acabaram por constatar no interior do referido invólucro, acondicionada em dois sacos plásticos, uma quantidade total de 348g (trezentos e quarenta e oito gramas) de cocaína, droga entorpecente capaz de causar dependência física e psicológica”.

O processo foi desmembrado para que Valdir Antônio de Moraes fosse submetido a exame de dependência toxicológica.

Processado regularmente (preso desde o flagrante), restou condenado ao cumprimento da pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 68 (sessenta e oito) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal, vigente à época dos fatos, por infração ao art. 12 c/c art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, sendo imposto, ainda, tratamento ambulatorial (art. 11 da mesma lei), haja vista o exame de dependência toxicológica ter demonstrado ser ele dependente em grau leve do uso de tóxicos; foi-lhe concedido o direito de recorrer em liberdade.

Irresignado, apelou o condenado, argüindo, preliminarmente, nulidade da sentença por inobservância do princípio da identidade física do juiz; descumprimento do disposto no parágrafo único do art. 248 do Código de Divisão e Organização Judiciárias; ausência de fundamentação e falta de

apreciação de tese defensiva, verberando, ainda, contra a aplicação do art. 11 da lei especial.

No mérito, pleiteou a absolvição, ao argumento da anemia probatória, ou, alternativamente, a desclassificação do delito para o art. 16 da Lei de Tóxicos. Pugnou, ainda, pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; afastamento da causa especial de aumento inculpada no artigo 18, inciso III, da lei especial; e aplicação da substituição de pena prevista na nova Lei n. 9.714/98.

Após as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. As nulidades suscitadas não têm acolhida, porque:

1.1. O simples fato de um magistrado ter presidido a instrução criminal e outro prolatado a sentença não torna o julgamento nulo, uma vez que é sabido que no processo penal não vigora o princípio da identidade física do juiz.

Há correntes que sustentam aplicação deste princípio no processo penal, como o ilustre magistrado e professor doutor Marco Antônio Marques da Silva, que entende ser necessária a observância ao princípio da identidade física do juiz, não como mais uma regra processual, mas como um instrumento na busca da verdade real, embora tanto em leis como em projetos de lei dita vinculação no campo penal nunca vingou (A Vincula-

ção do Juiz no Processo Penal, SP, Saraiva, 1993).

É da jurisprudência:

“Nossa lei processual penal não adota o princípio da identidade física do juiz. Assim, nada impede que a decisão venha a ser proferida por magistrado diverso daquele que presidir a instrução e audiência de julgamento” (JTACrim/SP — LEX 51/263).

No Supremo Tribunal Federal, vide RTJ, vols. 53/652 e 79/326, dentre outros.

Nesta Corte já se decidiu, em acórdão deste Relator, na Apelação Criminal n. 34.240, de São José:

“Processo crime — Vinculação do juiz — Inexistência.

“Nossa lei processual penal não adota o princípio da identidade física do juiz, nada impedindo que a decisão venha a ser proferida por magistrado diverso daquele que presidir a instrução”.

Idem Ap. Crim. n. 30.341, de Ibituba, rel. Des. Cláudio Marques, j. em 4/10/93.

E, do corpo de acórdão desta Câmara:

“(…) rejeita-se a alegada nulidade da sentença em razão da identidade física do juiz, trazida por Reginaldo Antônio Sobrinho. É que o princípio é inaplicável no processo penal eis que, não se tratando da aferição da periculosidade para fins de imposição de medida de segurança, não há vinculação do juiz que interrogou o réu e presidiu a instrução criminal, inclusive no sumário, porque, no processo penal, não introduziu a lei adjetiva o princípio do juiz certo. Neste sentido JUTACrim 9/49, 10/108 e ou-

tras” (Ap. Crim. n. 27.135, de São Francisco do Sul, rel. Des. José Roberge, j. em 21 de junho de 1991).

A arguição de ofensa ao “princípio da concentração” cai por terra diante do § 3º do art. 23 da Lei n. 6.368/76, que, tivesse sido lido pelo apelante, evitaria alegações inúteis.

1.2. Igualmente improcede o argumento da incompetência do Magistrado por tratar-se de juiz substituído, pois este, ainda que não vitaliciado, exerce a função jurisdicional em toda a sua extensão, não existindo qualquer óbice legal que o impeça de prolatar sentenças em processos criminais.

A lei é clara sobre o tema, determinando que os juízes de direito, substituídos ou não, “mesmo que não hajam adquirido a vitaliciedade, poderão praticar todos os atos reservados por lei aos juízes vitalícios” (art. 22 da Loman, ainda em vigor); ademais, o art. 112 da Lei n. 5.624/79 dispõe que “o juiz de direito substituído não vitalício (...), tendo competência plena para praticar todos os atos reservados por lei ao juiz vitalício”.

De outra parte, a defesa não logrou trazer nenhuma prova da alegação de que o ilustre Magistrado a quo teria acumulado várias varas simultaneamente, fato que, em tese, poderia contrariar o disposto no parágrafo único do art. 248 da Lei n. 5.624/79, mas não o impedia de sentenciar.

1.3. Em confusas razões, pleiteia, também, nulidade da sentença por ausência de fundamentação e falta de apreciação de tese defensiva.

Todavia, razão ainda não lhe assiste, pois o jovem e ilustre Magistrado fundamentou sua sentença com

propriedade, cotejando os elementos de convicção trazidos aos autos, examinando os escólios doutrinários e entendimentos jurisprudenciais aplicáveis à espécie, demonstrando os fundamentos, fáticos e jurídicos, de sua decisão; nenhum ponto ficou sem apreciação.

Especificamente em relação à alegada falta de apreciação da tese defensiva (da não-caracterização do art. 14 da Lei de Entorpecentes), tem-se tal pleito como despropositado, porquanto o Magistrado, expressamente, afastou este delito autônomo pelo fato de o réu não ter sido dado como incurso na prática deste crime (fls. 198), não obstante tenha colacionado os ensinamentos doutrinários que sustentam a não-caracterização do referido tipo diante da ausência do animus associativo estável, demonstrando, com isso, que a conduta do apelante caracterizava, ao contrário, tão-só a causa de especial aumento prevista no art. 18, inc. III, da Lei n. 6.368/76 (e não o crime autônomo previsto no art. 14 do mesmo diploma legal).

Assim, não procedem as preliminares argüidas pelo apelante.

2. No concernente ao mérito da quaestio, a materialidade está substanciada no laudo de constatação de fls. 17 e laudo pericial de exame em substância de fls. 44/45, enquanto a autoria do delito imputado ao apelante está lastreada em amplo acervo probatório, suficiente para a formação da certeza necessária à prolação do decreto condenatório.

Vejamos.

No dia 7 de julho de 1998 as autoridades policiais receberam de-

núncia anônima dando conta de que seria realizada uma operação de compra e venda de substâncias entorpecentes, e que o vendedor de drogas dirigir-se-ia ao local de táxi, em veículo do tipo VW/Voyage branco.

Seguindo as orientações fornecidas pela denúncia, os policiais federais vigiaram o local onde seria realizada a transação — um bar localizado na Rua Jorge Lacerda —, presenciando, então, a chegada do referido automóvel táxi, quando seu passageiro, o apelante Valdir Antônio de Moraes, dele desceu e entregou um pacote de cor parda a uma pessoa que estava no estabelecimento comercial.

Ato contínuo, os agentes policiais abordaram os suspeitos e constataram que, dentro do pacote conduzido por Valdir e lá entregue, estavam acondicionados dois sacos plásticos contendo 348g (trezentos e quarenta e oito gramas) de cocaína.

Embora nada tenha declarado na fase inquisitorial, pois utilizou seu direito ao silêncio, o apelante confirmou, em Juízo, que portava a substância ilícita, afirmando, contudo, que o entorpecente destinava-se, unicamente, a seu uso próprio: “que adquiriu a droga de um tal de Jorginho, na subida do Morro do 25, na rua; que adquiriu a droga para consumo próprio já que o interrogando é viciado” (fls. 93).

Submetido ao exame de dependência toxicológica, concluiu-se por sua responsabilidade penal, afirmando-se que o examinado possuía, ao tempo do fato, plena capacidade de entender a ilicitude de sua conduta e de determinar-se de acordo com este entendimento (fls. 150).

O depoimento do policial Jorge Airton Leão Ortiz confirmou que Valdir Antônio de Moraes detinha o pacote da droga ilícita consigo, passando-a ao terceiro (Gilson), conduta esta tipificada no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Sobre a validade dos testemunhos de policiais, o entendimento pretoriano reiterado é que “o testemunho policial não pode ser rejeitado pela só condição funcional do depoente, merecendo valor probante se isento de má-fé ou suspeita” (JC 62/283).

Dessarte, tem-se como incontroversa a posse pelo réu da substância estupefaciente (que a transportou e entregou ao co-réu), havendo contestação apenas no que se refere à sua destinação = uso próprio ou não.

3. Neste tópico, desde logo tem-se que não procede a pretensão de desclassificação do delito do art. 12 da Lei n. 6.368/76 para o previsto no art. 16 do mesmo diploma legal, pois a destinação a terceiros transparece clara nos autos, realçando-se a observação da norma contida no art. 37 da repetida Lei de Tóxicos no sentido de que à “caracterização dos crimes definidos nesta Lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

Assim, no tocante à natureza e quantidade da substância, os autos revelam que o apelante detinha consigo 348g (trezentos e quarenta e oito gramas) de cocaína, vale dizer, quantidade excessiva para admitir-se que a destinava exclusivamente para seu próprio consumo, concluindo-se logi-

camente que só poderia ter a finalidade do comércio ilegal.

Esta Câmara já decidiu:

“Narcotraficância — Apreensão de grande quantidade de substância entorpecente — Confissão da propriedade — Depósito e guarda do estupefaciente — Réu que se declarou viciado — Exame toxicológico concluindo pela dependência do apelante em relação à maconha em grau moderado — Circunstâncias do art. 37 da Lei n. 6.368/76 que indicam a caracterização do delito descrito no art. 12 da Lei de Tóxicos — Absolvição ou desclassificação para crime menos grave (art. 16) impossível — Condenação mantida” (Ap. Crim. n. 98.010394-0, de Itajaí, rel. Des. Jorge Mussi, j. em 22 de setembro de 1998).

Da mesma forma, as condições de desenvolvimento da ação criminosa também denotam que a posse da droga ilícita não visava à auto-satisfação, mas sim à narcotraficância, pois o apelante não ficou com o pacote consigo, entregando-o para o co-denunciado Gilson Otávio da Silva, que, por sua vez, estava plenamente ciente do conteúdo ilícito daquele pacote, eis que tentou livrar-se deste quando foi abordado pelos policiais.

Destaque-se que uma das versões apresentadas pela defesa, aduzindo que o apelante seria apenas um laranja a serviço do real traficante (fls. 216), por si só, já bastaria para determinar a narcotraficância, pois incide nas penas previstas no art. 12 da Lei Antitóxicos todo aquele que transporta ou traz consigo substância entorpecente para terceiro, não sendo necessária prova da mercancia.

A propósito, vale colacionar, do colendo Supremo Tribunal Federal:

“Não é necessária, para a consumação do tipo previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76, a consumação da venda da substância entorpecente, bastando tê-la o agente em depósito, com essa finalidade” (RTJ, 167/243).

Por outro lado, a outra afirmação (contraditória) também apresentada pelo apelante, fundada no argumento de que a cocaína era sua e “tinha a intenção de deixar o pacote com Gilson, por alguns instantes, já que não queria chegar em casa com a droga” (fls. 93), não merece crédito por tentar excluir o fato de que inevitavelmente ele teria que, em algum momento, levar o pacote para sua residência, pois se realmente fosse viciado, onde consumiria tanta droga? E por que não queria levá-la naquele instante?

Não bastasse, há outro indício veemente que comprova a correta capitulação dada em Primeira Instância, decorrente das circunstâncias da prisão do apelante, resultado da confirmação de denúncias anônimas que indicaram a forma precisa de como a transação criminosa ocorreria, apontando o local e o veículo utilizado para o transporte da droga.

Assim relatou Roberto Mário da Cunha: “através do Disk Denúncia receberam a informação anônima de que em uma rua da Costeira haveria uma negociação de drogas envolvendo dois elementos que se encontravam dentro de um táxi e mais dois que aguardavam no local” (fls. 177).

De outra parte, o fato de o apelante ser viciado não afasta a sua qualidade de narcotraficante, sendo da li-

ção do mestre Vicente Greco Filho que “a lei, ao contrário de confundir, distinguiu o vício, que é o uso da droga que determinou dependência física ou psíquica (toxicomania), da alteração que esse estado físico e mental causa em relação ao discernimento intelectual e volitivo, porquanto nem todo vício (= dependência = toxicomania) provoca a supressão do entender ou do querer a prática delituosa: venda, guarda, posse, compra etc. de entorpecentes. A pergunta que deve fazer o Juiz, baseado em laudos médico-legais, para absolver o réu, é a seguinte: ele é viciado (dependente) e além disso não tinha, in casu, a capacidade de entender ser lícita a posse ou comércio de entorpecentes ou de determinar-se segundo esse entendimento? Pode, perfeitamente, um viciado (dependente) manter o entendimento de que a venda de entorpecente é lícita, podendo resistir à vontade de vendê-lo” (Tóxicos, Prevenção — Repressão, 7ª ed., 1991, pág. 137).

A jurisprudência desta Corte não destoa:

“Se a dependência ao uso de tóxico não ocasiona supressão da capacidade de entendimento e autodeterminação, comprovando sua capacidade intelectual e volitiva, vale dizer, o viciado (dependente) mantém o entendimento de que a venda do entorpecente é ilícita, podendo resistir à vontade de vendê-lo, deverá ser condenado como qualquer outro criminoso, porque o dependente pode ser traficante” (Ap. Crim. n. 97.015114-4, de Biguaçu, deste relator, j. em 10 de março de 1998).

Vê-se claramente que, embora seja dependente (conforme o laudo respectivo) e não tenha sido colhido em ato mercantil (como reclamou), o apelante detinha a substância ilícita com o propósito de comercializá-la, fato demonstrado pelo conjunto de circunstâncias e indícios presentes nos autos, todos firmes e convergentes apontando a real finalidade da droga apreendida.

Em casos como o dos autos, nesta Câmara já se fixou:

“Para a tipificação do tráfico do artigo 12, da lei própria, não é exigido que o infrator seja colhido no próprio ato de mercancia. A certeza que a condenação exige pode emergir do conjunto de circunstâncias e indícios que cercam o indivíduo” (Ap. Crim. n. 32.615, de Laguna, rel. Des. José Roberge, j. em 24 de fevereiro de 1995).

Por estes motivos, im procedem os pleitos de absolvição e para desclassificação.

4. A defesa também se rebelou contra a aplicação do tratamento previsto no art. 11 da Lei de Tóxicos, por entender que essa medida implicaria em dupla punição ao condenado; entretanto, este raciocínio é completamente infundado e decorrente de erro do causídico ao afirmar que o tratamento ambulatorial implicaria em aplicação de medida de segurança prevista no Digesto Penal.

Neste momento, faz-se necessário relembrar que referido dispositivo prescreve que “ao dependente que, em razão da prática de qualquer infração penal, for imposta pena privativa de liberdade ou medida de segurança detentiva será dispensado tratamento em ambulatório interno do

sistema penitenciário onde estiver cumprindo a sanção respectiva”.

Ora, o exame do texto legal indica, claramente, que o tratamento ambulatorial deverá ser prestado tanto aos casos de imposição de reprimenda privativa de liberdade quanto nas hipóteses de cumprimento de medida de segurança, não existindo, portanto, diante da clareza do texto, qualquer incompatibilidade ou dupla sanção com o tratamento imposto para tentar excluí-lo do vício.

Constata-se, aqui, ser o pleito defensivo contrário aos interesses do próprio apelante, pois o tratamento ambulatorial é medida benéfica, pois visa não só minorar os efeitos da abstinência durante o período em que o usuário dependente de entorpecentes cumpre pena privativa de liberdade, como procura livrá-lo do terrível mal.

5. A pretensão ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea não pode ser acolhida, não só porque a pena-base foi fixada no mínimo legal, estando impedido redução abaixo desse patamar, assim como, embora reconhecida a posse, o apelante negou que a substância estupefaciente fosse destinada ao narcotráfico, afirmando que detinha o entorpecente para uso próprio.

Não custa lembrar que, preso em flagrante por diversos policiais, seria impossível negar a posse da substância ilícita, e, portanto, a admissão deste fato em nada indica que o apelante tinha a intenção real de auxiliar na busca da verdade.

Ao revés, assim agindo, o apelante não confessou os fatos incriminadores na extensão real dos acontecimentos e imputados na denúncia,

tentando, ao contrário, dar versão irreal para, com isso, afastar a reprimenda penal iminente, com o que se pode configurar, no caso, a chamada confissão qualificada (ou limitada), assim conceituada por antiga e sólida doutrina:

“Confissão qualificada é a que não compreende o crime em toda a sua extensão, ou não assinala certos caracteres do fato incriminado, ou, ainda, a que contém certas restrições, que impedem os seus efeitos quanto à aplicação da pena, ou tem por fim provocá-la menos rigorosa. A apreciação desta confissão é coisa particularmente delicada.

“Essa definição comum, compreende-se, abrange uma multidão de casos. Tal é a confissão em que o crime confessado é menos grave que o imputado; outras vezes o acusado, reconhecendo a existência de certos fatos acessórios, nega outros, cuja não existência destrói a possibilidade do crime, ou lhe atenua a natureza...” (C. J. A. Mittermaier, Tratado da Prova em Matéria Criminal, 3ª ed., Bookseller, 1997, pág. 216).

O Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante ao dos autos, já afirmou:

“Não configura confissão espontânea procedimento que, visando demonstrar o simples consumo de tóxico, apenas alcança a admissão do porte, não se estendendo à quantidade encontrada na residência do réu. A confissão espontânea suficiente a ensejar a observância da atenuante é aquela que se revela quanto à imputação” (STF, HC 71334/SP, 2ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 19/5/95, pág. 13.994).

No mesmo rumo, esta Corte já decidiu:

“Revisão criminal (...) Admissão do fato mas sem a caracterização do tipo. Hipótese que desconfigura a confissão espontânea. Precedentes jurisprudenciais.

“(...)”

“Não deve ser considerada na fixação da pena a atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, d, do CP, se no interrogatório do réu este não assinala certos caracteres do fato criminoso, ou seja, limita-se à confissão qualificada (Ementa da Redação — RT 741/558 — STF — HC 74.148-7/GO — 2ª T. — j. 17/12/1996 — rel. Min. Carlos Velloso — DJU 21/3/1997).

“Estupro em que o réu admitiu a prática de relações sexuais, mas justificou-se negando a grave ameaça” (Rev. Crim. n. 97.007962-1, de Chapecó, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 29 de outubro de 1997).

Assim, também não procede este pleito recursal.

6. No pertinente à causa de especial aumento inculpada no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, o apelo deve vingar porquanto este aumento legal foi afastado, por maioria de votos, quando do julgamento da apelação dos demais co-denunciados — Aldo Otávio da Silva, Gilson Otávio da Silva e Luís Gonzaga Loch —, sendo impossível a manutenção do reconhecimento de vínculo associativo apenas para o apelante quando, para aqueles, já não existe tal relação fática.

Com efeito, foram absolvidos Aldo Otávio da Silva (em Primeira Instância) e Luís Gonzaga Loch neste

Tribunal (Ap. Crim. n. 98.017062-1) e, no tocante ao único co-denunciado efetivamente condenado, Gilson Otávio da Silva, a causa de aumento especial prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, foi afastada (Ap. Crim. n. 98.017062-1), vencido este relator, que a mantinha.

Assim, não existindo associação eventual dos co-denunciados com o apelante, é lógico e irrefutável que também não haverá vínculo entre este e aqueles, e, por este motivo, afasta-se o aumento especial previsto no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, adequando-se a pena irrogada em Primeira Instância para o montante de 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado.

7. Por fim, no tocante ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade imposta, a ser cumprida em regime integralmente fechado, por restritivas de direitos nos moldes fixados pela Lei n. 9.714/98, tem-se que tal providência é possível, em tese, porquanto a lei nova, posterior ao crime imputado ao apelante, tem efeitos e conseqüências benéficas, especialmente porque evita o encarceramento.

Discorrendo sobre quando a lei penal pode ser considerada mais favorável, o Prof. René Ariel Dotti, citando Maggiore (*Principii di diritto penale*. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1961, vol. I, tomo 1º, pág. 152), afirma que isto ocorre quando, dentre outras disposições, tratar de “diversa determinação da espécie e duração da pena e dos efeitos penais” (A Retroatividade da Lex Mitior e o Critério da Combinação de Leis, apud *Justiça Penal*, vol. 10, pág. 344).

É o caso dos autos: lei nova, com diversa determinação da espécie da pena.

Não há dúvida que a lei posterior que, de qualquer modo, beneficiar o réu (*lex mitior*) deve ser aplicada imediatamente, inclusive com efeito retroativo por ser direito e garantia individual consagrado na Constituição (A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu — CF, art. 5º, XL) e no Código Penal (art. 2º e parágrafo único), justificando-se a sua aplicação em qualquer circunstância ou estágio do processo, assim como aos fatos já decididos com sentença condenatória transitada em julgado.

Diante da importância do tema suscitado, deve ser bem analisada a possibilidade da substituição pleiteada aos casos de crimes hediondos e aos a eles equiparados, em especial de tráfico ilícito de entorpecentes, para, após, determinar-se se ela pode, ou não, ser operada no caso dos autos.

O texto constitucional, norma fundamental e sustento de validade de todo o ordenamento pátrio, deve ser analisado sistematicamente, cotejando-se seus artigos e seus significados para, então, extrair-se as conseqüências jurídicas dele advindas, garantindo-se, sempre, os valores supremos que orientam o Estado Democrático de Direito: exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (preâmbulo da CF).

A violação de “um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não só a um



específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendendo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura nela esforçada” (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 5ª ed., pág. 451).

Nesse vértice, o magistrado como membro de um Poder e, como tal, representante do próprio Estado deve observar e garantir, primordialmente, os valores e princípios norteadores da Carta Magna, dela destacando-se a garantia de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), e que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX).

A pena, inserida nos dispositivos constitucionais citados, é usada em sentido amplo, significando não só aquela sanção imposta pela prática de conduta tipificada como crime, mas também reprimenda aplicada ao indivíduo que descumpra qualquer outro preceito legal, seja civil, administrativo etc.

Quanto às penas decorrentes da prática de crimes, não custa lembrar que a Carta elenca no art. 5º, XLVI, o rol daquelas que a lei individualizará, dentre outras: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social al-

ternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

O Código Penal, por sua vez, como lei geral, em simetria com o comando constitucional, dividiu-as em privativas de liberdade, restritivas de direitos, e multa (art. 32), regulando a forma de imposição e substituição, ditando também as regras básicas pelas quais deverão ser executadas (a especificação da execução está na Lei de Execução Penal), destacando-se que são reprimendas distintas, possuindo, cada qual, características próprias e diferenciadas entre si.

A nova redação do art. 44 do Código Penal, advinda com a Lei n. 9.714/98 (em complemento à reforma penal procedida com a Lei n. 7.209/84 — vide Exposição de Motivos da nova parte geral do Código Penal, item 29), fixa requisitos objetivos e subjetivos para substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos (alcançadas doutrinariamente de “penas alternativas”), tendo-se como condições objetivas, que sempre deverão ser cumpridas: a) pena inferior ou igual a 4 (quatro) anos, se o crime for doloso; b) crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente em crime doloso.

Cumpra observar, no tocante à reincidência, que, havendo condenação anterior e não se tratando de réu reincidente específico, ainda assim poderá obter a substituição desde que presente um elemento subjetivo adicional: a medida seja socialmente recomendável (§ 3º, art. 44).

De outra banda, o requisito subjetivo que sempre deverá ser observado para determinação da substituição é a suficiência desta operação,

verificada a partir da análise dos seguintes elementos: a) culpabilidade, b) antecedentes, c) conduta social e a personalidade do condenado, d) motivos e as circunstâncias do crime.

Expressamente prevista no Código Penal (derivada do comando constitucional), a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se subordina ao cumprimento ou preenchimento de quaisquer outros requisitos que não sejam aqueles já enumerados, sendo certo que as normas fixadas neste diploma legal, como lei geral, são aplicáveis aos fatos incriminados em leis especiais, se estas não regularem a matéria dispondo de forma diversa (art. 12 do CP).

Este dispositivo (art. 12, CP) não suscita qualquer dúvida, tendo a doutrina assentado, com firmeza:

“A essas leis, a menos que disponham de forma diferente, aplicam-se as regras gerais do Código Penal, não apenas as contidas em sua Parte Geral, como também as que se encontram na Parte Especial, como a que conceitua funcionário público, por exemplo (art. 327)” (Edmundo José de Bastos Júnior, Código Penal em Exemplos Práticos, Florianópolis, Ed. Terceiro Milênio, 1998, pág. 30).

Damáσιο E. de Jesus já comentou, incisivamente, na mesma linha:

“Regras gerais do Código são as normas não incriminadoras, permissivas ou complementares, previstas na Parte Geral ou Especial. Em regra, estão contidas na Parte Geral, mas também podem estar descritas na Especial (ex: conceito de funcionário público — art. 327). Por outro lado,

a legislação especial, conjunto de leis extravagantes, também pode conter regras gerais diversas das do Código. Neste caso, prevalecem aquelas. Em caso contrário, quando a lei especial não ditar regras gerais a respeito dos fatos que descreve, serão aplicadas as do Código” (Direito Penal, 13ª ed., SP, Saraiva, 1988, vol. 1, págs. 127-128).

Pois bem, a Lei n. 8.072/90, que é especial, definiu os crimes hediondos e seus equiparados, dentre eles o tráfico ilícito de entorpecentes, aumentou as sanções penais e proibiu expressamente a concessão de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, acrescentando que o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta deverá se dar em regime integralmente fechado (art. 2º, I, II e §1º), nada dispondo quanto à impossibilidade ou incompatibilidade tanto de suspensão condicional da execução da pena (sursis), muito menos de substituição por penas restritivas de direitos.

Desse modo, diante da omissão da lei especial (que não pode ser entendida como “lacuna no processo de auto-integração da lei”, como lecionou Washington de Barros Monteiro, in Curso de Direito Civil, Parte Geral, 17ª ed., SP, Saraiva, 1978, pág. 38) as regras gerais do Código Penal referentes à aplicação e dosimetria da pena, inclusive as atinentes à substituição das penas privativas por restritivas de direitos, são aplicáveis aos crimes de que trata a Lei n. 8.072/90 (claro excluídos aqueles cujas penas aplicadas excedam de 4 anos e aos praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa), com as ressal-

vas explícitas contidas no art. 2º, I, II e § 1º.

A previsão na lei especial de regime integralmente fechado para cumprimento da pena de reclusão em nada impede a possibilidade de sua substituição por penas restritivas de direitos, porquanto se trata de coisas distintas e independentes entre si, de exame sucessivo no art. 59 do CP, devendo a viabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ser verificada obrigatória e subseqüentemente, de ofício (inciso IV), somente após quantificada aquela e fixado seu regime (inciso III).

Sobre este tema leciona, com precisão, Luiz Flávio Gomes:

“As penas substitutivas e particularmente as restritivas não admitem sursis, que somente é cabível em relação à execução da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 77 do CP (v. TACrimSP, rel. Silva Pinto, in RT 631, pág. 312 e ss.). Penas restritivas e sursis, aliás, são conceitos excludentes, porque este somente pode ter incidência quando ‘não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código’ (CP, art. 77, III). Como se vê, a preferência deve ser dada à substituição da prisão por outra pena alternativa. Não sendo ‘indicada’ ou ‘cabível’ essa substituição, então deve-se averiguar a pertinência do sursis” (Penas e Medidas Alternativas à Prisão, SP, RT, 1999, pág. 106).

A propósito, decidiu-se recentemente nesta Câmara, em acórdão da lavra deste Relator:

“Pena criminal. Substituição por penas restritivas de direito ou concessão do sursis. Seqüência legal a ser observada.

“Quando da aplicação da pena privativa de liberdade, obedecida a seqüência prevista no art. 59 do CP, ou seja, após quantificá-la observando as três fases exigidas pelo art. 68 do CP, o juiz deve fixar o regime inicial de seu cumprimento (inciso III c/c art. 111 da LEP) para, depois, examinar obrigatoriamente, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, a substituição ‘por outra espécie de pena, se cabível’ (inciso IV); o exame sobre a possibilidade de concessão do sursis somente ocorre após verificar não ser indicada ou não cabível a substituição anterior (CP, art. 77, inciso III)” (Ap. Criminal n. 99.002676.0, de Itajaí, j. em 13 de abril de 1999).

Bem por isso, de forma garantista e favorável ao agente, anteriormente à Lei n. 9.714/98, diante da ausência de proibição expressa na Lei n. 8.072/90, já se concedia a suspensão condicional da execução da pena (sursis) aos condenados por crime hediondo mesmo que praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, como nos casos de estupro na modalidade tentada (quando a pena ficava no patamar de dois anos de reclusão), valendo citar precedente mais recente do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Penal e processual penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Estupro tentado. Aumento do art. 9º da Lei n. 8.072/90. Sursis.

“I — O acréscimo de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/90 somente se aplica na eventualidade de lesão corporal grave ou morte. Precedentes.

"II — Desde que preenchidos os requisitos legais, a serem verificados via de cognição mais ampla, o sursis pode ser concedido em caso de ilícito penal qualificado de hediondo. Precedentes" (HC n. 7.919/SP (98/0063715-0), rel. Min. Félix Fischer, DJU 22/2/99, pág. 00114).

Neste Tribunal de Justiça também já se decidia neste sentido, como se vê das Apelações Criminais ns. 33.175, de São Carlos, rel. Des. Álvaro Wandelli (j. em 28/8/95, in DJ n. 9.355, de 10/11/95, pág. 12), e 97.003588-8, de Mafra, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 10/6/97, com a seguinte chamada na ementa:

"Estupro. Tentativa. Vítima menor de 14 anos. Presunção de violência. Prova. Declarações da ofendida e de sua mãe. Admissibilidade. Condenação mantida. Precedentes jurisprudenciais. Recurso parcialmente provido para a concessão do sursis".

Especificamente em crimes contra a saúde pública, na espécie tráfico ilícito de entorpecentes, para que não se diga da inexistência de precedente, não fossem os argumentos já expendidos, registra-se valioso julgado concessivo de sursis em rara hipótese de reconhecimento de tentativa (com o que a pena ficou em quantum que admitia a suspensão, trazendo a obrigação de ser examinada sua concessão ou não), da lavra do eminente Des. José Roberge, com a seguinte ementa:

"Crime contra a saúde pública. Artigo 12, parte final (adquirir sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar) da Lei de Tóxicos. Autoria e materialidade comprovadas.

"Tentativa. O réu exauriu os atos de execução, e não meros atos preparatórios, não chegando ao seu final, por circunstâncias alheias a sua vontade, haja vista que o destinatário que seria mera peça no esquema, assustado com a quantidade do remédio e a qualidade, comunicou à polícia.

"Recurso pretendendo a absolvição, ou, alternativamente, a desclassificação do delito para estelionato na sua forma tentada. Impossibilidade. Incabível a desclassificação pretendida, pois a verdadeira intenção do agente não era obter vantagem em prejuízo de outrem, mas sim o fornecimento, sem nota fiscal, dos medicamentos controlados pelo Ministério da Saúde, evitando a fiscalização.

"Concessão do sursis. Admissibilidade. A lei que define o crime hediondo não inibe a concessão do benefício. Não se pode dar interpretação extensiva, a refletir analogia in malam partem, de forma a afligir a situação do condenado. O que o dispositivo em análise veda é a anistia, a graça, o indulto e a progressão de regime, mas não o sursis. Se tal fosse, estaria explícito na redação do texto legal, não se podendo dar a ele uma interpretação virtual" (Ap. Criminal n. 33.846, de São José, j. 16 de abril de 1996).

Do corpo do acórdão traz-se a fundamentação garantidora do benefício por falta de proibição expressa na norma incriminadora, cuja argumentação é aplicável como luva à hipótese em exame:

"No que pertine à concessão do benefício do sursis, esclarece-se que o recorrente foi condenado por infração ao artigo 12, porém na sua forma tentada. Conforme salienta o doutor

Maurílio Moreira Leite, em seu parecer, 'embora exista corrente asseverando a impossibilidade da tentativa nos crimes definidos no artigo 12, o contrário já vem sendo afirmado, conforme Vicente Greco Filho: 'Consumação e tentativa. Como vimos, consuma-se o delito com a prática de uma das ações previstas no tipo. Alguns atos de execução, eventualmente caracterizadores da tentativa, são, por si mesmos, condutas igualmente puníveis, daí ser difícil a existência da forma tentada. O conatus, porém, em princípio, não está nem lógica nem juridicamente excluído, dependendo da análise do caso concreto' (Tóxicos — Prevenção — Repressão. Editora Saraiva, 1993, pág. 91). E o caso concreto diz bem da possibilidade aventada, porquanto o réu exauriu os atos de execução que lhe diziam respeito, somente não chegando ao seu final por circunstâncias alheias a sua vontade, haja vista que o 'destinatário' que seria mera peça no esquema, assustado com a quantidade de remédio e sua qualidade, comunicou o fato à polícia.

"Por último, data venia ao entendimento do ilustre Procurador de Justiça, o sursis é de ser concedido. Satisfeitos os pressupostos subjetivos e objetivos do artigo 77 e seus itens, do Código Penal, não é o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, óbice a sua concessão: 'A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado'. Sem qualquer filiação, a alegada inconstitucionalidade do dispositivo, devidamente improcedente, tantas vezes proclamada pelas Cortes Superiores, a razão está simplesmente na não ve-

dação da concessão do sursis no dispositivo em questão.

"É que 'não existe qualquer norma penal que defina a possibilidade da concessão ou não do benefício em decorrência da classificação do crime cometido'. Assim, a lei que define o crime hediondo não inibe a concessão do sursis. Não se pode dar, in casu, interpretação extensiva, 'a refletir analogia in malam partem, de forma a afligir a situação do condenado. Tal se mostra intolerável perante um sistema que prestigiou sensivelmente a presunção de inocência e a plenitude da defesa, razão pela qual, a teor do disposto no artigo 697 do Código de Processo Penal, deve o juiz se pronunciar a respeito da concessão do sursis' (Renato Nalini — RT 676/298). O que o dispositivo em análise veda é a anistia, a graça, o indulto e a progressão de regime, mas não o sursis. Se tal fosse, estaria explícito na redação do texto legal, não se podendo dar a ele uma interpretação virtual. O regime, até que ultime a sentença, com seu total cumprimento, é o fechado, o que significa dizer que se as condições que forem impostas não restarem devidamente cumpridas, resultando rescindido o sursis, o réu será recolhido ao regime fechado".

Neste ponto, considerando a argumentação contrária centrada no fato de a lei especial prever expressamente que a pena privativa de liberdade deve ser cumprida integralmente em regime fechado, sendo este absolutamente incompatível com a substituição, invoca-se a doutrina de Damásio E. de Jesus quando afirma, diante da lei nova:

"As penas alternativas não são absolutamente incompatíveis com os delitos previstos na Lei dos Crimes Hediondos. São admissíveis em alguns casos. Cremos que não se apresenta como obstáculo o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, que disciplinou os delitos hediondos e deu outras providências, segundo o qual a pena deve ser executada integralmente em regime fechado. De ver-se que as penas alternativas constituem medidas sancionatórias de natureza alternativa, nada tendo que ver com os regimes de execução. Estes são próprios do sistema progressivo. De maneira que o juiz tem dois caminhos: se impõe pena privativa de liberdade por crime hediondo, incide a Lei n. 8.072/90; se a substitui por pena alternativa, não fala-se em regimes (fechado, semi-aberto e aberto). Nesse detalhe, a Lei de Crimes Hediondos disciplina a 'execução da pena privativa de liberdade', não se relacionando com os pressupostos de aplicação das penas alternativas. Encontramos parâmetro no sursis, que também admite, em tese, sua incidência nos delitos hediondos, como vem entendendo a jurisprudência, embora não unânime. Como já dissemos, a execução da pena imposta em face do crime hediondo, presentes seus pressupostos objetivos e subjetivos, não é incompatível com o sursis. Ex.: tentativa de atentado violento ao pudor com violência imprópria, imposta a pena mínima de dois anos de reclusão. Não impede o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, segundo o qual a pena deve ser executada integralmente em regime fechado. Ocorre que o sursis constitui uma medida penal sancionatória de natureza alternativa, não se

relacionando com os regimes de execução. Nesse sentido: Antônio Scarance Fernandes, Considerações sobre a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, crimes hediondos, RT, 660:266; Cláudia Viana Garcia, A Lei n. 8.072/90 e o sursis: possível a concessão?, Boletim do IBCCrim, São Paulo, maio 1997, 54:8; TJSP, HC 112.809, RT, 676:298; TJSP, ACrim 112.837, JTJ, 134:417 (tentativa de estupro); TJSP ACrim 166.011, 3ª Câm. Crim., j. 27/6/1994, JTJ, 161:311; TJSP ACrim 153.487, rel. Des. Canguçu de Almeida, RT, 719:391; STJ, REsp. 91.851, 5ª T., RT, 739:572. Contra: STJ, REsp. 60.733, 5ª T., DJU, 12 jun. 1995, pág. 17.637; STJ, REsp. 91.852, 6ª T., DJU, 5 maio 1997, pág. 17.197. A argumentação referente ao sursis é aplicável ao tema das penas alternativas. Contra, no sentido de que, cuidando-se de crimes hediondos, é inadmissível a aplicação do sistema vicariante: César Roberto Bitencourt e Luiz Régis Prado, Código Penal Anotado, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais (no prelo)" (Penas Alternativas. SP, Saraiva, 1999, págs. 95/96).

Luiz Flávio Gomes também entende que "o regime fechado determinado pela lei dos crimes hediondos somente é válido para a fase de execução da pena de prisão. Se o juiz entende que a prisão imposta deve ser substituída por outra sanção alternativa, não se chega à execução da pena de prisão (isto é, não se chega a sua fase executiva). Logo, não é o caso de se aplicar a regra do 'regime fechado'. Só se pode falar em 'regime' na fase de execução da pena de prisão" (ob. cit., pág. 113).

Ademais, o fato de a pena privativa de liberdade ser cumprida integralmente em regime fechado será um reforço adicional e estímulo para que o condenado cumpra e observe o regramento da pena restritiva substitutiva com que foi agraciado, pois esta será convertida naquela se houver o seu descumprimento (art. 44, § 4º, do CP).

Embora possa existir disparidade entre a situação do condenado a uma pena privativa de liberdade cumprida integralmente em regime fechado e a condição daquele que obtém substituição por “pena alternativa”, tal distinção é natural e facilmente justificável, posto que, na prática, diversas são as situações individuais dos agentes e as formas das ações criminosas, tendo, cada uma delas, graus de reprovabilidade social diferenciados e a sanção deve ser aplicada com observância do princípio constitucionalizado da individualização da pena.

Assim, o agente que por uma única vez buscou, em situação que caracteriza crime de tráfico de entorpecentes, uma forma talvez desesperada de sustentar seu vício merece reprimenda completamente diferente daquele que se revela grande traficante e fornece quilos ou até toneladas de substâncias estupefacientes a pessoas dependentes, pratica violência, alicia crianças para o mundo das drogas e envolve outras pessoas (“mulas”, “olheiros” etc.) para a prática de diversos ilícitos, com intuito lucrativo e para manter sua impunidade.

Por outra, como lembra Luiz Flávio Gomes, “cada caso é um caso. Nunca um magistrado irá valorar do mesmo modo a conduta de um jovem

que cede gratuitamente a droga numa reunião de amigos a outro companheiro, com a conduta de quem explora o tráfico com ânimo de lucro ou para aliciar menores. A nova lei confia na prudência dos operadores jurídicos, que existem precisamente para construir a jurisprudência” (ob. cit., pág. 112).

Torna-se evidente, portanto, que enquanto ao primeiro deve ser aplicada pena que permita sua plena ressocialização e até tratamento, ao segundo, narcotraficante repulsivo movido pelo lucro fácil, a sanção deve ser firme e contundente, com cunho repressivo e preventivo, exemplarmente dissuadindo a entrada de outras pessoas no mundo do crime.

Daí revelar-se como oportuna a aplicabilidade das novas sanções aos crimes em comento (sem se pensar que a nova lei “foi longe demais”), com rígida observância do requisito subjetivo incluído pelo legislador no inciso III do art. 44 do CP, cabendo ao sentenciante análise da suficiência da substituição da prisão pelo cumprimento de pena “alternativa”, com o que poderão ser evitadas injustiças que derivaram da lei na forma anterior, como por exemplo quando o pequeno e infeliz usuário, flagrado em situação de tráfico, era apenado com a mesma sanção que seria devida ao grande traficante; a lei, no texto ainda vigente, não tem meio termo: a posse, por exemplo, se não provar seja para uso próprio (art. 16), será tida como conduta tipificada no art. 12 da Lei n. 6.368/76, com todas as suas circunstâncias e derivações negativas.

Neste tópico, mais uma vez importante trazer a opinião atualíssima

do mestre Damásio E. de Jesus, em comentários à nova lei geral:

“Tráfico de drogas. Admite, em tese, a imposição de penas alternativas, tendo em vista que a pena mínima cominada nos arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76 é de três anos de reclusão. Nesse sentido, pronunciamento do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Luiz Antônio Guimarães Marrey, criticando a lei nova por se aplicar à hipótese (Folha de S. Paulo, O Globo e O Estado de S. Paulo, edição de 25 de novembro de 1998). O tratamento mais leve, entretanto, condiciona-se à presença das circunstâncias pessoais e objetivas, estas referentes à gravidade do crime, previstas nos incisos II e III do art. 44 do CP” (Penas Alternativas, SP, RT, 1999, págs. 89/90).

De outra parte, com a devida vênia, não se sustenta o argumento expendido contrário à aplicabilidade das penas restritivas de direitos especificamente para os crimes de tráfico de entorpecentes, pelo fundamento de que, por serem equiparados a hediondos, não podem ser considerados de menor gravidade e que somente estes mereceriam a aplicação de penas “alternativas”, diante da mens legis motivadora da Lei n. 9.714/98 (em sua exposição de motivos menciona-se direção até crimes de média gravidade).

Ora, na lei geral em exame não se encontra escrita tal proibição de substituição seja de forma expressa (reserva legal), nem mesmo implícita (e “implícita” contra o réu não se admite), no texto ou mesmo na ementa (esta que não faz parte do comando normativo), ou que sua aplicabilidade seja

restrita aos crimes de menor gravidade (está, sim, na exposição de motivos); ao contrário, na lei foram definidos os critérios legais para aferição da possibilidade de operar-se a substituição de forma geral, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.

Nem se diga, para criar dúvida, que, em crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, o verbete n. 171 da súmula do colendo Superior Tribunal de Justiça tenha força de impedir a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, pois tal enunciado nega, sim, substituição da prisão por multa quando a lei especial comina estas penas cumulativamente, decisão resultante do lógico argumento de que é impossível ao magistrado suprir uma pena trocando-a por outra, quando o legislador expressamente determinou a aplicação de ambas, o que é circunstância completamente diversa daquela em que são aplicadas penas pecuniária e privativa de liberdade, substituindo-se somente esta por uma restritiva de direito.

Assim, se a nova lei de caráter geral não vedou expressamente a aplicação de penas alternativas aos crimes hediondos e equiparados, o intérprete não poderá fazê-lo por conta própria, pois o princípio da legalidade insculpido no texto constitucional garante ao cidadão que o Estado não lhe aplicará sanção que não esteja amparada em lei anterior que a comine, valendo invocar a máxima *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, ou seja, se a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir, especialmente quando esta distinção resultar em prejuízo ao réu.



O princípio da legalidade, também conhecido como da reserva legal ou da anterioridade da lei penal, advindo do enunciado formulado por Anselmo Feuerbach — *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* —, consagrado no art. 1º do Código Penal e constitucionalizado no art. 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição Federal de 1988, garante descrição específica, individualizadora e prévia de condutas e sanções na lei federal (só a União pode legislar direito penal), não bastando simples referência ao bem juridicamente tutelado, nem descrição genérica.

O tipo expresso exerce função de garantia, e esta “só se justifica, do ponto de vista material, desde que especifique a conduta-infração penal. A generalidade é insuficiente. Não alcança a finalidade, para concretamente registrar a garantia ínsita à prévia descrição do comportamento ilícito penal”, como bem escreveram os doutos Min. Luiz Vicente Cernicchiaro e Prof. Paulo José da Costa Júnior (Direito Penal na Constituição, 2ª ed., SP, RT, 1991, pág. 16). A seguir sentenciam os grandes penalistas contemporâneos:

“A descrição genérica enseja, ao intérprete, liberdade ainda maior. Conseqüentemente, perigosa. Flagrante e oposta ao mandamento constitucional. O crime não é qualquer ação, mas ação determinada. E determinada na lei” (ob. cit., pág. 17).

A questão tem, assim, resposta certa, clara e cristalina:

A substituição da pena privativa de liberdade, uma vez preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 e incisos do Cód-

igo Penal, é direito público subjetivo do réu, ainda mais por se tratar, inegavelmente, de medida sancionatória mais benéfica, sendo sabido, ademais, que as normas que excluem ou privam direitos e garantias individuais devem ser interpretadas restritivamente e consoante reserva legal.

Há outro fundamento constitucional amparador do princípio da legalidade com previsão de tipo penal fechado e expresso, que consiste na garantia da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III), vale dizer, o direito à liberdade individual só pode suportar ameaça diante da necessidade de tutela de outro bem jurídico concreto, não se devendo permitir haja intervenção estatal na liberdade da pessoa com uma simples “presunção legal” de que a Lei n. 9.714/98, diante da omissão de texto expresso vedando sua incidência aos crimes hediondos ou a eles equiparados, não permitiria tal abrangência porque sua exposição de motivos exclui crime de maior gravidade, sob pena de inversão da ordem jurídica e de transformar em tábula rasa o espírito e o texto da Carta Maior, que tem na dignidade da pessoa humana um de seus pilares.

Assim temos: é flagrantemente inconstitucional o argumento de que o novo sistema de penas substitutivas advindo com a Lei n. 9.714/98 não se aplica aos crimes de maior gravidade, hediondos e a estes equiparados, como tráfico ilícito de entorpecentes, simplesmente porque sua exposição de motivos não os inclui ou porque haveria incompatibilidade com o regime integralmente fechado.

Mas, ainda que fosse dúbia a interpretação do texto legal (e não é), a solução não poderia ser diferente daquela ministrada pelo festejado Damásio E. de Jesus quando, analisando à exaustão o tema da interpretação da norma penal, demonstra:

“Que fazer quando, apesar do trabalho hermenêutico, mediante cuidadosa interpretação literal e lógica, persiste a dúvida quanto à vontade da norma? Abrem-se três caminhos ao intérprete: 1º) admitir que dúvida deva ser resolvida contra o agente (*in dubio pro societate*); 2º) admitir que seja resolvida contra o agente ou contra a sociedade, segundo o livre convencimento do intérprete; 3º) resolver a questão da forma mais favorável ao agente. Em outros termos, se a vontade da lei não se torna nítida, se não chegar o juiz a saber se a lei quis isso ou aquilo, ou se nem ao menos consegue determinar o que ela pretendeu, deverá seguir a interpretação mais favorável ao réu (desde que usados todos os meios interpretativos). A terceira solução é adotada por nós” (Direito Penal, 14ª ed., SP, Saraiva, 1990, vol. 1, pág. 37).

Por fim há que se justificar mais duas situações:

— Anteriormente à Lei n. 9.714/98 não se cogitava da substituição e apreciava-se apenas o *sursis* para os crimes hediondos e equiparados porque, na melhor hipótese, chegava-se às situações antes enfocadas, quando as penas totalizavam no mínimo até 2 (dois) anos (isto em face da causa especial de diminuição da tentativa), sabido que o limite para substituição era de até 1 (um) ano nos casos de crimes dolosos; agora, no

entanto, o teto permissivo à substituição foi elevado para 4 (quatro) anos, tornando obrigatório o exame para sua admissibilidade quando a reprimenda for aplicada neste parâmetro.

— Nada se alterará aos casos de prisão em flagrante com a proibição de liberdade provisória (art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90), ao argumento de que seria injusta a manutenção do preso quando, na perspectiva de condenação, poderia ser agraciado com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas. É que os institutos têm pressupostos distintos e, enquanto não há sentença, a pena possível em tráfico de entorpecentes será de até 15 (quinze) anos de reclusão, fora do limite permissivo da nova benesse. Não fosse isso, também sempre há possibilidade de *mutatio libelli* e a prisão processual guarda simetria com o texto constitucional, desde que fundamentada (CF, art. 5º, LXI).

Por todos estes motivos, a conclusão lógica e irrefutável: em crimes hediondos ou a eles equiparados, como tráfico ilícito de entorpecentes, enquanto não houver texto legal restritivo expresso, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, pois não há qualquer outra vedação legal à sua concessão, sendo direito público subjetivo do réu tal substituição quando lhe for mais benéfica, desde que preenchidos todos os requisitos estipulados pelo art. 44 do CP, com a nova redação dada pela Lei n. 9.714/98.

8. Todavia, no caso dos autos, conquanto o réu satisfaça às três primeiras condições legais, tem-se que a substituição pleiteada não é suficiente

para a repressão e prevenção do crime, destacando-se que a sentença irrogada em Primeira Instância foi prolatada em 13/1/99, já em plena vigência da Lei n. 9.714/98, norma que introduziu a possibilidade da substituição pleiteada pelo apelante.

O exame da sentença guereada revela que o Magistrado sentenciante, próximo aos fatos, expressamente declarou que são descabidas quaisquer substituições da reprimenda aplicada, demonstrando, assim, não ser possível permutar a pena privativa de liberdade pela restritiva de direito.

E nem poderia ser diferente, pois os autos demonstram que a sanção mais benéfica não é suficiente à prevenção e repressão do crime, não sendo preenchido, portanto, o requisito essencial previsto no art. 44, III, do CP.

O laudo de dependência toxicológica revela a personalidade do apelante, ao afirmar que, "durante as avaliações aqui realizadas, observa-se certa displicência e arrogância no decorrer das entrevistas" (fls. 149).

Inquestionável que os motivos do crime foram o lucro fácil, pois, sendo trabalhador e percebendo pouca renda, o apelante não demonstrou que agiu com o exclusivo objetivo de satisfazer o vício decorrente da sua dependência em grau leve.

Além disso, a expressiva quantidade de droga apreendida com o apelante (trezentos e quarenta e oito gramas de cocaína) indica, claramente, que não se trata de uma pequena

operação motivada por interesse abonador, denotando, ao contrário, que a droga seria comercializada para diversos consumidores finais.

Não bastasse isso, a denúncia anônima dando conta da operação ilícita flagrada demonstrou que não foi uma transação eventual, pois a indicação do *modus operandi* dos envolvidos só poderia ser fornecida por alguém que já vira aquela conduta ilícita ser cometida diversas vezes.

A verdade que se descortina deste cenário é que a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (art. 44, § 2º, in fine, do CP) não é suficiente para a repressão e prevenção do crime.

9. Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial unicamente para, mantida a condenação no art. 12 da Lei n. 6.368/76, afastar a causa de especial aumento prevista no art. 18, III, e adequar a pena privativa de liberdade, fixando-a em 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 20 de abril de 1999.

*José Roberge,*

*Presidente;*

*Nilton Macedo Machado,*

*Relator.*

## RECURSOS DE AGRAVO

### RECURSO DE AGRAVO N. 98.007404-5, DE ITAJAÍ

**Relator: Des. José Roberge**

*Recurso de agravo. Crime hediondo. Sentença condenatória que, ao estabelecer o regime “inicialmente fechado”, assegura o direito do apenado à progressão de regime, ainda que de forma equivocada. Pedido deferido.*

*Se a sentença condenatória, com trânsito em julgado, assegura ao apenado, ainda que equivocadamente, o direito de progressão de regime, é vedado ao juízo da execução e ao Tribunal ad quem reformá-la neste ponto, sob pena de violação ao princípio da ne reformatio in pejus.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 98.007404-5, da comarca de Itajaí, em que é recorrente João Carvalho, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento ao agravo para anular a decisão de fls. 22 e 23, devendo ser analisados, perante o juízo da execução, os requisitos objetivos e subjetivos do recorrente e decidido sobre a progressão de regime.

Custas na forma da lei.

1. Trata-se de recurso de agravo interposto por João Carvalho, contra decisão judicial que lhe negou a progressão no regime prisional da pena de três anos de reclusão, que cumpre por violação ao art. 12 da Lei n. 6.368/76. Aduz que, embora se trate de condenação por crime hediondo, ficou estabelecido na sentença que “a pena privativa de liberdade deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado (art. 2º, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.072/90)” (fls. 14). Assim, e com o trânsito em julgado para a acusação, entende que tem o direito adquirido ao benefício do sistema progressivo.

Após as contra-razões pelo improvimento do recurso, a decisão foi mantida pela autoridade judicial, sendo os autos remetidos a esta Superior Instância.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

2. Razão assiste ao recorrente.

É sabido que, em se tratando de crime hediondo, ou a este equiparado, a reprimenda será cumprida integralmente em regime fechado, a teor do constante do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

Contudo, no presente caso, há uma peculiaridade. É que, como se observa da cópia da sentença condenatória, foi nela determinado que “a pena privativa de liberdade deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado (art. 2º, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.072/90)” (fls. 14). Houve recurso defensivo, ao qual foi negado provimento, transitando em julgado a referida decisão.

Portanto, neste caso, não se pode, nesta Instância, em prejuízo do recorrente, modificar o benefício que lhe foi concedido na sentença, ainda que equivocadamente. Neste norte é a jurisprudência:

“Crime hediondo — Tráfico de entorpecentes — Progressão do regime prisional estabelecida em sentença condenatória com trânsito em julgado — Reformatio in pejus — Inadmissibilidade — Art. 59/CP, III — Art. 110/LEP — Art. 112/LEP — Lei n. 8.072/90.

“1. O juiz, ao fixar a pena na sentença condenatória, deve estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 59, III, do CP, e art. 110 da LEP); cabe ao Juiz da Execução determinar que a pena deve ser cumprida de forma progressiva (art. 112 da LEP). Impositivamente, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) fixa o cumprimento integral dessas reprimendas sempre no regime fechado. 2. Contudo, embora tratando-se de cumprimento de pena em regime fechado, se o Juiz fez literalmente constar na sentença condenatória que o réu cumprisse inicialmente a pena no regime fechado, e tendo esta decisão transitado em julgado, não há como reformá-la, sob pena de violação ao princípio da *reformatio in pejus*. 3. A sentença trântisa em julgado que aplica o direito à espécie, bem ou mal, não mais pode ser revista pelo Tribunal ad quem quanto à possibilidade de progressão de regime concedida ao paciente, nem tampouco ao Juiz que a lavrou explicitar sua intenção, ao asseverar o regime inicial da pena. 4. Faz jus, assim, o paciente, à progressão, obedecidos os critérios e requisitos subjetivos e objetivos do artigo 112 e seu parágrafo único da Lei de Execução Penal. 5. Habeas corpus conhecido e deferido” (STF — Habeas corpus n. 72897-9 — Ceará — Ac. 2ª T. — unân. — rel. Min. Maurício Correa — j. em 12/9/95 — Fonte: DJU I, 20/10/95, pág. 35.260).

Assim, conhece-se do presente agravo, dando-se-lhe provimento para que, no juízo da execução, após analisados os requisitos objetivos e subjetivos do recorrente, decida-se sobre o

cabimento da progressão de regime prisional assegurada na sentença.

curadoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alberto Costa e Álvaro Wandelli, e lavrou parecer, pela douda Pro-

Florianópolis, 8 de setembro de 1998.

*José Roberge,  
Presidente e Relator.*

## RECURSO DE AGRAVO N. 98.016569-5, DE CHAPECÓ

**Relator: Des. Paulo Gallotti**

*Agravo em execução penal — Falta grave — Fuga — Regressão do regime de cumprimento da pena — Perda do direito aos dias remidos — Constitucionalidade — Incidência dos arts. 118, I, e 127, da Lei de Execução Penal — Recurso provido.*

*A teor dos arts. 118, I, e 127, ambos da Lei de Execução Penal, o condenado que praticar fato definido como falta grave, no caso a fuga, fica sujeito à regressão do regime de cumprimento da pena, bem como à perda do direito ao tempo remido pelo trabalho.*

*Não ofende o princípio constitucional do direito adquirido a perda do tempo remido pelo trabalho por condenado em processo penal, pois o cometimento de falta grave não retroage para alcançar situação já consolidada, caracterizando, na verdade, condição resolutive da remição.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 98.016569-5, da comarca de Chapecó (2ª Vara Criminal), em que é recorrente a Justiça, por seu Promotor, sendo recorrido Reginaldo Felisberto:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Inconformado com a decisão do MM. Juiz da 2ª Vara Criminal da

comarca de Chapecó, que reconhecendo a prática pelo condenado Reginaldo Felisberto de fato definido como falta grave, no caso, a fuga, deixou de decretar a regressão do regime de cumprimento da pena, bem como a perda do direito aos dias remidos pelo trabalho, o representante do Ministério Público interpôs o presente agravo.

Com as contra-razões, proferido despacho de manutenção, subiram os autos, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de ser dado provimento ao recurso.

Inicialmente, cumpre observar que nas contra-razões é apontada como causa da irresignação do representante do Ministério Público decisão que reconsiderou anterior decretação da perda de dias remidos, hipótese diversa da que se trata nos presentes autos, limitando-se a referida peça a tecer considerações sobre o direito do condenado à remição.

Contudo, ainda que a resposta não tenha sido totalmente adequada à espécie, tal circunstância não impede a apreciação do presente recurso, porquanto parte da pretensão ministerial foi rebatida.

A fuga durante a execução penal, nos termos do art. 50, II, da Lei n. 7.210/84, constitui falta grave, sujeitando o sentenciado à regressão do regime de cumprimento da pena e à perda do direito ao tempo remido pelo trabalho.

Em comentários ao art. 118 da LEP, Julio Fabbrini Mirabete observa:

“Se de um lado é imprescindível dotar a pena privativa da liberdade de progressão, que viabiliza ao condenado vislumbrar a possibilidade futura de vida livre, por outro não se deve enfraquecer a repressão social. Em caso de não se adaptar o condenado ao regime semi-aberto ou aberto, demonstrando a inexistência da sua reintegração social, fica o condenado também sujeito à regressão. Constitui-se esta na transferência do condenado para qualquer dos regimes mais rigorosos quando: praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime; e, na hipótese de se encontrar

em regime aberto, frustrar os fins da execução (...) Referindo-se a lei a transferência para ‘qualquer’ regime mais rigoroso, possibilita regressão do regime aberto diretamente para o regime fechado. Cabe ao juiz, examinando a causa da regressão, determinar para qual regime será transferido o condenado que se encontra em prisão albergue ou domiciliar” (Execução Penal, Atlas, São Paulo, 1997, 8ª ed., pág. 276).

No caso, após regular procedimento para a apuração do cometimento de falta grave, decidiu o Juiz da Vara de Execuções Penais de Chapecó que “tendo em vista as circunstâncias — notadamente a ausência de conseqüências — não tendo o reeducando praticado qualquer ilícito, tenho que o isolamento cubicular, por trinta dias, já aplicado pelo diretor da Penitenciária Agrícola de Chapecó, constitui-se sanção suficiente em resposta à conduta em transgressão (sic)” (fls. 13).

Não obstante tais considerações, a prática de falta grave é causa obrigatória de transferência do condenado para regime carcerário mais rigoroso.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

“Regime prisional — Regressão — Possibilidade — Art. 118 da Lei das Execuções Penais.

“O condenado que praticar fato definido como crime doloso ou falta grave estará sujeito à regressão de regime prisional, na forma do art. 118 da Lei de Execução Penal” (RSTJ 66/158).

Mais recentemente:

“Penal — Execução — Regime prisional — Regressão — Falta grave — Fuga.

“Cometida falta grave pelo condenado, e como tal se qualifica a fuga do cárcere, ainda que não seja o adequado, fica ele sujeito à regressão do regime prisional” (HC n. 7.196, de São Paulo, rel. Min. Fernando Gonçalves, publicado no DJU n. 111, de 15/6/98, pág. 166).

Do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

“Sentenciado que pratica falta grave — Regressão para modalidade mais severa — Possibilidade — Constrangimento ilegal.

“O Juiz, dentro do poder cautelar que lhe é inerente, não só pode como deve, ante a prática de falta grave como a de participação em rebelião, determinar de imediato o retorno do sentenciado ao regime mais severo, não constituindo tal providência constrangimento ilegal” (RJDTACRIM 24/446).

Ademais, demonstrando a necessidade da regressão, observe-se que a fuga deu-se apenas nove dias após Reginaldo Felisberto ter sido transferido para o regime semi-aberto e, ao contrário do que afirmado na decisão impugnada, foi ele recapturado porque preso em flagrante delito, já na Capital, por infração ao art. 10, § 3º, I e IV, da Lei n. 9.437/97 (fls. 19/21).

De outra parte, é de ter-se em conta que a perda do direito ao tempo remido, quando cometida falta grave, não ofende a nenhum princípio constitucional.

Dispõe o art. 126, caput, da Lei n. 7.210/84 que “o condenado que

cumpra a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução”, reservando o art. 127 do mesmo diploma que, no caso de punição por falta grave, o apenado “perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”.

Constata-se, então, que a finalidade precípua da remição é incentivar o comportamento adequado à disciplina do estabelecimento penal, estando a redução do tempo de prisão pelo trabalho condicionada, desde o início do cumprimento até o término do resgate, à verificação da inexistência de falta grave.

Assim, o cometimento de falta grave não retroage no tempo para alcançar situação já consolidada, caracterizando, na verdade, condição resolutive da remição.

Outra vez da lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Nos termos em que é regulada a remição, a inexistência de punição por falta grave é um dos requisitos exigidos para que o condenado mantenha o benefício da redução da pena. Praticando falta grave, o condenado deixa de ter o direito a remição, assim como, por exemplo, se revoga o sursis ou o livramento condicional quando o condenado pratica novo crime ou sofre condenação durante o período de prova (fixado ou prorrogado). Assim, o abatimento da pena em face de remição não se constitui em direito adquirido protegido por mandado constitucional; é condicional, ou seja, pode ser revogado na hipótese de falta grave. Como bem observam Sérgio Nunes Coelho e Daniel Prado da Silveira



ra, a remição 'está sujeita à cláusula rebus sic stantibus não podendo, somente, ter seus efeitos revogados quando já extinta a punibilidade pelo cumprimento da pena'" (obra citada, págs. 297/298).

Maurício Kuehne, de sua parte, adverte que "perde o condenado o tempo remido se cometer falta grave, esta definida por lei federal, subsistindo seu direito, no entanto, em relação ao novo período, a partir da data da infração disciplinar" (Doutrina e Prática da Execução Penal, Juruá, Curitiba, 1995, 2ª ed., pág. 58).

Em casos semelhantes, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

"Execução penal — Remição — Falta grave.

"O condenado que cumpre pena privativa de liberdade, e que comete falta grave, assim entendidas as do art. 50 da Lei n. 7.210/84, perde, por consequência do art. 127 do mesmo diploma legal, o direito à remição do período de trabalho" (HC n. 5.954, de São Paulo, rel. Min. Cid Flaquer Scarcezini, julgado em 13/10/97, publicado no DJU de 17/11/97).

Ou:

"O cometimento de falta grave gera a perda do tempo remido pelo

condenado — art. 127 da Lei de Execução Penal" (HC n. 4.033-5, de São Paulo, rel. Min. Pedro Aciole, julgado em 8/11/94, publicado no DJU de 12/12/94).

Ainda:

"Comprovada a falta grave, ao juízo da execução cabe decretar a perda dos dias remidos" (HC n. 6.816, de São Paulo, rel. Min. William Patterson, julgado em 29/9/97, publicado no DJU de 20/10/97).

Em consequência, diante da prática inegável de falta grave, deve o agravado regredir de regime, decretando-se, ainda, a perda do direito aos dias até então remidos pelo trabalho.

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varela; lavrando parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Maurílio Moreira Leite.

Florianópolis, 22 de dezembro de 1998.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente com voto;*  
*Paulo Gallotti,*  
*Relator.*

## REVISÃO CRIMINAL

### REVISÃO CRIMINAL N. 98.009668-5, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Genésio Nollí

*Revisão criminal.*

*“Pena — Dosimetria — Circunstância judicial e legal — Bis in idem — Inexistência. Descabe concluir por duplicidade conflitante com a ordem jurídica em vigor quando, sob o ângulo da pena-base, leva-se em conta a personalidade do agente, aludindo-se a processos anteriores e, sob o ângulo da agravante, considera-se a reincidência” (STF — HC n. 76648-1/SP — rel. Min. Marco Aurélio — julgado em 28/4/98).*

*Reconhecidas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, circunstâncias consideradas preponderantes pelo artigo 67 do Código Penal, procede-se à compensação. Agrava-se e logo em seguida atenua-se com o mesmo valor.*

*O aumento de metade na pena do crime de roubo, em decorrência da incidência das qualificadoras do emprego de arma e concurso de agentes, só é de ser determinado quando a prova revelar criminalidade violenta, com emprego de armas de grosso calibre e envolvimento de bando de marginais.*

*Pedido deferido para adequar a pena.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 98.009668-5, da comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal), em que é requerente José Valdecir Gonçalves:*

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por votação unânime, deferir o pedido para adequar a pena.

Custas legais.

Cuida-se de ação revisional proposta por José Valdecir Gonçalves, condenado à pena de 8 (oito) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa, no valor mínimo legal, por violação ao disposto no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal, decisão transitada em julgado.

Por meio do presente pedido pleiteia a minoração da pena corporal, em face da dupla valoração da reincidência e exacerbação na causa de especial aumento. Requer então que a pena-base seja fixada no mínimo legal, assim mantida pela compensação das circunstâncias agravantes e atenuantes e aumentada de 1/3 (um terço) pela causa de especial aumento.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo deferimento do pedido revisional.

É o relatório.

A presente revisional deve ser deferida, a fim de que a reprimenda seja adequada. Senão vejamos:

Ao fixar a pena-base o MM. Juiz se houve com certo exagero. A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP foi acertada na medida em que o Magistrado reconheceu a culpabilidade do réu, a censurabilidade de sua conduta, os seus péssimos antecedentes, sua conduta social reprovável e o motivo egoístico do crime.

No entanto houve exacerbação quando da fixação do quantum de pena aplicado. O mais prudente seria fixar a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão.

Incorre, no entanto, o alegado bis in idem. Os antecedentes não se confundem com a reincidência. Aque-

les não caracterizam a reincidência, dizem respeito a outros processos pelo qual o réu respondeu. Já a reincidência diz respeito a processo pelo qual o réu foi condenado por novo crime, dentro de cinco anos do trânsito em julgado do crime anterior.

Sobre a matéria recentemente o colendo Supremo Tribunal Federal se manifestou:

"Pena — Dosimetria — Circunstância judicial e legal — Bis in idem — Inexistência. Descabe concluir por duplicidade conflitante com a ordem jurídica em vigor quando, sob o ângulo da pena-base, leva-se em conta a personalidade do agente, aludindo-se a processos anteriores e, sob o ângulo da agravante, considera-se a reincidência" (STF — HC n. 76648-1/SP — rel. Min. Marco Aurélio — julgado em 28/4/98).

E deste eg. Tribunal de Justiça:

"Pena criminal — Pena-base fixada acima do mínimo legal — Réu com péssimos antecedentes e reincidente — Manutenção.

"Na fixação da pena-base é possível irrogá-la acima do mínimo legal ao agente primário, sem maus antecedentes nem circunstâncias graves, desde que expressamente motivada na sentença.

"Sendo o réu reincidente e também portador de maus antecedentes, ou seja, circunstâncias individualizadoras distintas e que não se confundem, justifica-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal para, depois, incidir aumento em face da reincidência.

"A condenação por crime anterior, que não sirva para caracterizar

reincidência, será utilizada como antecedentes nas circunstâncias judiciais (primeira fase da dosimetria), não se confundindo com aquela que produza reincidência, incidente somente como circunstância legal obrigatória (segunda fase); é claro que, se o fato é o mesmo, não poderá ser duplamente considerado. Bem por isso, é possível ter o agente maus antecedentes, má conduta e até má personalidade, sem ser reincidente ou, então, ser reincidente e não registrar maus antecedentes, apresentando boas conduta e personalidade, ou, ainda, ser de maus antecedentes e também reincidente” (Revisão Criminal n. 96.004649-6, de Curitiba — relator Des. Nilton Macedo Machado — j. em 28/8/96).

“Furto qualificado...

“Pena criminal — Antecedentes criminais e reincidência — Circunstâncias que, de regra, não se confundem — Multa — Agravantes e atenuantes — Incidência — Inadmissibilidade.

“A condenação por crime anterior, que não sirva para caracterizar reincidência, será utilizada como antecedentes nas circunstâncias judiciais (primeira fase da dosimetria), não se confundindo com aquela que produza reincidência, incidente somente como circunstância legal obrigatória (segunda fase); é claro que, se o fato é o mesmo, não poderá ser duplamente considerado. Bem por isso, é possível ter o agente maus antecedentes, má conduta e até má personalidade, sem ser reincidente ou, então, ser reincidente e não registrar maus antecedentes, apresentando boas conduta e personalidade, ou, ainda, ser de maus antecedentes e também reincidente” (Apelação Criminal n.

96.000818-7, de Videira — rel. Des. Nilton Macedo Machado — j. em 6/8/96).

Dessa forma, na segunda fase da dosimetria, reconhecida a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), é mantido o aumento de 2 (dois) meses na pena pois corretamente fixado, ficando a pena estabelecida em 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Ainda na segunda fase da dosimetria, presente a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP), deve ela compensar-se com a agravante da reincidência, por tratar-se de circunstâncias de cunho subjetivo.

Dispõe o art. 67 do CP, “no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”.

Na presente hipótese cuidam-se de circunstâncias de cunho subjetivo classificadas como preponderantes pelo Código Penal. Uma favorável (personalidade do agente) e outra desfavorável (reincidência).

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, “Não existe fundamento científico para a preponderância em abstrato de determinadas circunstâncias sobre as demais, sejam elas objetivas ou subjetivas, porque o fato criminoso, concretamente examinado, é que deve indicar essa preponderância” (Manual de Direito Penal, vol. 1, Atlas, 7ª ed., pág. 296).

In casu inviável a aferição de qual circunstância deve preponderar.

A propósito:

“Pena criminal — Circunstâncias legais — Concurso de agravantes e atenuantes — Preponderância e equivalência — Distinção — Recurso provido.

“Circunstâncias objetivas são aquelas relacionadas com os modos e meios de realização da infração penal, tempo, ocasião, lugar, objeto material e condições ou qualidades pessoais do ofendido; subjetivas são as que só dizem respeito ao agente, suas condições ou qualidades pessoais e relações com o ofendido, sem qualquer vinculação com a materialidade do crime.

“Há concurso de circunstâncias legais agravantes e atenuantes quando estão presentes concomitantemente, devendo ser consideradas de per si; havendo equivalência, poderá proceder-se à compensação, o que vale dizer, agrava-se e em seguida atenua-se, com o mesmo valor. No entanto, quando não haja equivalência, decorrente de uma delas ser preponderante (art. 67 do CP — de índole subjetiva), esta deve prevalecer para maior aumento ou menor diminuição, em relação àquelas de cunho objetivo” (Ap. Crim. n. 33.397, de São João Batista, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 5/9/95).

Assim, feita a compensação — diminui-se a pena de 2 (dois) meses em razão do reconhecimento da atenuante —, a pena é fixada em 5 (cinco) anos de reclusão.

Presente ainda a atenuante da menoridade (art. 65, I, do CP), a pena corretamente foi diminuída de 2 (dois) meses, ficando em 4 (quatro) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Na terceira fase, reconhecida a causa de especial aumento prevista no § 2º, inciso I, do art. 157, do Estatuto Repressivo Penal, o Juiz aumentou a pena da metade.

Porém, o Magistrado não justificou o aumento máximo da pena. O aumento de metade na pena é justificado quando ocorrerem circunstâncias especiais reveladoras de elevada marginalidade, com emprego de várias armas de grosso calibre e concurso de várias pessoas.

É entendimento da jurisprudência que “A simples existência de duas qualificadoras não é o bastante para se determinar exasperação maior do que a mínima estabelecida no § 2º do art. 157 do CP, sendo necessário, para tanto, que haja concorrência de circunstâncias especiais que indiquem a existência de uma maior eficácia intimidativa decorrente dessa situação” (RJTACRIM/SP 31/232).

O acréscimo fica então estabelecido em 1/3 (um terço) o que torna a pena definitivamente fixada em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão. Mantido o regime fechado para o cumprimento da pena.

Quanto à pena pecuniária, utilizados os mesmos parâmetros, fixo a base em 16 (dezesesseis) dias-multa. Presente na terceira fase causa de especial aumento, é elevada da terça parte, ficando definitivamente fixada em 22 (vinte e dois) dias-multa, no seu valor mínimo legal.

Nesses termos é deferido o pedido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi, Paulo Gallotti, Souza Varella, Alberto Costa e Alva-

ro Wandelli, tendo lavrado parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Huáscar Viana.

*José Roberge,  
Presidente com voto;  
Genésio Nolli,  
Relator.*

Florianópolis, 29 de outubro de 1998.

**JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL  
E ADMINISTRATIVA**





## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

### AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.116, DA CAPITAL

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Ação direta de inconstitucionalidade — Lei delegando ao Reitor da Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina (Udesc) a faculdade de deflagrar processo legislativo para reajuste de vencimentos dos servidores da instituição — Afronta ao art. 50, § 2º, II, da Carta Barriga Verde em simetria com o art. 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal — Invasão da competência privativa do Chefe do Poder Executivo.*

*As leis dispendo sobre o aumento de vencimentos na administração direta, autárquica e fundacional são de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo Estadual.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 116, da comarca da Capital, em que é requerente o Governador do Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, declarar inconstitucional a Lei n. 1.167/94, vinculada ao artigo 2º da Lei Complementar n. 100.

Custas na forma de lei.

O Governador do Estado de Santa Catarina propôs ação direta de inconstitucionalidade, visando ver declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 1.167, de abril de 1994, promulgada pelo Presidente da Assembléia Legislativa do Estado.

Aduziu que encaminhou àquela Casa Legislativa projeto de lei regulando a política de reajuste de vencimentos para os servidores públicos

estaduais pertencentes aos Quadros de Pessoal dos Órgãos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo.

Salientou que o artigo 2º do referido projeto de lei dispunha sobre a fixação da remuneração dos servidores lotados na Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina — Udesc, sendo que foi aprovada uma emenda parlamentar aditiva a seu art. 2º — concedendo ao Reitor daquela instituição a faculdade de iniciar processo legislativo tendente a reajustar os valores dos vencimentos de seus servidores.

Aduziu que presente a inconstitucionalidade da referida lei mediante a inclusão da expressão “pelo respectivo Reitor” àquele artigo. Tal acréscimo resultou no seu veto pelo Governador do Estado, dando azo à publicação da Lei Complementar n. 100, nos moldes do projeto inicial, uma vez que a prerrogativa cabe ao Chefe do Poder Executivo.

Encaminhado o veto à Assembléia Legislativa, esta rejeitou-o, promulgando a Lei n. 1.167/94, novamente contendo aquela expressão.

A inconstitucionalidade resta configurada, dès que a faculdade concedida ao Reitor da Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina — Udesc, afronta a Constituição Estadual, em seu artigo 50, § 2º, inciso II, pois aí se encontra um rol exaustivo de legitimação para deflagrar o processo legislativo.

Acrescenta que a Universidade do Estado de Santa Catarina é típica fundação pública e, achando-se seus servidores incluídos no art. 50, § 2º, inc. II, da CE, só pode ter aumento de

remuneração mediante lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

Propugna pela imediata suspensão cautelar dos efeitos da Lei n. 1.167, de 12/4/1994, vinculada ao art. 2º da LC n. 100, de 30/11/1993, e a final a procedência da ação para a declaração de inconstitucionalidade dos citados diplomas legais.

Concedida a liminar para suspensão da norma impugnada, apresentou a Procuradoria da Assembléia Legislativa suas razões, aplaudindo a propositura da ação, bem como a concessão da medida liminar.

Transcorrido o prazo para manifestação do Procurador-Geral do Estado, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. João Carlos Kurtz, manifestou-se pela concessão do pedido inicial, para declarar inconstitucional o preceito atacado.

O Dr. André Luiz Mendes Meditsch, nomeado Curador para defesa da lei objeto da ação, opinou por sua constitucionalidade.

É o relatório.

O Governador do Estado de Santa Catarina propôs ação direta de inconstitucionalidade, visando ver declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 1.167, de 12 de abril de 1994, promulgada pelo Presidente da Assembléia Legislativa, vinculada ao artigo 2º da Lei Complementar n. 100 de 30/11/1993, em função de delegação de faculdade ao Reitor da Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina — Udesc, que afronta preceito da Constituição Estadual.

Merece acolhimento a pretensão.

O cerne da questão encontra-se na inclusão pela Assembléia Legislativa, por emenda aditiva, da expressão “pelo respectivo Reitor” ao artigo 2º da Lei n. 1.167, permitindo que este deflagrasse processo legislativo para reajuste de vencimentos dos servidores daquela instituição.

Ocorre que tal prerrogativa é exclusiva do Chefe do Poder Executivo, ou seja, do Governador do Estado.

Essa assertiva encontra respaldo na Carta Política Catarinense, em seu artigo 50, § 2º, II, que é transcrição de preceito similar da Carta Maior do País, em face das atribuições privativas do Presidente da República no âmbito da administração pública federal.

Assim dispõe o artigo 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal:

“(…)

“§ 1º — São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

“(…)

“II — disponham sobre:

“a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração...”.

E o artigo 50, § 2º, II, da Constituição Estadual:

“(…)

“(…)

“§ 2º — São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:

“(…)

“II — a criação de cargos e funções públicas na administração direta,

autárquica e fundacional ou aumento de sua remuneração...”.

Ives Gandra Martins explica o porquê da exclusividade de competência ao Chefe do Poder Executivo:

“A matéria enunciada pela letra a diz respeito a questões de ordem administrativa afetas ao Poder Executivo. Em face da autonomia do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, no que diz respeito à sua administração direta, são estes poderes autônomos, cabendo-lhes, portanto, a iniciativa das leis.

“Por esta razão, há de se entender que a letra a é fundamentalmente dirigida à Administração direta do Poder Executivo e à Administração indireta. Esta não pode pertencer aos outros poderes...”

“...tudo o que diz respeito à Administração Pública diz também respeito aos orçamentos, sendo o Executivo seu principal condutor.

“O fato de o sistema atual admitir a convivência de um orçamento executado sem ter sido aprovado pelo Congresso, em face da inexistência de expressa menção ao princípio da anualidade, visto que tal princípio apenas é aplicável à lei de diretrizes orçamentárias, infelizmente sem forças para amarrar a lei orçamentária posterior, não exclui as dificuldades inerentes à execução, sendo que qualquer aumento de vencimentos ou criação de novas funções pode acarretar desequilíbrio de porte.

“Por esta razão, houve por bem o constituinte ofertar competência de atribuições exclusiva, para efeitos de deflagração do processo legislativo, ao Presidente da República” (in “Comentários à Constituição do Brasil”,

Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, SP, Saraiva, 1995, vol. 4, págs. 399/400).

José Cretella Júnior leciona:

“Todo funcionalismo da Administração direta e das autarquias federais é pago pelos cofres da União. São, assim, de iniciativa privativa do Presidente da República leis que disponham sobre o aumento de remuneração dos cargos criados, das novas funções, dos novos empregos públicos, que dão, como conseqüência, maior número de funcionários públicos federais, e, como conseqüência, sobrecarregando os cofres da União” (in “Comentários à Constituição de 1988”, 1ª ed., RJ, Forense, 1991, pág. 2.736).

Também Hely Lopes Meirelles afirma que:

“O aumento de vencimentos — padrão e vantagens — dos servidores públicos depende de lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo (CF art. 61, § 1º, II, a). É uma restrição fundada na harmonia dos Poderes e no reconhecimento de que só o Executivo está em condições de saber quando e em que limites pode majorar a retribuição de seus servidores...” (in “Direito Administrativo Brasileiro”, 21ª ed., SP, Saraiva, 1996, pág. 404).

Então, em função dos cofres públicos e previsões orçamentárias, cabe ao Chefe do Executivo o aumento de remuneração dos servidores públicos, por meio de processo legislativo. Os funcionários das fundações também foram incluídos neste preceito pela Carta Estadual, de forma que tal prerrogativa alcança os servidores da Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina — Udesc.

A propósito leciona Lúcia Valle Figueiredo, in “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, 1994, pág. 85, ao tratar das Fundações Públicas:

“Na verdade, acerca das fundações de Direito Público nada há para acrescentar, posto que entendemos serem elas verdadeiras autarquias, na esteira do saudoso mestre Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, bem como de Celso Antonio Bandeira de Mello”, este último ainda aduzindo: “Em rigor, as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm”.

Na espécie, a natureza pública da fundação emerge expressamente da Lei n. 8.092, de 1º/10/1990, que criou a Udesc, mantida pelo Estado (artigo 1º).

O preceito guerreado, pois, afronta diretamente dispositivo da Lei Maior, devendo ser declarado inconstitucional. Não que o Poder Legislativo não possa ou não deva apresentar emendas às leis editadas pelo Executivo; ao contrário, é mister que o Legislativo utilize-se deste meio, inclusive para elevar a qualidade da legislação. No entanto, deve fazê-lo de maneira que não altere substancialmente o projeto inicial, a ponto de afrontar preceito constitucional, como sucedeu in casu.

Hely Lopes Meirelles ensina:

“As leis de criação, transformação e extinção de cargos, funções ou empregos, ainda que dependam de iniciativa do Poder competente, podem sofrer emendas do Legislativo, desde que não ultrapassem os limites qualitativos (natureza ou espécie) e

quantitativos da proposta, nem desfigurem o projeto inicial. Negar totalmente o poder de emenda é suprimir uma prerrogativa institucional do Legislativo, mas permiti-lo sem limites é invalidar o controle de um Poder sobre seus serviços e seu orçamento, cuja competência lhe é dada pela própria Constituição da República. Daí por que a Carta Magna veda expressamente emendas que aumentem a despesa prevista na proposta de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo (art. 63, I) e do Legislativo ou do Judiciário (art. 63, II)" (in ob. cit., págs. 367/368).

A jurisprudência endossa tal entendimento.

Vejamos alguns julgados:

"Ação direta de inconstitucionalidade — Vantagem estendida a servidor público em caso de aposentadoria — Lei originária do Legislativo Municipal — Invasão de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo — Violação ao art. 61, § 1º, II, c, da CF/88 e art. 50, § 2º, n. IV, da Carta Estadual — Ação Procedente.

"As leis dispendo sobre servidores públicos, com natural repercussão nos cofres da União, Estado e Município, são de iniciativa privativa do Poder Executivo" (in TJSC, ADIn. n. 112, da Capital, j. em 7/6/95).

E:

"Mandado de segurança — Vencimento dos servidores municipais — Majoração através de lei promulgada pela Câmara — (...) — Indébita ingerência na competência do Chefe do Poder Executivo — Anulação do ato Legislativo — CF/88, art. 61, § 1º, item II, letra a; CE/89, art. 50, § 2º, II...

"Illegítimo é o ato de promulgação de Lei pela Edilidade majorando aumento de servidor público, por isso que a competência nessa hipótese é exclusiva do Chefe do Poder Executivo local" (in TJSC, ACMS n. 3.533, de Palhoça, j. em 23/6/94).

Ainda desta Corte:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 2.443, de 23/3/90, que dispõe sobre a política salarial para os servidores públicos municipais. Competência privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal. Declaração de inconstitucionalidade.

"Por princípio ao estabelecido nas Constituições Federal (art. 61, § 1º, item II, letra a) e Estadual (art. 50, § 2º, item II), é da iniciativa do Chefe do Poder Executivo Municipal as leis que disponham sobre a criação de cargos e funções públicas na administração direta, autárquica e fundacional ou aumento de remuneração" (in TJSC, ADIn. n. 18, de Criciúma, rel. Des. Wilson Guarany, j. em 21/8/91).

E mais:

"Inconstitucionalidade da Lei n. 8.040, de 26/7/90 — Vício de origem — Declaração incidenter tantum.

"A criação, transformação ou extinção de cargos, empregos ou funções do Poder Executivo é da iniciativa exclusiva do Governador do Estado, e a sanção do projeto de iniciativa do Poder Legislativo não supre o vício da origem, porque se trata de direito constitucionalmente regrado, e, portanto, indisponível" (in TJSC, ARGINC n. 13, da Capital, rel. Des. Eder Graf, j. em 26/10/92).

Os demais Tribunais corroboram esta posição.

O Superior Tribunal de Justiça já julgou:

“Processo legislativo — Projeto de lei — Iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo — Emenda parlamentar aumentando despesa prevista — Inadmissibilidade — Art. 61/CF, § 1º, II, a — art. 63/CF, I.

“Projeto de iniciativa do Governador do Estado — Emenda parlamentar acarretando aumento de despesas previstas — Voto derrubado e promulgação — Constituição Federal, arts. 61, § 1º, II, a, e 63, I — Lei Complementar Estadual 38/90 (art. 3º, § 3º). 1. No processo legislativo, conseqüente de projeto de lei de iniciativa reservada constitucionalmente ao Chefe do Poder Executivo, está vedada a emenda parlamentar aumentando despesa prevista. É reconhecido o pleno exercício do poder parlamentar da emenda quando não colidir com a competência de iniciativa constitucionalmente reservada ao Chefe do Poder Executivo (arts. 61, § 1º, a, e 63, I, CF). 2. O processo legislativo não pode contornar ou ignorar as imperativas disposições constitucionais, sob pena de ficar viciada ou infirmada a validade da elaboração normativa, ainda que conciliada com regras regimentais internas. 3. Recurso improvido (STJ — Rec. em Mand. de Segurança n. 1.743-6 — Rondônia, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 19/10/94).

Por fim:

“Estado Membro — Processo legislativo — I. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no senti-

do da observância compulsória pelos Estados Membros das regras básicas do processo legislativo federal, como, por exemplo, daquelas que dizem respeito à iniciativa reservada (CF, art. 61, § 1º) e com os limites do poder de emenda parlamentar (CF, art. 63). II. Precedentes...” (STF — ADIn. n. 1.060 (MC) — RS, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 23/9/94).

Inegável, pois, a inconstitucionalidade da lei em questão, dès que é de exclusiva competência do Governador do Estado a instauração de processo legislativo para o aumento de remuneração dos servidores estaduais, aí incluídos os servidores das organizações fundacionais do Estado.

Diante das razões expostas, dá-se provimento à ação, para declarar-se inconstitucional a Lei n. 1.167/94, vinculada ao artigo 2º da Lei Complementar n.100.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. José Roberge, Alberto Costa, Álvaro Wandelli, Anselmo Cerello, Genésio Nollí, Jorge Mussi, Sérgio Paladino, Xavier Vieira, Wilson Guarany, Francisco Oliveira Filho e Eder Graf. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. João Carlos Kurtz.

Florianópolis, 2 de setembro de 1998.

*João Martins,*  
*Presidente;*  
*Alcides Aguiar,*  
*Relator.*

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**





## AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 189.110 (AGRG) — SC

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Agravante: Estado de Santa Catarina

Agravados: Julcinir Ireno Martins e outros

*Equivalência — Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. A Carta Política da República encerra a equivalência remuneratória dos cargos dos três Poderes, a saber: Ministro de Estado, Deputado Federal e Senadores e Ministros do Supremo Tribunal Federal. A simetria há de ser observada nas unidades da Federação.*

*Teto constitucional — Observância. Assentada a premissa segundo a qual a remuneração do cargo de Secretário de Estado vem sendo alterada visando a manter os vencimentos dos servidores do Executivo em patamar inferior, não vulnera a Carta da República decisão com que, a partir da equivalência remuneratória dos cargos de Secretário de Estado e Deputado Estadual, conclui-se pela existência, no âmbito do Executivo, de um teto real, agasalhando o pleito dos servidores.*

### ACÓRDÃO

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental.*

*Néri da Silveira,  
Presidente;  
Marco Aurélio,  
Relator.*

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MARCO AU-  
RÉLIO: Ao negar acolhida ao pedido  
formulado no agravo, mediante a deci-  
são de fls. 125 e 126, consignei:

Brasília, 29 de setembro de 1997.

Na petição de embargos declaratórios, apontou-se não haver a Corte de origem emitido entendimento explícito sobre os temas jurídicos empolgados nas informações e que são objeto de reiteração no extraordinário. Ocorre que os citados embargos foram desprovidos, não vindo à balha a emissão de juízo sobre as matérias. Incumbia ao Estado de Santa Catarina articular o vício de procedimento e não pleitear a análise das questões que afirmou não haverem sido objeto de debate e decisão prévios.

No mais, o que se nota é que o Tribunal de Justiça, sopesando a legislação estadual, assentou o concurso do direito líquido e certo dos agravados a não verem reduzidos os respectivos vencimentos. O Colegiado aludia à revogação da Lei Complementar n. 43/92 pela Lei Complementar n. 100 do Estado de Santa Catarina e à equivalência constitucional com base na remuneração dos secretários e deputados estaduais. Resaltou também o fato de exsurgir dos diplomas estaduais o direito à percepção de vencimentos observado tão somente o teto revelado pela remuneração dos secretários. Em momento algum conclui-se de forma contrária aos artigos 2º, 37, inciso XI e XIII, 49, inciso VIII, 61, § 1º, inciso II, alíneas a e c, e 96, inciso II, alínea b, do corpo permanente da Carta e 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Daí o agravo regimental de folhas 128 a 134, com o qual o Estado de Santa Catarina alega, inicialmente, que o requisito alusivo ao prequestionamento foi preenchido, não obstante a ausência de citação expressa dos dispositivos constitucionais, porquan-

to possível verificar-se “a confusão feita pelo acórdão no que tange ao teto de remuneração devida para servidor de cada poder, diferentemente”. Nesse passo, argumenta que o teto a ser observado para os servidores do Legislativo, Judiciário e Executivo é o da remuneração dos deputados estaduais, dos desembargadores do Tribunal e dos secretários de Estado, respectivamente, não havendo falar-se em isonomia entre subsídio de deputado e vencimentos do secretário. Insiste em que a conclusão adotada pela Corte de origem implicou ofensa aos artigos 49, VIII, 61, § 1º, e 96, inciso II, da Carta Política da República e desrespeito à orientação do verbete n. 339 da Súmula desta Corte, salientando que o não-acolhimento do pedido contido no agravo, “...implica em (sic) dizer que o artigo 37, XIII, não é de observância obrigatória pelos Estados em suas Constituições. Ou que, sendo obrigatório, o fato de o Judiciário criar um teto a partir de uma remuneração híbrida, resultante da soma de vencimentos de cargo de um poder e subsídio do cargo de outro poder, não ofende o seguinte teor do mandamento constitucional”. Por fim, transcreve o inciso XI do citado artigo 37 da Carta, destacando a expressão “como limites máximos e no âmbito de cada poder”.

Recebi os autos em 14 de maio de 1997 e liberei-os para julgamento em 9 de julho, tendo sido ultrapassado o prazo regimental em virtude da atuação simultânea nesta Corte e na Presidência do Tribunal Superior Eleitoral.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO MARCO AU-  
RÉLIO (RELATOR): Na interposição  
deste agravo foram observados os  
pressupostos de recorribilidade que  
lhe são inerentes. A peça, subscrita  
por procuradora do Estado, foi proto-  
colada dentro do prazo em dobro a  
que tem jus o agravante. A decisão  
impugnada foi veiculada no Diário de  
8 de abril de 1997, terça-feira (folha  
127), ocorrendo a manifestação do in-  
conformismo em 18 imediato, sex-  
ta-feira (folha 128). Dele conheço.

A apreciação de todo e qual-  
quer recurso extraordinário faz-se a  
partir do que assentado mediante o  
acórdão que se pretende fulminar. De-  
feso é considerar premissas não  
constantes dos parâmetros nele as-  
sentados. Ora, conforme ressaltado  
na decisão de folhas 125 e 126, em  
momento algum o Tribunal de Justiça  
do Estado de Santa Catarina adotou  
entendimento contrário a texto da Car-  
ta Política da República. Examinando  
normas locais, concluiu:

“Mandado de segurança — Te-  
to de remuneração de servidores pú-  
blicos estaduais — Limitação em 80%  
da remuneração de Secretário de  
Estado (LC n. 43/92) — Inadmissibili-  
dade — Segurança concedida.

“A redução do teto de venci-  
mento e adicional por tempo de servi-  
ço de servidor público municipal, de-  
terminado pela Lei Complementar n.  
43/92, não atinge situações já consoli-  
dadas antes do seu advento (direito  
adquirido). Este dispositivo limitativo  
de remuneração foi revogado pela Lei  
Complementar n. 100/93.

“Tendo em vista o disposto no  
artigo 23, incisos I e III, da Constituição  
Estadual de Santa Catarina, o teto esti-  
pendial dos servidores estaduais deve  
levar em conta o vencimento de secre-  
tário de Estado como parâmetro, que  
deve coincidir com o subsídio de depu-  
tado estadual, mais a representação  
de secretário, até o advento da emen-  
da n. 5/93, quando o teto será a remu-  
neração deste último”.

Depreende-se, então, que a  
Corte de origem não chegou a consti-  
tuir, em si, um teto. Levou em conta o  
fato de que o quantitativo percebido  
por secretário de Estado, objetivando  
mesmo afastar direito dos servidores,  
mostrou-se irrisório. A partir dessa óp-  
tica e tendo em vista a isonomia da re-  
muneração dos topos dos três Pode-  
res, assentou que seria considerado,  
na espécie, o que percebido pelo  
secretário de Estado, sopesando-se,  
de qualquer forma, o subsídio dos de-  
putados estaduais. Vê-se, assim, que  
a decisão prolatada mostrou-se har-  
mônica com a jurisprudência desta  
Corte relativa à equivalência dos ven-  
cimentos nos três Poderes, em face,  
repita-se, do que percebido quando  
do exercício dos cargos mais eleva-  
dos. Em síntese, corrigiu-se, como pa-  
râmetro, a remuneração do cargo de  
secretário de Estado, isto à mercê da  
conclusão do procedimento do Exe-  
cutivo visando a manter o teto consti-  
tucional em patamar inferior. Repor-  
tando-me à decisão proferida, nego  
provimento a este regimental.

É o meu voto.

## EXTRATO DA ATA

Ag. n. 189.110 (AgRg) — SC —  
rel.: Min. Marco Aurélio. Agte.: Estado

de Santa Catarina (Adv.: PGE-SC Edith Gondin). Agdos.: Julcinir Ireno Martins e outros (Advs.: Fátima Daniella Piazza e outro).

Decisão: Por unanimidade, a Turma negou provimento ao agravo regimental. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão

os Senhores Ministros Marco Aurélio e Maurício Corrêa. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim. Sub-procurador-Geral da República Dr. Mardem Costa Pinto.

Brasília, 29 de setembro de 1997.

*Carlos Alberto Cantanhede,*  
*Secretário.*

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO

### RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 203.009 — SC (PRIMEIRA TURMA)

**Relator: O Sr. Ministro Ilmar Galvão**

**Recorrente: União Federal**

**Recorrido: Município de Ituporanga**

*Tributário. IOF. Aplicação de recursos da prefeitura municipal no mercado financeiro. Imunidade do art. 150, VI, a, da Constituição.*

*À ausência de norma vedando as operações financeiras da espécie, é de reconhecer-se estarem elas protegidas pela imunidade do dispositivo constitucional indicado, posto tratar-se, no caso, de rendas produzidas por bens patrimoniais do ente público.*

*Recurso não conhecido.*

## ACÓRDÃO

Brasília, 22 de outubro de 1996.

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso extraordinário.*

*Moreira Alves,*  
*Presidente;*  
*Ilmar Galvão,*  
*Relator.*

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator): Trata-se de recurso extraordinário que, na forma do art. 102, III, a, da Constituição Federal, foi interposto pela União Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região confirmatório de sentença que, com fundamento no princípio da imunidade tributária recíproca, exonerou da incidência de IOF as aplicações de recursos municipais no mercado financeiro.

Sustenta a recorrente haver o acórdão ofendido os arts. 150, VI, a, e 153, V, da Constituição, aduzindo que a imunidade, no caso, é restrita ao patrimônio, à renda e aos serviços das entidades de direito público, hipóteses não configuradas no caso, onde se tem imposto sobre a produção e a circulação, certo que a Municipalidade, quando efetua aplicações financeiras, está desenvolvendo exploração de atividade econômica que não lhe é própria. O recurso, admitido na origem, foi regularmente processado.

A douta Procuradoria-Geral da República, oficiando no feito, opina pelo improvimento.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Relator): O acórdão recorrido acolheu o voto do eminente Relator, que, em sua síntese, teve por inconstitucional, em face do disposto no art. 150, VI, a, da Constituição Federal, a cobrança do IOF, previsto no art. 1º da Lei n. 8.033/90, sobre os investimentos e aplicações dos municípios.

Trata-se de decisão irrepreensível.

Com efeito, não apenas inexiste norma que impeça os entes políticos de manter os seus ativos financeiros aplicados no mercado financeiro, ao abrigo dos efeitos da inflação, mas também se está, nesse caso, diante de renda produzida por bens móveis, encontrando-se, portanto, sob a proteção da norma do art. 150, VI, a, da Constituição, que, por não versar isenção tributária, mas imunidade, não está sujeita a interpretação restritiva, como entendido pela recorrente.

Ante o exposto, meu voto, na forma preconizada pela jurisprudência desta Corte no tocante ao tema, não conhece do recurso.

## EXTRATO DA ATA

RE 203.009—SC — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Recte.: União Federal (Adv.: PFN — Dolizete Fátima Michelin). Recdo.: Município de Ituporanga (Adv.: Elmo Pisetta).

Decisão: A Turma não conheceu do recurso extraordinário. Unânime.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frazzino Pereira.

Brasília, 22 de outubro de 1996.

*Ricardo Dias Duarte,*  
*Secretário.*



**JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**





## RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL N. 73.642 — SC — (REG.: 95/0044519-0)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Anselmo Santiago

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Pedro Paulo da Silva Ribeiro

Advogados: Drs. João Paulo Ferreira e outro

*EMENTA: Recurso especial — Prescrição — Concurso formal — Penas consideradas isoladamente — Art. 119 do Código Penal.*

*1. Na forma do art. 119, CP, considera-se, isoladamente, para efeito de prescrição, o delito que compõe o quadro do concurso formal.*

*2. Nessas condições, levar-se-á em conta a pena que seria aplicada, caso se tratasse de concurso material.*

*3. Recurso especial conhecido e provido.*

### ACÓRDÃO

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros William Patterson e Fernando*

*Gonçalves. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Vicente Leal.*

Brasília—DF, 11 de dezembro de 1997.  
(data do julgamento).

*Ministro Anselmo Santiago,  
Presidente e Relator.*

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: — Trata-se de recurso especial (fls. 129/136), agitado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra aresto emanado da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que rejeitou preliminar de prescrição e manteve a sentença condenatória proferida em Primeiro Grau.

Diz o Parquet que se considerou, para negar a prescrição, o fato de ela não ter ocorrido com referência ao delito mais grave e não se destacar a reprimenda para os menos lesivos.

O Ministério Público Federal, em parecer elaborado pela ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque (fls. 147/150), opina pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (RELATOR): Em Primeiro Grau (fls. 82/88), o réu foi condenado a 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, em regime aberto, sendo 1 (um) ano a pena-base e 4 (quatro) meses, representando um acréscimo de 1/3, pelo concurso formal, vez que do acidente de trânsito, cuja responsabilidade lhe foi atribuída, resultou a morte de uma pessoa (art. 121, § 3º, CP) e lesões corporais em outras duas (art. 129, § 6º, CP).

Quanto ao homicídio culposo, cuja pena vai de 1 (um) a 3 (três) anos de detenção, o castigo foi fixado no mínimo. Usando-se do mesmo crité-

rio, com relação às lesões corporais, sua reprimenda teria de ser de 2 (dois) meses de detenção, a cada caso, resultando o seu somatório exatamente nos 4 (quatro) meses fixados pela continuação, isto para um máximo de 1 (um) ano.

Tem-se, portanto, que com referência às lesões corporais o condenado obteve a extinção da punibilidade, pela prescrição, posto que, considerados os dois delitos, isoladamente, já teria sido ultrapassado o biênio previsto para tal hipótese (art. 109, IV, CP). De fato, sendo a denúncia recebida em 14/4/92 (fls. 51), quando sobreveio a sentença condenatória em 8/9/94 (fls. 88v.), já haviam decorridos esses dois anos.

Imaginar de forma diversa seria penalizar mais o agente no concurso formal, ou crime continuado, que no concurso material, onde as penas seriam fixadas separadamente, não se duvidando de que assim se consideraria para os efeitos prescricionais. Não vejo razões, pois, para um tratamento diferenciado.

É certo que na Suprema Corte há abalizadas opiniões em sentido inverso, como no caso do HC n. 69.147/SP, da 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, sendo o aresto publicado na RTJ 140/928 e cuja ementa, ao que interessa, proclama:

“Prescrição: pena concreta: causa especial de aumento e concurso formal.

“1. (.....)

“2. Na hipótese de concurso formal, desconsidera-se o acréscimo a ele correspondente, no cálculo da prescrição pela pena concreta, para evitar, no ponto, tratamento mais rigo-

roso que o do concurso material; dito acréscimo, contudo, parcela de uma sanção única imputada à unidade de fato do concurso formal, dela não se dissocia, como se fora uma pena distinta, para efeito de prescrição isolada".

Há, contudo, os que pensam de forma diversa, como se observa pelo acórdão da 2ª Turma, relatado pelo Min. Marco Aurélio, no HC n. 71.983/SP, publicado no DJU de 31/5/96, pág. 18.801, em cuja ementa se diz:

"Competência — Habeas corpus — Ato de tribunal de justiça — Prescrição — Concurso formal — Interrupção (...) Prescrição — Pretensão executória — Concurso de crimes — Penas — Somatório — Inadmissibilidade.

"Na hipótese de concurso de crimes, a extinção quer da punibilidade quer da pretensão executória do Estado é considerada a partir da pena de cada um deles isoladamente. Interpretação analógica permitida no campo penal, porque favorável ao acusado, do disposto no art. 119 do Código Penal, buscando-se a harmonia do sistema".

Dentro desse mesmo princípio, pode-se invocar julgado desta 6ª Turma, no REsp. n. 76.551/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 16/9/96, pág. 33.802, assim estando redigida a sua ementa:

"Recurso Especial — Penal — Condenação — Concurso formal — Prescrição. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente (CP, art. 119). No caso dos autos, o recorrente fora condenado por homicídio culposo (concurso for-

mal) e explosão culposa (concurso formal). Para efeito de cálculo da prescrição, leva-se em conta a pena aplicada a cada delito, excluída a majoração do concurso".

Também nesse sentido opinam Damásio E. de Jesus ("Prescrição Penal", 4ª ed., 89, págs. 165/166) e Celso Delmanto ("Código Penal Comentado", 11ª ed., 96, pág. 183, o qual assim expõe o seu ponto de vista:

"Prescrição apenas do acréscimo. Discute-se se pode haver prescrição só do acréscimo conseqüente do concurso formal ou crime continuado. Entendemos ser possível, desde que haja ocorrido a prescrição isolada do crime que acarretou o referido acréscimo".

Repito que não haverá dificuldades se, levados em conta os delitos menores que venham a compor o concurso formal, se aplicar a eles os mesmos critérios para estimar a pena do delito mais grave, considerando uma reprimenda que, teoricamente, seria aplicada se se tratasse de concurso material.

Com tais argumentos, dou provimento ao recurso para reconhecer a extinção da punibilidade do condenado, pela prescrição retroativa, com relação aos dois delitos de lesões corporais, reduzida a reprimenda, assim, a 1 (um) ano de detenção, desconsiderada a causa que redundou no concurso formal, mantido tudo o mais.

Mesmo com a redução, não foram transpostos os 4 (quatro) anos necessários para o reconhecimento da prescrição, quanto ao crime mais grave (art. 109, V, CP), prazo que não se passou nem do recebimento da denúncia (14/4/92), até a sentença con-

denatória (8/9/94); nem desta última, até o presente momento, sabendo-se que o aresto combatido simplesmente

confirmou a decisão monocrática, sem força interruptiva.

É o meu voto.

## RECURSO ESPECIAL N. 155.595-SC (97/00822613-9)

**Relator: O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro**

**Recorrente: Sul América Terrestres Marítimos e Acidentes Companhia de Seguros**

**Recorrido: Roberto Benecke**

**Advogados: Drs. Fernando Neves da Silva e outros; Dr. Jocely Xavier Araújo**

*EMENTA: Civil. Seguro de Veículo. Valor da indenização.*

*O valor pelo qual o bem foi segurado é apenas o limite máximo a ser pago, podendo o contrato estipular o dever de indenizar pelo preço de mercado do bem à época do furto ou da perda total.*

## ACÓRDÃO

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento.*

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Menezes Direito, Costa Leite e Nilson Naves.

Brasília, 9 de dezembro de 1997.  
(data do julgamento).

*Ministro Costa Leite,*

*Presidente;*

*Ministro Eduardo Ribeiro,*

*Relator.*

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: — Trata-se de ação de cobrança de indenização, relativa a seguro, movida contra Sul América Seguros, em razão de acidente com veículo de propriedade de Roberto Benecke. Reconhecida a perda total, a ré pagou ao autor o correspondente ao preço de mercado do veículo, apesar de esse estar segurado por valor maior. O autor pleiteou a diferença, obtendo sentença desfavorável.

Apelou o vencido, sustentando que, conforme o art. 1.458 do Código Civil, o segurador é obrigado a pagar o valor constante da apólice. Provida a apelação, interpôs a ré recurso especial, alegando violação aos arts. 1.432 e 1.437 do Código Civil, além de divergência jurisprudencial. Afirma que, no contrato, fora estipulado o limite máximo da indenização a ser pa-

ga, devendo ser observado, em caso de sinistro com perda total ou furto o valor de mercado do bem. Obstaculizado no tribunal a quo, interpôs agravo de instrumento, que, provido, converteu-se no presente recurso especial.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: — Autor e ré firmaram contrato de seguro de veículo automotor, mencionando-se determinado valor para a indenização. A importância efetivamente paga, em razão do sinistro, foi menor, correspondendo ao valor de mercado do bem, naquele momento.

A jurisprudência da Segunda Seção deste Tribunal tem-se orientado no sentido de que o valor pelo qual o bem foi segurado constitui o limite máximo indenizável, sendo lícito o pa-

gamento, se previsto em contrato, do valor de mercado do bem. É o que se vê neste recentíssimo julgado desta Terceira Turma:

“Civil — Ação de cobrança — Contrato de seguro — Furto de veículo — Valor da indenização.

“I — Precedentes da Segunda Seção pacificaram entendimento no sentido de que o valor por que segurado o bem constitui apenas o limite máximo indenizável, não se divisando, assim, ilicitude na cláusula que estipula a indenização pelo valor médio do mercado.

“II — Recurso não conhecido” (REsp. n. 105.566, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 1º/9/97).

No mesmo sentido REsp. n. 63.678, rel. Min. Costa Leite.

Conheço do recurso e lhe dou provimento para restabelecer a conclusão da sentença.



**VICE-PRESIDÊNCIA  
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**





## RECURSOS ESPECIAIS

### RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 97.008369-6, DE LAGES

**Recorrente: Igaras Papéis e Embalagens S/A**

**(Advogados: Dr. Aristeu Dewitz e outros)**

**Recorrida: Celesc — Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A**

**(Advogados: Dr. Marcos A. Moraes de Córdova e outros)**

Trata-se de recurso especial fundamentado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra decisão da colenda Terceira Câmara Civil, cuja ementa dispôs:

“Apelação Cível em Mandado de Segurança. Energia elétrica. Plano cruzado. Congelamento de preços. Majoração da tarifa pelas portarias DNAEE ns. 038 e 045/86. Ilegalidade. Superveniência da portaria DNAEE n. 153/86, sob o signo da legalidade.

“Tendo sido revogadas as Portarias que ofenderam o direito líquido e certo da apelante no ano de 1986, intransponível o óbice ao acolhimento de sua pretensão insculpido no art. 18 da Lei n. 1.533/51.

“Recurso e remessa desprovidos”.

Compulsando os autos, verifica-se que os motivos declinados na petição especial merecem melhor análise, porquanto os julgados trazidos à colação do Superior Tribunal de Justiça demonstram divergência com o acórdão recorrido, eis que afastam a decadência, considerando os atos impugnados que determinaram o aumento das tarifas de energia elétrica como de trato sucessivo.

Ademais, reputo pertinentes os argumentos da postulante, pois a jurisprudência mais recente do colendo Superior Tribunal de Justiça é do seguinte teor:

“Administrativo. Tarifas. Energia elétrica. Majoração. Plano cruzado. Portarias DNAEE. Ilegalidade. Novos aumentos com base nas mesmas portarias reconhecidas como ilegais. Impossibilidade.

“Reconhecidas como ilegais as Portarias do DNAEE que determinaram o aumento na cobrança da tarifa de energia elétrica, durante o período de congelamento de preços instituído pelos Decretos-Leis ns. 2.283 e 2.284, de 1986, a partir do término desta etapa, não poderiam ser impostos novos aumentos com base nas mesmas portarias, anteriormente consideradas ilegítimas”.

Está consignado no corpo do julgado:

“Essa exegese, na espécie, afigura-se-me a mais escoreta. Isso porque é muito natural que a Recorrida reajuste suas tarifas de energia elétrica, repassando percentuais correspondentes aos períodos posteriores ao congelamento de preços. O que não é admissível é tomar por base, em tais aumentos, valores correspondentes aos reajustes que durante a fase de congelamento foram considerados ilegais. Seria reconhecer, por via indireta, a eficácia de atos que a jurisprudência desta Corte reconheceu como ilegais. E não é possível admitir-se esta distorção” (REsp. n. 125.393—RS, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 18/9/97). No mesmo sentido: REsp. n. 151.046—SC, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 2/4/98.

Acolhendo Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 183.823—SC, o Ministro Hélio Mosimann proferiu o seguinte despacho, com referência à polêmica questão:

“Inconformada com despacho pelo qual manteve a negativa de subida a seu Recurso Especial, mantendo o despacho atacado por seu próprio

fundamento - Súmula 83/STJ, volta a Metalúrgica CSM Ltda. com este Regimental, aduzindo, em resumo, não estar pacificado o entendimento jurisprudencial sobre o tema em debate, pelo que, prevalecendo o despacho atacado, ‘estar-se-á tratando de forma desigual aqueles que se encontram em situação de absoluta igualdade, na medida em que para um caso se reconhece que a declaração da ilegalidade dos aumentos contamina os aumentos futuros, e, para outro caso, em decorrência da mesma declaração de ilegalidade, a manifestação é de forma inversa, ou seja, de que os aumentos futuros poderiam ser efetuados com base nos aumentos tidos como ilegais (Portarias ns. 038 e 045/86 do DNAEE)’.

“Colaciona julgados que entendem favoráveis à sua tese, batendo-se, a final, pelo provimento deste Regimental, com a conseqüente subida do apelo extremo.

“Tendo em vista a argumentação expendida pela agravante, recon sidero o despacho de fls. 74, ordenando a subida do Recurso Especial” (DJU de 26/6/98, pág. 93).

Ante o exposto, admito o recurso.

Subam os autos ao colendo Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se.

Florianópolis, 5 de abril de 1999.

*Wilson Guarany,*  
*Vice-Presidente.*

**RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 98.004072-8, DE JARAGUÁ DO SUL****Recorrentes: Gráfica e Editora CP Ltda. e outros****(Advogado: Dr. Romeo Piazero Júnior)****Recorrido: BB — Leasing S/A Arrendamento Mercantil****(Advogado: Dr. Renato Luiz Martins Gaertner)****Recorrido: Banco do Brasil S/A****(Advogado: Dr. Osny Carmona Garcia)**

Cuida-se de recurso especial fundamentado no art. 105, III, alíneas a e c, da Constituição Federal, sob o argumento de contrariedade ao art. 42 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e art. 798 do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial.

Apresentadas contra-razões.

O acórdão recorrido, em sua ementa, parcialmente transcrita, as-sentou:

“Medida cautelar inominada — Liminar — Exclusão do nome da agravante do rol de inadimplentes mantido por instituições privadas tutelares do crédito — Inviabilidade — Exercício regular do direito — Inteligência do art. 43, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor — Agravo de instrumento desprovido”.

Compulsando os autos, verifica-se que os motivos declinados na petição especial merecem melhor análise, eis que o recorrente conseguiu demonstrar a possibilidade de contrariedade ao dispositivo do art. 42 da Lei n. 8.078/90, pois matéria controvertida, sendo que a jurisprudência dominante, especialmente do colendo Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que não cabe registro nos organismos de proteção ao crédito de devedor inadimplente, enquanto em discussão o débito.

Ademais o dissídio interpretativo está perfeitamente caracterizado, eis que os julgados trazidos à colação são no sentido da não admissibilidade da inclusão do nome dos devedores inadimplentes nos cadastros de instituições, como o SPC e o Serasa, enquanto sub judice a questão.

A propósito:

“Consumidor. Inscrição de seu nome em cadastros de proteção ao crédito. Montante da dívida objeto de controvérsia em Juízo. Inadmissibilidade.

“Constitui constrangimento e ameaça vedados pela Lei n. 8.078, de 11/9/90, o registro do nome do consumidor em cadastros de proteção ao crédito, quando o montante da dívida é ainda objeto de discussão em Juízo.

“Recurso especial conhecido e provido” (REsp. n. 170.281—SC, rel. Min. Barros Monteiro, j. 24/6/98).

Ante o exposto, admito o recurso.

Subam os autos ao colendo Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se.

Florianópolis, 17 de fevereiro de 1999.

*Wilson Guarany,*  
*Vice-Presidente.*

## RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

### RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 97.004677-4, DE IMARUÍ

**Recorrente: Município de Imaruí**

**(Advogada: Letiane A. Mousquer Leal)**

**Recorrido: Claudemir Pereira**

**(Advogado: Sérgio Machado Faust)**

Inconformado com a deliberação da Câmara Cível que garantiu ao recorrido o direito à estabilidade sindical de que trata o artigo 8º, VIII, da Constituição, o município de Imaruí interpõe o presente recurso extraordinário, fundamentado na alínea a do permissivo constitucional.

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pelo recorrido contra ato praticado pelo Prefeito Municipal de Imaruí que exonerou todos os servidores admitidos sem concurso público após 5 de outubro de 1983.

Em apelação, o impetrante obteve o reconhecimento do direito a permanecer no cargo, posto que detentor de cargo de direção do Sindica-

to dos Servidores Públicos Municipais de Imaruí, ocasião em que se julgou suficiente o registro do sindicato no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Acontece que o Sindicato foi fundado às pressas, em momento imediatamente anterior à posse do Prefeito eleito, com a finalidade de garantir a permanência no cargo de servidores não concursados e que não satisfaziam os requisitos do art. 19 do ADCT.

Por essa razão, reputo plausíveis os argumentos do Município de que o recorrido não teria direito à estabilidade sindical porque esta decorre de ingresso regular no serviço público, além de estar configurada a possibilidade de violação ao princípio da moralidade na administração pública.

Quanto à falta de registro do Sindicato no Ministério do Trabalho, entendo, com apoio em decisão do Supremo Tribunal Federal, que a razão está com o recorrido, pois a protocolização do pedido no órgão competente é suficiente para a garantia da estabilidade sindical:

“Estabilidade sindical provisória (CF, art. 8º, VII); reconhecimento da garantia aos diretores eleitos, na assembléia constitutiva da entidade sindical, desde, pelo menos, a data do pedido de registro no Ministério do Trabalho, o que não contraria a exigência deste, constante do art. 8º, I, da Constituição.

“1. A constituição de um sindicato “posto culmine no registro no Ministério do Trabalho (STF, MI 144, 3/8/92, Pertence, RTJ 147/868)” a ele não se resume: não é um ato, mas um processo.

“2. Da exigência do registro para o aperfeiçoamento da constituição do sindicato, não cabe inferir que só a partir dele estejam os seus dirigentes ao abrigo da estabilidade sindical: é “interpretação pedestre”, que esvazia de eficácia aquela garantia constitucional, no momento talvez em que ela se apresenta mais necessária, a da fundação da entidade de classe” (RE n. 205107—MG, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 6/8/98, DJ 25/9/98, pág. 21).

Pelo exposto, dou seguimento ao apelo extremo.

Remetam-se os autos ao colendo Supremo Tribunal Federal. Intimem-se.

Florianópolis, 17 de janeiro de 1999.

*Wilson Guarany,*  
*Vice-Presidente.*

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 98.006249-7, DE RIO DO SUL

**Recorrentes: Célio Goetten e Helena Goetten**

**(Advogado: Dr. Jairo Luis Pasqualini)**

**Recorrida: Weg Motores Ltda.**

**(Advogado: Dr. Antonio Carlos Luz Gottardi)**

Trata-se de recurso extraordinário, fundamentado na alínea a inciso III artigo 102 do Permissivo Constitucional, contra acórdão da Terceira Câmara Civil, que negou provimento ao apelo interposto pelos ora recorrentes.

Não houve contra-razões.

A decisão recorrida trouxe a seguinte ementa:

“Cambial — Nota promissória — Execução contra avalistas — Discussão sobre a origem do título — Inadmissibilidade — Cerceamento de defesa inexistente — Título hígido.

“Não caracteriza cerceamento de defesa, em sede de embargos do devedor, o fato de não ter sido produzida a prova pericial que objetivava comprovar a origem do débito, se a prova dos autos (nota promissória for-

malmente perfeita) é suficiente à convicção do magistrado.

Sendo o aval uma obrigação formal, autônoma e independente, é vedado aos avalistas discutirem acerca da causa que deu origem ao título, que representa dívida líquida, certa e exigível".

O recurso, embora tempestivo, não reúne condições de admissibilidade.

Alegou-se que houve cerceamento de defesa, no que tange à realização de perícia e demais provas, tendo, ipso facto, a decisão contrariado o disposto no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Em que pese o argumento ora esposado, não há falar em cerceamento de defesa, porquanto o Colegiado, ao dispensar a realização de perícia, considerou a prova inserida nos autos suficiente para a correta entrega da prestação jurisdicional, restando incólume qualquer dispositivo de ordem constitucional.

Do corpo do acórdão hostilizado extrai-se o lapidar entendimento:

"O fato de não ter sido realizada a prova pericial requerida, objetivando demonstrar que o débito teve origem em negociação comercial (compra e venda mercantil) e, por isso, não poderia ter sido emitida a nota promissória, não caracteriza cerceamento de defesa porque a prova dos autos (nota promissória — título for-

malmente perfeito, portanto, líquido, certo e exigível) é suficiente à convicção do magistrado; além do mais, se visava provar apenas a origem da nota (sem negar seu valor), tal fato não é possível diante da limitação da discussão deferida ao avalista" (fls. 42).

Ora, a necessidade da produção de outras provas, além das já existentes nos autos, submete-se à prudente discricção do juiz, sendo que o julgamento antecipado da lide impõe-se quando as provas requeridas pelas partes forem absolutamente irrelevantes para o pronunciamento do juízo decisório.

"Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder" (REsp. n. 2.832—RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 17/9/90, pág. 9.513).

"Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, incorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia" (RTJ 118/550).

Ante o exposto, nego seguimento ao apelo extremo.

Publique-se. Intime-se.

Florianópolis, 25 de fevereiro de 1999.

*Wilson Guarany,*  
*Vice-Presidente.*

# **LEGISLAÇÃO FEDERAL**





## LEI

### LEI N. 9.756, DE 17 DE DEZEMBRO DE 1998

*Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais.*

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. A Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — Código de Processo Civil, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 120. ....

Parágrafo único. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente.”

“Art. 481. ....

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade,

quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

“Art. 511. 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.” (NR)

“§ 1º. São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.

§ 2º. A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias.”

“Art. 542. ....

§ 3º. O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando inter-

postos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução, ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões."

"Art.544. ...."

§ 3º. Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá, ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial." (NR)

"....."

"Art. 545. Da decisão do relator que não admitir o agravo de instrumento, negar-lhe provimento ou reformar o acórdão recorrido, caberá agravo no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, observado o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 557." (NR)

"Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior."(NR)

"§ 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso."

"§ 1º. Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento." (NR)

"§ 2º. Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor."

Art. 2º. Os arts. 896 e 897 do Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 — Consolidação das Leis do Trabalho, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 896. Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte;

b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a;

c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.

§ 1º. O Recurso de Revista, dotado de efeito apenas devolutivo, será apresentado ao Presidente do Tribunal recorrido, que poderá recebê-lo ou denegá-lo, fundamentando, em qualquer caso, a decisão.

§ 2º. Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal.

§ 3º. Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência, nos termos do Livro I, Título IX, Capítulo I, do CPC, não servindo a súmula respectiva para ensejar a admissibilidade do Recurso de Revista quando contrariar Súmula de Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 4º. A divergência apta a ensejar o Recurso de Revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

....." (NR)

"Art. 897. ...."

§ 5º. Sob pena de não conhecimento, as partes promoverão a formação do instrumento do agravo de modo a possibilitar, caso provido, o imediato julgamento do recurso denegado, instruindo a petição de interposição:

I — obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação, das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado, da petição inicial, da contestação, da decisão originária, da comprovação do depósito recursal e do recolhimento das custas;

II — facultativamente, com outras peças que o agravante reputar úteis ao deslinde da matéria de mérito controvertida.

§ 6º. O agravado será intimado para oferecer resposta ao agravo e ao recurso principal, instruindo-a com as peças que considerar necessárias ao julgamento de ambos os recursos.

§ 7º. Provido o agravo, a Turma deliberará sobre o julgamento do recurso principal, observando-se, se for o caso, daí em diante, o procedimento relativo a esse recurso."

Art. 3º. A Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

"Art. 41-A. A decisão de Turma, no Superior Tribunal de Justiça, será tomada pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

Parágrafo único. Em habeas corpus originário ou recursal, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.

Art. 41-B. As despesas do porte de remessa e retorno dos autos serão recolhidas mediante documento de arrecadação, de conformidade com instruções e tabela expedidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Parágrafo único. A secretaria do tribunal local zelará pelo recolhimento das despesas postais."

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 17 de dezembro de 1998;  
177º da Independência e 110º da República.

*FERNANDO HENRIQUE CARDOSO*  
*Renan Calheiros*

# ÍNDICE NUMÉRICO



## **AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE**

116 — Capital.....	753
98.005567—9 — Chapecó .....	450

## **AÇÃO RESCISÓRIA**

96.012076—9 — Capital.....	438
----------------------------	-----

## **AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA**

98.009982—0 — Capital.....	444
----------------------------	-----

## **AGRAVOS DE INSTRUMENTO**

189.110 — Santa Catarina.....	761
97.011017—0 — Descanso.....	433
97.012872—0 — Capital.....	430
98.002298—3 — Chapecó .....	420
98.003522—8 — Capital.....	409
98.004919—9 — Tubarão.....	426
98.008546—2 — Blumenau.....	413
98.017594—1 — Lages .....	416
98.012775—0 — Capital.....	423

## **APELAÇÕES CÍVEIS**

49.432 — Criciúma.....	401
51.513 — Capital.....	265
88.072458—1 — Balneário Camboriú .....	389
88.078349—3 — Itajaí .....	384
88.083648—7 — Tubarão.....	331
96.004386—1 — Chapecó .....	335
96.004470—1 — Mafra.....	398
96.009507—1 — Blumenau.....	276
96.011644—3 — Capital.....	179
96.011705—9 — Capital.....	181
96.012345—8 — Capital.....	240
97.002436—3 — Itajaí .....	311

97.005380—0	— Gaspar .....	247
97.006552—3	— Cunha Porã.....	348
97.007052—7	— Capital.....	230
97.007837—4	— Capital.....	132
97.010120—1	— Capital.....	167
97.011107—0	— Criciúma.....	404
97.012282—9	— Içara.....	269
97.012670—0	— Capital.....	297
97.013556—4	— Capital.....	232
97.014181—5	— Palhoça.....	406
97.014988—3	— Barra Velha.....	196
97.015196—9	— Chapecó.....	338
98.000416—0	— Jaraguá do Sul.....	340
98.000924—3	— Capital.....	354
98.001008—0	— Jaraguá do Sul.....	271
98.001870—6	— São José.....	371
98.001890—0	— Capital.....	377
98.003508—2	— São José.....	199
98.004538—0	— Santo Amaro da Imperatriz.....	139
98.004555—0	— Maravilha.....	343
98.005063—4	— Urussanga.....	176
98.005176—2	— Jaguaruna.....	250
98.005478—8	— Chapecó.....	280
98.006661—1	— Laguna.....	284
98.006951—3	— Criciúma.....	287
98.007462—2	— Capital.....	315
98.007701—0	— Campos Novos.....	142
98.008739—2	— São José.....	323
98.008895—0	— Itajaí.....	294
98.008913—1	— Capital.....	217
98.010409—2	— Blumenau.....	148
98.010911—6	— Capital.....	185
98.011338—5	— Biguaçu.....	156
98.011387—3	— São Francisco do Sul.....	237
98.012434—4	— Criciúma.....	300
98.013394—7	— Santa Cecília.....	329
98.013705—5	— Capital.....	222
98.013941—4	— Blumenau.....	162
98.015717—0	— Chapecó.....	188
98.017751—0	— Criciúma.....	307

## APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

88.086812—6	— Capital.....	88
88.086996—8	— Capital.....	93
96.001130—7	— Balneário Camboriú.....	111
96.002605—3	— Chapecó.....	98



96.004378—0	— Blumenau.....	103
96.009182—3	— Capital.....	111
97.001807—0	— Joinville.....	115
97.006369—5	— Piçarras.....	85
97.011827—9	— Maravilha.....	121
97.012878—9	— Capital.....	76
98.004411—1	— Araranguá.....	126
98.013671—7	— Capital.....	81
98.015175—9	— Barra Velha.....	78

## APELAÇÕES CRIMINAIS

96.005162—7	— Blumenau.....	682
96.006062—6	— São Joaquim.....	686
97.001568—2	— Chapecó.....	498
97.005576—5	— Joinville.....	502
97.014786—4	— Araranguá.....	507
98.000222—2	— Criciúma.....	549
98.003271—7	— Araranguá.....	572
98.003478—7	— Balneário Camboriú.....	514
98.003566—0	— Videira.....	699
98.007033—3	— Joaçaba.....	667
98.008308—7	— Capital.....	522
98.008558—6	— Capital.....	531
98.008561—6	— Rio Negrinho.....	669
98.009257—4	— Mafra.....	518
98.009528—0	— Joinville.....	603
98.011079—3	— Joinville.....	534
98.012328—3	— Itajaí.....	647
98.012388—7	— Balneário Camboriú.....	543
98.012880—3	— Capital.....	708
98.013029—8	— Blumenau.....	711
98.013078—6	— Canoinhas.....	653
98.013567—2	— Criciúma.....	673
98.015261—5	— Joinville.....	491
98.018386—3	— Capital.....	493
99.001516—5	— Itajaí.....	495
99.002222—6	— Capital.....	718

## CONFLITO DE COMPETÊNCIA

98.013651—2	— Capital.....	442
-------------	----------------	-----

## EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

98.017576—3	— Joaçaba.....	456
-------------	----------------	-----

**HABEAS CORPUS**

98.006478—3	— Balneário Camboriú .....	467
98.007179—8	— Criciúma .....	479
98.009374—0	— Rio do Sul .....	465
98.012242—2	— Blumenau .....	461
98.013198—7	— Joinville .....	485

**MANDADOS DE SEGURANÇA**

88.060127—2	— Capital .....	56
96.003893—0	— Capital .....	67
98.003179—6	— Capital .....	62
98.007294—8	— Capital .....	51
98.009280—9	— Capital .....	70

**RECURSO CRIMINAL**

98.012136—1	— Timbó .....	488
-------------	---------------	-----

**RECURSOS DE AGRAVO**

98.007404—5	— Itajaí .....	739
98.016569—5	— Chapecó .....	741

**RECURSOS ESPECIAIS**

73.642	— Santa Catarina .....	769
155.595	— Santa Catarina .....	772

**RECURSOS ESPECIAIS CÍVEIS**

97.008369—6	— Lages .....	777
98.004072—8	— Jaraguá do Sul .....	779

**RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS**

203.009	— Santa Catarina .....	764
97.004677—4	— Imaruí .....	780
98.006249—7	— Rio do Sul .....	781

**REVISÃO CRIMINAL**

98.009668—5	— Balneário Camboriú .....	745
-------------	----------------------------	-----

# **ÍNDICE POR ASSUNTO**



## A

### ABORTO

- Autorização judicial — Anencefalia fetal. Inviabilização da vida extra-uterina. Comprovação. Pedido instruído com laudo médico irrefutável da anomalia e com favorável parecer psicológico do casal. Evidência de risco à saúde da gestante. Interpretação extensiva da excludente de punibilidade prevista no art. 128, I, do CP, e dos princípios de analogia previstos no art. 3º do CPP. Pleito concedido..... 699

### AÇÃO

- Carência — Decretação. Alimentos. Desistência, pela mulher, por ocasião da separação consensual e quando da conversão desta em divórcio. Pretendida obtenção posteriormente, em face de mudança da situação econômica. Impossibilidade. Exegese do art. 267, VI, do CPC. .... 340
- Conexão — Dupla apelação. Tramitação no Tribunal por relatores diferentes. Necessidade de julgamento simultâneo. Aplicação dos arts. 103 e 106 do CPC..... 384
- Direta de inconstitucionalidade — Conexão de ações. Reconhecimento. Demanda previamente ajuizada com identidade de objeto e causa petendi. Reunião dos processos. Determinação..... 450

### AÇÃO ANULATÓRIA

- Título — Cumulação com sustação de protesto. Duplicata. Prestação de serviços. Profunda alteração do objeto contratado pela contratante. Elevação dos custos. Silêncio da contratante quando da cientificação feita a esse respeito. Causa debendi comprovada. Alegação de compensação pela entrega de menor quantidade de outros materiais. Arguição infundada. Prova documental em sentido contrário. Pleito improcedente. Sentença confirmada..... 236

### AÇÃO CIVIL PÚBLICA

- Liminar — Concessão parcial. Embargos declaratórios. Interposição contra decisões interlocutórias. Admissibilidade. Obscurida-

- de e omissão reconhecidas. Decisão que, em alusão aos fundamentos já expostos, amplia os efeitos da liminar. Possibilidade. Inexistência de ofensa ao art. 93, IX, da CF. Embargos providos. ... 420
- Logradouro — Abertura irregular. Área de preservação permanente. Desmatamento. Alegação de serviço prestado a terceiro. Irrelevância. Dano ambiental. Configuração. Licença municipal. Incomprovação. Responsabilidade civil objetiva caracterizada. Desfazimento da obra. Determinação. Sentença mantida. .... 265
- Meio ambiente — Construções clandestinas. Área non aedificandi. Demolição. Citação do cônjuge. Desnecessidade. Dano efetivo. Inexigibilidade. Indenização. Verba indevida. Pedido procedente. Sentença confirmada. .... 354

## **AÇÃO COMINATÓRIA**

- Vide Cominatória.

## **AÇÃO DE ALIMENTOS**

- Vide Alimentos.

## **AÇÃO DE COBRANÇA**

- Contrato de empreitada — Estaqueamento. Futura instalação de empreendimento comercial. Inadimplência da contratante. Continuidade das obras suspensas. Cisão da empresa firmatária da avença e constituição de outras duas. Alterações contratuais sucessivas que não obstam a pendência obrigacional da dívida perante o credor. Pedido procedente. Recurso provido. .... 323
- Cumulação com indenização — Contrato. Compromisso de permuta de terreno por área nele construída. Atraso na edificação da obra. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Alegação de dificuldades financeiras pelos planos econômicos. Inaceitabilidade. Cláusula penal moratória cumulada com perdas e danos. Possibilidade. Pedido procedente. Recurso desprovido. .... 222
- Seguro de vida em grupo — Morte do segurado. Acidente de trânsito. Pagamento do seguro, no entanto, por morte natural. Incabimento. Recibo impresso de quitação que estabelece o valor da indenização bem menor que o realmente devido. Documento destituído de valor jurídico. Recebimento da diferença mantida. Decisão confirmada. .... 329
- Veículo — Furto. Seguro. Recusa, pela seguradora, ao pagamento da indenização sob alegação de não-apresentação da guia de liberação alfandegária definitiva. Exigibilidade descabida. Veículo importado regularmente registrado na repartição de trânsito. Verba indenizatória devida. Decisão mantida. Recurso desprovido. .. 237

**AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO**

- Vide Consignação em pagamento.

**AÇÃO DE DESPEJO**

- Vide Locação.

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO**

- Vide Indenização.

**AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

- Vide Investigação de paternidade.

**AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE**

- Vide Possessória.

**AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA**

- Vide Nunciação de obra nova.

**AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE**

- Vide Possessória.

**AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO**

- Vide Responsabilidade civil.

**AÇÃO DECLARATÓRIA**

- Inexistência de débito — Duplicata. Prestação de serviço. Emissão, por comissária aduaneira, para pagamento de impostos e taxas que não contaram com a autorização expressa da contratante. Título com ausência de executóriedade. Pedido procedente. Recurso provido. .... 276

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

- Conexão de ações — Reconhecimento. Reunião dos processos. Lei Complementar. IPTU. Alteração na sistemática do tributo. Ausência de publicação da norma no exercício anterior. Impossibilidade. Aplicação do princípio da anualidade. Liminar concedida. 450
- Lei — Norma delegando ao reitor da Udesc a faculdade de deflagrar processo legislativo para reajuste de vencimentos dos servidores da instituição. Afronta ao art. 50, § 2º, II, da CE, combinado com o art. 61, § 1º, II, letra a, da CF. Invasão da competência privativa do chefe do poder executivo. Inconstitucionalidade declarada. .... 753

**AÇÃO MONITÓRIA**

- Sociedade comercial — Cheque sem fundos. Emitente que não detinha poderes para a emissão. Responsabilidade pelo pagamento. Aplicação do art. 10 do Decreto n. 3.708/19. Legitimidade passiva caracterizada. Sentença de procedência confirmada. .... 294

**AÇÃO ORDINÁRIA**

- Agravo de instrumento — Recurso interposto por litisconsortes. Mandato judicial. Instrumento de substabelecimento sem a junta do mandato originário de alguns dos autores recorrentes. Agravo conhecido porque interposto por um dos litisconsortes e que a todos aproveita. Inteligência do art. 509 do CPC. .... 409
- Contrato — Abertura de crédito fixo. Novação pactual. Inocorrência. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade aos contratos bancários. Multa contratual. Redução de ofício. Taxa Básica de Financiamento (TBF). Utilização como índice de atualização monetária. Legalidade. Cumulação com comissão de permanência. Impossibilidade. Juros moratórios. Capitalização. Inadmissibilidade. Limitação a 12% ao ano. Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF. Recurso parcialmente provido. .... 250

**AÇÃO PENAL**

- Crime contra os costumes — Prova da miserabilidade do representante da vítima. Demonstração. Legitimidade do órgão ministerial caracterizada. .... 653
- Trancamento — Crime contra a honra. Calúnia e difamação. Imputação a advogado. Imunidade. Exegese do art. 133 da CF. Fatos narrados em petição na esfera civil. Expressões diretamente ligadas com o objeto da discussão da lide. Ausência de dolo. Falta de justa causa para a deflagração criminal. Ordem de habeas corpus concedida. .... 467
- Trancamento — Queixa-crime. Ausência de menção do fato criminoso e do dispositivo violado no instrumento procuratório. Suprimento. Impossibilidade. Prazo decadencial transcorrido. Extinção da punibilidade dos querelados. Declaração. Exegese dos arts. 38 e 44 do CPP. Ordem de habeas corpus concedida. .... 467

**AÇÃO REIVINDICATÓRIA**

- Vide Reivindicatória.

**AÇÃO RESCISÓRIA**

- Indenização — Sentença que afasta o réu da relação processual por ilegitimidade passiva ad causam. Decisão terminativa. Inad-



missibilidade do manejo da rescisória. Inexistência de coisa julgada sobre o mérito. Exegese do art. 485 do CPC. .... 438

## ACIDENTE DE TRÂNSITO

- Atropelamento — Via urbana de tráfego rápido. Travessia imprudente e inopinada de pedestre. Constatação. Veículo dirigido de acordo com as normas regulamentares de trânsito. Presunção de culpa do motorista afastada. Culpa exclusiva da vítima. Transferência da obligatio ad diligentiam. Ação de reparação de danos pessoais improcedente. .... 185
- Homicídio qualificado — Motorista embriagado causador do evento. Prisão preventiva. Necessidade. Garantia da ordem pública. Aplicação do princípio da confiança do juiz da instrução. Ordem de habeas corpus denegada. .... 461

## ACIDENTE DO TRABALHO

- Doença degenerativa — Agravamento pelas condições do trabalho desenvolvido. Possibilidade. Nexos etiológico. Reconhecimento. Conversão do auxílio-doença previdenciário em acidentário. Desnecessidade. Igualdade percentual dos benefícios em face da Lei n. 9.032/95. Concessão do auxílio-acidente ao obreiro. Marco inicial. Contagem. Recurso parcialmente provido. .... 287
- Mineiro de subsolo — Pneumoconiose. Obreiro aposentado por invalidez. Pretendida cumulação com auxílio-acidente decorrente de males da coluna lombar adquiridos na mesma atividade. Inadmissibilidade. Moléstias advindas do mesmo fato gerador. Pedido improcedente. .... 176
- Trabalhador braçal — Moléstia da coluna lombar. Agravamento decorrente do ofício. Nexos etiológico. Comprovação. Auxílio-acidente concedido. Honorários do perito. Fixação. Honorários advocatícios. Mitigação. Recurso parcialmente provido. .... 338

## ADVOGADO

- Crime contra a honra — Calúnia e difamação. Imputação a causídico. Imunidade. Exegese do art. 133 da CF. Fatos narrados em petição na esfera civil. Expressões diretamente ligadas com o objeto da discussão da lide. Ausência de dolo. Falta de justa causa para a deflagração criminal. Ordem de habeas corpus concedida. Trancamento da ação penal. .... 467

## AGRAVO REGIMENTAL

- Vide Recurso.

**ALIMENTOS**

- Cumulação com investigação de paternidade — Demanda interposta pelo Ministério Público. Admissibilidade. Exegese do art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.560/92. .... 404
- Cumulação com investigação de paternidade — Perícia grafotécnica. Indeferimento. Desnecessidade para o deslinde da questão. Cerceamento inóceno. Ônus alimentar. Redução. Fixação de acordo com as possibilidades da pessoa obrigada. Exegese do art. 400 do CC. Recurso parcialmente provido. .... 271
- Exoneração — Mudança de fortuna da credora e concubinato, embora sem coabitação. Comprovação. Aplicação do art. 401 do CC. Pleito procedente. .... 377
- Provisionais — Desistência, pela mulher, por ocasião da separação consensual e quando da conversão desta em divórcio. Pretensão obtida posteriormente, em face de mudança da situação econômica. Impossibilidade. Carência da ação. Decretação. .... 340
- Provisionais — Redução. Pretensão injustificada. Verba arbitrada conforme as necessidades do alimentado e as possibilidades do alimentante. Exegese do art. 400 do CC. Agravo desprovido. .... 430
- Separação judicial — Culpa exclusiva do separando. Padrão de vida conjugal elevado. Pensão alimentícia. Conjugação do binômio possibilidade-necessidade. Exegese do art. 400 do CC. Deferimento do benefício à separanda. Sentença reformada nesta parte. .... 315

**ALVARÁ JUDICIAL**

- Levantamento de valores relativos ao FGTS e PIS/PASEP — Filho menor. Necessidade da quantia para quitação de saldo devedor de imóvel. Inteligência do art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.858/80. Pleito indeferido. Incabimento. Sentença reformada. Recurso provido. .... 230

**APELAÇÃO CÍVEL**

- Vide Recurso.

**APELAÇÃO CRIMINAL**

- Vide Recurso crime.

**APROPRIAÇÃO INDÉBITA**

- Habeas corpus — Delito imputado a administrador de pessoa jurídica. Falta de justa causa para a persecução penal. Incabimento. Prévia ação de prestação de contas. Dispensabilidade. Independência das esferas civil e penal. Ordem denegada. .... 485
- Suspensão do processo — Oferecimento pelo órgão ministerial conforme previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95. Magistrado que

não designa audiência para tal desiderato e sem a abertura de prazo para apresentação das alegações finais pelo órgão do Parquet prola sentença absolutória. Incabimento. Vulneração do princípio constitucional do contraditório. Anulação do processo. Decretação. Recurso ministerial provido. .... 518

## **ARRENDAMENTO**

— Mercantil — Leasing. Maquinário importado. ICMS. Fato gerador inocorrente. Tributo indevido. Inteligência do disposto nos arts. 3º, VIII, e 2º, § 1º, da Lei Complementar n. 87/96. .... 81

## **ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR**

— Vide Crime contra os costumes.

## **ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

— Art. 49, §§ 1º a 4º ..... 23

## **ATO ILÍCITO**

— Vide Indenização e Responsabilidade civil.

## **ATO JUDICIAL**

— Mandado de segurança — Impetração como sucedâneo recursal. Impossibilidade ante a nova redação dada ao art. 558 do CPC. . 444

## **AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO**

— Pedido de transferência — Indeferimento. Alegação de compromisso comercial agendado na mesma data. Justificativa incomprovada. Cerceamento de defesa inocorrente. Agravo retido desprovido. .... 300

## **AUTORIA**

— Negativa — Acolhimento pelo Tribunal do Júri. Incabimento. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Ocorrência. Novo julgamento determinado. .... 495

## **AUXÍLIO-ACIDENTE**

— Vide Acidente do trabalho.

## **AUXÍLIO-DOENÇA**

— Vide Acidente do trabalho.

**B****BUSCA E APREENSÃO**

- Máquina — Crime contra a propriedade imaterial. Alegação de produto com exclusivo privilégio de invenção da requerente. Laudo pericial. Homologação. Peça técnica firmada por dois peritos nomeados e compromissados pelo juízo, com habilitação específica para o exame. Validade. Decisão homologatória mantida. Recurso desprovido. .... 682
- Veículo — Embargos de terceiro. Alegação de domínio do bem. Incomprovação. Propriedade pertencente ao embargado. Constatção. Pedido improcedente. Recurso adesivo pelo embargado. Pretendida restituição imediata do bem. Procedência..... 331

**C****CAMBIAL**

- Duplicata — Prestação de serviço. Emissão, por comissária aduaneira, para pagamento de impostos e taxas que não contaram com a autorização expressa da contratante. Título com ausência de executóriedade. Ação declaratória de inexistência de débito procedente..... 276
- Duplicata — Prestação de serviços. Ação anulatória. Cumulação com sustação de protesto. Profunda alteração do objeto contratado pela contratante. Elevação dos custos. Silêncio da contratante quando da cientificação feita a esse respeito. Causa debendi comprovada. Alegação de compensação pela entrega de menor quantidade de outros materiais. Arguição infundada. Prova documental em sentido contrário. Pleito improcedente. Sentença confirmada. 232
- Duplicata — Prestação de serviços. Cártula sem aceite e não protestada. Inexistência de título hábil para o manejo da execucional. Embargos procedentes. .... 297

**CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL**

- Ação de consignação em pagamento — Discussão da dívida. Possibilidade. Prestações pagas a maior. Débito remanescente. Perí-

cia. Saldo positivo. Constatação. Decisão remetendo as partes às vias ordinárias. Desnecessidade. Matéria com solução na própria consignatória. Recurso provido para o prosseguimento do pleito com o exame das questões suscitadas. .... 401

## CERCEAMENTO DE DEFESA

- Inocorrência — Ação de investigação de paternidade. Perícia grafotécnica. Indeferimento. Desnecessidade para o deslinde da quaestio. Preliminar afastada. .... 271
- Inocorrência — Audiência de instrução e julgamento. Pedido de transferência. Indeferimento. Alegação de compromisso comercial na mesma data. Justificativa improvada. Agravo retido desprovido. .... 300
- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. 354
- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. Aspectos da causa suficientes para embasar o convencimento do magistrado. .... 156
- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. Dilação probatória desnecessária. Preliminar afastada. .... 162
- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. Matéria essencialmente comprovada por meio de documentos... 217
- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. Prova documental suficiente à solução da lide. Preliminar afastada. .... 222
- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Questão meramente de direito..... 343
- Inocorrência — Produção de prova em audiência. Desnecessidade. Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. .... 371
- Inocorrência — Produção de prova oral. Dispensabilidade. Realização de vistoria e apresentação de laudo pericial na forma do art. 420, caput, do CPC. Diligência suprida satisfatoriamente. .... 398
- Prova pericial — Desnecessidade. Magistrado que a entendeu despicienda à solução da lide. Cerceamento inexistente. Agravo desprovido..... 148
- Testemunha — Substituição pelas não encontradas. Indeferimento pelo juiz. Admissibilidade. Indicação com intuito protelatório. Cerceamento incorrente. Preliminar afastada..... 603

## CHEQUE

- Embargos à execução — Emissão em garantia de dívida. Subsistência da eficácia executiva. Cártula assinada em branco. Presunção de mandato tácito. Defesa fundada em exceções pessoais. Inoponibilidade a terceiro de boa-fé. Honorários advocatícios. Redução. Recurso parcialmente provido..... 343

- Execução — Embargos do devedor. Demonstrativo atualizado do débito. Desnecessidade. Cobrança do valor literal da cártula. Discussão da causa debendi. Impossibilidade. Título autônomo. Liquidez da dívida inabalada. Recurso desprovido. .... 162
- Falta de fundos — Sociedade comercial. Ação monitória. Emitente que não detinha poderes para a emissão. Responsabilidade pelo pagamento. Aplicação do art. 10 do Decreto n. 3.708/19. Legitimidade passiva caracterizada. Sentença de procedência confirmada. .... 294

## CITAÇÃO

- Ação civil pública — Citação do cônjuge. Desnecessidade. Matéria que não versa sobre qualquer das hipóteses previstas no art. 10, § 1º, do CPC. .... 354
- Execução — Embargos de terceiro. Ausência de citação do credor-exeqüente. Incabimento. Violação dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Nulidade da sentença. Decretação. .... 196
- Nulidade — Inocorrência. Ação de nunciação de obra nova. Ausência de citação da esposa do réu. Ato suprido pelo comparecimento espontâneo. .... 389

## CITAÇÃO (matéria penal)

- Vício — Inocorrência. Ausência de prejuízo à defesa. Constatação. Nulidade afastada. .... 603

## CO-AUTORIA

- Homicídio qualificado — Júri. Desclassificação para lesões corporais. Recurso ministerial. Pretendida anulação do julgamento. Alegação de omissão de quesito obrigatório alusivo à co-autoria. Acoplamento da prefacial. Novo julgamento ordenado. .... 502

## COCAÍNA

- Vide Crime contra a saúde pública.

## CÓDIGO BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES (Lei n. 4.117/1962)

- ..... 549 e 572

## CÓDIGO CIVIL

- Art. 82 ..... 132
- Art. 115 ..... 250
- Art. 129 ..... 132
- Art. 136, I ..... 294
- Art. 159 ..... 185 e 240
- Art. 178, §§ 3º e 4º, I ..... 3

— Art. 178, § 6º, II .....	240
— Art. 231, III .....	340 e 377
— Art. 338 .....	3
— Art. 339 .....	3
— Art. 340 .....	3
— Art. 344 .....	3
— Art. 363 .....	3 e 404
— Art. 363, II .....	142
— Art. 364 .....	3
— Art. 395 .....	139
— Art. 396 .....	340
— Art. 397 .....	340
— Art. 400 .....	271, 315 e 430
— Art. 401 .....	315 e 377
— Art. 488 .....	389
— Art. 489 .....	156, 217 e 371
— Art. 490 .....	156
— Art. 492 .....	156
— Art. 505 .....	156
— Art. 505, in fine .....	331
— Art. 516 .....	23
— Art. 520 .....	179
— Art. 524 .....	217 e 371
— Art. 554 .....	103
— Art. 588 .....	103
— Art. 634 .....	389
— Arts. 678 a 694 .....	23
— Art. 713 .....	23
— Art. 741 .....	23
— Art. 874 .....	433
— Arts. 916 a 927 .....	222
— Art. 960 .....	222
— Art. 988 .....	156
— Art. 1.062 .....	250
— Art. 1.080 .....	167
— Art. 1.092 .....	323, 401 e 433
— Art. 1.093 .....	433
— Art. 1.245 .....	240
— Art. 1.262 .....	250
— Art. 1.432 .....	237 e 772
— Art. 1.437 .....	772
— Art. 1.443 .....	237
— Art. 1.458 .....	772
— Art. 1.460 .....	199

— Art. 1.531.....	343
-------------------	-----

## **CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)**

— .....	188 e 413
— Art. 3º, § 2º .....	426
— Art. 6º, VIII .....	167
— Art. 12, § 3º .....	167
— Art. 29.....	426
— Art. 30.....	167
— Art. 35, I, II e III.....	167
— Art. 37.....	167
— Art. 51, I, II e IV .....	222
— Art. 52, § 1º .....	250

## **CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 5.624/1979)**

— Art. 112.....	718
— Art. 248, parágrafo único.....	718

## **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

— Art. 10.....	23
— Art. 10, § 1º .....	354
— Art. 17, II.....	232
— Art. 18.....	132
— Art. 19, § 2º .....	404
— Art. 20, caput .....	343 e 406
— Art. 20, § 3º .....	323
— Art. 20, § 4º .....	132, 176, 217, 307, 371 e 423
— Art. 21.....	315
— Art. 33.....	404
— Art. 50.....	404
— Art. 54.....	404
— Art. 81.....	404
— Art. 100, IV, a e d .....	413
— Art. 103.....	384
— Art. 105.....	384
— Art. 106.....	384
— Art. 111.....	413
— Art. 125, I e II.....	142
— Art. 130.....	142 e 300
— Art. 135, I.....	456
— Art. 162.....	438
— Art. 192.....	300
— Art. 250, parágrafo único.....	98



— Art. 265, § 1º .....	247
— Art. 267, IV .....	438
— Art. 267, VI .....	331, 338 e 354
— Art. 267, § 3º .....	444
— Art. 268 .....	438
— Art. 269, IV .....	423
— Art. 273 .....	426
— Art. 280, I .....	148
— Art. 282, III, IV e V .....	162
— Art. 289 .....	389
— Art. 301 .....	335
— Art. 301, X .....	331
— Art. 301, §§ 1º e 2º .....	217
— Art. 312 .....	456
— Art. 330 .....	217
— Art. 330, I .....	132, 156, 167, 222, 250 e 354
— Art. 330, II .....	335
— Art. 348 .....	294
— Art. 420, caput .....	398
— Art. 437 .....	142
— Art. 453, § 1º .....	300
— Art. 458, I .....	398
— Art. 459 .....	162
— Art. 460 .....	162
— Art. 471, I e II .....	444
— Art. 485 .....	438
— Art. 494 .....	438
— Art. 499 .....	196
— Art. 499, § 1º .....	444
— Art. 500 .....	250
— Art. 509 .....	409
— Art. 511, parágrafo único .....	108
— Art. 524 .....	444
— Art. 526 .....	409
— Art. 535 .....	420
— Art. 558 .....	444
— Art. 582 .....	433
— Art. 585, II .....	188 e 433
— Art. 585, III e IV .....	433
— Art. 586 .....	188 e 433
— Art. 604 .....	416
— Art. 614, II .....	162 e 416
— Art. 615, IV .....	433
— Art. 618, I .....	188

— Arts. 629 e seguintes.....	433
— Art. 649, VI .....	398
— Art. 667 .....	409
— Art. 698.....	23
— Art. 740.....	343
— Art. 740, parágrafo único .....	156, 162 e 416
— Art. 741 .....	416
— Art. 741, II.....	433
— Art. 745 .....	416 e 433
— Art. 798.....	426
— Art. 899.....	401
— Art. 900.....	23
— Art. 921, I.....	156
— Art. 927.....	156
— Art. 927, II.....	179
— Art. 934, I.....	389
— Art. 1.046.....	307
— Art. 1.048.....	331
— Art. 1.102, b.....	294
— Art. 1.109.....	230

## CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 3º .....	699
— Art. 6º, V .....	603
— Art. 38.....	467
— Art. 41.....	549
— Art. 41, in fine .....	603
— Art. 44 .....	467 e 485
— Art. 61.....	686
— Art. 71.....	572
— Art. 83.....	572
— Art. 105.....	653
— Art. 107.....	653
— Art. 108.....	572
— Art. 156.....	549 e 572
— Art. 157.....	549 e 572
— Art. 159, §§ 1º e 2º .....	682
— Art. 182.....	549 e 572
— Art. 239.....	572
— Art. 254.....	653
— Art. 274.....	653
— Art. 304, caput .....	603
— Art. 304, § 2º .....	603
— Art. 383.....	603

— Art. 384, parágrafo único.....	711
— Art. 386, II.....	572
— Art. 386, III.....	549
— Art. 386, IV.....	491 e 495
— Art. 386, VI.....	493, 502, 518, 572 e 603
— Art. 397.....	507 e 603
— Art. 405.....	603
— Art. 416.....	711
— Art. 417.....	711
— Art. 475.....	507
— Art. 484.....	711
— Art. 484, VI.....	502
— Art. 487.....	711
— Art. 491.....	711
— Art. 494.....	507
— Art. 500.....	518
— Art. 514.....	465
— Arts. 524 e seguintes.....	682
— Art. 527.....	682
— Art. 563.....	603
— Art. 564, II e III, a.....	534
— Art. 564, III, k.....	667
— Art. 564, III e IV.....	572
— Art. 564, parágrafo único.....	502
— Art. 565.....	603
— Art. 588.....	507
— Art. 593, II.....	682 e 699
— Art. 593, III, a.....	502
— Art. 593, III, a e d.....	507, 667 e 708
— Art. 593, III, c e d.....	711
— Art. 593, § 3º.....	667
— Art. 600, § 4º.....	507
— Art. 697.....	718

### **CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)**

— Art. 165.....	78
— Art. 291.....	479
— Art. 297.....	13
— Art. 301.....	479
— Art. 306.....	479
— Art. 309.....	479

### **CÓDIGO PENAL**

— Art. 121, caput.....	507 e 669
------------------------	-----------

— Art. 121, § 1º .....	667 e 669
— Art. 121, § 2º, I, II e IV .....	495 e 711
— Art. 121, § 2º, I, III e IV .....	708
— Art. 121, § 2º, I e IV .....	502 e 507
— Art. 121, § 2º, II .....	507 e 711
— Art. 121, § 3º .....	543 e 769
— Art. 128, I e II .....	699
— Art. 129, § 6º .....	769
— Art. 136, § 3º .....	522
— Art. 138 .....	467
— Art. 139 .....	467
— Art. 142, I .....	467
— Art. 155, § 2º .....	549
— Art. 157, caput .....	549
— Art. 157, § 2º, I e II .....	549 e 745
— Art. 157, § 2º, II e III .....	491
— Art. 168, § 1º, III .....	485 e 518
— Art. 171 .....	467
— Art. 172, caput .....	297
— Art. 180, caput .....	549
— Art. 180, § 5º .....	549
— Art. 212 .....	708
— Art. 213 .....	534, 653 e 673
— Art. 214 .....	522, 534, 653 e 673
— Art. 223 .....	673
— Art. 224, a .....	522, 534 e 653
— Art. 224, a e b .....	673
— Art. 225, § 1º .....	653 e 673
— Art. 225, § 2º .....	673
— Art. 226, II .....	522
— Art. 226, III .....	673
— Art. 246 .....	522
— Art. 247, IV .....	522
— Art. 288, caput .....	549
— Art. 312 .....	686
— Art. 314 .....	465
— Art. 316, § 2º .....	686
— Art. 327 .....	686
— Art. 327, § 2º .....	465

### **CÓDIGO PENAL (Lei n. 7.209/1984)**

— Art. 1º .....	718
— Art. 2º .....	498 e 718
— Art. 12 .....	498, 572 e 718

— Art. 14.....	572
— Art. 14, II.....	534, 673 e 711
— Art. 16.....	686
— Art. 23, III.....	467
— Art. 29, caput.....	549
— Art. 29.....	495 e 502
— Art. 33, § 2º, a e b.....	549
— Art. 33, § 3º.....	549
— Art. 33 e parágrafos.....	549 e 647
— Art. 47, I, II e III.....	13
— Art. 49.....	514, 549 e 572
— Art. 49, § 1º.....	498
— Art. 50.....	572
— Art. 59.....	498, 549, 572, 603, 647, 673 e 745
— Art. 59, III.....	739
— Art. 60, caput.....	514
— Art. 60.....	498
— Art. 61, I.....	647 e 745
— Art. 63.....	13
— Art. 64, I.....	13
— Art. 65, III, c.....	669
— Art. 65, III, d.....	549, 669 e 745
— Art. 67.....	745
— Art. 69, caput.....	549
— Art. 69.....	522, 572, 603, 686 e 711
— Art. 69, § 1º.....	13
— Art. 71, caput.....	686
— Art. 71.....	465, 518, 522, 534 e 653
— Art. 71, parágrafo único.....	669
— Art. 77, III.....	718
— Art. 91, II, a.....	603
— Art. 107, IV.....	686
— Art. 109, IV e V.....	769
— Art. 109, VI.....	491, 543, 572 e 686
— Art. 110, § 1º.....	491
— Art. 110, §§ 1º e 2º.....	543 e 686
— Art. 115.....	491 e 543
— Art. 117.....	488
— Art. 119.....	769

**CÓDIGO PENAL (Lei n. 9.714/1998)**

— .....	549, 572 e 718
— Art. 44.....	13 e 718
— Art. 45, §§ 2º e 3º.....	13

- Art. 46, caput ..... 13
- Art. 47, II e III ..... 13

## **CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Decreto-Lei n. 406/1968)**

- ..... 111

## **COISA JULGADA**

- Inocorrência — Mesmas partes porém causa de pedir distinta. Constatação. Alegação afastada. .... 217

## **COMINATÓRIA**

- Imóvel — Edifício. Alteração de fachada. Possibilidade. Preservação da harmonia do conjunto. Manutenção. Pleito improcedente. 181

## **COMPETÊNCIA**

- Conflito negativo — Execução fiscal. Controvérsias envolvendo conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas. Competência da Justiça Federal. Remessa dos autos àquela jurisdição. .... 442
- Exceção de incompetência — Contrato de adesão. Cláusula de eleição do foro que beneficia somente o proponente. Nulidade. Aplicação da regra do art. 100, IV, letra d, do CPC. Agravo provido. 413

## **COMPETÊNCIA (matéria penal)**

- Magistrado — Juiz substituto não vitalício. Competência para praticar todos os atos reservados ao juiz vitalício. Exegese do art. 112 da Lei n. 5.624/79. .... 718

## **COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA**

- Vide Promessa de compra e venda.

## **CONDOMÍNIO**

- Possessória — Reintegração. Garagens. Decisão da assembléia geral dispendo a respeito da sua ocupação. Alteração unilateral, pelo síndico, da deliberação tomada na assembléia dos condôminos. Impossibilidade. Pedido procedente. Recurso desprovido. ... 179

## **CONEXÃO**

- Dupla apelação — Tramitação no Tribunal por relatores diferentes. Necessidade de julgamento simultâneo. Conexão determinada. Aplicação dos arts. 103 e 106 do CPC. .... 384

## **CONFLITO DE COMPETÊNCIA**

- Vide Competência.

**CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO**

- Cédula de crédito comercial — Discussão da dívida. Possibilidade. Prestações pagas a maior. Débito remanescente. Perícia. Saldo positivo. Constatação. Decisão remetendo as partes às vias ordinárias. Desnecessidade. Matéria com solução na própria consignatória. Recurso provido para o prosseguimento do pleito com o exame das questões suscitadas. .... 401

**CONSTITUIÇÃO ESTADUAL**

- 1989 — Art. 16 ..... 450
- Art. 50, § 2º, II ..... 753
- Art. 61 ..... 56
- Art. 111, parágrafo único ..... 450
- Art. 128, III, b ..... 450
- Art. 159 ..... 62 e 76

**CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

- 1988 — Art. 1º, III ..... 718
- Art. 5º, II ..... 718
- Art. 5º, V e X ..... 423
- Art. 5º, XII ..... 549 e 572
- Art. 5º, XXII ..... 115
- Art. 5º, XXIII ..... 103
- Art. 5º, XXXV ..... 23 e 126
- Art. 5º, XXXVI ..... 426
- Art. 5º, XXXIX ..... 13 e 718
- Art. 5º, XL ..... 718
- Art. 5º, XLIII ..... 572
- Art. 5º, XLV ..... 115
- Art. 5º, XLVI ..... 13, 572, 647 e 718
- Art. 5º, XLVII ..... 13
- Art. 5º, LIV ..... 23, 78, 115, 196 e 781
- Art. 5º, LV ..... 23, 78, 93, 126, 196, 467 e 781
- Art. 5º, LVII ..... 115 e 514
- Art. 5º, LXI ..... 718
- Art. 5º, LXIII ..... 549
- Art. 5º, LXIX ..... 103
- Art. 7º, XXIII ..... 280
- Art. 24, XII ..... 51
- Art. 37, XI ..... 62 e 76
- Art. 37, XXI, § 4º ..... 126
- Art. 37, § 6º ..... 311
- Art. 40, § 5º ..... 62 e 76
- Art. 41, § 3º ..... 121
- Art. 53, caput ..... 467
- Art. 61, § 1º, II, a ..... 753
- Art. 93, IX ..... 420 e 426

— Art. 102, I, n.....	51
— Art. 102, III, a.....	781
— Art. 103, § 3º.....	450
— Art. 127.....	404
— Art. 133.....	467
— Art. 150, VI, a.....	764
— Art. 155, § 2º, IX, a.....	111
— Art. 182, § 2º.....	103
— Art. 192, § 3º.....	250
— Art. 195, II.....	51
— Art. 195, § 4º.....	51
— Art. 195, § 5º.....	62
— Art. 208.....	98
— Art. 225.....	354
— Art. 225, § 4º.....	265
— Art. 227, § 3º, IV e V.....	543
— Art. 227, § 6º.....	300
— Art. 228.....	543

## CONSTRANGIMENTO ILEGAL

- Habeas corpus — Delitos de trânsito. Embriaguez ao volante e condução sem habilitação. Prisão em flagrante. Irregularidade. Hipótese de lavratura de termo circunstanciado. Exegese dos arts. 291 e 301 do Código de Trânsito Brasileiro. Transação penal. Ausência de manifestação do Ministério Público. Ofensa ao disposto no caput e parágrafo único do art. 291 do CTB. Constrangimento ilegal caracterizado. Nulidade do processo ab initio. Declaração de ofício. Ordem concedida. .... 479

## CONTESTAÇÃO

- Ausência — Revelia decretada. .... 335

## CONTRATO

- Abertura de crédito em conta corrente — Instrumento acompanhado dos extratos de movimentação. Título executivo extrajudicial reconhecido. Inteligência do art. 585, II, do CPC. .... 188
- Abertura de crédito fixo — Novação pactual. Inocorrência. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade aos contratos bancários. Multa contratual. Redução. Taxa Básica de Financiamento (TBF). Utilização como índice de atualização monetária. Legalidade. Cumulação com comissão de permanência. Impossibilidade. Juros moratórios. Capitalização. Inadmissibilidade. Limitação a 12% ao ano. Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF. Recurso parcialmente provido. .... 250



- Adesão — Cláusula de eleição do foro que beneficia somente o proponente. Nulidade. Competência. Aplicação da regra do art. 100, IV, letra d, do CPC. .... 413
- Bancário — Revisão de cláusula. Alegação de impossibilidade do pedido ante o princípio pacta sunt servanda. Rejeição. Mitigação do instituto em face do desequilíbrio entre os pactuantes. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor em avença bancária. Admissibilidade. Agravo desprovido. .... 426
- Cláusula penal moratória e compensatória — Distinção. .... 222
- Compromisso de compra e venda — Promitente comprador que, compelido com a rescisão da avença por inadimplência, promete à venda o mesmo bem a terceiro sem anuência da proprietária. Impossibilidade. Anulação do pacto. Reivindicação do imóvel. Pedido deferido. .... 217
- Empreitada — Estaqueamento. Futura instalação de empreendimento comercial. Inadimplência da contratante. Continuidade das obras suspensas. Cisão da empresa firmatária da avença e constituição de outras duas. Alterações contratuais sucessivas que não obstam a pendência obrigacional da dívida perante o credor. Ação de cobrança procedente. .... 323
- Permuta — Ação de manutenção de posse. Pacto que transfere a posse do bem sobre o qual se postula proteção possessória. Mera detenção dos alienantes e posse injusta configurada. Circunstância decorrente da avença entabulada. Possessória improcedente. 247
- Permuta de terreno por área nele construída — Ação de cobrança cumulada com indenização. Atraso na edificação da obra. Comprovação. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Alegação de dificuldades financeiras advindas dos planos econômicos. Inaceitabilidade. Cláusula penal moratória cumulada com perdas e danos. Possibilidade. Pedido procedente. .... 222
- Rescisão — Cumulação com perdas e danos. Improcedência. Ato jurídico perfeito e acabado. Requisitos insculpidos no art. 82 do CC preenchidos. Litigância de má-fé. Caracterização. Adequação da pena. Honorários advocatícios. Redução. Recurso parcialmente provido. .... 132

## **CORREÇÃO MONETÁRIA**

- Contrato bancário — Utilização da Taxa Básica de Financiamento (TBF) como atualização monetária. Legalidade. Cumulação com comissão de permanência. Impossibilidade. Aplicação da Súmula 30 do STJ. .... 250

## **CRIME CONTINUADO**

- Pena — Critério para o aumento da sanção. .... 686

**CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

- Habeas corpus — Delito praticado por funcionária pública. Defesa preliminar prevista no art. 514 do CPP. Dispensabilidade. Acusada que se encontra afastada do serviço público. Ordem denegada. ... 549
- Peculato — Servidor de sociedade de economia mista. Equiparação à categoria de funcionário público. Autoria e materialidade. Comprovação. Acusado que ressarciu os cofres públicos, antes da denúncia, voluntariamente. Arrependimento posterior. Reconhecimento. Redução da reprimenda. Recurso parcialmente provido. ... 686

**CRIME CONTRA A HONRA**

- Calúnia e difamação — Imputação a advogado. Imunidade. Exegese do art. 133 da CF. Fatos narrados em petição na esfera civil. Expressões diretamente ligadas com o objeto da discussão da lide. Ausência de dolo. Falta de justa causa para a deflagração da demanda criminal. Ordem de habeas corpus concedida. Trancamento da ação penal. .... 467
- Calúnia e difamação — Queixa-crime. Falta de menção do fato criminoso e do dispositivo violado no instrumento procuratório. Suprimento. Impossibilidade. Prazo decadencial transcorrido. Extinção da punibilidade dos querelados. Declaração. Exegese dos arts. 38 e 44 do CPP. Ordem de habeas corpus concedida. Trancamento da ação penal. .... 467
- Difamação — Matéria ofensiva publicada por jornal. Prescrição. Inocorrência. Incidência de causa interruptiva prevista no Código Penal. Prosseguimento do feito determinado. .... 488

**CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

- Delito de relações de consumo — Infração cometida na vigência da Lei n. 9.099/95. Suspensão condicional do processo. Possibilidade. Exegese do art. 89 da referida lei. Retorno dos autos à origem para tal expediente. Determinação. .... 493

**CRIME CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL**

- Busca e apreensão — Máquina. Produto com privilégio de invenção exclusivo da requerente. Laudo pericial. Homologação. Peça técnica firmada por dois peritos nomeados e compromissados pelo juízo, com habilitação específica para o exame. Validade. Decisão homologatória mantida. Recurso desprovido. .... 682

**CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA**

- Narcotraficância — Cocaína. Autoria e materialidade. Comprovação. Depoimento de policiais. Validade. Pretendida desclassifica-

- ção para uso próprio. Inviabilidade. Confissão espontânea. Inacolhimento. Associação eventual. Inexistência. Exclusão. Adequação da pena. Condenação mantida. Recurso parcialmente provido. .... 718
- Narcotraficância — Cocaína. Pretendida desclassificação para o delito previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76. Inadmissibilidade. Policiais que adentraram na residência do réu sem o mandado de busca e apreensão. Desnecessidade. Delito permanente. Conjunto probatório. Demonstração da culpabilidade do apelante. Condenação mantida. Recurso desprovido. .... 514
- Narcotraficância — Cocaína. Prova conflitante. Inocorrência. Flagrante preparado. Inconfiguração. Crime de associação para o tráfico. Afastamento. Depoimento de policiais. Validade. Testemunhos em consonância com a prova coletada no processo. Pena. Fixação adequada. Condenação mantida. Recursos desprovidos. .... 572
- Narcotraficância — Cocaína e maconha. Agentes presos com grande quantidade dos entorpecentes, além de outros materiais afins. Materialidade e autoria. Comprovação. Depoimento de policiais. Validade. Infração ao art. 12 da Lei Antitóxicos caracterizada. Pretendida desclassificação para o art. 16 da referida lei. Impossibilidade. Confisco de arma de fogo. Restituição. Crime de associação. Exclusão. Estabilidade e habitualidade inconfiguradas. Pena. Redução. Condenação mantida. Recursos parcialmente providos. .... 603
- Tráfico de entorpecente — Condenação. Pena de reclusão. Regime fechado. Substituição por penas restritivas de direitos. Possibilidade. Requisitos. .... 718

## CRIME CONTRA OS COSTUMES

- Atentado violento ao pudor — Agente que acaricia partes íntimas das ofendidas. Confissão extrajudicial. Retratação em juízo. Irrelevância. Palavras coerentes das vítimas. Pretendida desclassificação para o art. 65 da Lei das Contravenções Penais. Admissibilidade. Ato realizado pelo autor que não enseja a pena prevista no Estatuto Penal. Recurso parcialmente provido. .... 653
- Atentado violento ao pudor — Vítima menor e alienada mental. Circunstâncias do conhecimento do réu. Legitimidade ativa do Ministério Público. Reconhecimento. Alegação de ofensa ao contraditório. Inocorrência. Prova condenatória firme e insuscetível de dúvidas. Condenação mantida. Acréscimo da pena do crime hediondo. Exclusão. Pena-base. Elevação. Recursos da defesa e do órgão do Parquet parcialmente providos. .... 543

- Atentado violento ao pudor — Vítimas filhas do agente. Pretendida desclassificação para tentativa de estupro. Admissibilidade. Réu que declara a intenção de manter relações sexuais. Comprovação. Palavras das vítimas e confissão do apelante. Recurso parcialmente provido. .... 522
- Estupro — Delito caracterizado. Prova. Depoimento infantil. Validade. Condenação mantida. .... 534

## D

### DANO MORAL

- Condenação — Apelação. Inconformismo não acompanhado do comprovante de depósito integral do valor da condenação. Não conhecimento. Exegese do art. 57, § 6º, da Lei n. 5.250/67. Deserção decretada. .... 269
- Cumulação com danos materiais — Possibilidade. Aplicação da Súmula 37 do STJ. .... 311
- Fixação — Critério. .... 148
- Imprensa — Ação de reparação de danos. Decadência. Configuração. Aplicação do art. 56 da Lei n. 5.250/67. Extinção do feito. Decretação. .... 423

### DECADÊNCIA

- Configuração — Ação de reparação de danos morais. Aplicação do art. 56 da Lei n. 5.250/67. Extinção do feito. Decretação. .... 423
- Mandado de segurança — Prazo decadencial. Contagem. .... 108
- Queixa-crime — Calúnia e difamação. Falta de menção do fato criminoso e do dispositivo violado no instrumento procuratório. Suprimento. Impossibilidade. Prazo decadencial transcorrido. Exegese dos arts. 38 e 44 do CPP. .... 467

### DEFESA DO CONSUMIDOR

- Propaganda enganosa — Máquina fotocopidora. Oferta veiculada em jornal. Entrega de produto diverso do anunciado. Alegação de erro da agência publicitária. Irrelevância. Dever de vigilância por parte do anunciante. Aplicação dos arts. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor. Obrigação de adimplir o negócio tal como anunciado ou, alternativamente, abater proporcionalmente o preço, a título de perdas e danos. Recurso provido. .... 167

**DELEGADO**

- Suspeição — Descabimento. Ausência de previsão legal. Aplicação do art. 107 do CPP. Preliminar afastada..... 653

**DELITO DE TRÂNSITO**

- Embriaguez ao volante e condução sem habilitação — Habeas corpus. Prisão em flagrante. Irregularidade. Hipótese de lavratura de termo circunstanciado. Exegese dos arts. 291 e 301 do Código de Trânsito Brasileiro. Transação penal. Ausência de manifestação do Ministério Público. Ofensa ao disposto no caput e parágrafo único do art. 291 do CTB. Constrangimento ilegal caracterizado. Nulidade do processo ab initio. Declaração de ofício. Ordem concedida..... 479

**DENÚNCIA**

- Inépcia — Inocorrência. Capitulação alternativa. Validade. Preliminar rejeitada..... 549

**DENUNCIÇÃO DA LIDE**

- Ação de indenização — Rito sumário. Denúnciação da lide. Inadmissibilidade. Exegese do art. 280, I, do CPC. .... 148

**DESERÇÃO**

- Indenização — Dano moral. Apelação. Inconformismo não acompanhado do comprovante de depósito integral do valor da condenação. Não conhecimento. Exegese do art. 57, § 6º, da Lei n. 5.250/67. Decretação. .... 269

**DESPACHO DA VICE-PRESIDÊNCIA**

- Recurso especial — Consumidor. Inscrição de seu nome em cadastros de proteção ao crédito. Crédito inadimplente em discussão no juízo. Alegação de contrariedade ao art. 42 do Código de Defesa do Consumidor e art. 798 do CPC. Demonstração. Divergência jurisprudencial caracterizada. Admissibilidade do apelo. . 779
- Recurso especial — Energia elétrica. Plano Cruzado. Congelamento de preços. Majoração das tarifas como de trato sucessivo. Divergência jurisprudencial com o acórdão recorrido. Demonstração. Admissibilidade do apelo. .... 777
- Recurso extraordinário — Embargos do devedor. Alegação de cerceamento de defesa. Inocorrência. Prova pericial. Dispensabilidade. Prova documental inserida nos autos suficiente para a correta entrega da prestação jurisdicional. Seguimento ao apelo extremo negado. .... 781

- Recurso extraordinário — Mandado de segurança. Direito a estabilidade sindical. Exegese do art. 8º, VIII, da CF. Diretor sindical. Exoneração. Ingresso irregular no serviço público. Sindicato. Protocolização do registro no órgão competente. Circunstância suficiente à estabilidade sindical de seus dirigentes. Contrariedade a dispositivo constitucional configurada. Seguimento ao apelo extremo. .... 780

## **DIFAMAÇÃO**

- Vide Crime contra a honra.

## **DOCUMENTO**

- Carteira Nacional de Habilitação — Apreensão. Processo administrativo. Imprescindibilidade..... 78

## **DOCTRINA**

- Ação negatória de paternidade aforada por pai registral ou reconhecido judicialmente — Dr. Jorge Luis Costa Beber, Juiz de Direito. .... 3
- As novas penas alternativas e sua aplicação — Dr. Julio Fabbrini Mirabete, Doutrinador..... 13
- O anti-semitismo por Jean-Paul Sartre — Fabiano Augusto Martins Silveira, Bacharel em Direito. .... 39
- Resgate da enfiteuse (aforamento) — Drs. Rodolfo Hans Geller e Miguel Borghezán, Advogados. .... 23

## **DUPLICATA**

- Vide Cambial.

# **E**

## **EMBARGOS À EXECUÇÃO**

- Vide Execução.

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

- Interposição contra decisões interlocutórias — Admissibilidade. .. 420

## **EMBARGOS DE TERCEIRO**

- Execução — Credor exequente. Citação. Ausência. Incabimento. Violação dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Nulidade da sentença. Decretação. .... 196

- Fraude contra credores — Impossibilidade de apreciação na via estreita dos embargos. Exegese da Súmula 195 do STJ. .... 307
- Imóvel — Penhora com base na matrícula imobiliária. Ato por iniciativa exclusiva do oficial de justiça. Ausência de culpa do embargado. Ônus da sucumbência. Imputação ao próprio Judiciário. Aplicação do princípio da causalidade. Recurso provido. .... 406
- Utilização para defesa do direito de propriedade — Admissibilidade. .... 307
- Veículo apreendido — Demanda interposta alegando domínio do bem. Incomprovação. Propriedade pertencente ao embargado. Constatação. Pedido improcedente. Recurso adesivo pelo embargado. Pretendida restituição imediata do bem. Procedência... 331

## **EMBARGOS DO DEVEDOR**

- Execução — Cerceamento de defesa. Inocorrência. Sentença. Nulidade. Inconfiguração. Trator. Impenhorabilidade. Exegese do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.009/90, e art. 649, VI, do CPC. Embargos procedentes. Recurso desprovido. .... 398
- Execução — Título executivo extrajudicial. Cheque. Demonstrativo atualizado do débito. Desnecessidade. Cobrança do valor literal da cártula. Discussão da causa debendi. Impossibilidade. Título autônomo. Liquidez da dívida inabalada. Recurso desprovido. 162
- Execução — Título extrajudicial. Procedência parcial dos embargos. Decisão que determina a redução do valor exequendo e o prosseguimento do feito. Apresentação de novo demonstrativo do débito atualizado. Necessidade. Exegese dos arts. 604 e 614, II, ambos do CPC. .... 416

## **EMENDA CONSTITUCIONAL**

- N. 20/1998..... 61

## **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)**

- Art. 6º ..... 543
- Art. 24 ..... 139
- Art. 27 ..... 3 e 404
- Art. 103 ..... 491 e 543
- Art. 110 ..... 543
- Art. 112, III ..... 491 e 543
- Art. 117 ..... 491 e 543
- Art. 129 ..... 139
- Art. 148, I ..... 543
- Art. 152 ..... 543
- Art. 180, III ..... 543

— Art. 189.....	543
— Art. 197 .....	498
— Art. 198, VII .....	498
— Art. 226 .....	491 e 543
— Art. 232 .....	522
— Art. 258.....	498

## **ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO (Lei n. 8.112/1990)**

— Art. 2º .....	51
— Art. 46.....	67
— Art. 99.....	98

## **ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.745/1985)**

— Art. 1º .....	56
— Art. 95.....	67
— Art. 169.....	56

### **ESTUPRO**

- Vide Crime contra os costumes.

### **EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA**

- Vide Competência.

### **EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO**

- Vide Suspeição.

### **EXECUÇÃO**

— Contrato — Abertura de crédito em conta corrente acompanhado dos extratos de movimentação. Título executivo extrajudicial reconhecido. Inteligência do art. 585, II, do CPC. Carência afastada. Recurso provido. Maioria de votos.....	188
— Embargos — Cerceamento de defesa. Inocorrência. Cheque. Emissão em garantia de dívida. Subsistência da eficácia executiva. Cártula assinada em branco. Presunção de mandato tácito. Defesa fundada em exceções pessoais. Inoponibilidade a terceiro de boa-fé. Honorários advocatícios. Redução. Recurso parcialmente provido.....	343
— Embargos — Duplicata. Prestação de serviços. Cártula sem aceite e não protestada. Inexistência de título hábil para o manejo da executacional. Ação procedente. Recurso desprovido.....	297
— Embargos de terceiro — Credor exequente. Citação. Ausência. Incabimento. Violação dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Nulidade da sentença. Decretação. .	196



- Embargos do devedor — Cerceamento de defesa. Inocorrência. Sentença. Nulidade. Inconfiguração. Trator. Impenhorabilidade. Exegese do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.009/90, e art. 649, VI, do CPC. Pleito procedente. Recurso desprovido. .... 398
- Embargos do devedor — Título executivo extrajudicial. Cheque. Demonstrativo atualizado do débito. Desnecessidade. Cobrança do valor literal da cártula. Discussão da causa debendi. Impossibilidade. Título autônomo. Liquidez da dívida inabalada. Recurso desprovido. .... 162
- Entrega de coisa incerta — Escritura pública de confissão de dívida. Descumprimento de cláusula e ajuizamento, pelo credor, de procedimento constrictivo. Discussão acerca da reciprocidade da satisfação das obrigações. Exceção de pré-executividade levantada para evitar a segurança do juízo. Rejeição. Existência de veículo processual próprio para tal exame. Despacho que determina o prosseguimento da execucional mantido. Agravo desprovido. Maioria de votos. .... 433
- Título extrajudicial — Embargos do devedor. Procedência parcial. Decisão que determina a redução do valor exequendo e o prosseguimento do feito. Apresentação de novo demonstrativo do débito atualizado. Necessidade. Exegese dos arts. 604 e 614, II, ambos do CPC. .... 416

## EXECUÇÃO FISCAL

- Conflito de competência — Controvérsias envolvendo conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas. Competência da Justiça Federal. Remessa dos autos àquela jurisdição. .... 442

## EXECUÇÃO PENAL

- Fuga — Falta grave. Caracterização. Regressão do regime de cumprimento da pena e perda do direito aos dias remidos. Admissibilidade. Constitucionalidade da medida. Aplicação dos arts. 118, I, e 127 da Lei de Execução Penal. .... 741

## EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

- Decretação — Prescrição da pretensão punitiva do Estado. .... 491
- Decretação de ofício — Prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa. .... 686

## F

**FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA (Bel.)**

- O anti-semitismo por Jean-Paul Sartre. .... 39

**FRAUDE CONTRA CREDORES**

- Embargos de terceiro — Meio processual impróprio. Impossibilidade de apreciação. .... 307

**FUNCIONÁRIO PÚBLICO**

- Crime contra a administração pública — Delito praticado por servidora pública. Defesa preliminar prevista no art. 514 do CPP. Dispensabilidade. Acusada que se encontra afastada do serviço público. Ordem de habeas corpus denegada. .... 465
- Mandado de segurança — Diferença de vencimentos percebida por força de liminar posteriormente denegada. Restituição ao Estado. Possibilidade, desde que observado o devido processo legal. Ordem concedida. .... 67
- Mandado de segurança — Exoneração voluntária incentivada. Admissibilidade. Verba indenizatória. Indeferimento. Incabimento. Exegese do art. 1º da Lei n. 8.437/91. Violação a direito líquido e certo. Demonstração. Segurança concedida. .... 56
- Mandado de segurança — Servidor público municipal. Comissionado. Mudança de sede funcional. Estudante de ensino superior. Pretendida transferência da instituição para outra congênera. Incabimento. Ausência de compulsoriedade do seu deslocamento laboral. Constatação. Inexistência de direito líquido e certo. Segurança denegada. .... 98
- Municipal — Cargo comissionado. Prestação de horas extras. Incomprovação. Ausência de previsão legal pela municipalidade. Descabimento do pleito. Sentença reformada. Remessa provida. .... 284
- Municipal — Demissão. Procedimento administrativo encerrado após sua exoneração por extinção do cargo. Impossibilidade e ilegalidade do ato. Impetrante que não mais se encontra investido na função pública. Direito líquido e certo configurado. Segurança deferida. .... 108
- Municipal — Regime jurídico único. Demissão. Verbas celetistas. Incabimento. Inaplicabilidade de normas da CLT. Adicional de insalubridade. Incidência. Determinação constitucional. Decisão mantida. Remessa desprovida. .... 280

- Peculato — Servidor de sociedade de economia mista. Equiparação à categoria de funcionário público. Inteligência do art. 327 e seus parágrafos do CP. .... 686
- Pensionista — Viúva de servidor público. Vencimento. Direito a percepção integral. Inteligência do art. 40, § 5º, da CF, e art. 159 da CE. Adicional por tempo de serviço. Redução ou supressão em face do teto salarial. Impossibilidade. Violação a direito líquido e certo. Constatação. Segurança concedida. .... 62
- Previdência social — Pensão por morte. Pagamento integral do vencimento ou provento do servidor falecido. Aplicação imediata. Exegese do art. 40, § 5º, da CF, e art. 159 da CE. .... 76
- Servidor estadual — Teto estipendial. Equivalência remuneratória dos cargos dos três poderes. Observância da simetria entre as unidades da federação. Aplicação do art. 23, I e III, da CE. Agravo regimental desprovido. .... 761
- Servidor municipal — Mandado de segurança. Lei municipal. Inconstitucionalidade. Norma que, com a extinção de cargo público, confere ao servidor em estágio probatório o direito a disponibilidade ou a aproveitamento em outro cargo. Malferimento ao disposto no art. 41, § 3º, da CF. Remessa provida. Segurança denegada. .... 121

## H

### HABEAS CORPUS

- Acidente de trânsito — Motorista embriagado causador do evento. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Necessidade. Garantia da ordem pública. Aplicação do princípio da confiança no juiz da instrução. Ordem denegada. .... 461
- Apropriação indébita — Delito imputado a administrador de pessoa jurídica. Falta de justa causa para a persecução penal. Incabimento. Prévia ação de prestação de contas. Dispensabilidade. Independência das esferas civil e penal. Ordem denegada. .... 485
- Crime contra a administração pública — Delito praticado por funcionária pública. Defesa preliminar prevista no art. 514 do CPP. Dispensabilidade. Acusada que se encontra afastada do serviço público. Ordem denegada. .... 465
- Delitos de trânsito — Embriaguez ao volante e condução sem habilitação. Prisão em flagrante. Irregularidade. Hipótese de lavratura de termo circunstanciado. Exegese dos arts. 291 e 301 do Cód-

- go de Trânsito Brasileiro. Transação penal. Falta de manifestação do Ministério Público. Ofensa ao disposto no caput e parágrafo único do art. 291 do CTB. Constrangimento ilegal caracterizado. Nulidade do processo ab initio. Declaração de ofício. Ordem concedida. .... 479
- Trancamento da ação penal — Crime contra a honra. Calúnia e difamação. Imputação a advogado. Imunidade. Exegese do art. 133 da CF. Fatos narrados em petição na esfera civil. Expressões diretamente ligadas com o objeto da discussão da lide. Ausência de dolo. Falta de justa causa para a deflagração da demanda criminal. Ordem concedida. .... 467
- Trancamento da ação penal — Queixa-crime. Falta de menção do fato criminoso e do dispositivo violado no instrumento procuratório. Suprimento. Impossibilidade. Prazo decadencial transcorrido. Extinção da punibilidade dos querelados. Declaração. Exegese dos arts. 38 e 44 do CPP. Ordem concedida. .... 467

## HOMICÍDIO

- Júri — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Conselho de Sentença que opta pela versão mais crível e corroborada pelas provas testemunhais. Condenação mantida. Recurso desprovido. .... 669
- Júri — Prefaciais de nulidade. Inconfiguração. Rejeição. Alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Existência de duas versões sobre o fato oferecidas pelo próprio réu. Acolhimento de uma delas. Admissibilidade. Condenação mantida. Recurso defensivo desprovido. .... 507
- Júri — Quesito. Deficiência. Nulidade absoluta. Ocorrência. Julgamento anulado. .... 667

## HOMICÍDIO CULPOSO

- Atropelamento — Ciclista. Ato infracional praticado por adolescente. Prestação de serviços à comunidade. Determinação. Medida socioeducativa prescrita. Decretação de ofício. Aplicação do art. 226 do ECA. .... 543

## HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

- Atenuante genérica do art. 65, III, letra d, do CP. Distinção. .... 669

## HOMICÍDIO QUALIFICADO

- Acidente de trânsito — Motorista embriagado causador do evento. Prisão preventiva. Necessidade. Garantia da ordem pública. Aplicação do princípio da confiança no juiz da instrução. Ordem de habeas corpus denegada. .... 461

- Co-autoria — Júri. Desclassificação para lesões corporais. Recurso ministerial. Pretendida anulação do julgamento. Alegação de omissão de quesito obrigatório alusivo à co-autoria. Acolhimento da prefacial. Novo julgamento ordenado. .... 502
- Cumulação com vilipêndio a cadáver — Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inconfiguração. Jurados que absolvem o acusado do crime de homicídio qualificado e o condenam pela prática de vilipêndio a cadáver. Possibilidade. Soberania dos veredictos. Recurso ministerial desprovido. .... 708
- Delito duplamente tentado — Motivo torpe e surpresa. Júri. Ausência de correlação entre a denúncia e a decisão de pronúncia. Quesitos formulados em desconformidade com o que foi assentado na provisional. Nulidades absolutas. Declaração de ofício. Anulação do processo a partir da pronúncia, inclusive. .... 711

## HONORÁRIOS

- Periciais — Ação acidentária. Fixação da verba consoante o Regimento de Custas do Estado. .... 338

## HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Ação acidentária — Mitigação da verba. Fixação segundo jurisprudência predominante. .... 338
- Ação de indenização — Condenação recíproca. Impossibilidade. Inocorrência de sucumbência do autor. .... 148
- Atuação em causa própria — Cabimento da verba. Aplicação do art. 20, caput, do CPC. .... 343
- Fixação equitativa — Aplicação do art. 20, § 4º, do CPC. .... 307
- Redução — Admissibilidade. Demanda com julgamento antecipado da lide. Supressão da fase instrutória. .... 343
- Redução — Fixação consoante apreciação equitativa do juiz. .... 132

## I

## ILEGITIMIDADE AD CAUSAM

- Passiva — Reconhecimento. Sentença que afasta o réu da relação processual. Decisão terminativa. Inadmissibilidade do manejo da ação rescisória. Inexistência de coisa julgada sobre o mérito. Exegese do art. 485 do CPC. .... 438

**IMÓVEL**

- Ação reivindicatória — Domínio. Comprovação. Oposição ao proprietário. Alegação de contrato de locação firmado com terceira pessoa despida de qualquer direito sobre o bem. Impossibilidade. Posse injusta. Caracterização. Pleito procedente. Sentença confirmada. .... 371
- Casas populares — Seguro habitacional. Financiamento pelo SFH. Risco de desmoraonamento. Comprovação. Falhas construtivas e causas externas. Obrigação de indenizar. .... 199
- Construção — Alvará de habite-se. Pedido negado. Desrespeito, pelo construtor, ao projeto anteriormente aprovado pela municipalidade. Excesso de área construída. Constatação. Ausência de direito líquido e certo. Apelo voluntário e remessa providos. Seguranga denegada. .... 103
- Edifício — Alteração de fachada. Possibilidade. Preservação da harmonia do conjunto. Manutenção. Cominatória improcedente... 181
- Penhora — Constrição com base na matrícula imobiliária. Ato por iniciativa exclusiva do oficial de justiça. Ausência de culpa do embargado. Ônus da sucumbência. Imputação ao próprio Judiciário. Aplicação do princípio da causalidade. .... 406
- Seguro habitacional — Financiamento pelo SFH. Vícios de construção. Constatação. Ação indenizatória proposta contra a incorporadora, a instituição financeira e a companhia seguradora. Decisão que impôs apenas à construtora o ônus de indenizar. Incabimento. Responsabilidade solidária dos demais litisconsortes. Reconhecimento. Exclusão da cobertura afastada. Recurso parcialmente provido. .... 240

**IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA**

- IPTU — Lei complementar. Alteração na sistemática do tributo. Ausência de publicação da norma no exercício anterior. Impossibilidade. Aplicação do princípio da anualidade. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar concedida. .... 450

**IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS**

- ICMS — Maquinário importado. Arrendamento mercantil. Fato gerador inocorrente. Tributo indevido. Inteligência do disposto nos arts. 3º, VIII, e 2º, § 1º, da Lei Complementar n. 87/96. .... 81
- ICMS — Veículo. Importação por particular. Uso próprio. Incabimento do imposto. Exegese do art. 155, § 2º, IX, letra a, da CF. Seguranga concedida. .... 111

**IMPrensa**

- Jornal — Ação de reparação de danos morais. Decadência. Configuração. Aplicação do art. 56 da Lei n. 5.250/67. Extinção do feito. Decretação. .... 423
- Jornal — Crime contra a honra. Difamação. Prescrição. Inocorrência. Incidência de causa interruptiva prevista no Código Penal. Prosseguimento do feito determinado. .... 488

**INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI**

- Lei Municipal — Norma que, com a extinção de cargo público, confere ao servidor em estágio probatório o direito a disponibilidade ou a aproveitamento em outro cargo. Malferimento ao disposto no art. 41, § 3º, da CF. Remessa provida. Segurança denegada. ... 121

**INDENIZAÇÃO**

- Ato ilícito — Município. Construção de trampolim em local público. Morte. Culpa in vigilando da municipalidade. Comprovação. Verba devida. Pensão. Critérios. Dano moral. Cumulação com danos materiais. Possibilidade. Decisão mantida. Remessa e recurso desprovidos. .... 311
- Cumulação com ação de cobrança — Contrato. Compromisso de permuta de terreno por área nele construída. Atraso na edificação da obra. Comprovação. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Alegação de dificuldades financeiras advindas dos planos econômicos. Inaceitabilidade. Cláusula penal moratória cumulada com perdas e danos. Possibilidade. Pedido procedente. .... 222
- Responsabilidade civil — Acidente de trânsito. Colisão quádrupla de veículos. Boletim de ocorrência. Presunção juris tantum. Policiais rodoviários. Testemunho em consonância com o laudo ofertado. Validade. Conductor do veículo que, desatento e em velocidade inadequada, colide com a traseira de caminhão, projetando-o em direção a um terceiro veículo que vinha em sentido contrário. Culpa caracterizada. Verba devida. Recurso provido. .... 384
- Responsabilidade civil — Acidente de trânsito. Morte de menor. Boletim de ocorrência. Presunção de veracidade. Culpa do preposto caracterizada. Obrigação de indenizar. Pensão. Verba devida. Limite temporal. Dano moral. Fixação. Critério. Honorários advocatícios. Condenação recíproca. Impossibilidade. Ausência de sucumbência do autor. Recurso desprovido. .... 148
- Responsabilidade civil — Imóvel. Seguro habitacional. Casas populares. Financiamento pelo SFH. Risco de desmoração. Comprovação. Falhas construtivas e causas externas. Obrigação de indenizar. .... 199

- Seguro — Veículo. Perda total. Valor indenizatório. Estipulação conforme preço médio de mercado. Admissibilidade. Recurso especial provido. .... 772
- Seguro habitacional — Imóvel. Financiamento pelo SFH. Vícios de construção. Constatação. Ação proposta contra a incorporadora, a instituição financeira e a companhia seguradora. Decisão que impôs apenas à construtora o ônus de indenizar. Incabimento. Responsabilidade solidária dos demais litisconsortes. Reconhecimento. Exclusão da cobertura afastada. Recurso parcialmente provido. .... 240

## INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- Cumulação com alimentos — Demanda interposta pelo Ministério Público. Admissibilidade. Exegese do art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.560/92. Exame de DNA. Necessidade. Conversão do julgamento em diligência. .... 404
- Cumulação com alimentos — Perícia grafotécnica. Indeferimento. Desnecessidade para o deslinde da questão. Cerceamento incoerente. Ônus alimentar. Redução. Fixação de acordo com as possibilidades da pessoa obrigada. Exegese do art. 400 do CC. Recurso parcialmente provido..... 271
- Genitora — Conduta reprovável. Demonstração. Exame de DNA. Indispensabilidade. Conversão do julgamento em diligência. Determinação. .... 142
- Prova — Exame de DNA. Indispensabilidade. Litigantes beneficiários da justiça gratuita. Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o Estado e o Ministério Público possibilitando a realização do exame. Recurso provido para esse fim. .... 348
- Prova — Exame de DNA. Recusa injustificada. Fortes indícios da paternidade. Comprovação. Coincidência da concepção com o período do envolvimento íntimo da representante da autora com o indigitado pai. Ação procedente. .... 300

## J

### JORGE LUIS COSTA BEBER (Dr.)

- Ação negatória de paternidade aforada por pai registral ou reconhecido judicialmente. .... 3

## JUIZ

- Vide Magistrado.



**JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE**

- Admissibilidade — Aspectos da causa suficientes para embasar o convencimento do magistrado. Cerceamento de defesa incorrente. .... 156
- Admissibilidade — Dilação probatória desnecessária. Cerceamento de defesa incorrente. Preliminar afastada. .... 162
- Admissibilidade — Matéria de direito e de fato, não justificando a realização de audiência. Cerceamento de defesa incorrente. .... 354
- Admissibilidade — Matéria essencialmente comprovada por meio de documentos. Cerceamento de defesa incorrente. .... 217
- Admissibilidade — Produção de prova em audiência. Desnecessidade. Cerceamento de defesa incorrente. .... 371
- Admissibilidade — Prova documental suficiente à solução da lide. Cerceamento de defesa incorrente. .... 222
- Admissibilidade — Questão meramente de direito. Cerceamento de defesa incorrente. .... 343

**JULIO FABBRINI MIRABETE (Dr.)**

- As novas penas alternativas e sua aplicação. .... 13

**JÚRI**

- Duplo homicídio qualificado — Tentativa. Motivo torpe e surpresa. Ausência de correlação entre a denúncia e a decisão de pronúncia. Quesitos formulados em desconformidade com o que foi asentado na provisional. Nulidades absolutas. Declaração de ofício. Anulação do processo a partir da pronúncia, inclusive. .... 711
- Homicídio — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Conselho de Sentença que opta pela versão mais crível e corroborada pelas provas testemunhais. Condenação mantida. Recurso desprovido. .... 669
- Homicídio — Prefaciais de nulidade. Inconfiguração. Rejeição. Alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Existência de duas versões sobre o fato oferecidas pelo próprio réu. Acolhimento de uma delas. Admissibilidade. Condenação mantida. Recurso defensivo desprovido. .... 507
- Homicídio — Quesito. Deficiência. Nulidade absoluta. Ocorrência. Julgamento anulado. .... 667
- Homicídio privilegiado e atenuante genérica do art. 65, III, letra d, do CP — Distinção. .... 669
- Homicídio qualificado — Co-autoria. Desclassificação para lesões corporais. Recurso ministerial. Pretendida anulação do julgamento. Alegação de omissão de quesito obrigatório alusivo à co-autoria. Acolhimento da prefacial. Novo julgamento determinado. .... 502

- Homicídio qualificado e vilipêndio a cadáver — Nulidade posterior à pronúncia. Contradição nas respostas dos quesitos. Eiva incorrente. Divergência verificada em séries distintas. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inconfiguração. Jurados que absolvem o acusado do crime de homicídio qualificado e o condenam pela prática de vilipêndio a cadáver. Possibilidade. Soberania dos veredictos. Recurso ministerial desprovido. .... 708
- Negativa de autoria — Acolhimento pelo Tribunal do Júri. Incabimento. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Ocorrência. Novo julgamento determinado. .... 495

## JUROS

- Moratórios — Capitalização. Inadmissibilidade. Limitação a 12% ao ano. Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF. .... 250

## L

### LEASING

- Arrendamento mercantil — Maquinário importado. ICMS. Fato gerador incorrente. Tributo indevido. Inteligência do disposto nos arts. 3º, VIII, e 2º, § 1º, da Lei Complementar n. 87/96. .... 81

## LEGISLAÇÃO ESTADUAL

### DECRETOS

- N. 1.395/1992 — Art. 2º ..... 56
- Art. 5º ..... 56
- N. 14.250/1981 — Art. 65..... 85
- N. 26.191/1985..... 88

### LEIS

- N. 1.167/1994..... 753
- N. 3.138/1962..... 51
- N. 5.624/1979 — Vide Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina.
- N. 5.793/1980 — Art. 3º, § 2º..... 85
- N. 6.745/1985 — Vide Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina.
- N. 8.209/1991..... 88

— N. 8.473/1991	— Art. 1º .....	56
— N. 9.831/1995	— Art. 40, I .....	62
— N. 9.904/1995	— Art. 2º .....	62

## LEGISLAÇÃO FEDERAL

### DECRETO

— N. 3.708/1919	— Art. 10 .....	294
	— Art. 11 .....	294

### DECRETOS-LEIS

— N. 201/1967	— Art. 7º, I, II e III .....	126
— N. 406/1968	— Vide Código Tributário Nacional.	
— N. 3.100/1941 .....		88
— N. 3.688/1941	— Vide Lei das Contravenções Penais.	
— N. 7.903/1945	— Art. 169 .....	682
	— Arts. 181 e seguintes .....	682

### LEIS

— N. 1.079/1950	— Art. 15 .....	126
— N. 1.533/1951	— Vide Lei do Mandado de Segurança.	
— N. 4.117/1962	— Vide Código Brasileiro de Telecomunicações.	
— N. 4.591/1964	— Art. 1º .....	181
	— Art. 10, I .....	181
	— Art. 65 .....	467
	— Art. 66 .....	467
— N. 5.250/1967	— Vide Lei de Imprensa.	
— N. 5.474/1968	— Vide Lei das Duplicatas.	
— N. 5.478/1968	— Vide Lei de Alimentos.	
— N. 5.772/1971	— Arts.128 e seguintes .....	682
— N. 6.368/1976	— Vide Lei Antitóxicos.	
— N. 6.515/1977	— Vide Lei do Divórcio.	
— N. 6.766/1979	— Art. 18, § 2º .....	115
	— Arts. 50 a 52 .....	115
— N. 6.799/1980 .....		686
— N. 6.858/1980	— Art. 1º, § 1º .....	230
— N. 7.037/1982	— Art. 1º .....	98
— N. 7.209/1984	— Vide Código Penal.	
— N. 7.210/1984	— Vide Lei de Execução Penal.	
— N. 7.347/1985	— Art. 1º .....	265
	— Art. 11 .....	354
— N. 7.357/1985	— Art. 13 .....	343

	— Art. 25.....	343
	— Art. 32, parágrafo único.....	343
— N. 8.009/1990	— Art. 1º, parágrafo único .....	398
— N. 8.038/1990	— Art. 33.....	444
— 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. 8.112/1990	— Vide Estatuto dos Funcionários Públicos Ci- vis da União.	
— N. 8.137/1990.....		115
	— Art. 4º .....	493
	— Art. 5º .....	493
	— Art. 7º, IX.....	493
— N. 8.213/1991	— Art. 18.....	176
	— Art. 41.....	176
	— Art. 86, I.....	287
	— Art. 86, II.....	338
	— Art. 103.....	176
	— Art. 124.....	176
— N. 8.245/1991	— Vide Lei do Inquilinato.	
— N. 8.429/1992	— Art. 9º .....	126
	— Art. 10.....	126
	— Art. 11.....	126
	— Art. 20.....	126
— N. 8.560/1992 .....		3 e 300
	— Art. 2º, § 4º .....	404
— N. 8.862/1994.....		682
— N. 8.971/1994.....		23
— N. 9.032/1995.....		287
— N. 9.034/1995	— Art. 10.....	572
— N. 9.099/1995	— Art. 74.....	479
	— Art. 76.....	479
	— Art. 88.....	479
	— Art. 89 .....	493, 514 e 518
— N. 9.129/1995.....		287
— N. 9.139/1995.....		444
— N. 9.245/1995.....		148
— N. 9.278/1996.....		23
— N. 9.296/1996.....		549
	— Art. 4º, § 1º .....	572
— N. 9.437/1997	— Art. 10, caput.....	531 e 647
	— Art. 10, § 1º, II .....	531
	— Art. 10, §§ 2º e 3º, IV .....	647
— N. 9.455/1997	— Art. 7º .....	572
— N. 9.469/1997	— Art. 10.....	98

— N. 9.503/1997	— Vide Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.605/1998	— Art. 12 .....	13
— N. 9.668/1998.....		132
— N. 9.714/1998	— Vide Código Penal.	
— N. 9.756/1998.....		785

## LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

### DECRETOS

— N. 91/1982	— (Florianópolis) .....	354
— N. 1.408/1976	— (Florianópolis) .....	354

### LEIS

— N. 44/1973	— (Chapecó)	— Art. 1º .....	450
— N. 1.224/1974	— (Florianópolis) .....		265
— N. 1.246/1974	— (Florianópolis)	— Art. 48, I .....	354
— N. 1.516/1977	— (Florianópolis) .....		265
— N. 1.828/1981	— (Florianópolis) .....		354
— N. 2.220/1996	— (Maravilha)	— Art. 23 .....	121

### LEGITIMIDADE AD CAUSAM

— Passiva — Caracterização. Ação monitória. Sociedade comercial. Emitente que não detinha poderes para a emissão. Responsabilidade pelo pagamento. Aplicação do art. 10 do Decreto n. 3.708/19. ....		294
--	--	-----

### LEI

— Ação direta de inconstitucionalidade — Norma delegando ao reitor da Udesc a faculdade de deflagrar processo legislativo para reajuste de vencimentos dos servidores da instituição. Afronta ao art. 50, § 2º, II, da CE, combinado com o art. 61, § 1º, II, letra a, da CF. Invasão da competência privativa do chefe do poder executivo. Demanda procedente. ....		753
— Complementar — IPTU. Alteração na sistemática do tributo. Ausência de publicação da norma no exercício anterior. Impossibilidade. Aplicação do princípio da anualidade. Ação de inconstitucionalidade. Liminar concedida. ....		450
— Municipal — Inconstitucionalidade. Norma que, com a extinção de cargo público, confere ao servidor em estágio probatório o direito a disponibilidade ou a aproveitamento em outro cargo. Malferimento ao disposto no art. 41, § 3º, da CF. Remessa provida. Segurança denegada. ....		121

**LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)**

— Art. 11.....	718
— Art. 12, caput.....	572
— Art. 12.....	514, 603, 718 e 739
— Art. 14.....	572, 603 e 718
— Art. 16.....	514, 603 e 718
— Art. 18, III.....	572, 603 e 718
— Art. 23, § 3º.....	718
— Art. 25.....	514
— Art. 34.....	572 e 603
— Art. 37.....	572 e 718
— Art. 38, § 1º.....	603
— Art. 38 e parágrafos.....	514

**LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS (Decreto-Lei n. 3.688/1941)**

— Art. 19, § 1º.....	647
— Art. 32.....	491
— Art. 65.....	653

**LEI DAS DUPLICATAS (Lei n. 5.474/1968)**

— Art. 15, II, a.....	297
— Art. 16.....	297
— Art. 20, § 3º.....	297
— Art. 22.....	276
— Art. 22, § 3º.....	297

**LEI DE ALIMENTOS (Lei n. 5.478/1968)**

— Art. 13, § 1º.....	430
----------------------	-----

**LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)**

— Art. 1º.....	572
— Art. 50, II.....	741
— Art. 110.....	549 e 739
— Art. 112.....	572 e 739
— Art. 118, I.....	741
— Art. 126, caput.....	741
— Art. 127.....	741

**LEI DE IMPRENSA (Lei n. 5.250/1967)**

— Art. 21.....	488
— Art. 23, II.....	488
— Art. 41.....	488
— Art. 56.....	423
— Art. 57, § 6º.....	269

**LEI DO DIVÓRCIO (Lei n. 6.515/1977)**

— Art. 2º .....	315 e 340
— Art. 3º, caput.....	315
— Art. 19 .....	315 e 340
— Art. 24.....	340

**LEI DO INQUILINATO (Lei n. 8.245/1991)**

— Art. 8º .....	371
— Art. 23.....	335
— Art. 61.....	335

**LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)**

— .....	88
— Art. 5º, II .....	444
— Art. 12, parágrafo único.....	121
— Art. 18.....	108

**LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)**

— .....	718
— Art. 1º .....	572
— Art. 2º, § 1º .....	13, 572 e 739
— Art. 5º .....	572
— Art. 6º .....	653
— Art. 9º .....	673

**LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL  
(Lei Complementar n. 35/1979)**

— Art. 22.....	718
— Art. 32, parágrafo único.....	51

**LEIS COMPLEMENTARES**

— N. 31/1990 (Estadual) — Art. 21 .....	56
— Art. 25.....	56
— Art. 28, V e VI.....	56
— Art. 87.....	56
— N. 35/1979 (Federal) — Vide Lei Orgânica da Magistratura Nacional.	
— N. 47/1997 (Município de Chapecó) .....	450
— N. 87/1996 (Federal) — Art. 2º, § 1º .....	81
— Art. 3º, VIII .....	81
— N. 100/1993 (Estadual) — Art. 2º .....	753
— N. 129/1994 (Estadual) — Art. 16.....	51
— N. 150/1996 (Estadual) — Art. 1º .....	62

**LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ**

- Caracterização — Adequação da pena na forma do art. 18 do CPC. .... 132
- Caracterização — Apelante que se utiliza do processo para se livrar de obrigação legítima, com teses contraditórias e alterando a verdade dos fatos. Aplicação do art. 17, II, do CPC. .... 232

**LITISCONSÓRCIO**

- Ação ordinária — Agravo de instrumento. Recurso interposto por litisconsortes. Mandato judicial. Instrumento de substabelecimento sem a juntada do mandato originário de alguns dos autores recorrentes. Agravo conhecido porque interposto por um dos litisconsortes e que a todos aproveita. Inteligência do art. 509 do CPC. .... 409

**LOCAÇÃO**

- Despejo — Infração contratual. Caracterização. Notificação premonitória. Desnecessidade. .... 335
- Despejo — Sublocação. Infração contratual. Caracterização. Requerimento do benefício previsto no art. 61 da Lei n. 8.245/91. Impossibilidade. Inocorrência dos pressupostos legais. Contestação. Ausência. Revelia decretada. Pedido procedente. .... 335

**LOTEAMENTO**

- Mandado de segurança — Loteamento de responsabilidade de pessoa jurídica. Impedimento do registro imobiliário. Alegação de existência de ação penal por crimes contra a ordem tributária pelos representantes legais da empreendedora. Motivo insubsistente. Inexistência de identidade entre os crimes a que respondem os sócios da empresa e os crimes contra a administração pública previstos no art. 18, § 2º, da Lei n. 6.766/79. Ordem deferida. .... 115

**M****MAGISTRADO**

- Inativo — Previdência social. Contribuição. Incidência sobre seus vencimentos. Cabimento. Competência concorrente dos Estados para legislar sobre a matéria. Exegese dos arts. 24, XII, e 195, § 4º, da CF. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada. ... 51



- Juiz substituto não vitalício — Competência para praticar todos os atos reservados ao juiz vitalício. Exegese do art. 112 da Lei n. 5.624/76. .... 718
- Vinculação — Processo crime. Inexistência. Inaplicabilidade na lei processual penal do princípio da identidade física do juiz. .... 718

## MANDADO DE SEGURANÇA

- Ato judicial — Impetração do mandamus como sucedâneo recursal. Impossibilidade ante a nova redação dada ao art. 558 do CPC. .... 444
- Funcionário público — Demissão. Procedimento administrativo encerrado após sua exoneração por extinção do cargo. Impossibilidade e ilegalidade do ato. Impetrante que não mais se encontra investido na função pública. Direito líquido e certo configurado. Segurança deferida. .... 108
- Funcionário público — Exoneração voluntária incentivada. Admissibilidade. Verba indenizatória. Indeferimento. Incabimento. Exegese do art. 1º da Lei n. 8.437/91. Violação a direito líquido e certo. Demonstração. Segurança concedida. .... 56
- Imóvel — Construção. Alvará de habite-se. Pedido negado. Desrespeito, pelo construtor, ao projeto anteriormente aprovado pela municipalidade. Excesso de área construída. Constatação. Ausência de direito líquido e certo. Apelo voluntário e remessa providos. Segurança denegada. .... 103
- Inicial — Indeferimento. Interposição de agravo regimental. Cabimento. Exegese do art. 195, § 1º, do Regimento Interno do TJSC. . 444
- Lei Municipal — Inconstitucionalidade. Norma que, com a extinção de cargo público, confere ao servidor em estágio probatório o direito a disponibilidade ou a aproveitamento em outro cargo . Malferimento ao disposto no art. 41, § 3º, da CF. Remessa provida. Segurança denegada. .... 121
- Loteamento — Responsabilidade de pessoa jurídica. Impedimento do registro imobiliário. Alegação de existência de ação penal por crimes contra a ordem tributária pelos representantes legais da empreendedora. Motivo insubsistente. Inexistência de identidade entre os crimes a que respondem os sócios da empresa e os crimes contra a administração pública previstos no art. 18, § 2º, da Lei n. 6.766/79. Ordem deferida. .... 115
- Magistrados inativos — Previdência social. Contribuição. Incidência sobre seus vencimentos. Cabimento. Competência concorrente dos Estados para legislar sobre a matéria. Exegese dos arts. 24, XII, e 195, § 4º, da CF. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada. .... 51

- Meio ambiente — Lançamento de resíduos em curso de água. Atuação por órgão fiscalizador. Ausência de necessária licença ambiental. Impetrante que não nega sua conduta lesiva ao meio ambiente. Apelo com intuito procrastinatório. Demonstração. Reclamo desprovido. .... 85
- Motorista — Embriaguez ao volante. Carteira Nacional de Habilitação. Apreensão. Processo administrativo. Imprescindibilidade. Ordem deferida. .... 78
- Pensionista — Viúva de servidor público. Vencimento. Direito a percepção integral. Inteligência do art. 40, § 5º, da CF, e art. 159 da CE. Adicional por tempo de serviço. Redução ou supressão em face do teto salarial. Impossibilidade. Violação a direito líquido e certo. Constatação. Segurança concedida. .... 62
- Polícia militar — Prisão e transferência de unidade. Punição com base em sindicância que lhe negou direito a defesa. Incabimento. Segurança concedida. .... 93
- Previdência social — Pensão por morte. Pagamento integral do vencimento ou provento do servidor falecido. Aplicação imediata. Exegese do art. 40, § 5º, da CF, e art. 159 da CE. Recurso desprovido. .... 76
- Promotor de Justiça — Concurso de remoção. Merecimento. Lista triplíce. Ilegalidade na elaboração e votação pelo Conselho Superior do Ministério Público. Configuração. Nulidade do ato. Caracterização. Segurança concedida. .... 70
- Serviço público — Concessão. Ferry boat. Travessia do rio Itajaí-Açu. Gratuidade do serviço para pedestres e ciclistas. Alegação de quebra, pela lei instituidora do benefício, do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Prova insegura. Necessidade de produção de substratos probatórios a respeito. Inviabilidade da solução do litígio pela via estreita do mandamus. Apelo provido para cassar a segurança concedida no Juízo monocrático. .... 88
- Servidor público — Diferença de vencimentos percebida por força de liminar posteriormente denegada. Restituição ao Estado. Possibilidade, desde que observado o devido processo legal. Ordem concedida. .... 67
- Servidor público municipal — Comissionado. Mudança de sede funcional. Estudante de ensino superior. Pretendida transferência da instituição para outra congênera. Incabimento. Ausência de compulsoriedade do seu deslocamento laboral. Constatação. Inexistência de direito líquido e certo. Segurança denegada. .... 98
- Veículo — Importação por particular. Uso próprio. Incidência do ICMS. Incabimento. Exegese do art. 155, § 2º, IX, letra a, da CF. Segurança concedida. .... 111

- Vereador — Cassação. Infração político-administrativa. Acusação de prática de irregularidades na legislatura anterior. Incomunicabilidade. Mandatos eletivos estancques. Restabelecimento do mandato cassado. Ordem concedida. .... 126

## MANDATO JUDICIAL

- Procuração — Ação ordinária. Agravo de instrumento. Recurso interposto por litisconsortes. Instrumento de substabelecimento sem a juntada do mandato originário de alguns dos autores recorrentes. Agravo conhecido porque interposto por um dos litisconsortes e que a todos aproveita. Inteligência do art. 509 do CPC. 409
- Procuração — Notícia crime. Falta de menção, no mandato, do fato criminoso. Irrelevância. Incidência restrita à ação penal privada. Inteligência do art. 44 do CPP. .... 485

## MEDIDAS PROVISÓRIAS

- N. 1.415/1996 — Art. 2º ..... 287
- Art. 8º ..... 287
- N. 1.463-22/1998 — Art. 2º ..... 287

## MEIO AMBIENTE

- Ação civil pública — Abertura irregular de logradouro. Área de preservação permanente. Desmatamento. Alegação de serviço prestado a terceiro. Irrelevância. Dano ambiental. Configuração. Licença municipal. Incomprovação. Responsabilidade civil objetiva caracterizada. Desfazimento da obra. Determinação. Sentença mantida. .... 265
- Ação civil pública — Construções clandestinas. Área non aedificandi. Demolição. Citação do cônjuge. Desnecessidade. Dano efetivo. Inexigibilidade. Indenização. Verba indevida. Pedido precedente. Sentença confirmada. .... 354
- Mandado de segurança — Lançamento de resíduos em curso de água. Autuação por órgão fiscalizador. Ausência de necessária licença ambiental. Impetrante que não nega sua conduta lesiva ao meio ambiente. Apelo com intuito procrastinatório. Demonstração. Reclamo desprovido. .... 85

## MENOR

- Ação de verificação de situação irregular — Pátrio poder. Destituição. Deficiência mental dos pais. Dúvida quanto ao grau. Necessidade de levantamento psicológico ou psiquiátrico. Conversão do julgamento em diligência para tal medida. Direito de visita dos pais, no curso do processo, assegurado. .... 139
- Adolescente — Acesso em estabelecimento onde funciona casa de prostituição. Ato infracional previsto no art. 258 do ECA. Delito

- imputado ao responsável pelo recinto. Sentença condenatória. Decisão prolatada sem a designação de audiência para ouvida de testemunha arrolada pela defesa. Vulneração dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Exegese do art. 197 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Anulação do processo. Decretação de ofício. Recurso defensivo prejudicado. .... 498
- Adolescente — Ato infracional. Aplicação de medida socioeducativa pelo prazo de seis meses. Lapso temporal superior a dois anos entre o recebimento da representação e a publicação da sentença. Prescrição da pretensão punitiva do Estado. Ocorrência. Extinção da punibilidade. Decretação. .... 491
- Adolescente — Ato infracional. Atropelamento de ciclista. Homicídio culposo. Prestação de serviços à comunidade. Determinação. Medida socioeducativa prescrita. Decretação de ofício. Aplicação do art. 226 do ECA. .... 543
- Alvará judicial — Levantamento de valores relativos ao FGTS e PIS/PASEP. Necessidade da quantia para quitação de saldo devedor da aquisição de imóvel. Inteligência do art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.858/80. Pleito indeferido. Incabimento. Sentença reformada. Recurso provido. .... 230

### **MIGUEL BORGHEZAN (Dr.)**

- Resgate da enfiteuse (aforamento)..... 23

### **MINISTÉRIO PÚBLICO**

- Ação penal — Crime contra os costumes. Prova da miserabilidade do representante da vítima. Demonstração. Legitimidade do órgão ministerial caracterizada. .... 653
- Interposição de ação de investigação de paternidade — Admissibilidade. Exegese do art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.560/92. .... 404
- Mandado de segurança — Concurso de remoção. Merecimento. Lista tríplice. Ilegalidade na elaboração e votação pelo Conselho Superior do Ministério Público. Configuração. Nulidade do ato. Caracterização. Segurança concedida. .... 70
- Manifestação — Ausência. Suprimento pela participação da Procuradoria-Geral de Justiça. .... 98

### **MINISTÉRIO PÚBLICO (matéria penal)**

- Crime contra os costumes — Legitimidade ativa para deflagração da ação penal. Reconhecimento. Comprovação da pobreza da vítima e da vontade inequívoca da vítima e sua mãe de que seja processado o ofensor. .... 673

**MULTA**

- Contratual — Contrato bancário. Redução de ofício. Exegese do art. 52, § 1º, do Estatuto do Consumidor. .... 250

**MUNICÍPIO**

- Vide Pessoa jurídica de direito público.

**N****NARCOTRAFICÂNCIA**

- Vide Crime contra a saúde pública.

**NULIDADE**

- Citação — Inocorrência. Ação de nunciação de obra nova. Ausência de citação da esposa do réu. Ato suprido pelo comparecimento espontâneo..... 389
- Contrato de adesão — Cláusula de eleição do foro que beneficia somente o proponente. Nulidade. Competência. Aplicação da regra do art. 100, IV, letra d, do CPC. .... 413
- Sentença — Decretação. Execução. Embargos de terceiro. Ausência de citação do credor exequente. Incabimento. Violação dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. .... 196
- Sentença — Inconfiguração. Decisum que cumpre as exigências do art. 458, I, do CPC. .... 398
- Sentença — Inocorrência. Decisão concisa porém com motivação suficiente. Preliminar afastada. .... 430
- Sentença — Inocorrência. Relatório e fundamentação sintéticos, porém inteligíveis. Validade. .... 271

**NULIDADE (matéria penal)**

- Auto de prisão em flagrante — Inocorrência. Participação de policiais como testemunhas na lavratura do auto. Admissibilidade. Preenchimento das finalidades contidas no art. 6º, V, do CPP. .. 603
- Citação — Vício. Inocorrência. Ausência de prejuízo à defesa. Constatação. Eiva afastada. .... 603
- Júri — Duplo homicídio qualificado. Tentativa. Motivo torpe e surpresa. Ausência de correlação entre a denúncia e a decisão de pronúncia. Quesitos formulados em desconformidade com o que

- foi assentado na provisional. Nulidades absolutas. Declaração de ofício. Anulação do processo a partir da pronúncia, inclusive. .... 711
- Júri — Homicídio. Quesito. Deficiência. Nulidade absoluta. Ocorrência. Julgamento anulado. .... 667
- Júri — Homicídio qualificado. Co-autoria. Recurso ministerial. Alegação de omissão de quesito obrigatório alusivo à co-autoria. Julgamento anulado. Acolhimento da prefacial. .... 502
- Júri — Homicídio qualificado e vilipêndio a cadáver. Nulidade posterior à pronúncia. Contradição nas respostas dos quesitos. Eiva incorrente. Divergência verificada em séries distintas. Preliminar rejeitada. .... 708
- Júri — Nulidades posteriores à pronúncia. Inconfiguração. Ata da sessão. Ausência da assinatura do Juiz e do Promotor de Justiça. Mera irregularidade. Documentos juntados. Leitura em plenário indeferida. Ciência intempestiva pela parte adversa. Substituição de testemunha. Indeferimento. Ato que não contraria o disposto no art. 397 do CPP. Preliminares rejeitadas. .... 507
- Processo crime — Decretação. Apropriação indébita. Suspensão do processo. Oferecimento pelo órgão ministerial conforme previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95. Magistrado que não designa audiência para tal desiderato e sem a abertura de prazo para apresentação das alegações finais pelo órgão do Parquet prolata sentença absolutória. Incabimento. Vulneração do princípio constitucional do contraditório. Recurso ministerial provido. .... 518
- Processo crime — Delitos de trânsito. Embriaguez ao volante e condução sem habilitação. Prisão em flagrante. Irregularidade. Hipótese de lavratura de termo circunstanciado. Exegese dos arts. 291 e 301 do Código de Trânsito Brasileiro. Transação penal. Falta de manifestação do Ministério Público. Ofensa ao disposto no caput e parágrafo único do art. 291 do CTB. Constrangimento ilegal caracterizado. Nulidade do feito ab initio. Declaração de ofício. Ordem de habeas corpus concedida. .... 479
- Sentença — Inocorrência. Decisão ultra petita. Inconfiguração. Julgamento baseado na denúncia que narra detalhadamente os fatos e não na capitulação errônea da exordial ministerial. Preliminar afastada. .... 653

## NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA

- Construção de obra — Demanda interposta por herdeiros condôminos. Citação. Nulidade. Inocorrência. Meeira não figurante no pólo ativo. Irrelevância. Legitimidade dos autores configurada. Prédios limítrofes. Invasão parcial do terreno pelo vizinho. Constatção. Pedido de embargo da obra conjugado com desfazimento e indenização. Construção em fase de acabamento. Impossibilidade

de de alteração da situação de fato. Ressarcimento dos danos. Verba devida. Pedido procedente.....	389
---	-----

## P

### PECULATO

— Delito caracterizado — Servidor de sociedade de economia mista. Equiparação à categoria de funcionário público. Autoria e materialidade. Comprovação. Acusado que ressarciu os cofres públicos, antes da denúncia, voluntariamente. Arrependimento posterior. Reconhecimento. Redução da reprimenda. Recurso parcialmente provido.....	686
--	-----

### PENA CRIMINAL

— Adequação — Reprimenda aplicada com excessivo rigor.....	549
— Confissão espontânea — Atenuante inacolhida. Réu que não confessou os fatos incriminadores na extensão real dos acontecimentos. ....	718
— Crime continuado — Critério para o aumento da sanção. ....	686
— Crime contra a saúde pública — Tráfico de entorpecente. Condenação. Pena de reclusão. Regime fechado. Substituição por penas restritivas de direito. Possibilidade. Requisitos. ....	718
— Crime contra os costumes — Acréscimo da pena do crime hediondo. Exclusão. Inocorrência de lesões corporais de natureza grave ou morte. ....	673
— Dosimetria — Concurso de agravantes e atenuantes. Reconhecimento. Compensação das penas. Admissibilidade. Adequação. .	745
— Fixação adequada — Atendimento às circunstâncias do art. 59 do CP. ....	572
— Pena-base — Elevação. Circunstâncias judiciais do art. 59 do CP totalmente desfavoráveis ao réu. ....	673
— Redução — Aplicação das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. ....	603
— Redução — Peculato. Arrependimento posterior. Reconhecimento. Aplicação do art. 16 do CP. ....	686
— Roubo — Aumento previsto no § 2º do art. 157 do CP. Incabimento. Ausência de justificativa, pelo magistrado, por ocasião da elevação da reprimenda. Adequação. ....	745

**PENHORA**

- Imóvel — Constrição com base na matrícula imobiliária. Ato por iniciativa exclusiva do oficial de justiça. Ausência de culpa do embargado. Ônus da sucumbência. Imputação ao próprio Judiciário. Aplicação do princípio da causalidade. .... 406
- Nomeação — Garagens em edifício condominial. Requerimento formulado pelo credor para a constrição também dos apartamentos. Deferimento judicial. Descumprimento do meirinho. Impossibilidade. Correção do ato. Determinação. Agravo provido. .... 409

**PENSÃO**

- Morte — Pagamento integral do vencimento ou provento do servidor falecido. Aplicação imediata. Exegese do art. 40, § 5º, da CF, e art. 159 da CE. .... 76
- Viúva de servidor público — Vencimento. Direito a percepção integral. Inteligência do art. 40, § 5º, da CF, e art. 159 da CE. Adicional por tempo de serviço. Redução ou supressão em face do teto salarial. Impossibilidade. Violação a direito líquido e certo. Constatação. Segurança concedida. .... 62

**PERDAS E DANOS**

- Ação de nunciação de obra nova — Construção de obra. Prédios limítrofes. Invasão parcial do terreno pelo vizinho. Constatação. Pedido de embargo da obra conjugado com desfazimento e indenização. Construção em fase de acabamento. Impossibilidade de alteração da situação de fato. Ressarcimento dos danos. Verba devida. Pedido procedente. .... 389
- Cumulação com cláusula penal moratória. Possibilidade. .... 222
- Cumulação com rescisão contratual — Improcedência. Ato jurídico perfeito e acabado. Requisitos insculpidos no art. 82 do CC preenchidos. Litigância de má-fé. Caracterização. Adequação da pena. Honorários advocatícios. Redução. Recurso parcialmente provido. .... 132
- Ressarcimento — Verba devida decorrente de ato esbulhatório... 156

**PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO**

- Fundação educacional — Interposição de recurso. Reexame necessário. Não conhecimento. Incabimento do benefício trazido pelo art. 10 da Lei n. 9.469/97. .... 98

**PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO**

- Município — Aplicações de recursos municipais no mercado financeiro. Exoneração da incidência do IOF. Imunidade do art. 150, VI,



- a, da CF. Reconhecimento. Rendas produzidas por bens patrimoniais do ente público. Recurso extraordinário não conhecido. .... 764
- Município — Funcionário público. Regime jurídico único. Demissão. Verbas celetistas. Incabimento. Inaplicabilidade de normas da CLT. Adicional de insalubridade. Incidência. Determinação constitucional. Decisão mantida. Remessa desprovida. .... 280
- Município — Funcionário público. Cargo comissionado. Prestação de horas extras. Incomprovação. Ausência de previsão legal pela municipalidade. Descabimento do pleito. Sentença reformada. Remessa provida. .... 284
- Município — Imóvel. Construção. Alvará de habite-se. Pedido negado. Desrespeito, pelo construtor, ao projeto anteriormente aprovado pela municipalidade. Excesso de área construída. Constatação. Ausência de direito líquido e certo. Apelo voluntário e remessa providos. Segurança denegada. .... 103
- Município — Indenização. Ato ilícito. Construção, pela municipalidade, de trampolim em local público. Morte. Culpa in vigilando. Comprovação. Verba devida. Pensão. Critérios. Dano moral. Cumulação com danos materiais. Possibilidade. Decisão mantida. Remessa e recurso desprovidos. .... 311
- Município — Lei Municipal. Inconstitucionalidade. Norma que, com a extinção de cargo público, confere ao servidor em estágio probatório o direito à disponibilidade ou ao aproveitamento em outro cargo. Malferimento ao disposto no art. 41, § 3º, da CF. Remessa provida. Segurança denegada. .... 121

## PETIÇÃO INICIAL

- Indeferimento — Medida extrema admitida quando não caiba providência ou solução que a evite. .... 426

## POLÍCIA MILITAR

- Punição — Prisão e transferência de unidade. Ato punitivo com base em sindicância que lhe negou direito à defesa. Incabimento. Segurança concedida. .... 93

## PORTE DE ARMA

- Condenação — Pretendida alteração do regime fechado para o semi-aberto. Admissibilidade. Qualificadora prevista no inciso IV do § 3º do art. 10 da Lei n. 9.437/97. Afastamento. Recurso provido para adequação da pena e do regime prisional. .... 647
- Delito caracterizado. Ausência de registro e porte de revólver. Comprovação. Condenação mantida. .... 531

**POSSESSÓRIA**

- Manutenção — Posse de imóvel. Transferência do bem por meio de contrato de permuta sobre o qual se postula a proteção possessória. Mera detenção dos alienantes e posse injusta configurada. Circunstância decorrente do pacto entabulado. Pedido improcedente. .... 247
- Reintegração — Condomínio. Garagens. Decisão da assembléia geral dispendo a respeito da sua ocupação. Alteração unilateral, pelo síndico, da deliberação tomada na assembléia dos condôminos. Impossibilidade. Pedido procedente. Recurso desprovido. ... 179
- Reintegração — Veículo furtado. Apreensão pela autoridade policial. Possuidor de boa-fé. Entrega do bem à companhia seguradora. Esbulho caracterizado. Discussão na lide possessória da propriedade do bem. Impossibilidade. Inteligência do art. 505 do CC. Posse justa. Comprovação. Perdas e danos. Ressarcimento. Pedido procedente. .... 156

**PRESCRIÇÃO**

- Ato infracional — Adolescente. Aplicação de medida socioeducativa pelo prazo de seis meses. Lapsso temporal superior a dois anos entre o recebimento da representação e a publicação da sentença. Prescrição da pretensão punitiva do Estado. Ocorrência. Extinção da punibilidade. Decretação. .... 491

**PRESCRIÇÃO CRIMINAL**

- Concurso de crimes — Incidência da prescrição sobre a pena de cada delito isoladamente. Exegese do art. 119 do CP. Extinção da punibilidade reconhecida..... 769
- Homicídio culposo — Ato infracional praticado por menor. Prestação de serviços à comunidade. Determinação. Medida socioeducativa prescrita. Decretação de ofício. Aplicação do art. 226 do ECA. .... 543
- Prescrição da pretensão punitiva — Forma retroativa. Ocorrência. Extinção da punibilidade. Decretação de ofício. .... 686

**PREVIDÊNCIA SOCIAL**

- Contribuição — Magistrados inativos. Incidência da verba sobre seus vencimentos. Cabimento. Competência concorrente dos Estados para legislar sobre a matéria. Exegese dos arts. 24, XII, e 195, § 4º, da CF. Ausência de direito líquido e certo. Segurança negada. .... 51
- Pensão por morte — Pagamento integral do vencimento ou provento do servidor falecido. Aplicação imediata. Exegese do art. 40, § 5º, da CF, e art. 159 da CE. .... 76

**PRISÃO EM FLAGRANTE**

- Flagrante preparado — Inconfiguração. Depoimento de policiais que efetuaram o flagrante em consonância com a prova coletada no processo. .... 572
- Habeas corpus — Delitos de trânsito. Embriaguez ao volante e condução sem habilitação. Prisão em flagrante. Irregularidade. Hipótese de lavratura de termo circunstanciado. Exegese dos arts. 291 e 301 do Código de Trânsito Brasileiro. Constrangimento ilegal caracterizado. Nulidade do processo ab initio. Declaração de ofício. Ordem concedida. .... 479
- Nulidade do auto — Inocorrência. Participação de policiais como testemunhas na lavratura do auto. Admissibilidade. Preenchimento das finalidades contidas no art. 6º, V, do CPP. .... 603

**PRISÃO PREVENTIVA**

- Habeas corpus — Acidente de trânsito. Motorista embriagado causador do evento. Homicídio qualificado. Custódia preventiva. Necessidade. Garantia da ordem pública. Aplicação do princípio da confiança no juiz da instrução. Ordem denegada. .... 461

**PROCEDIMENTO**

- Rito sumário — Denúnciação da lide. Inadmissibilidade. Exegese do art. 280, I, do CPC. .... 148

**PROCESSO**

- Anulação — Sentença condenatória. Decisão prolatada sem a designação de audiência para ouvida de testemunha arrolada pela defesa. Vulneração dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Exegese do art. 197 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Decretação de ofício. .... 498
- Extinção — Decretação. Ação de reparação por danos morais. Decadência. Configuração. Aplicação do art. 56 da Lei n. 5.250/67. .... 423

**PROCESSO CRIME**

- Crime contra a ordem tributária — Delito de relações de consumo. Infração cometida na vigência da Lei n. 9.099/95. Suspensão condicional do processo. Possibilidade. Exegese do art. 89 da referida lei. .... 493
- Júri — Duplo homicídio qualificado. Tentativa. Motivo torpe e surpresa. Ausência de correlação entre a denúncia e a decisão de pronúncia. Quesitos formulados em desconformidade com o que foi assentado na provisional. Nulidades absolutas. Declaração de ofício. Anulação do feito a partir da pronúncia, inclusive. .... 711

- Nulidade — Decretação. Apropriação indébita. Suspensão do processo. Oferecimento pelo órgão ministerial conforme previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95. Magistrado que não designa audiência para tal desiderato e sem a abertura de prazo para apresentação das alegações finais pelo órgão do Parquet prola sentença absoluta. Incabimento. Vulneração do princípio constitucional do contraditório. Recurso ministerial provido. .... 518
- Nulidade — Declaração de ofício. Delitos de trânsito. Embriaguez ao volante e condução sem habilitação. Prisão em flagrante. Irregularidade. Hipótese de lavratura de termo circunstanciado. Exegese dos arts. 291 e 301 do Código de Trânsito Brasileiro. Transação penal. Falta de manifestação do Ministério Público. Ofensa ao disposto no caput e parágrafo único do art. 291 do CTB. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem de habeas corpus concedida. 479
- Vinculação do magistrado — Inexistência. Inaplicabilidade na lei processual penal do princípio da identidade física do juiz. .... 718

## **PROCURAÇÃO**

- Vide Mandato judicial.

## **PROMESSA DE COMPRA E VENDA**

- Contrato — Promitente comprador que, compelido com a rescisão da avença por inadimplência, promete à venda o mesmo bem a terceiro sem anuência da proprietária. Impossibilidade. Anulação do pacto. Reivindicação do imóvel. Pedido deferido. .... 217

## **PROMOTOR DE JUSTIÇA**

- Vide Ministério Público.

## **PRONÚNCIA**

- Concurso material de crimes — Reconhecimento. Impossibilidade. Matéria a ser observada na aplicação da pena. .... 711

## **PROVA**

- Ação de investigação de paternidade — Exame de DNA. Indispensabilidade. Litigantes beneficiários da justiça gratuita. “Termo de Ajustamento de Conduta” celebrado entre o Estado e o Ministério Público possibilitando a realização do exame. Recurso provido para esse fim. .... 348
- Ação de investigação de paternidade — Exame de DNA. Prova imprescindível e inarredável à determinação da paternidade. Conversão do julgamento em diligência. .... 404
- Ação de investigação de paternidade — Genitora. Conduta reprovável. Demonstração. Exame de DNA. Indispensabilidade. .... 142

- Acidente de trânsito — Boletim de ocorrência. Presunção juris tantum. Policiais rodoviários. Testemunho em consonância com o laudo ofertado. Validade. .... 384
- Exame de DNA — Recusa injustificada. Fortes indícios da paternidade. Comprovação. Ação de investigação de paternidade procedente. .... 300
- Pericial — Desnecessidade. Magistrado que a entendeu despienda à solução da lide. Cerceamento de defesa inexistente. Agravo desprovido. .... 148
- Testemunhal — Dispensabilidade. Realização de vistoria e apresentação de laudo pericial na forma do art. 420, caput, do CPC. Diligência suprida satisfatoriamente. .... 398

## PROVA CRIMINAL

- Crime contra a saúde pública — Prova conflitante. Inocorrência. Depoimento de policiais. Validade. Testemunhos em consonância com a prova coletada no processo para embasar um decreto condenatório. .... 572
- Crime contra os costumes — Estupro. Depoimento infantil com razoável ressonância no contexto probatório. Validade. .... 534
- Depoimento de policiais — Validade. .... 603 e 718
- Escuta telefônica — Ausência de auto circunstanciado e de identificação das vozes. Instrumento probatório não considerado pelo juiz. Decisão que se ajusta aos princípios constitucionais. .... 572
- Escuta telefônica — Validade. Prova obtida mediante prévia autorização judicial, porém sem influência no decreto condenatório. Aplicação do princípio da livre apreciação da prova pelo juiz da causa. .... 549
- Laudo pericial — Homologação. Peça técnica firmada por dois peritos nomeados e compromissados pelo Juízo, com habilitação específica para o exame. Validade. Decisão homologatória mantida. .... 682
- Laudo pericial — Recurso interposto contra sentença que homologou referida peça técnica. Cabimento. Decisum com natureza definitiva. Exegese do art. 593, II, do CPP. .... 682
- Prova emprestada — Utilização como um plus para um decreto condenatório. Admissibilidade. .... 603
- Testemunhas — Substituição das não encontradas. Indeferimento pelo juiz. Admissibilidade. Indicação com intuito protelatório. Cerceamento incorrente. Preliminar afastada. .... 603

## Q

**QUEIXA-CRIME**

- Calúnia e difamação — Falta de menção do fato criminoso e do dispositivo violado no instrumento procuratório. Suprimento. Impossibilidade. Prazo decadencial transcorrido. Extinção da punibilidade dos querelados. Declaração. Exegese dos arts. 38 e 44 do CPP. Ordem de habeas corpus concedida. Trancamento da ação penal. .... 467

## R

**RECEPTAÇÃO**

- Dolosa — Pretendida absolvição ou a desclassificação para a modalidade culposa, ou, ainda, para a forma privilegiada. Impossibilidade. Acusados que sabiam da origem ilícita dos bens apreendidos. Penas. Adequação. Aplicação com excessivo rigor. Recursos parcialmente providos. .... 549

**RECURSO**

- Adesivo — Condição de admissibilidade. Exegese do art. 500 do CPC. .... 250
- Adesivo — Não conhecimento. Ausência de sucumbência recíproca e matéria não articulada na contestação e na sentença. .... 250
- Agravo regimental — Interposição contra indeferimento da inicial de mandado de segurança. Cabimento. Exegese do art. 195, § 1º, do Regimento Interno do TJSC. .... 444
- Apelação — Indenização. Dano moral. Inconformismo não acompanhado do comprovante de depósito integral do valor da condenação. Não conhecimento. Exegese do art. 57, § 6º, da Lei n. 5.250/67. .... 269
- Reexame necessário — Fundação educacional. Pessoa jurídica de direito privado. Incabimento do benefício trazido pelo art. 10 da Lei n. 9.469/97. Não conhecimento. .... 98

**RECURSO ADESIVO**

- Vide Recurso.

**RECURSO CRIME**

- Apelação — Direito de recorrer. Renúncia pelo réu. Desconsideração. Prevalência do interesse recursal do causídico. Conhecimento. .... 531
- Apelação — Interposição contra sentença que homologou laudo pericial. Cabimento. Decisum com natureza definitiva. Exegese do art. 593, II, do CPP. Conhecimento. .... 682
- Revisão — Pena. Dosimetria. Aumento previsto no § 2º do art. 157 do CP. Incabimento. Ausência de justificativa, pelo magistrado, por ocasião da elevação da reprimenda. Adequação. Pedido deferido. .... 745
- Revisão — Pena. Dosimetria. Concurso de agravantes e atenuantes. Reconhecimento. Compensação das penas. Admissibilidade. Adequação da reprimenda. Pedido deferido. .... 745

**RECURSO ESPECIAL**

- Concurso de crimes — Prescrição criminal. Incidência sobre a pena de cada delito isoladamente. Exegese do art. 119 do CP. Extinção da punibilidade reconhecida. .... 769
- Seguro — Veículo. Perda total. Indenização. Valor. Estipulação conforme preço médio de mercado. Admissibilidade. Apelo provido. .... 772

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

- Funcionário público — Servidor estadual. Teto estipendial. Equivalência remuneratória dos cargos dos três poderes. Observância da simetria entre as unidades da federação. Aplicação do art. 23, I e III, da CE. Agravo regimental desprovido. .... 761
- Município — Aplicações de recursos municipais no mercado financeiro. Exoneração da incidência do IOF. Imunidade do art. 150, VI, a, da CF. Reconhecimento. Rendas produzidas por bens patrimoniais do ente público. Apelo extremo não conhecido. .... 764

**RÉGIME CARCERÁRIO**

- Crime hediondo — Sentença condenatória, transitada em julgado, que estabelece a progressão do regime prisional de forma equivocada. Reformatio in pejus. Inadmissibilidade. Manutenção e análise dos requisitos do sistema progressivo assegurado na sentença. Determinação. .... 739

- Fechado — Crime contra a saúde pública. Tráfico de entorpecente. Pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Possibilidade. Requisitos. .... 718
- Fechado — Pretendida alteração para o semi-aberto. Admissibilidade. Réu condenado por porte de arma de fogo. Qualificadora prevista no inciso IV do § 3º do art. 10 da Lei n. 9.437/97. Afastamento. Recurso provido para adequação da pena e do regime prisional. .... 531
- Fuga — Falta grave. Caracterização. Regressão do regime de cumprimento da pena e perda do direito aos dias remidos. Admissibilidade. Constitucionalidade da medida. Aplicação dos arts. 118, I, e 127 da Lei de Execução Penal. .... 741

## **REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

- Art. 116..... 142
- Art. 195, § 1º ..... 444

## **REIVINDICATÓRIA**

- Imóvel — Domínio. Comprovação. Oposição ao proprietário. Alegação de contrato de locação firmado com terceira pessoa despi-da de qualquer direito sobre o bem. Impossibilidade. Posse injusta. Caracterização. Ação procedente. Sentença confirmada. .... 371

## **RESPONSABILIDADE CIVIL**

- Ação de reparação de dano — Acidente de trânsito. Atropelamento. Via urbana de tráfego rápido. Travessia imprudente e inopinada de pedestre. Constatação. Veículo dirigido de acordo com as normas regulamentares de trânsito. Presunção de culpa do motorista afastada. Culpa exclusiva da vítima. Transferência da obligatio ad diligentiam. Pedido improcedente. .... 185
- Imóvel — Seguro habitacional. Casas populares. Financiamento pelo SFH. Risco de desmoronamento. Comprovação. Falhas construtivas e causas externas. Obrigação de indenizar..... 199
- Indenização — Acidente de trânsito. Colisão quádrupla de veículos. Boletim de ocorrência. Presunção juris tantum. Policiais rodoviários. Testemunho em consonância com o laudo ofertado. Validade. Condutor do veículo que, desatento e em velocidade inadequada, colide com a traseira de caminhão, projetando-o em direção a um terceiro veículo que vinha em sentido contrário. Culpa caracterizada. Verba devida. Recurso provido. .... 384
- Indenização — Acidente de trânsito. Morte de menor. Boletim de ocorrência. Presunção de veracidade. Culpa do preposto caracterizada. Obrigação de indenizar. Pensão. Verba devida. Limite tem-



- poral. Dano moral. Fixação. Critério. Honorários advocatícios. Condenação recíproca. Impossibilidade. Inocorrência de sucumbência do autor. Recurso desprovido. .... 148
- Indenização — Ato ilícito. Município. Construção de trampolim em local público. Morte. Culpa in vigilando da municipalidade. Comprovação. Verba devida. Pensão. Critérios. Dano moral. Cumulação com danos materiais. Possibilidade. Decisão mantida. Remessa e recurso desprovidos. .... 311
- Objetiva — Caracterização. Ação civil pública. Abertura irregular de logradouro. Área de preservação permanente. Desmatamento. Alegação de serviço prestado a terceiro. Irrelevância. Dano ambiental. Configuração. Licença municipal. Incomprovação. Desfazimento da obra. Determinação. Sentença mantida. .... 265

## REVELIA

- Decretação — Ausência de contestação. .... 335

## REVISÃO CRIMINAL

- Vide Recurso crime.

## RITO PROCESSUAL

- Vide Procedimento.

## RODOLFO HANS GELLER (Dr.)

- Resgate da enfiteuse (aforamento)..... 23

## ROUBO

- Cumulação com receptação — Impossibilidade. Exclusão do delito previsto no art. 180, caput, do CP. Alegação de participação de menor importância no crime de roubo. Inconfiguração. Adequação da pena e do regime prisional. Recurso parcialmente provido. . 549

## ROUBO QUALIFICADO

- Emprego de arma e concurso de agentes — Configuração. Alegação de violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Inocorrência. Confissão mediante tortura. Incomprovação. Declarações do co-réu na fase investigatória da autoria dos atos descritos na exordial acusatória. Condenações mantidas. .... 549

## S

**SEGURADORA**

- Seguro — Veículo. Perda total. Indenização. Valor. Estipulação conforme preço médio de mercado. Admissibilidade. Recurso especial provido. .... 772
- Seguro habitacional — Imóvel. Financiamento pelo SFH. Vícios de construção. Constatação. Ação indenizatória proposta contra a incorporadora, a instituição financeira e a companhia seguradora. Decisão que impôs apenas à construtora o ônus de indenizar. Incabimento. Responsabilidade solidária dos demais litisconsortes. Reconhecimento. Exclusão da cobertura afastada. Recurso parcialmente provido. .... 240
- Veículo — Furto. Seguro. Recusa, pela seguradora, ao pagamento da indenização sob alegação de não apresentação da guia de liberação alfandegária definitiva. Exigibilidade descabida. Veículo importado regularmente registrado na repartição de trânsito. Verba indenizatória devida. Ação de cobrança procedente. Decisão mantida. .... 237

**SEGURO**

- Veículo — Furto. Recusa, pela seguradora, ao pagamento da indenização sob alegação de não apresentação da guia de liberação alfandegária definitiva. Exigibilidade descabida. Veículo importado regularmente registrado na repartição de trânsito. Verba indenizatória devida. Ação de cobrança procedente. Decisão mantida. 237
- Veículo — Perda total. Indenização. Valor. Estipulação conforme preço médio de mercado. Admissibilidade. .... 772
- Vida em grupo — Morte do segurado. Acidente de trânsito. Pagamento do seguro, no entanto, por morte natural. Incabimento. Recibo impresso de quitação que estabelece o valor da indenização bem menor que o realmente devido. Documento destituído de valor jurídico. Recebimento da diferença mantida. Ação de cobrança procedente. .... 329

**SEGURO HABITACIONAL**

- Casas populares — Financiamento pelo SFH. Risco de desmoroamento. Comprovação. Falhas construtivas e causas externas. Obrigação de indenizar. .... 199

- Imóvel — Financiamento pelo SFH. Vícios de construção. Constatação. Ação indenizatória proposta contra a incorporadora, a instituição financeira e a companhia seguradora. Decisão que impôs apenas à construtora o ônus de indenizar. Incabimento. Responsabilidade solidária dos demais litisconsortes. Reconhecimento. Exclusão da cobertura afastada. Recurso parcialmente provido. .... 240

## SENTENÇA

- Condenatória — Decisão prolatada sem a designação de audiência para ouvida de testemunha arrolada pela defesa. Vulneração dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Exegese do art. 197 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Anulação do processo. Decretação de ofício..... 498
- Nulidade — Decretação. Execução. Embargos de terceiro. Ausência de citação do credor exequente. Incabimento. Violação dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. .... 196
- Nulidade — Inconfiguração. Decisum que cumpre as exigências do art. 458, I, do CPC. .... 398
- Nulidade — Inocorrência. Decisão concisa, porém com motivação suficiente. Preliminar afastada. .... 430
- Nulidade — Inocorrência. Relatório e fundamentação sintéticos, porém inteligíveis. Validade. .... 271

## SENTENÇA CRIMINAL

- Nulidade — Inocorrência. Decisão ultra petita. Inconfiguração. Julgamento baseado na denúncia que narra detalhadamente os fatos e não na capitulação errônea da exordial ministerial. Preliminar afastada. .... 653

## SEPARAÇÃO JUDICIAL

- Litigiosa — Alimentos provisionais. Redução. Pretensão injustificada. Verba arbitrada conforme as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante. Exegese do art. 400 do CC. Agravo desprovido. .... 430
- Litigiosa — Sociedade conjugal. Dissolução. Culpa exclusiva do separando. Comprovação. Pensão alimentícia. Padrão de vida conjugal elevado. Conjugação do binômio possibilidade-necessidade. Exegese do art. 400 do CC. Deferimento do benefício à separanda. Sentença reformada nesta parte. .... 315

## SERVIDOR PÚBLICO

- Vide Funcionário público.

**SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO**

- Financiamento — Imóvel. Seguro. Vícios de construção. Constatção. Ação indenizatória proposta contra a incorporadora, a instituição financeira e a companhia seguradora. Decisão que impôs apenas à construtora o ônus de indenizar. Incabimento. Responsabilidade solidária dos demais litisconsortes. Reconhecimento. Exclusão da cobertura afastada. Recurso parcialmente provido... 240
- Imóvel — Casas populares. Seguro habitacional. Risco de desmoroamento. Comprovação. Falhas construtivas e causas externas. Obrigação de indenizar. .... 199

**SOCIEDADE**

- Comercial — Cheque sem fundos. Emitente que não detinha poderes para a emissão. Responsabilidade pelo pagamento. Aplicação do art. 10 do Decreto n. 3.708/19. Legitimidade passiva caracterizada. Ação monitória procedente. Sentença confirmada. .... 294

**SUCUMBÊNCIA**

- Embargos de terceiro — Imóvel. Penhora com base na matrícula imobiliária. Ato por iniciativa exclusiva do oficial de justiça. Ausência de culpa do embargado. Ônus da sucumbência. Imputação ao próprio Judiciário. Aplicação do princípio da causalidade. .... 406

**SÚMULAS****SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

- N. 14..... 384
- N. 30 ..... 62 e 250
- N. 37..... 311
- N. 178..... 287
- N. 195..... 307

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

- N. 22..... 121
- N.121..... 250
- N.122..... 23
- N.156..... 502
- N.169..... 23
- N. 266..... 51
- N. 335..... 413
- N. 379..... 340
- N. 382..... 377
- N. 387..... 343

— N. 405..... 67  
 — N. 491..... 148  
 — N. 577..... 81

**TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS**

— N. 20..... 287  
 — N.121..... 444

**SUSPEIÇÃO**

— Delegado — Descabimento. Ausência de previsão legal. Aplicação do art. 107 do CPP. Preliminar afastada..... 653  
 — Exceção — Engenheiro civil contratado para obra da residência do juiz. Demanda judicial envolvendo dito profissional. Ausência de prova convincente da amizade íntima entre este e o magistrado. Improcedência..... 456

**SUSPENSÃO DO PROCESSO CRIME**

- Vide Processo crime.

**T**

**TESTEMUNHA**

- Vide Prova criminal.

**TÍTULO EXTRAJUDICIAL**

- Vide Execução.

**V**

**VEÍCULO**

— Busca e apreensão — Embargos de terceiro. Alegação de domínio do bem. Incomprovação. Propriedade pertencente ao embargado. Constatação. Pedido improcedente. Recurso adesivo pelo embargado. Pretendida restituição imediata do bem. Procedência..... 331  
 — Furto — Seguro. Recusa, pela seguradora, ao pagamento da indenização sob alegação de não apresentação da guia de libera-

ção alfandegária definitiva. Exigibilidade descabida. Veículo importado regularmente registrado na repartição de trânsito. Verba indenizatória devida. Ação de cobrança procedente. Decisão mantida. ....	237
— Importação por particular — Uso próprio. Incidência do ICMS. Incabimento. Exegese do art. 155, § 2º, IX, letra a, da CF. Segurança concedida. ....	111
— Seguro — Perda total. Indenização. Valor. Estipulação conforme preço médio de mercado. Admissibilidade.....	772

## VEREADOR

— Mandado de segurança — Cassação. Infração político-administrativa. Acusação de prática de irregularidades na legislatura anterior. Incomunicabilidade. Mandatos eletivos estanques. Restabelecimento do mandato cassado. Ordem concedida. ....	126
--	-----

## VILIPÊNDIO A CADÁVER

— Cumulação com homicídio qualificado — Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inconfiguração. Jurados que absolvem o acusado do crime de homicídio qualificado e o condenam pela prática de vilipêndio a cadáver. Possibilidade. Soberania dos veredictos. Recurso ministerial desprovido. ....	708
---	-----