

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

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

Diretor: Des. Antonio Fernando do Amaral e Silva

Comissão de Jurisprudência:

Des. Alberto Luiz da Costa — Presidente

Des. Anselmo Cerello

Des. Pedro Manoel Abreu

Des. José Trindade dos Santos

Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi

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

Diretor de Documentação e Informações:

Almir Tadeu Peres

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

Rua Álvaro Millen da Silveira, n. 208

Caixa Postal 427

88020-901 — Florianópolis — SC

Telefone/Fax (48) 221-1153

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

Tiragem: 1.700 exemplares

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Tribunal de Justiça.

Florianópolis, SC, 1973 — Trimestral

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

periodicidade irregular de 1891 a 1972

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

CDU — 340.142 (816.4) (05)

CDD — 34005

SUMÁRIO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	V
DOCTRINA	
Novos juízes: imaginário e verdades — Volnei Ivo Carlin, Desembargador.....	3
A posse em terras de marinha — João José Ramos Schaefer, Desembargador aposentado	21
JURISPRUDÊNCIA CÍVEL	
Mandados de Segurança	21
Apelações Cíveis em Mandados de Segurança	33
Apelações Cíveis	56
Agravos de Instrumento.....	198
Agravos nos Agravos de Instrumento	294
Ação Rescisória	323
Embargos de Declaração	328
Uniformização de Jurisprudência	337
JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL	
Habeas Corpus	351
Apelações Criminais	363
Carta Testemunhável	421
Conflito de Jurisdição	424
Recursos Criminais.....	427

JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA

Ação Direta de Inconstitucionalidade	435
Argüições de Inconstitucionalidade	441

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recursos Extraordinários	451
--------------------------------	-----

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravos de Instrumento	457
Recurso Especial	461

VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pedidos de Suspensão de Liminar	469
Recursos Especiais Cíveis	474
Recursos Especiais Crimes	484
Recurso Extraordinário Crime	487

ÍNDICE NUMÉRICO	491
------------------------------	-----

ÍNDICE POR ASSUNTO	497
---------------------------------	-----

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
(março de 2003)

TRIBUNAL PLENO

Presidente

Des. Antonio Fernando do AMARAL E SILVA

Primeiro Vice-Presidente

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Corregedor-Geral da Justiça

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. JOÃO MARTINS

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAS RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

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

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

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Des. CÉSAR Mimoso Ruiz ABREU

ÓRGÃO ESPECIAL

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

Des. Antonio Fernando do AMARAL E SILVA — Presidente
Des. JOÃO MARTINS (substituído pelo Des. VOLNEI Ivo CARLIN)
Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR
Des. ALBERTO Luiz da COSTA
Des. ANSELMO CERELLO
Des. GENÉSIO NOLLI (substituído pelo Des. SOLON D'EÇA NEVES)
Des. JORGE MUSSI
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPAS RUBIK
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES (substituído pelo Des. José Mazzoni Ferreira)
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 10h — Local: 9º andar

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

SEÇÃO CIVIL

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — Presidente
Des. JOÃO MARTINS*
Des. ANSELMO CERELLO
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Des. CÉSAR Mimoso Ruiz ABREU

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — Presidente
Des. JOÃO MARTINS*
Des. ANSELMO CERELLO
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. CÉSAR Mimoso Ruiz ABREU

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

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

Des. PEDRO MANOEL ABREU — Presidente

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Des. FERNANDO CARIONI

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — Presidente

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO

Juiz DIONISIO JENCZAK

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — Presidente

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Juiz DIONISIO JENCZAK

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

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

Des. José MAZONI FERREIRA — Presidente

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Sessões: sextas-feiras — Horário: 9h — Local: 10º andar

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO — Presidente

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

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

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA — Presidente

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

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

Des. PEDRO MANOEL ABREU — Presidente

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

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

Des. José TRINDADE DOS SANTOS — Presidente

Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA

Des. FERNANDO CARIONI

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. VOLNEI Ivo CARLIN — Presidente

Des. VANDERLEI ROMER

Juiz NEWTON JANKE

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — Presidente

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: sextas-feiras — Horário: 9h — Local: 2º andar

Des. ANSELMO CERELLO — Presidente

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

Des. CÉSAR Mimoso Ruiz ABREU

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

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

Des. José GASPAR RUBIK — Presidente

Des. GENÉSIO NOLLI*

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA*
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE
Des. SOLON D'EÇA NEVES
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. José Antônio TORRES MARQUES

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

Des. José GASPAR RUBIK — Presidente
Des. GENÉSIO NOLLI*
Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA*
Des. SOLON D'EÇA NEVES

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

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

Des. SÉRGIO Torres PALADINO — Presidente
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. José Antônio TORRES MARQUES

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

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

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI
Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO
Dr. VICTOR José Sebem FERREIRA
Dr. SÉRGIO IZIDORO HEIL

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO
Dr. JAIME RAMOS
Dra. MARIA DO ROCIO Luz SANTA RITTA
Dr. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Dr. NEWTON JANKE
Dr. VICTOR José Sebem FERREIRA
Dr. JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER
Dr. DIONÍSIO JENCZAK
Dr. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Dra. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Dr. TÚLIO José Moura PINHEIRO

JUÍZES CORREGEDORES

Dr. PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
Dr. ROBERTO LUCAS PACHECO
Dra. SORAYA NUNES LINS BIANCHINI

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

ARI DORVALINO SCHÜRHAUS

DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO

SÉRGIO GALLIZA

DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO

ALBERTO PIZZOLATTI REMOR

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

Dr. JAIME RAMOS — Des. GENÉSIO NOLLI

Dr. JOSÉ CARLOS CARSTENS KOHLER — Des. João Eduardo de SOUZA
VARELLA

Dr. NEWTON JANKE — Des. JOÃO MARTINS

DOCTRINA

NOVOS JUÍZES: IMAGINÁRIO E VERDADES

Volnei Ivo Carlin
Desembargador

A realidade exterioriza uma estranha impressão contaminada pelo imaginário virulento da violência, como se não houvesse mais controle sobre o destino e o Judiciário. É angustiante essa sensação que pode nos conduzir a um estado de semidormência, apatia ou impotência. O descon-solo é flagrante.

Uma verdade, no entanto, jamais é contestada quando se baseia em estudos, experiências e trabalho. Na complexa e dinâmica existência, com tanta demanda e obrigações de incorporar conhecimentos, os recentes juízes têm consciência de que a vida não bastaria para que forjassem sozinhos a personalidade necessária para vencerem na novel profissão. Mesmo antes disso conhecem que outros legaram suas convicções, acertos, erros e tentativas. Inteligentes, aproveitam essa sabedoria acumulada e que fatalmente irá marcar seus primeiros passos, lembrando, aqui, velha lição de Napoleão: “Na incerteza, pergunte ao praça mais antigo”. Sabem que na contemporaneidade, de extremas exigências, não conta só o saber jurídico, mas importa também a força de caráter, a ética e a capacidade psicológica de regrear os conflitos. A sociedade anseia por juízes competentes, seguros e conscientes. É uma das maiores imposições que se faz ao Estado atualmente.

Hoje, na Europa, como nas Academias Judiciais de São Paulo e de Minas Gerais, há uma preocupação muito grande com a formação de seus

juízes. É preciso instruir com crescentes cuidados aqueles que vão exercer a função mais indelegável do Estado, tarefa esta que não admite terceirização. A França, modelo de Academia, prepara seus juízes em cursos teórico-práticos em mais de dois anos de duração. Nos Estados apontados, o mesmo acontece durante todo o período do estágio probatório. Na Holanda, o preparo é de quatro anos e, na Inglaterra, de oito.

Enfim, vê-se que a preocupação é mundial. Santa Catarina finalmente, graças aos esforços de componentes do Judiciário, alinha-se nessa feliz orientação. Eles, os novos juízes, como ponto diferenciado na paisagem jurídica do Estado, vêm criando outra mentalidade e o núcleo pensante da Instituição, conforme costuma dizer o Presidente Des. Amaral e Silva. Formar juízes competentes, batalhadores, não paternalistas mas profissionais clarividentes, solidários, não é tarefa de poucos meses. Concebe-se isso. O sistema de estudos não convencional – ouvir antes e agir após – pela sua própria natureza vem dando resultados em face de sua singular especialização. Desprezam-se acrobacias processuais e busca-se o justo, para adequar a relação ao fato real, diante dos valores envolvidos (éticos, sociais e econômicos).

A Academia Judicial Catarinense pauta suas finalidades pelas exigências constitucionais de transparência e de verdade, de dignidade, de ética e de democracia, primados de uma vida pública de credibilidade e solidariedade. Ela luta contra a comodidade profissional, a indiferença à lei, o pessimismo e a esquisitice da hermenêutica (Walter Ceneviva), não olvidando nunca que a interpretação do Direito pressupõe uma certa cultura que melhor ajude a entender fatos sociais e reações humanas, com conhecimentos interdisciplinares que levem a combater o excesso de tecnicismo ainda vigente. O processo de interpretação de um texto, que possui um leque de possibilidades, conduz o recente magistrado a construir o sentido mais adequado e justo ao caso concreto. O novo juiz tem menos possibilidade de acabar provocando uma distorção na aplicação da justiça.

A POSSE EM TERRAS DE MARINHA*

João José Ramos Schaefer
Desembargador aposentado do TJSC

Áreas do domínio do Estado

As áreas de marinha desde muito estão, no Brasil, sob o domínio do Estado.

Rosita de Souza Santos, no seu notável livro “Terras de Marinha”, cita Rodrigo Otávio para dizer que o Alvará de 1672 providenciara que as “marinhas do sal, salinas”, ficassem reservadas para “apenas o Estado”.

A mesma autora observa que a figura da terra de marinha “foi se mostrando proveitosa para os interesses da colonização e acabou por se tornar necessária para a reserva do que pareceu, à época, ser indispensável aos serviços públicos e à fixação ao longo de uma costa marítima, inesperadamente, (*sic*) extensa”.

No seu notável “Terrenos de Marinha”, Manoel Madruga também deixa bem clara a importância desses terrenos para o Tesouro, à época, bem como de certa avidez do Fisco por suas rendas, e até de um certo preconceito contra os ocupantes.

O Delegado Fiscal do Maranhão, em relatório de 1922, dizia que “Os terrenos de marinha e da União, que constituem verdadeiras fontes de riquezas naturais neste Estado, estão sendo usufruídos por intrusos,

* Trabalho apresentado na 2ª Semana de Palestras, promovida pelo Centro Acadêmico — CADIB da UNIVALI — Campus de Biguaçu.

que se acham em sua posse mansa e pacífica, com a maior indiferença ou menosprezo à lei” (vol. I, pág. L).

Santa Catarina, também em 1922, comparecia com seu relatório: “...pelo seu vastíssimo litoral, é um dos Estados do Sul que maior número de terrenos de marinha e seus acrescidos possui; no entanto a sua renda vem decrescendo, notadamente nos lugares onde eles são mais encontrados...”.

O Estado do Pará, conforme o seu Delegado Fiscal de 1916, “possui a maior superfície de terrenos de marinha e, no entanto, os terrenos do interior, com raras exceções, ainda estão por aforar, resultando daí não pequeno prejuízo para as rendas da União”.

A Ordem Régia de 1710, escrita de Lisboa para o Governador do Rio de Janeiro, é considerada o primeiro documento a mencionar expressamente as edificações feitas *na marinha* ou praia da cidade.

O documento é um misto de definição de domínio, advertência severa e ordens autoritárias.

Estes trechos dão bem sua dimensão:

“O Provedor da Fazenda Real (...) Me deu conta (...) das muitas casas que se fabricavam na marinha dessa cidade, por cuja causa mandara notificar as pessoas que as começavam a levantar de novo para que as deterrassem abaixo.

(...)

“que fizessem termo para que todas as vezes que aquela área fosse necessária para Meu serviço se lhe poderiam derribar as casas, sem que por elas pudessem pedir satisfação alguma...”.

Era um sinal de como, no correr da história, se desenvolveriam as relações Estado/particulares nessa matéria.

Durante séculos – a observação é ainda de Rosita de Souza Santos – desenrolou-se a história das terras de marinha no Brasil numa atmosfera sempre tensa e premente, com “a Coroa retendo as terras de marinha, os foreiros sempre inadimplentes e omissos e as províncias, ostensivamente, mostrando desinteresse pelo assunto, mas vigilantes na oportunidade que se lhes apresentasse para a reincorporação dessas terras a seus próprios domínios”.

Tal como hoje !...

A definição de terreno de marinha

O primeiro ato oficial em que se definiu a extensão da área de marinha é considerado o Aviso de 18 de Novembro de 1818 – declarando que:

“...15 braças da linha d’água do mar, e pela sua borda são reservadas para servidão pública; e que tudo que toca à água do mar e acresce sobre ela é da nação”.

Diz Rosita Santos que “daí por diante se inicia a consolidação da prática administrativa sobre terrenos de marinha, acrescidos e mangues”, tudo por meio de decisões, instruções, resoluções, editais, circulares, avisos, ordens e portarias.

A Administração, além de suprir a *falta de legislação expressa*, não se ajustava muito bem com o Judiciário, tanto que, em Aviso de 1861, o Presidente do Tribunal do Tesouro Nacional notificava o Presidente da Província da Bahia de que era “da competência administrativa o contencioso dos terrenos de marinha...”.

E em 1863 novo aviso era mais enfático, reafirmando aquela competência e sublinhando que, “no caso de o Poder Judiciário insistir em tomar conhecimento de semelhante questão, deve ser levantado conflito de jurisdição”.

Não havia então, é bom que se assinale, o princípio constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), inscrito já em 1946 no § 4º do art. 141 da Constituição Federal de então.

Em 1832, “para bem se executar a disposição da Lei de 15 de Novembro de 1831”, foi baixada a Instrução n. 348 pelo Presidente Interino do Tribunal do Tesouro Nacional para “reconhecimento, medição e demarcação dos terrenos de marinha”.

No art. 4º dispôs-se:

“Hão de considerar-se terrenos de marinha todos os que, banhados pelas águas do mar ou de rios navegáveis, vão até a distância de 15 braças para parte da terra, contadas estas desde os pontos a que chega o preamar médio”.

Essa definição, levando-se em conta que uma braça mede 2,2m, é, virtualmente, a mesma do Decreto-Lei n. 9.760/46, cujo art. 2º dispõe que:

“São terrenos de marinha, em uma profundidade 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar médio de 1831:

“a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas até onde se faça sentir a influência das marés;

“b) os que contornam as ilhas situadas em zonas onde se faça sentir a influência das marés”.

Como definir a linha da preamar de 1831

A disposição da lei manda contar os trinta e três metros a partir da linha do preamar médio de 1831 (!!!), o que tem dado margem a acesas discussões.

Na sua clássica obra “Terras de Marinha”, ed. Ministério da Fazenda, 1928, Manoel Madruga refere que pelo Decreto n. 4.105, de 5 e 22 de fevereiro de 1868, “se depreende que tenha sido marcada em toda a costa do Brasil a linha do preamar médio no tempo da execução da Lei de 15 de novembro de 1831 e que essa linha sirva sempre de testada de terreno de marinha”.

E prossegue Madruga, assinalando que tanto tempo decorrido é claro que hoje “não se encontre elementos que permitam marcar ou afirmar qual era a linha do preamar médio nessa época”.

Refere, então, que o processo científico mais exato e perfeito é observar *in loco* todos os preamares consecutivos durante um período de tempo, pelo menos um ano, “para que se possa obter uma média o mais possível isenta de erro”.

Mas não sendo possível esse ou outro critério recomendável, “pode-se considerar, com a aproximação mais que suficiente em serviços dessa natureza, como limite do preamar a linha constituída pelos depósitos deixados pela água do mar e que ficam gravados nas praias e que no nosso caso se caracteriza pela *orla da vegetação rasteira mais ou menos intensa*, orla essa ou antes linha esta que só é transposta em grandes enchentes” (pág. 503) – grifos deste trabalho.

Diógenes Gasparini, discorrendo sobre o verbete “Terreno de Marinha”, para a Enciclopédia Saraiva, diz que não demarcados todos os terrenos em tais condições, “o Judiciário, os particulares e os órgãos públicos, inclusive o SPU, têm aceito outro critério diferente do previsto no Decreto-Lei n. 9.760/46 para determinar a linha que separa as marinhas das terras particulares”.

E esclarece:

“Substituem os peritos a linha da preamar média de 1831 pela *linha do jundu*, caracterizada pelo início de uma vegetação (jundu), sempre existente além das praias e para o interior das terras que com elas confinam”.

Anota Diógenes Gasparini que esse critério ressent-se de legalidade, pois a lei determina a observância dos 33 metros da linha do preamar médio de 1831, sendo esse aceito pelo Judiciário e pelo SPU.

Consoante informação constante de processo em que interessada Aurea Nita Silveira Pires, na comarca de São Francisco, subscrita pelo Eng. Bernardo Tasso e encaminhada a Juízo pelo Delegado do SPU em Santa Catarina, 19/6/92, o Dr. Newton Brüggmann, “na falta da LPM demarcada oficialmente de 1831, adoto como linha da Preamar Média (LPM) presumível, 33m do início da vegetação marcados perpendicularmente à praia”.

O croqui apresentado com o parecer confirma graficamente o critério de marcação do terreno de marinha a partir do início da vegetação.

A evolução da legislação de terrenos de marinha

Anteriormente a 1946, a legislação dos terrenos de marinha se dobrou em inúmeros atos, tendo a Ordem de 1852 tornado expresso que “os acrescidos de marinha” ou as margens dos rios navegáveis são do domínio público, podendo ser objeto de concessão a particulares.

Eram permanentes os litígios entre estes, ou os Estados e a União, a respeito de sua posse.

Em julho de 1902, por exemplo, o Ministro da Fazenda Joaquim Murtinho dirige-se ao Presidente da Província do Espírito Santo advertindo que as “areias amarelas”, que hoje conhecemos como areias monásticas, no município de Guarapary, estavam em terras reconhecidas da União “pelo que não podem estar incluídas no contrato celebrado entre o Estado e o Senhor John Gordon”, de nacionalidade norte-americana.

Já se achava em vigor o art. 64 da CF de 1891, dispondo que “Pertencem ao Estado as minas e terras devolutas situadas em seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais”, mas o conceito genérico de terras devolutas, de um lado, e da porção do “território indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações etc.”, pôs em confronto a União e alguns Estados.

Foi, então, ajuizada no Supremo Tribunal Federal uma ação em que os Estados do Espírito Santo e da Bahia pretendiam fosse-lhes reconhecido o direito pleno sobre as marinhas existentes em seu território, tendo a Suprema Corte, em janeiro de 1905, tornado expresso que “terras de marinha não se confundem com terras devolutas, como também não se confundem com próprios nacionais”. São *bens nacionais*, sobre os quais a União exerce um direito de soberania ou jurisdição territorial.

O acórdão do STF está às páginas 183/189 da obra de Rosita de Souza Santos, e dele extrai que a União cedendo às municipalidades, pela Lei n. 3.348, de 1887, o direito de aforar os terrenos de marinha, sem lhes transferir, *ipso facto*, a propriedade, conservou o direito de gozar e dispor deles como lhe aprouver, direito que não passou às antigas Câmaras Municipais.

Os conflitos entre ocupantes e a União prosseguiram, como registra a citada autora, o que deu origem a avisos, ordens, circulares, leis e decretos.

O Código Civil de 1916 mencionou como bens públicos “os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou Municípios...” (art. 66, III), e Clóvis anotou que sobre tais bens a União, os Estados e Municípios exercem “poderes de proprietário, segundo os preceitos do direito constitucional e administrativo”.

E entre os bens da União incluía, sob n. 9, “os terrenos de marinha e os acrescidos”.

O Decreto-Lei n. 9.760/46

Todas as disposições legais ou regulamentares de então, inclusive a orientação doutrinária, acabaram consolidadas no Decreto-Lei n. 9.760/46, que é o diploma legal por excelência dos terrenos de marinha.

Registre-se que a Constituição de 1946, diferentemente da de 1934, que incluiu no domínio da União “os bens que a esta pertencem nos termos das leis atualmente em vigor”, manteve apenas a fórmula genérica da inclusão entre os bens da União da “porção (...) indispensável à defesa das fronteiras...”, voltando a de 1967/69 a aludir aos “que atualmente lhe pertencem”, para a de 1988 incluir expressamente “os terrenos de marinha e seus acrescidos” entre os bens da União (art. 20, VII).

Estrutura do Decreto-Lei n. 9.760/46

O Decreto-Lei n. 9.760/46 constitui-se de seis Títulos. Os que mais interessam à nossa exposição são: o Título I, que trata “Dos bens imóveis da União”, e o Título II, que cuida “Da utilização dos bens imóveis da União”, tratando os demais “Da alienação dos bens imóveis da União” (Título III); “Da justificação de posse das terras devolutas” (Título IV); “Do Conselho de Terras da União” (Título V); e “Das disposições finais e transitórias” (Título VI).

No Título I definem-se como bens da União os terrenos de marinha e seus acréscidos, conceituando-os, dispondo-se sobre sua demarcação e discriminação administrativa e judicial.

O Título II versa sobre a utilização dos bens imóveis da União, seja a reservada ao serviço público, objeto do Capítulo II, sejam as formas de utilização por terceiros, por locação (Capítulo III), aforamento (Capítulo IV) ou ocupação (Capítulo V).

As disposições sobre *cessão*, de que tratavam os artigos 125 e 126 do Dec.-Lei, foram revogadas, restando apenas as três enunciadas *a locação, o aforamento e a ocupação*.

Estas duas últimas é que oferecem maior interesse para o nosso estudo, e por isso vamos ater-nos a elas.

O aforamento ou enfiteuse

O aforamento ou enfiteuse é instituto jurídico antigo, praticado na Roma e utilizado largamente no período medieval, registrando Clóvis que “os municípios e as corporações sacerdotais arrendavam as suas terras perpetuamente, ou por longo prazo, mediante certa renda anual” (Direito das Coisas, pág. 318).

O enfiteuta ou foreiro tem a posse do bem com as respectivas ações, cabendo-lhe os frutos e produtos da coisa, e pode alienar o direito, onerosa ou gratuitamente, assim como transferi-lo por herança. Obriga-se a conservar o bem, a pagar o foro anual e denunciar a alienação do domínio útil ao senhorio direto, para que este receba o *laudêmio* (percentual sobre o preço) ou exerça o seu direito de preferência.

A obrigação de pagar a pensão importa, diz Carvalho Santos (Comentários, IX, pág. 40), no reconhecimento do domínio superior do senhorio direto que, no caso dos terrenos de marinha, é a União.

A *enfiteuse* é definida no art. 678 do Código Civil, e é essa regra que prevalece nas relações entre os particulares e a União quanto ao aforamento. Dispõe o aludido artigo.

“Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou empraçamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável”.

O aforamento atribuindo a não proprietário da coisa o direito sobre suas utilidades e frutos, inclusive o de alienar esse direito e de hipotecá-lo é, assim, mais amplo que o usufruto, pois o usufrutuário usa o bem, apropriando-se de seus frutos, mas não pode alienar seu direito.

Nos termos do art. 99 e seguintes do Dec.-Lei n. 9.760/46, a aplicação do regime de aforamento a determinado imóvel compete ao SPU e depende de prévia autorização do Presidente da República e, conforme o caso, de prévia audiência dos Ministérios do Exército, da Marinha, da Aeronáutica, da Agricultura etc.

O foro é de 0,6% (seis décimos por cento) do valor do respectivo domínio pleno.

Nas transmissões onerosas, a União tem direito de opção e, quando não a exercer, cobrará *laudêmio* de 5% (cinco por cento) sobre o valor do domínio pleno e benfeitorias (art. 2º, § 1º).

O processo de constituição do aforamento, de sua transferência, da caducidade (extinção) ou revigoração; da remissão (que é a compra do domínio direto da União, a critério desta), se dará, agora, mediante o pagamento de 17% do valor do domínio pleno do imóvel, conforme a nova redação do art. 123 do Decreto-Lei n. 9.760/46 dada pela Lei n. 9.636/98.

Anote-se que aqui não houve, na verdade, majoração, uma vez que, anteriormente, a remissão fazia-se mediante o pagamento de 20 foros de 0,6% sobre o domínio pleno (isto é, 12% sobre tal domínio, mais 1 e meio *laudêmio* de 5%, o que equivale a 7,5% sobre o domínio pleno).

Em Florianópolis há inúmeros imóveis aforados na Rua Bocaiúva, no cais Frederico Rola, na Rua do Hotel Royal, na Rua Fúlvio Aducci etc.

O regime de ocupação

A esmagadora maioria dos terrenos de marinha, contudo, não está submetida ao regime *enfiteutico*, mas à mera *ocupação*.

O regime de ocupação está disciplinado nos artigos 127 e 132 do Decreto-Lei n. 9.760/46. Da leitura desses dispositivos vê-se:

“— que os atuais ocupantes, sem título outorgado, ficam obrigados ao pagamento anual da taxa de ocupação (art. 127).

“— a taxa, atualmente, é de 2% sobre o valor do domínio pleno do imóvel;

“— para cobrança da taxa, o SPU fará a inscrição dos ocupantes, *ex officio* ou à vista de declaração destes, notificando-os;

“— a falta de inscrição não isenta do pagamento da taxa desde o início da ocupação;

“— o atraso no pagamento da taxa importa o pagamento de multa de 10% (art. 129);

“— no caso de não-pagamento da taxa por 2 anos consecutivos o SPU providenciará a cobrança executiva e promoverá as medidas de direito para a desocupação (art. 129, § 2º);

“— a transferência onerosa dos direitos sobre as benfeitorias fica condicionada à licença do SPU, que cobrará o laudêmio de 5% sobre o valor do terreno e das benfeitorias, desde que a União não necessite do mesmo terreno (art. 130);

“— a inscrição e o pagamento da taxa de ocupação não importam, em absoluto, no reconhecimento, pela União, de qualquer direito de propriedade do ocupante sobre o terreno ou ao seu aforamento, ressalvada a situação dos ocupantes antes de 1940 (art. 131);

“— a União poderá, em qualquer tempo que necessitar do terreno, imitar-se na posse do mesmo, promovendo sumariamente a sua ocupação, observado o § 3º do art. 89 (90 dias na zona urbana, 180 na zona rural) — art. 132;

“— as benfeitorias existentes serão indenizadas pelo preço arbitrado pelo SPU, se por este julgada de boa-fé sua edificação, com recurso ao Conselho de Terras da União”.

Vê-se que o ocupante não goza das mesmas garantias do foreiro ou enfiteuta, podendo, caso a União necessite de imóvel, ser sumariamente *desapossado* do imóvel, recebendo, a título de indenização, apenas o valor das benfeitorias arbitrado pelo SPU.

É verdade que a imissão está condicionada à *necessidade do imóvel* pela União, mas a situação do ocupante é realmente precária.

Galeno Lacerda, em voto em apelação cível no TJRS, assinala que na enfiteuse há alienação do domínio útil; “na ocupação cuida-se, tão-só,

de posse. Enfituseu e ocupação diferem, pois, tanto quanto a propriedade se distingue da posse” (“Direitos Reais – casos selecionados”, vol. V, pág. 221).

A Lei n. 9.636 (consolidando a MP n. 1.647-14/98)

Em 15/5/98 foi editada a Lei Federal n. 9.636 que, alterando dispositivos dos Decretos-Leis ns. 9.760/46 e 2.398/87, regulamentou o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Transitórias da CF, segundo o qual “Os direitos dos atuais ocupantes inscritos ficam assegurados pela aplicação de outra modalidade de contrato”.

A lei envolve inúmeras situações que deverão de ser examinadas caso a caso, de sorte que dou, a seu respeito, rápida notícia.

Ela consolidou diversas Medidas Provisórias, dentre elas a de n. 1.647/14, o que trai sua origem pouco democrática, dada a menor possibilidade de discussão de atos legislativos assim concebidos, a par de autorizar ações para identificação, demarcação, cadastramento etc. dos terrenos, autorizando, para tal fim, a celebração de convênios com Estados, Municípios e com a iniciativa privada, incumbindo ao SPU a fiscalização e o zelo sobre os terrenos pertencente à União, que pode, para tal fim, usar força militar federal (!), bem como aforar, em leilão, ou concorrência pública, os imóveis dominiais da União (art. 12).

É assegurada (art. 13) preferência aos ocupantes que comprovadamente já ocupavam o imóvel há mais de um ano em 13/2/97 e estavam em dia com suas obrigações.

O SPU fixará o preço mínimo de venda do domínio útil, e os ocupantes serão notificados a manifestar sua preferência na aquisição, no prazo de seis meses a contar da notificação, sob pena de decadência.

O pagamento será feito parte à vista, 10%, e o saldo “em até cento e vinte prestações”, mas o parcelamento — numa evidente falta de respeito aos idosos — “não poderá ultrapassar a data em que o adquirente completar oitenta anos de idade” (art. 14, II).

Nos termos do § 1º do art. 15 “o domínio pleno das benfeitorias incorporadas ao imóvel, independentemente de quem as tenha realizado, será também objeto de alienação”.

Ocorrendo a venda a terceiros, será repassado ao ocupante, “exclusivamente neste caso”, o valor das benfeitorias, “sendo vedada a

extensão desta benfeitoria a outros casos, mesmo que semelhantes” !!! (§ 4º do art. 15).

E mais:

“Caso o domínio útil do imóvel não seja vendido no primeiro certame, serão promovidas, após a reintegração *sumária* da União na posse do imóvel, novas licitações, nas quais não será dada nenhuma preferência ao ocupante” !!! (§ 6º).

O § 7º lembra bem aquela Ordem Régia de 1710, que mandava deitar abaixo as casinhas sobre as marinhas, sem direito “a pedir satisfação alguma”:

“Os ocupantes que não exercerem, conforme o caso, as preferências de que tratam os arts. 13 e 15, § 2º, e a opção de que trata o art. 17, nos termos e condições previstos nesta Lei e em seu regulamento, terão o prazo de sessenta dias para desocupar o imóvel, findo o qual ficarão sujeitos ao pagamento de indenização pela ocupação ilícita, correspondente a 10% (dez por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno, por ano ou fração de ano, até que a União seja reintegrada na posse do imóvel”.

Em relação aos que, a 15 de fevereiro de 1997, tinham ocupação de menos de um ano, a preferência deve ser manifestada no ato do pregão ou no prazo de quarenta e oito horas do resultado do julgamento da concorrência.

Mais autoritarismo, impossível.

Respeita-se mais é a situação dos ocupantes anteriores a 5 de outubro de 1988.

O tratamento em função da diversidade de datas da ocupação certamente dará margem a sérias discussões, com recurso ao Judiciário.

A lei tem, na verdade, o nítido objetivo de levantar receitas para o Tesouro Nacional, destinando-as, conforme o art. 45, à “amortização da dívida pública de responsabilidade do Tesouro Nacional...”, sem prejuízo da reserva de uma parcela para o Programa de Administração Patrimonial Imobiliário da União.

Ressalva quanto aos terrenos do interior das Ilhas.

De louvar-se que, nos termos de seu art. 46, a Lei n. 9.636/98 em respeito, certamente, à Emenda Constitucional que objetiva excluir as ilhas costeiras do domínio da União (art. 20, IV) não se aplica à alienação do domínio útil ou pleno dos terrenos do interior das Ilhas desde que, co-

mo é o caso da Ilha de Santa Catarina, sediem Municípios, devendo o regime desses terrenos ser disciplinado em lei específica.

Fica afastada, por ora, pois, a ameaça que pairava de aplicação dessa lei a terrenos interiores das ilhas, não abrangendo o dispositivo, contudo, os *terrenos de marinha*, isto é, os localizados nos 33 metros da preamar para o interior. Essa exclusão deve ser creditada à sensibilidade da representação parlamentar do nosso Estado.

Conclusões gerais sobre a lei

Numa análise geral da lei, considerando, entretanto, que os terrenos de marinha não têm mais a função de defesa das costas ou para instalações de fortificações que tinham antigamente; que gradativamente foram ocupados com a construção de estabelecimentos comerciais, industriais, residenciais e de serviços, que muito têm contribuído para o desenvolvimento das cidades; que, com as atualizações dos respectivos *foros*, esses terrenos vêm proporcionando razoável renda aos cofres da União, renda que poderá ser elevada mediante sistema de fiscalização mais eficiente; que a legalização dessas áreas, com intensificação do regime de enfiteuse, de há muito abandonado, é do interesse da comunidade nacional, pois possibilitará a constituição de hipotecas, necessária para financiamentos a longo prazo e conseqüente desenvolvimento dessas áreas; que a discussão da lei tem evidenciado seu caráter autoritário, fruto de ausência anterior de qualquer diálogo com os órgãos e entidades interessadas, espera-se possam ser revistas suas cláusulas e condições mais draconianas, possibilitando a legalização das áreas sem traumas ou as severas ameaças contidas na lei em relação aos ocupantes, tanto mais que a Constituição Federal proclama a *função social da propriedade* (arts. 5º, XXIII, e 184); *reconhece direitos ao possuidor* (art. 183) e elege como objetivo da política de desenvolvimento urbano o *bem-estar de seus cidadãos* (art. 182).

Isso não é uma quimera, bastando vontade do legislador que, em 1987, por exemplo, baixou a Lei n. 2.398, elevando para 2% o percentual das taxas anuais de ocupação dos terrenos inscritos até 31/3/88 e a 5% o das inscrições futuras, mas autorizando parceladamente em até 8 meses e dispondo sobre a concessão de aforamento, tudo em termos simples, humanos, sem prejuízo do resguardo dos legítimos interesses da Fazenda.

As ilhas marítimas

Uma última palavra sobre os terrenos nas Ilhas Marítimas.

A Constituição de 1967 incluiu entre os bens da União (art. 4º, II) “as ilhas oceânicas”.

Passou-se a entender que nesse conceito estavam incluídas as ilhas marítimas, próximas da costa e as oceânicas.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 101.037-1, de São Paulo (RTJ 113/1.279), decidiu, entretanto, em acórdão da lavra do Min. Francisco Rezek o seguinte:

“Ilhas oceânicas. CF, art. 4º, II. Há de ser entendida esta expressão em seu sentido técnico e estrito, visto que o constituinte de 1967 por certo não pretendeu inscrever, abruptamente, no domínio da União, bens situados em centros urbanos, nas ilhas litorâneas, e integrantes do patrimônio de Estados, Municípios e particulares. Mérito da sentença singular e do acórdão do TFR. Hipótese de não-conhecimento do Recurso Extraordinário da União”.

A questão pacificou-se por algum tempo.

Ocorre que a CF de 1988 dispôs em seu art. 20:

“São bens da União:

“I — ...

“IV — as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no art. 26, II”.

O art. 26, II, a seu turno, inclui entre os bens dos Estados:

“As áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros”.

Passou-se a sustentar, a partir daí, que as áreas, nas ilhas, *costeiras ou não*, pertencem à União, salvo no que tange às áreas, dentro dessas ilhas, já tituladas em favor dos Estados, Municípios e terceiros.

E o Supremo Tribunal Federal, em conseqüência, ao julgar a Ação Originária n. 317, proclamou que mudara a Constituição, mudando, por isso, o entendimento sobre a propriedade das ilhas marítimas.

Assinalou o relator Ministro Ilmar Galvão:

“O art. 20, IV, referindo-se às ilhas oceânicas como um todo, confere à União a titularidade de seu domínio; enquanto o art. 26, II, por mencionar parcelas dos ditos bens (áreas que estiverem no domínio dos

Estados), há de ser entendido como alusivo a porções adquiridas por estes, pelos meios regulares de direito”.

O próprio Ministro Rezek, autor do notável voto que em 1985 excluía as ilhas marítimas, próximas da costa, da propriedade da União, reviu seu entendimento, acentuando:

“A Constituição de 88 observou a distinção vernácula que o acórdão fizera entre ilhas oceânicas e ilhas costeiras, mas liquidou o assunto por inteiro, dizendo que umas e outras pertencem naturalmente à União, a menos que outra forma de domínio ali se possa demonstrar, seja do Estado, seja do Município, seja do particular”.

Não há prevalecer, pois, o entendimento anterior de que não pertencem à União os terrenos no interior das ilhas, pois o intérprete máximo da Constituição decidiu serem elas da União. A única solução é a alteração do dispositivo constitucional.

O ilustre Deputado Federal Edison Andrino, interpretando as aspirações de diversos segmentos de Santa Catarina, apresentou Emenda à Constituição, que tomou o n. 575/98, que está tramitando com 180 assinaturas válidas, já contando com parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, da lavra do não menos ilustre Deputado Federal Renato Vianna.

A revisão da Lei n. 9.636/98 e a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional n. 575/98 são fatores que, certamente, restituirão a tranquilidade às famílias catarinenses quanto à posse de tais terrenos.

Se assim não for, de qualquer forma, os respectivos processos hão de ser conduzidos com observância dos preceitos do devido processo legal e do resguardo ao direito de defesa, condenados os excessos da lei, porque, tenham certeza, “ainda há juízes no Brasil”.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

MANDADOS DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 2000.001463-0, DA CAPITAL

Relator: Des. João Martins

Mandado de segurança — Concurso público — Cargo de médico-legista da Polícia Civil — Exercício de cargo — Não inclusão do nome do impetrante na folha de pagamento — Ausência de prova pré-constituída do ato de posse — Extinção do mandamus.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2000.001463-0, da comarca da Capital, em que é impetrante Paulo Cruz Júnior, e impetrados o Governador do Estado de Santa Catarina e o Secretário de Estado da Administração e Finanças:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, extinguir o *mandamus*.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Paulo Cruz Júnior, em que figuram como parte adversa o Governador do Estado de Santa Catarina e o Secretário Estadual de Administração e Finanças.

Aduz o impetrante (fls. 2/6) que prestou concurso público para provimento de cargos do Grupo da Polícia

Civil do Estado de Santa Catarina, a fim de exercer a função de médico-legista, tendo sido aprovado e posteriormente nomeado ao cargo. Acrescenta que desde que iniciou suas atividades na comarca de Tubarão não recebeu os devidos proventos, pois seu nome não foi incluído na folha de pagamento. Requer, por fim, que os impetrados paguem os salários vencidos desde sua investidura no cargo, devidamente corrigidos e acrescidos de juros legais, inclusive décimo terceiro em atraso, e incluam o nome do impetrante na lista do sistema de Recursos Humanos para que receba mensalmente os salários futuros.

As autoridades impetradas prestaram informações (fls. 45/55) arguindo preliminarmente a ilegitimidade passiva *ad causam* do Governador do Estado e carência da ação. No mérito alegam que inexistente vaga para a inclusão do impetrante, sendo de responsabilidade do Poder Legislativo

criá-la; e que o mandado de segurança não é o meio adequado para almejar ressarcimento.

A liminar foi negada em virtude da ausência de comprovação do termo de posse (fls. 59/61).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira, opinou pela concessão da ordem.

II — Voto

I — Preliminares

Inicialmente, devem ser apreciadas as preliminares argüidas pelo Governador do Estado e Secretário de Estado da Administração e Finanças.

1. Legitimidade passiva *ad causam* do Governador do Estado

Aduzem os impetrados que o Governador do Estado de Santa Catarina é parte ilegítima para figurar no pólo passivo do presente *mandamus*, pois o Secretário de Estado da Administração e Finanças, ainda que parcialmente, possui poderes e atribuições para corrigir o ato atacado. Nesse sentido, a competência para julgar o presente feito não seria do Órgão Especial.

Ainda que a responsabilidade direta pelo ato de inclusão do nome do impetrante na lista dos Recursos Humanos seja do Secretário da Administração, não se deve afastar o Governador do Estado do pólo passivo da impetração. Ora, essa competência é delegada pelo próprio Governador, além do que, nas informações, a autoridade defendeu e encampou o ato, conforme já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Mandado de segurança. Ilegitimidade passiva da autoridade impetrada. Não caracterização. CPC, art. 267, VI.

"I — Se a autoridade impetrada, nas suas informações, não se limitou a alegar sua ilegitimidade, contestando o mérito da impetração, encampou, ao assim proceder, o ato coator praticado por autoridade de inferior hierarquia. Por isso, não há como afastá-la da impetração, não se podendo divisar ofensa ao art. 267, VI, do CPC.

"II — Recurso especial não conhecido" (REsp n. 12.837-0/CE, Min. Pádua Ribeiro, DJU n. 64, de 4/5/93, pág. 5.824).

Diga-se também que a administração alega em sua defesa a inexistência do termo de posse, razão pela qual, segundo ela, não se teria completado a investidura do impetrante no cargo. O art. 16 do Estatuto dos Policiais Civis, por sua vez, prevê a competência do Governador para provimento dos cargos. Assim, se se está discutindo o exaurimento do provimento do cargo como condição da concessão da segurança, deve o Governador permanecer no pólo passivo.

2. Carência de ação

Os impetrados argüíram a carência da ação por ausência de direito líquido e certo para a concessão da ordem e não cabimento da via mandamental para pagamento de salários pretéritos.

Por confundir-se com o mérito, esta preliminar será adiante examinada.

II — Mérito

As autoridades impetradas sustentam a inexistência de direito líquido e certo, pois o impetrante não foi empossado no cargo em que labora, estando ilegalmente em exercício com atribuições que são de médico-legista. Destacam que inexistente vaga para o cargo, sendo de competência do Poder Legislativo criá-la.

Compulsando os autos, verifica-se que o edital n. 3/Acadepol/98, em seu item n. 10, da nomeação e da lotação, esclarece:

"Os candidatos aprovados no Curso de Formação Profissional aguardarão, a critério da autoridade competente, nomeação em caráter de provimento efetivo na classe inicial das carreiras respectivas do grupo polícia civil, atendendo limite de vagas oferecidas no presente edital".

O edital não cria vagas. Somente a lei.

É inarredável a participação do Poder Legislativo na fixação de vagas correspondentes aos cargos eventualmente criados, que, inclusive, aumentam a despesa pública.

A ilegal situação do impetrante não dá ensejo à concessão da ordem porquanto infringe inúmeros dispositivos constitucionais, não se devendo, portanto, incluir seu nome na lista dos Recursos Humanos para a percepção de vencimentos.

Ensina a doutrina:

"A investidura do servidor no cargo ocorre com a posse. A posse é a *conditio juris* da função pública. Por ela se conferem ao funcionário ou ao agente político as prerrogativas, os direitos e os deveres do cargo ou do mandato. Sem a posse o provimento

não se completa, nem pode haver exercício da função pública. É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como, também, gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos" (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro. 18ª ed., São Paulo, Malheiros, pág. 377).

E mais:

"O provimento originário se efetua mediante nomeação, ato administrativo pelo qual se atribui um cargo a alguém. A nomeação é publicada no diário oficial ou afixada na sede da chefia do executivo. Com a nomeação o cargo está preenchido; no entanto, outros dois elementos são necessários para que o nomeado inicie as atividades do cargo: a posse e o início do exercício.

"A posse significa aceitação das atribuições, responsabilidades e direitos do cargo, pelo nomeado, efetuando-se por assinatura de um termo. (...) Se, por qualquer motivo, a posse não ocorrer, o ato de provimento será tornado sem efeito" (Odete Medauar. Direito Administrativo Moderno, 4ª ed., RT, 2000, pág. 319).

É o entendimento jurisprudencial:

"Recurso extraordinário. Administrativo. Servidor admitido sem prestação de concurso público em data anterior a 5/10/83. Superveniente aprovação em concurso público e nomeação para o cargo que exercia. Posse: *conditio juris* para o exercício da função pública. Processo de estágio probatório. Inexistência de posse no cargo para o qual fora o servidor nomeado. (...)

"1.1 A nomeação é ato de provimento de cargo, que se completa com a posse e o exercício. A investidura do servidor no cargo ocorre com a posse, que é *conditio juris* para o exercício da função pública, tanto mais que por ela se conferem ao funcionário ou ao agente político as prerrogativas, os direitos e deveres do cargo ou do mandato. Sem a posse o provimento não se completa, nem pode haver exercício da função pública.

"2. É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como, também, gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos. Com a posse, o cargo fica provido e não poderá ser ocupado por outrem, mas o provimento só se completa com a entrada em exercício do nomeado, momento em que o servidor passa a desempenhar legalmente suas funções e adquire as vantagens do cargo e a contraprestação pecuniária devida pelo Poder Público.

(...)

"Recurso extraordinário não conhecido" (STF, RE n. 120133/MG, de relatoria do Min. Maurício Correia, julgado pela Segunda Turma em 27/9/96, publicado no DJ em 29/11/96, pág. 47.175, Ement., vol 1852-03, pág. 447).

Quanto ao pedido de cobrança de salários vencidos desde a investidura no cargo, corrigidos e acrescidos de juros legais, incluindo o décimo terceiro, importante frisar que o pleito não pode ser satisfeito pela via mandamental.

Colhe-se da jurisprudência:

"Mandado de segurança. Correção monetária. Cobrança. Descabimento.

"Não é o mandado de segurança meio processual adequado para cobrar correção monetária incidente sobre parcelas remuneratórias pagas com atraso.

"Súmulas 269 e 271 do STF.

"Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp n. 47122/SP (1994/0011634-9), de relatoria do Min. William Patterson, julgado pela Sexta Turma em 19/9/1995, publicado no DJ em 27/11/1995, pág. 40.929).

Explanam as Súmulas 269 e 271 do STF, respectivamente:

"O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança".

"Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria".

Destaca-se, por fim, que não há nos autos nenhuma prova pré-constituída do ato de posse, que guarneceria o impetrante de certeza e liquidez no direito supostamente violado.

A ação de mandado de segurança é processo sumário documental, e para a procedência mister que haja prova pré-constituída, à guisa de demonstração da liquidez e certeza do direito postulado.

É da ensinância de Hely Lopes Meirelles:

"As provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial, salvo no caso

de documento em poder do impetrado (art. 6º, parágrafo único) ou superveniente às informações. Admite-se, também a qualquer tempo, o oferecimento de parecer jurídico pelas partes, o que não se confunde com documento. O que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante" (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Data*, 21ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pág. 35).

Acrescenta-se:

"A prova do mandado de segurança é *prima facie* e pré-constituída e deve vir com a exordial a prova inequívoca do alegado cerceamento de defesa" (Nelson Nery Jr. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: RT, 3ª ed., pág. 1.810).

Colhe-se da jurisprudência:

"Segundo a doutrina e jurisprudência, os fatos que embasam a impetração do *mandamus* devem vir comprovados de plano, impondo-se, em caso contrário, a denegação da ordem em face da ausência de demonstração do direito líquido e certo, que pressupõe a incidência da regra jurídica sobre fatos incontestáveis' (STJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)" (ACMS n. 99.014505-0, Des. Eder Graf).

E mais:

"O mandado de segurança, ação de natureza constitucional destinada à proteção de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de poder emanado de autoridade pública, exige prova pré-constituída da pretensão deduzida em juízo" (STJ, ROMS 9.723/MG, de relatoria do Min. Vicente Leal, julgado pela Sexta Turma em

10/10/2000, publicado em 30/10/2000, pág. 196).

Manifesta-se o Supremo Tribunal Federal:

"A disciplina ritual da ação de mandado de segurança não admite dilação probatória. O mandado de segurança qualifica-se, em seus aspectos formais, como verdadeiro processo documental, em que incumbe ao impetrante do *writ* produzir a prova literal pré-constituída pertinente aos fatos subjacentes à pretensão de direito material deduzida" (RMS n. 22.033/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, julgado pela Primeira Turma em 16/5/1995).

Ante o exposto, extingue-se o *mandamus* por ausência de prova pré-constituída do ato de posse.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide o Órgão Especial extinguir o *mandamus*.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Alcides Aguiar, Alberto Costa, Anselmo Cerello, Genésio Noll, Jorge Musisi, Carlos Prudêncio, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Maurílio Moreira Leite. Pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 8 de maio de 2002.

Amaral e Silva,
Presidente, com voto;

João Martins,
Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 2000.019548-0, DA CAPITAL**Relator: Des. Volnei Carlin**

Mandado de segurança — Licitação — Adjudicação do pacto administrativo — Edital não cumprido — Contrato eivado de vício — Rescisão unilateral — Incidência da Súmula 473 do excelso Pretório.

A licitação, procedimento anterior à contratação administrativa, tem como princípio basilar a vinculação ao edital convocatório, que é lei interna do próprio certame e, por isso, deve ser cumprido em sua totalidade. É por meio dele que ficam estabelecidas as regras para o posterior cumprimento do contrato.

Verificada, após a celebração do pacto administrativo, a falta de uma especificação essencial, contida no edital, deve o Estado reverter seus atos, anulando-os se desconformes com a lei (Súmula 473 do STF).

Ausência de violação ao direito líquido e certo da impetrada — Inexistência de abuso de poder, e ilegalidade no ato administrativo — Questões que demandam produção de provas devem ser discutidas em ação própria de conhecimento.

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

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2000.019548-0, da comarca da Capital, em que é impetrante Laboratórios B. Brau S.A. e impetrados Secretário de Estado da Saúde de Santa Catarina e outros:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer e desprover o mandado de segurança.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Laboratórios B. Brau S.A. impetrou mandado de segurança contra ato dos Excelentíssimos Senhores Secretário de Estado da Saúde de Santa Catarina e Secretário-Adjunto buscando a concessão da segurança para que seja restaurado o Contrato de Fornecimento n. 0331/00, rescindido unilateralmente pela Administração Pública.

Aduziu que o referido contrato foi firmado a partir de um processo licitatório anterior, tendo por objeto a

aquisição de "Equipos de bomba de infusão, com cedência de 477 Bombas", destinados às unidades de saúde do Estado (fl. 3).

Alegou a impetrante que, após adjudicação do pacto, no qual já havia sido entregue 1/3 do material, foi surpreendida, a partir de uma representação interposta pela concorrente de maior preço, com a rescisão unilateral do contrato, sob o argumento de que o ente público vislumbrou o descumprimento das especificações do edital e do instrumento de compromisso.

Seguindo, a demandante sustentou que a rescisão é ato ilegal, pois "o equipamento objeto de questionamento não está sendo comprado pela administração pública (o equipo), mas sim a bomba de infusão denominada Nutrimatt II, cujo aparelho é cedido pelo fornecedor às unidades hospitalares onde serão aplicados e utilizados os equipos" (fl. 5). Argumentou que o equipamento questionado está em conformidade com as exigências editalícias.

Requeru a concessão da liminar, com vistas à anulação da rescisão contratual, restaurando-se o contrato de fornecimento original e, ao final, pugnou pela ordem definitiva para ver-se afastada da submissão aos atos infundados, ilegais e arbitrariamente impostos pelas autoridades estatais.

A apreciação do pedido de liminar foi postergada para após informações (fl. 799), que foram prestadas pelas autoridades apontadas como coatoras às fls. 808 e seguintes. Defendendo a higidez do ato, argumentaram que ficou amplamente comprovado que o produto da impetrante não

atendia ao disposto no edital. Ao final, juntaram documentos.

Foi determinado que a impetrante promovesse a citação da empresa Samtronic Indústria e Comércio Ltda., na qualidade de litisconsorte passiva necessária (fls. 833/834).

A empresa litisconsorte, devidamente citada, apresentou reposta requerendo a denegação da ordem (fls. 964/966).

Em novo despacho (fls. 1.061/1.062), foi indeferida a liminar, pois não se vislumbrou a presença do *fumus boni juris* a autorizar a concessão da medida.

Os autos vieram conclusos após manifestação do representante do *Parquet*, que opinou pela denegação da ordem (fls. 1.068/1.074).

II — Voto

Segundo se infere dos autos (fl. 174), o motivo que ensejou a rescisão unilateral do Contrato de Fornecimento n. 0331/00, por parte do Estado, foi o descumprimento das especificações contidas no edital convocatório e no instrumento de compromisso, incisos 8.1, 8.2 e 8.3 da cláusula oitava (fl. 34), oriundos da Licitação n. 373/99.

O processo possui natureza complexa, enfrentando-se questões *pari passu*.

Na realização do procedimento licitatório, que possui índole jurídica, constitucional e administrativa, os concorrentes e o próprio Poder Público ficam vinculados ao edital de convocação, que é um instrumento em que são estabelecidas as regras do certame, condições e cláusulas específicas para a posterior contratação,

visando à qualidade do serviço e ao interesse público. Nele são delimitados os procedimentos, as propostas, a documentação, o julgamento e o próprio contrato.

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

"Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, *da vinculação ao instrumento convocatório*, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos" (sem grifo no original).

No caso em tela, conforme se verifica no anexo I do referido instrumento convocatório (fl. 167), expressa-se a necessidade de especificações técnicas mínimas, tal qual o discutido Sensor de Bolha.

Assim dispõe o edital:

"D) A empresa vencedora deverá ceder as bombas de infusão com as seguintes especificações:

(...)

"Características técnicas mínimas:

(...)

"2.10. Sensor de Bolha".

Com relação ao produto fornecido pela impetrante, foi concluído, pela análise técnica efetuada pela GPEB — Grupo de Pesquisas em Engenharia Biomédica, da Universidade Federal de Santa Catarina, que "além de não apresentar o Sensor de Bolhas, também não apresenta total

isenção em seu sistema de proteção contra infusão de ar" (fls. 646/647).

De acordo com o exposto nos autos (fls. 54 e 644), é fato incontroverso que o equipamento fornecido pela impetrante não possui Sensor de Bolha, que se insere do objeto contratado, ou seja, está ausente um dos requisitos imprescindíveis exigidos pelo edital, o qual, repita-se, é vinculativo para as partes.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina:

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

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

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

"Licitação — Menor preço — Execução de obras em áreas destinadas à Sede do Poder Legislativo do Estado de Santa Catarina — Exigência do visto do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia de Santa Catarina — Formalidade atendida pela maioria dos participantes — Inobservância do requisito pela

proponente — Direito líquido e certo inexistente — Denegação.

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

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

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

"Não emergindo, em termos inequívocos, ser ilegal o ato emanado da autoridade, não se há falar em direito líquido e certo amparado por mandado de segurança" (MS n. 97.013037-6, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar).

Colaciona-se ainda:

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

"O princípio da vinculação ao instrumento convocatório veda a realização do procedimento em desconformidade com o estabelecido previamente no edital. Como lei interna da licitação, ao edital tudo se vincula. Nem os documentos de habilitação nem as propostas podem ser apresentados em desconformidade com o que foi solicitado no instrumento convocatório, nem o julgamento do certame pode realizar-se senão sob os critérios nele divulgados. Tampouco o contrato poderá desviar-se de sua

matriz — o instrumento convocatório — de modo a descaracterizar essa vinculação" (Ap. Cív. n. 99.005517-5, de Chapecó, rel. Des. Newton Trisotto).

Dessa forma, pode-se ponderar que, uma vez adjudicado o objeto do pacto administrativo, o Poder Público tem o dever de fiscalizar os produtos fornecidos para constatar se o que foi estipulado pelo edital e pelo próprio contrato está sendo cumprido. No caso em tela, o Estado não foi omissivo e, por isso, cumpriu com suas prerrogativas legais, constatando que o material fornecido não atendia às especificações técnicas, ou seja, não estavam sendo satisfeitas as especificações do instrumento convocatório.

Em razão do acima exposto, o ato administrativo em exame não deve ser interpretado como ilegal ou abusivo, pois a ilegalidade diz respeito ao exercício exorbitante do poder e a abusividade à lesão da lei ou do edital, o que efetivamente não ocorreu na hipótese estudada.

É o que descreve a doutrina:

"Se o ato de autoridade fere direito líquido e certo de alguém, configura-se o arbítrio, consistente na lesão frontal de texto de lei. O ato arbitrário é ato ilegal (...).

"Abuso de poder é o exercício irregular do poder. Usurpa poder quem, sem o ter, procede como se o tivesse (...)" (Júnior, José Cretella. Comentários às Leis do Mandado de Segurança. São Paulo, Editora Saraiva, 1979, pág. 78).

Configurado o conceito de abuso e ilegalidade, pode-se afirmar que o Poder Público agiu corretamente ao rescindir o contrato, uma vez que detectou a ausência de uma exigência

editálicia. Em contrapartida, seria ilegal o ato que ficasse imune em face da constatação da irregularidade contratual.

Saliente-se, por oportuno, o afirmado pelo Procurador de Justiça em seu parecer:

"Desta maneira, tendo os impletrados, repetimos, comprovado que o equipamento fornecido pela impetrante não preenche um item de segurança exigido no edital, mesmo após a assinatura do contrato administrativo, não há que se cogitar na ocorrência de ato abusivo ou ilegal, porquanto a rescisão contratual levada a efeito era a única medida que a Administração Pública poderia adotar" (fl. 1.072).

A impetrante alega, no presente *mandamus*, que o sensor de bolha é acessório e, por conseguinte, "desnecessário" (fl. 5), inclusive suscitando que as normas da ABNT não exigem esse suplemento como fator de segurança. Assevera que o questionamento levantado na rescisão do contrato não foi o "mal funcionamento" (fl. 5), e sim a simples inclusão de um item a mais na especificação desse equipamento.

Nesse sentido, é preciso destacar que o objetivo do *writ* não é verificar se o sensor de bolha é ou não imprescindível à segurança do aparelho, como quer a demandante, e sim apurar se houve violação ao seu direito líquido e certo.

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

Veja-se, a respeito:

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

Insta identificar as hipóteses em que se admite o mandado de segurança, nas palavras de Moraes:

"Podemos assim apontar os quatro requisitos identificadores do mandado de segurança:

— ato comissivo ou omissivo de autoridade praticado pelo Poder Público ou por particular decorrente de delegação do Poder Público;

— ilegalidade ou abuso de poder;

— lesão ou ameaça de lesão;

— caráter subsidiário: proteção ao direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*" (Moraes, Alexandre de. *Op. cit.*, págs.146/147).

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

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

Assim, a afirmação de que o ato foi coator é infundada, pois a atitude de rever o próprio erro, na contrata-

ção, é uma atitude louvável e de pleno direito do Estado, que não poderia ficar inerte ao vislumbrar uma situação de ilicitude contratual.

Em não procedendo dessa forma, o ente público seria omisso em seu dever de agir. Certo de sua legalidade, não há falar em violação ao direito líquido e certo da impetrante.

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

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

Solidificando a questão, nossos Tribunais já decidiram:

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

Quanto à rescisão unilateral, pode-se afirmar que foi o meio legal encontrado pela Administração Pública para desfazer o contrato até então eivado de vício.

A rescisão, portanto, antes de ser um ato coator, revelou-se como um instrumento utilizado para a resolução da ilegalidade que então se vislumbrou, qual seja, a ausência, no aparelho fornecido ao Estado, da especificação contida no edital: "Sensor de Bolha".

A obrigação da Administração Pública é justamente anular seu próprio ato em caso de ilegalidade.

Diz, com efeito, o art. 49 da Lei de Licitações:

"Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado".

Com relação ao alcance da anulação do ato administrativo, observam Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello:

"O ato nulo não vincula as partes, mas pode produzir efeitos válidos em relação a terceiros de boa-fé. Somente os efeitos, que atingem terceiros, é que devem ser respeitados pela Administração; as relações entre as partes ficam desfeitas com a anulação, retroagindo esta à data da prática do ato ilegal e, conseqüentemente, invalidando os seus efeitos desde então (*ex tunc*)" (Direito Administrativo Brasileiro. 7ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1979, pág. 185).

Pertinente ao caso, colhe-se da jurisprudência:

"É facultado à Administração, constatado erro ou ilegalidade do ato, revê-lo por seus próprios meios, não se exigindo formalidades especiais" (RMS n. 423, Min. Pedro Acioli, RT 665/173). Grifo inexistente no original.

Concluindo a assertiva, cita-se o verbete 473 do excelso Pretório:

"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Com a referida menção doutrinária e com o fulcro no princípio de que o serviço público deve ter continuidade para evitar prejuízos à população, necessária foi a contratação da licitante que alcançou a segunda melhor proposta e que preenchia o exigido no edital.

Ao suscitar que "o procedimento em questão (testes) foi extremamente injusto, porque realizado somente com o equipamento da impetrante, não sendo realizado também com os equipamentos das demais licitantes — concorrentes — que não se sabe se teriam a mesma resposta positiva, o que por si só configura afronta ao princípio isonômico constitucional, bem como o da igualdade e da impessoalidade que deve pautar todo editalício (art. 3º da Lei n. 8.666/93), sendo esse procedimento, portanto, passivo de nulidade" (fl. 10), a demandante supôs que a Administração estaria contratando com o licitante que também não teria o exigido no edital. Porém não basta alegar e

sim provar que o equipamento não possui tal requisito.

Outrossim, a afirmação de que o ato administrativo afrontou os princípios da isonomia, da igualdade e da impessoalidade (fl. 9), imbuídos no art. 37 da Constituição da República, não prospera, uma vez que ocorreu tratamento igual aos licitantes, tanto é que, ao rescindir o contrato, a Administração buscou a continuidade do serviço público de fornecimento por intermédio do segundo classificado no procedimento licitatório.

Extrai-se da obra deste Relator:

"O princípio da igualdade das oportunidades nada tem de novo. Ele não passa de aplicação da regra da justiça a uma situação na qual existem várias pessoas em competição para a obtenção de um objetivo único, ou seja, de um objetivo que só pode ser alcançado por um dos concorrentes..." (*Apud* Carlin, Volnei Ivo. Direito Administrativo: Doutrina, Jurisprudência e Direito Comparado, 2ª ed. rev. atual. e ampl., Florianópolis, OAB/SC Editora, 2002, pág.133).

Em relação à impessoalidade, veja-se a doutrina de Hely Lopes Meirelles:

"O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objeto do ato, de forma pessoal.

"E a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público" (Direito Administrativo Brasi-

leiro. 24^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999, pág. 85).

Assim, verifica-se que o fim buscado pelo Estado foi a regularização do ato até então viciado, uma vez que, conforme já explanado, estava em desconformidade com o exigido no edital. Ora, o fim legal do ato é expresso pela norma de direito, em específico pelo edital convocatório, que é lei interna entre os licitantes e futuros contratantes.

Por último, convém registrar que é de todo aplicável, aqui, o princípio teleológico que estabelece a garantia de que o espírito da lei não será burlado, atendendo o agente ao superior interesse público, compatível com a realidade social, enfim, administrativa (Carlin, Volnei Ivo. *Op. cit.*, pág. 136).

Dessa forma, o Poder Público, no exercício de suas funções, agiu em conformidade com os preceitos legais, doutrinários e jurisprudenciais, o que, acrescido à impossibilidade de averiguar-se, por via do mandado de segu-

rança, se o equipamento fornecido pela impetrante oferece segurança aos usuários, leva à conclusão de que esta não possui direito líquido e certo a ser protegido.

Ex positis, denega-se a ordem.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, denegar a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Newton Trisotto, Luiz César Medeiros e Vanderlei Romer. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Dálcio Moser.

Florianópolis, 12 de junho de 2002.

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

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 1999.005201-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Mandado de segurança — Reexame necessário — Direito de licença à gestante por 120 (cento e vinte) dias — Redução para 60 (sessenta) dias por Decreto Municipal — Falecimento do recém-nascido

— *Circunstância que não justifica o ato administrativo* — *Exegese dos arts. 7º, XVIII, 37, caput, e 39, § 3º, da Constituição Federal* — *Provimento apenas para afastar a condenação em custas.*

A servidora pública gestante tem direito à licença por 120 (cento e vinte) dias mesmo sobrevivendo o falecimento do recém-nascido, pois, nessa hipótese, a ratio do art. 7º, XVIII, da Carta Magna — Aplicável aos servidores públicos ex vi do art. 39, § 3º — Não resta olvidada, haja vista não se restringir aos cuidados com o infante, mas ter em mira também a proteção à geratriz, resguardando-a dos traumas pós-parto, cuja gravidade é ainda majorada pelo passamento do infante.

Ademais, consoante a lição de Hely Lopes Meirelles, "na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'" (Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992, pág. 82).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 1999.005201-0, da comarca da Capital (1º Cartório), em que é impetrante Raquel Moreira, sendo impetrados a Coordenadora-Geral do Centro de Educação Infantil Santa Terezinha e o Gerente de Saúde do Servidor:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, prover parcialmente o reexame necessário apenas para afastar a condenação em custas.

Custas na forma da lei.

Raquel Moreira, por seu procurador, impetrou mandado de segurança em face de ato praticado pela Coordenadora do Centro de Educação Infantil Santa Terezinha e do Gerente de Saúde do Servidor, que,

violando-lhe direito líquido e certo, reduziu para 60 (sessenta) dias o período de "licença gestação" que lhe fora concedido inicialmente, em 15/7/1996, por 120 (cento e vinte) dias. Sustentou que as justificativas apresentadas por aquela autoridade, de que o óbito do filho acarretaria a redução da licença, não procedem, pois contrárias à legislação vigente. Teceu outras considerações que, por brevidade, restam incorporadas a esta suma. Pugnou a concessão de medida liminar e, ao final, sua confirmação.

O pleito liminar foi deferido.

Foram prestadas as informações pelas autoridades apontadas como coatoras.

Há parecer ministerial no sentido da concessão da ordem.

Entregando a prestação jurisdicional, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido.

Ascenderam os autos a este egrégio Pretório por força de reexame necessário, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado no sentido de seu desprovemento.

É o breve relato.

Vislumbra-se, examinando-se a documentação atrelada aos autos, que Daniel Moreira dos Santos, filho da impetrante, nascido aos 15/7/1996 (fl. 19), faleceu no mesmo dia (fl. 20). De consonância com exame médico-pericial realizado aos 24/7/1996 (fl. 17), deferiu-se àquela a licença gestação por 120 (cento e vinte) dias, prazo este que, de acordo com a peça de fl. 18, foi reduzido para 60 (sessenta) dias, apresentando-se como justificativa o fato de ter ocorrido o óbito de seu filho.

O ato administrativo, entretanto, lesou direito líquido e certo da impetrante.

Com efeito, o art. 7º da *Lex Mater* estabelece:

"São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

"XVIII — licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias".

Veja-se que o preceito normativo é aplicável também aos servidores públicos *ex vi* do art. 39, § 3º, da Constituição Federal.

O direito é também assegurado pelo que dispõe o art. 113 da Lei Estadual n. 6.844, de 29/7/1986: "À gestante é concedida, mediante inspeção

médica realizada por Junta Médica Oficial, com vencimento ou remuneração integral pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias".

Ora, desde logo se observa que a lei não trata da excepcionalidade decorrente do falecimento do nascituro. Assim, como no direito administrativo, de acordo com o princípio da legalidade — art. 37, *caput*, da Carta Magna — tudo o que não é expressamente autorizado é proibido, o ato impugnado mostra-se írrito.

É o que preleciona Hely Lopes Meirelles:

"Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'.

"As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelevantes pelos agentes públicos" (Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992, pág. 82).

Colhe-se, ainda, da lição de Diógenes Gasparini:

"O princípio da legalidade, resumido na proposição 'suporta a lei que fizeste', significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação es-

tatal, sem o correspondente calço legal ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe à anulação. Seu campo de ação, com se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais (grave perturbação da ordem, guerra)" (Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 1989, pág. 6).

É claro que à Administração é lícito revogar seus atos, dêis que inquinados de ilegalidade, como aliás preceitua a Súmula 473 do excelso Pretório. Entretanto, na espécie, não se está diante de ilegalidade, mas sim de ausência de previsão normativa autorizando o ato administrativo.

Além disso, há que enfatizar, por fim, ao contrário do que se afirmou nas informações entranhadas nestes autos, que mesmo com o óbito do nascituro, a *ratio legis* da norma instituidora do benefício da licença à gestante não restou totalmente descum-

prida. É certo que a refalada licença tem por desiderato também os cuidados ao recém-nascido; mas não é só. Há também o propósito de resguardar a saúde da genitora, propiciando-lhe recuperação de todos os traumas ínsitos ao período pós-parto. Note-se que estes evidentemente se tornam ainda mais graves na hipótese excepcional e trágica do falecimento do recém-nascido.

Malgré tout, merece pequeno reparo o decisório sob reexame, apenas no ponto que contraria o Regimento de Custas estadual (art. 35, I, da LC n. 156/97).

Ante o exposto, dá-se provimento ao reexame necessário apenas para afastar a condenação em custas.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto e Luiz César Medeiros, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 13 de maio de 2002.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2002.001021-9, DE BIGUAÇU

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Apelação cível em mandado de segurança — Funcionário público — Agregação — Lei Municipal n. 1.501/00 — Nulidade de pleno direito em razão do disposto no parágrafo único do art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/00) e no inciso V do art. 73 da Lei Eleitoral (Lei n. 9.504/97) — Denegação da segurança — Desprovimento do apelo.

Ex vi do art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar n. 101/00, nula de pleno direito é a lei municipal que implique aumento de despesa com pessoal se promulgada nos cento e oitenta dias anteriores ao término do mandato do prefeito, bem como o é aquela que promova a readaptação de vantagem nos três meses que antecedem pleito eleitoral até a posse dos eleitos, por força do inciso V do art. 73 da Lei n. 9.504/97.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2002.001021-9, da comarca de Biguaçu, em que é apelante Sandro Roberto Andretti, sendo apelado o município de Biguaçu:

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

Custas na forma da lei.

Sandro Roberto Andretti, por seu advogado, impetrou mandado de segurança em face de ato praticado pelo Exmo. Sr. Prefeito do município de Biguaçu, o qual indeferiu pleito de agregação de percentual do vencimento do cargo comissionado ao do cargo efetivo, fulcrado na Lei Municipal n. 1.501/00, por entendê-la nula ao violar o disposto no art. 21 da Lei Complementar n. 101/00. Sustentou que não houve aumento de despesa com pessoal, em se tratando de "norma abstrata", pois ainda não gerou efeitos. Relatou histórico do benefício, defendendo a vigência da lei que o restabeleceu e, após outras considerações que, por brevidade, ficam integrando esta suma, clamou pela assistência judiciária, pela concessão de liminar e por sua confirmação posterior.

Exarado o despacho de fl. 30, prestou informações a autoridade tida

como coatora, suscitando a nulidade e inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 1.501/00 em face do art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal e do art. 169 da Constituição Federal. Disse, ainda, que promulgada a norma írrita em 13/12/00, apenas os servidores que exerceram cargos após esta data seriam eventualmente beneficiados.

Colhida a manifestação do Ministério Público, denegou o MM. Juiz a quo o pleito exordial.

Inconformado, apelou o vencido, reeditando as assertivas expostas e pugnando pela reforma da sentença.

Há contra-razões.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Dr. Narcísio G. Rodrigues, opinou no sentido do desprovimento do recurso.

É o relatório.

Almeja a impetração o reconhecimento do direito ao benefício restabelecido pela Lei Municipal n. 1.501/00, o qual foi indeferido porque violaria a Lei de Responsabilidade Fiscal.

A compreensão da *quaestio* reclama breve histórico da vantagem em tela.

A Lei n. 730/92 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Município de Biguaçu), no seu art. 118, inci-

sos I e II e §§ 1º a 6º, instituiu o direito à adição ao vencimento do cargo efetivo de percentual da diferença entre aquele e o pago ao cargo em comissão, função de confiança ou substituição, exercidos em certa época pelo servidor, até o limite de 100%. A esse benefício deu-se o nome de "agregação".

Com a promulgação da Lei n. 949, de 12/4/95, referido dispositivo foi revogado (art. 1º).

A Lei n. 1.454, de 30/6/00, revogou a Lei n. 949/95 (art. 1º) e determinou a retroação de seus efeitos a 12/4/95 (art. 2º).

A Lei n. 1.501, de 13/12/00, modificando a redação do art. 1º da anterior, restabeleceu expressamente a vigência do referido art. 118.

Pois bem. O instituto da repristinação não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, exceto se a própria lei determinar o contrário, rezando o art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil: "Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência".

A respeito da repristinização ou repristinação, define Marcus Cláudio Acquaviva, in Dicionário Jurídico Brasileiro, 3ª ed., Ed. Jurídica Brasileira Ltda., pág. 1.078: "Consiste na restauração expressa de uma lei revogada, promovida por outra, denominada *lei repristinatória*. Por exemplo: a lei A é revogada pela lei B; surge a lei C, que revoga a B. Pergunta-se: a lei A volta a ter vigência? Nosso direito positivo é claro a respeito, por intermédio da LICC, art. 2º, § 3º: '*Salvo disposição em contrário*, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência' (o grifo é nosso). É ne-

cessário que haja a intenção expressa do legislador para a restauração da norma revogada".

Portanto, o fato de a Lei n. 1.454, de 30/6/00, ter revogado a Lei n. 949, de 12/4/95, não implicou na recuperação dos efeitos do art. 118 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do município de Biguaçu. Isso aconteceu apenas com a promulgação da Lei n. 1.501, em 13/12/00, a qual restaurou a vigência da norma que criou a vantagem e, por força do art. 2º da mencionada Lei n. 1.454/00, com efeito retroativo a partir de 12/4/95.

Entretanto, a Lei n. 1.501/00 é nula, e por isso o recurso deve ser desprovido, mantendo-se intacta a sentença.

É que não obstante autorize a legislação municipal o reconhecimento do direito, forçoso reconhecer que aquela não se coaduna com a norma da Lei Complementar n. 101, de 4/5/00, que no parágrafo único do art. 21 diz: "Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20".

Ora, a Lei n. 1.501/00 entrou em vigor 18 dias antes do término do mandato do alcaide, sendo, portanto, nula de pleno direito.

Esclarece a doutrina de Flávio C. de Toledo Jr. e Sérgio Ciquera Rossi, colhida em aresto da lavra do eminente Des. Luiz César Medeiros (ACMS n. 01.023710-5): "Assim, nos cento e oitenta dias que precedem o final da gestão do Prefeito e do Presidente da Câmara, é proibido aumen-

tar despesa de pessoal no âmbito de cada um dos Poderes representados por esses mandatários. Nesse diapasão, entre 5 de julho e 31 de dezembro do último ano do mandato, não se pode elevar o gasto de pessoal, proibição que alcança, por simetria, as entidades descentralizadas cujos titulares são nomeados pelo chefe do Poder Executivo" (Toledo Jr., Flávio C. de Rossi, Sérgio Ciquera. Lei de Responsabilidade Fiscal: comentada artigo por artigo. São Paulo, Editora NDJ, 2001, pág. 128).

Por outro lado, como se não bastasse, infringe o ato em exame o art. 73, V, da Lei n. 9.504, de 30/9/97, o qual proíbe aos agentes públicos, servidores ou não, condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, vedando a readaptação de vantagens no prazo de 3 (três) meses que os antecede até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito.

Novamente, oportuna é a doutrina referida por Sua Excelência o Des. Luiz César Medeiros, ao analisar questão idêntica:

"De acordo com o inciso V deste artigo, é proibido nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional, e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito. A circunscrição nas eleições presidenciais é o país todo. Nas para Governador, Senador, Deputado Fe-

deral e Estadual ou Distrital, o Estado ou Distrito Federal. Nas municipais, o Município. Todos os atos mencionados são proibidos, na circunscrição abrangida pelo pleito, desde três meses antes da sua realização, até a data da posse dos eleitos. A posse do Presidente da República, dos Governadores e dos Prefeitos ocorrerá sempre no dia 1º de janeiro do ano imediatamente seguinte ao da eleição (Constituição Federal, arts. 28, 29, III, e 82).

'A sanção primeira pelo descumprimento dessa proibição será a nulidade do ato de pleno direito, o que significa antes de tudo o retorno do funcionário ou empregado à situação anterior à prática do referido ato' (Decomain, Pedro Roberto. Eleições: comentários à Lei n. 9.504/97. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, pág. 215).

"E complementa Ulisses de Jesus Maia Kotsifas:

'A Lei eleitoral inseriu um tópico tratando exclusivamente das Condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais. O objetivo é evitar que se use a máquina pública em benefício de campanha eleitoral, mormente em se tratando da reeleição para os atuais detentores de mandato no Poder Executivo, como o Presidente da República e os Governadores.

'Trata-se de uma experiência nova para o direito eleitoral brasileiro. A Lei Eleitoral, em sua vez primeira, disciplina o instituto da reeleição, aprovado através da Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997, que permite ao Presidente da República, aos Governadores de Estado e do Distrito Federal, aos Prefeitos e aos quem os haja substituído no curso dos

mandatos serem reeleitos para um único período subsequente.

'Para assegurar o tratamento igualitário entre os atuais ocupantes de mandato e os demais candidatos que disputarão a eleição, este artigo arrola uma série de atos e condutas proibidas, tanto no ano eleitoral, durante a campanha, como também nos três meses anteriores ao pleito.

(...)

'Após a escolha dos candidatos em convenção até a data da posse dos eleitos, a remuneração dos servidores públicos não poderá ser majorada em percentuais superiores ao suficiente para recompor a perda salarial de seu poder aquisitivo. Evita-se, com isso,

que o governante determine aumento salarial em troca de voto' (Kotsifas, Ulisses de Jesus Maia. Eleições 98: comentários à nova lei eleitoral. Curitiba, Juruá, 1998, págs. 102/104)".

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto e Luiz César Medeiros, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Narcísio G. Rodrigues.

Florianópolis, 17 de junho de 2002.

*Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 1999.006945-1, DE XANXERÊ

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Constitucional e administrativo — Declaração de desnecessidade de cargos públicos — CF, art. 41, § 3º — Necessidade de lei estabelecendo os critérios objetivos sobre a remuneração e a seleção dos servidores que serão postos em disponibilidade.

Como condição de validade, a declaração de desnecessidade de cargos públicos (CF, art. 41, § 3º) reclama a edição de lei — de iniciativa do respectivo Chefe do Poder Executivo — estabelecendo os critérios objetivos a serem observados na fixação da remuneração e na seleção dos servidores que serão postos em disponibilidade. A exigência, além de preservar os princípios que regem a Administração Pública (CF, art. 37, caput), tem como objetivo coibir desvio de finalidade, abuso de poder ou arbitrariedade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de

Segurança n. 1999.006945-1, da comarca de Xanxerê, em que é apelante

o município de Xanxerê e apelados Altair Luiz Faé e outros:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso e, em sede de reexame, reformar parcialmente a sentença para isentar a autoridade impetrada do pagamento das custas.

I — Relatório

Altair Luiz Faé, Ademar Biazus, Edna Regina Turella, Francisco de Assis Pegotto, Nilton César Vendruscolo e Valdemar Turella impetraram mandado de segurança contra ato do Senhor Prefeito Municipal de Xanxerê que declarou desnecessários os cargos dos impetrantes sem a existência de lei que estabelecesse os critérios necessários para o ato.

Alegam os impetrantes que são servidores públicos estatutários e estáveis e, devido à declaração de desnecessidade dos cargos por eles ocupados, foram colocados à disposição da administração com a conseqüente redução de seus salários para valores inferiores ao salário mínimo legal, afrontando o direito constitucional.

Aduzem que a autoridade impetrada declarou desnecessários os cargos sem a averiguação mínima da real desnecessidade dos serviços prestados pelos servidores à comunidade, deixando de observar o princípio da legalidade e impessoalidade.

Também afirmam que a redução dos vencimentos comprometeu a manutenção pessoal e de suas famílias, contrariando disposição legal municipal e ferindo o direito líquido e certo dos impetrantes.

Requerem, portanto, a declaração de nulidade do ato administrativo que declarou desnecessários os cargos por eles ocupados, determinando a reintegração aos cargos e funções que exerciam anteriormente, bem como o pagamento integral dos vencimentos desde a ilegal declaração de disponibilidade até a efetiva reintegração.

O impetrado apresentou informações afirmando que "a situação do município de Xanxerê tornou-se insustentável e insustentável, tanto financeira quanto funcionalmente, impedindo a execução de qualquer projeto de investimento e inviabilizando todos os programas de governo, inclusive a manutenção das atividades consideradas essenciais à administração municipal, como as atividades educacionais, de saúde pública, assistência social e outras, não teve muitas alternativas, a não ser, reduzir as despesas com o pessoal, uma vez que, é público e notório, existe no poder público municipal excesso de servidores, inclusive, muitos deles cedidos para outras unidades administrativas que não da rede municipal" (fl. 230).

Aduz que "o advento da Emenda Constitucional n. 19, que introduziu alterações no art. 41, § 3º, da Constituição Federal, possibilitou a adoção de declarações de desnecessidade de cargos, colocando servidores em disponibilidade percentualmente remunerada, reduzindo com isso a despesa com o pessoal e possibilitando a manutenção das atividades de responsabilidade do Poder Público do Município" (fl. 230).

Alega ainda que o ato adotado para declaração da desnecessidade

está revestido da mais absoluta e inquestionável constitucionalidade, sendo formalmente perfeito, já que o Prefeito Municipal possui competência para declarar por meio de decreto a desnecessidade de cargos, independentemente de lei específica prévia, apenas, avaliando o juízo de conveniência e oportunidade, já que se trata de ato discricionário a ser praticado pelo administrador público.

O Ministério Público de primeiro grau opinou pela procedência do pedido, reintegrando-se assim os impetrantes ao exercício dos cargos que ocupam.

Ao sentenciar o feito a Magistrada registrou no dispositivo:

"Assim sendo, concedo a segurança pleiteada na inicial, para o fim de anular o Decreto n. HW 055/98 e, via de consequência, determinar a imediata reintegração dos impetrantes Altair Luiz Faé, Ademar Biazus, Edna Regina Turella, Francisco de Assis Pegotto, Nilton Cesar Vendruscolo e Valdemar Turella aos cargos que ocupavam na estrutura administrativa municipal antes da edição do mencionado decreto, sem prejuízo da remuneração integral durante o tempo em que estiveram afastados.

"Custas pelo impetrado. Sem honorários".

Inconformado com o teor do *decisum* o Prefeito do município de Xanxerê interpôs recurso repisando os argumentos expendidos nas informações. Ao final requereu a reforma da sentença.

Em contra-razões os apelados defenderam a sentença objurgada e requereram a sua manutenção.

O representante do Ministério Público, em primeiro e segundo graus, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

II — Voto

1. Inicialmente, merece ser afastada qualquer dúvida quanto à legitimidade da autoridade impetrada para interpor recurso contra a decisão concessiva da segurança.

O apelante figurou na relação processual como autoridade impetrada, pois que, na época dos fatos, exercia o cargo de Prefeito do município de Xanxerê. Desse modo, embora, como sabido, a parte legítima para interpor o recurso devesse ser a pessoa jurídica a que pertence o impetrado — no caso em apreço, o Município —, predomina o entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que "não só a pessoa jurídica, que é ré em mandado de segurança, mas também o próprio impetrado têm legitimidade recursal" (REsp n. 33.219-2, Min. Adhemar Maciel, RSTJ 56/281).

Este Tribunal também tem trilhado o mesmo caminho:

"Mandado de segurança. Apelação cível. Recurso interposto pelas autoridades impetradas. Legitimidade recursal. Atos praticados por autoridade municipal e federal. Incompetência da Justiça Estadual. Inteligência do art. 2º da Lei n. 1.533/51 e art. 109, VIII, da Constituição Federal.

"Consoante conhecida lição de Hely Lopes Meirelles, não pode ser alijado do processo na fase recursal o impetrado, posto que integrou a lide desde as informações. Poderá haver, assim, apelação conjunta ou separa-

da, 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" (ACMS n. 4.706, rel. Des. Pedro Manoel Abreu. JC 75/121).

"Mandado de segurança. Oficial 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 contra a administração pública. Recurso desprovido.

"Oficial do registro de imóveis impetrada em mandado de segurança também tem legitimidade recursal, pois não deve ser alijada da relação processual na fase recursal uma vez que integrou a lide desde as informações (...)" (ACMS n. 97.001807-0, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

Em conformidade com a mesma premissa, com voto condutor também do eminente Des. Nelson Schaefer Martins, a egrégia Segunda Câmara Civil decidiu que "não há em princípio impedimento à autoridade coatora, caso sinta-se prejudicada, de também recorrer, apesar da legitimidade recursal concorrente da pessoa jurídica" (ACMS n. 97.002906-3).

Demais disso, não se pode olvidar que a autoridade impetrada, nos casos em que os atos por ela praticados são considerados ilegais, podem ficar sujeitas a futuras ações reparatórias, como, por exemplo, aquelas decorrentes da aplicação da Lei n. 8.429/92. Nada mais justo, portanto,

tenha ela a possibilidade de defender o ato impugnado em sede recursal, o que, aliás, é autorizado expressamente pelo Código de Processo Civil (art. 499 e § 1º).

2. Superada a questão, passa-se ao exame do mérito.

Os impetrantes pretendem com a presente ação a anulação do Decreto n. HW 055/98 que, na forma do artigo 41, § 3º, da Constituição Federal, declarou a desnecessidade dos cargos por eles ocupados. Em consequência desse ato administrativo, os servidores efetivos e com estabilidade foram colocados em disponibilidade percentualmente remunerada, atendendo aos critérios estabelecidos no artigo 3º do referido edito:

"Art. 3º (...)

"I — se homem, com remuneração proporcional a 1/35 (um trinta e cinco avos), para cada ano de efetivo serviço prestado ao município de Xanxerê, do cargo efetivo;

"II — se mulher, com remuneração proporcional a 1/30 (um trinta avos), para cada ano de efetivo serviço prestado ao município de Xanxerê, do cargo efetivo.

§ 1º — Para efeito da contagem do tempo de serviço para a disponibilidade percentualmente remunerada, será considerado somente o período de efetivo serviço prestado ao município de Xanxerê.

"§ 2º — Para a base de cálculo, será considerado o ano completo, desprezando-se as frações, ou os períodos anteriores ao contrato vigente".

Da mesma forma, o artigo 2º do Decreto em questão prevê que "havendo, dentre os ocupantes dos car-

gos declarados desnecessários pelo artigo anterior, servidores mais e menos antigos em cada cargo, terão preferência para permanecer a serviço da Prefeitura os servidores nomeados e em exercício há mais tempo, considerado somente o contrato de trabalho em vigor".

A douta Magistrada *a quo* ao sentenciar o feito classificou o § 3º do artigo 41 da Constituição Federal como norma constitucional de eficácia limitada por entender que sua operatividade depende de lei regulamentadora de seus preceitos, o que fundamenta nos seguintes termos:

"Com efeito, basta uma simples leitura do texto para se concluir que, de forma genérica e abstrata, o poder reformador determinou que, em disponibilidade, o servidor perceberia remuneração proporcional ao tempo de serviço. Nada mais acrescentou o legislador à Carta Magna. Restou silente o poder reformador quanto ao critério dessa proporcionalidade e em que moldes ela se daria. Poderia, por exemplo, como bem assinalou o douto representante do Ministério Público, 'por exemplo, o Chefe do Poder Executivo estabelecer os proventos do servidor em disponibilidade na proporção de 10% por ano de serviço? E neste caso, aquele que já contasse com 10 anos de serviço público poderia perceber remuneração integral por ato do Poder Executivo? E se contasse mais de 10 anos de serviço? E poderia o Executivo estabelecer o critério, por exemplo, de 0,001% por ano de serviço, procedendo o pagamento de valores absolutamente desprezíveis a título de proventos aos servidores em disponibilidade?' (fls. 151 e

152). Parece que a resposta é, seguramente, negativa.

"O critério da proporcionalidade dos servidores deverá, necessariamente, ser fixado em lei, porque tal matéria não se insere no âmbito do poder discricionário do Administrador. Não pode, pois, por meio de decreto, o Chefe do Poder Executivo, quer municipal ou não, legislar, disciplinando matéria afeta a outro Poder.

"Dessa forma, por ser o novel dispositivo constitucional preceito de integração que reclama, em caráter necessário, para efeito de sua plena incidência, mediante legislativa concretizadora do comando nele positivado, não pode ser aplicado, devendo-se aguardar o pronunciamento legislativo a respeito. Enquanto isso, não produzirá tal norma, em sua plenitude, as conseqüências jurídicas que lhe são pertinentes".

Correto o entendimento externado pela douta Togada quanto à necessidade de se estabelecer mediante lei os critérios de proporcionalidade a serem seguidos no ato de se fixar a remuneração dos servidores colocados em disponibilidade.

Deve ser acrescentado, no entanto, que essa lei poderá ser de iniciativa do Chefe do Poder Executivo federal, estadual ou municipal. A competência para legislar sobre o assunto depende diretamente da esfera administrativa da qual o cargo é integrante. No caso em comento, os cargos declarados desnecessários são vinculados aos quadros da Administração Municipal. Portanto, a competência para elaborar a lei regulamentadora é do Poder Legislativo do Município.

A conclusão acima se sustenta na dicção do dispositivo constitucional que trata da matéria e conforma-se com o princípio da autonomia administrativo-financeira que foi concedida pela Carta Republicana aos entes federados, visto que o motivo para se declarar a desnecessidade do cargo, na maioria das vezes, está diretamente relacionado à diminuição do orçamento. Seria ilógico, por exemplo, atribuir-se a competência para legislar sobre a matéria à União ou ao Estado quando o cargo a ser declarado desnecessário pertence à Administração Municipal; somente esta, secundada pela decisão do Legislativo local, é que poderá aferir com melhor precisão quais serão os critérios ideais a serem observados na fixação da remuneração dos servidores colocados em disponibilidade.

Impende salientar também que a imprescindibilidade de lei não se restringe aos requisitos para a fixação da remuneração dos servidores afastados, mas também diz respeito à própria declaração de desnecessidade e aos critérios que regerão a escolha daqueles. Em que pese a Constituição Federal não ter especificado expressamente a forma de se declarar desnecessários os cargos, tem-se entendido que, assim como no caso da extinção, a declaração de sua desnecessidade deverá ser efetivada mediante lei, por iniciativa do Chefe do Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, a). Vale lembrar que no caso de provimento e extinção de cargos, nos termos do inc. XXV do art. 84 da Carta Magna, o ato do Chefe do Poder Executivo deve respeitar os requisitos — termos, condições e especificações — estabelecidos por lei.

A respeito, precisa e judicosa é a lição de Diógenes Gasparini:

"Como se declara a desnecessidade do cargo? Quem é competente para assim declará-lo? A desnecessidade do cargo é menos que a extinção. O cargo não desaparece apenas fica 'inativo'; não pode ser provido enquanto perdurar essa situação. Embora não se trate de extinção, é indubitado que a desnecessidade somente pode ocorrer por lei, dado o princípio segundo o qual 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'. Com efeito, o servidor colocado em disponibilidade, sem que a desnecessidade fosse declarada em lei, estaria submetido à inatividade em razão de uma determinação administrativa, incompatível com esse princípio. A iniciativa dessa lei, em respeito ao princípio da independência dos Poderes, é da autoridade do respectivo Poder que recebeu da Constituição (federal, estadual), da lei ou do Regimento Interno dita atribuição. Mesmo assim, não há óbice legal ou constitucional para que o Chefe de cada um dos Poderes, em qualquer nível do governo, se previamente autorizado, conforme o caso, por lei ou resolução, declare a desnecessidade de cargos. A lei é necessária quando se tratar de cargos do Executivo e do Judiciário, e a resolução é imprescindível quando se tratar de cargo do Legislativo. A declaração da desnecessidade do cargo, nessas hipóteses, será concretizada por ato administrativo, veiculado por decreto, se o cargo for do Executivo, por portaria, se do Judiciário, e por ato da mesa, se do Legislativo, desde que de outra forma não prescrever a lei ou a resolução autorizadora. O importante,

sob pena de ilegalidade, é a observância dos termos e condições estabelecidos pela lei autorizadora. A iniciativa dessa lei ou resolução é da autoridade que em cada Poder detiver tal atribuição segundo a Constituição (federal, estadual), a lei ou Regimento Interno. Declarada a desnecessidade, a qualquer momento, segundo o interesse público, pode ocorrer o desfazimento dessa situação e o conseqüente aproveitamento do servidor, que se fará sem prévia autorização legislativa, uma vez que a obrigação de aproveitar o servidor decorre diretamente da Constituição Federal. Basta que as condições para o aproveitamento (necessidade do cargo e dos serviços) do servidor estejam presentes" (Direito Administrativo. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, págs. 191/192).

Sobre o tema já se manifestou esta Sexta Câmara Civil, nos autos da Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2000.013650-6:

"Constitucional — Administrativo — Declaração de desnecessidade de cargos públicos — CF, art. 41, § 3º — Estabelecimento de critério de seleção dos servidores que serão postos em disponibilidade — Remuneração integral — Direito adquirido inexistente.

"1. Para coibir desvio de finalidade, abuso de poder ou arbitrariedade, os critérios determinantes da seleção dos servidores que serão colocados em disponibilidade, na hipótese da declaração de desnecessidade de cargos (CF, art. 41, § 3º), devem ser fixados em lei.

"2. O servidor público posto em disponibilidade não tem direito adqui-

rido à remuneração integral, ainda que tenha tomado posse anteriormente à Emenda Constitucional n. 19/98" (Des. Newton Trisotto).

Não havendo lei estabelecendo os requisitos necessários para a declaração da desnecessidade dos cargos, inválido e ineficaz é o decreto municipal emitido com essa finalidade.

A sentença deve ser reformada parcialmente tão-somente para isentar o impetrado do pagamento das custas processuais, conforme artigo 35, I, da LC n. 156/97 alterada pela LC n. 161/97.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso. Em sede de remessa reformo parcialmente a sentença para isentar a autoridade impetrada do pagamento das custas processuais.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, negaram provimento ao recurso e, em sede de reexame, reformaram parcialmente a sentença para isentar a autoridade impetrada do pagamento das custas.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto Speck.

Florianópolis, 13 de maio de 2002.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;

Luiz César Medeiros,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2001.023710-5, DE BIGUAÇU

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Administrativo — Lei que estabelece a agregação da diferença entre o vencimento do cargo comissionado e o cargo efetivo — Projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo enviado à Câmara Municipal nos últimos dias que antecedem o fim do mandato do prefeito — Manifesta afronta ao princípio da impessoalidade e da moralidade — Inaplicabilidade da Lei Municipal n. 1.454/2000 do município de Biguaçu em face da inexistência de repristinação no ordenamento jurídico pátrio — Nulidade da Lei Municipal n. 1.501/2000 por ferir o previsto no art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal, e art. 73 da Lei n. 9.504/1997 — Desprovimento do recurso.

Constitui acintosa afronta ao princípio da impessoalidade e da moralidade, e viola o disposto no art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem assim o preceituado no art. 73 da Lei n. 9.504/97, norma editada nos dias que antecedem o fim do mandato do prefeito municipal, concedendo vantagem direcionada unicamente aos ocupantes de cargos comissionados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2001.023710-5, da comarca de Biguaçu, em que é apelante Manoel Airton Pereira e apelado o município de Biguaçu:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Manoel Airton Pereira impetrou mandado de segurança contra ato do Prefeito Municipal de Biguaçu que, respaldado no Parecer n. 007/2001 da Procuradoria-Geral do Município, in-

deferiu pleito administrativo referente à agregação do percentual de 80% (oitenta por cento) da diferença entre os vencimentos do seu cargo efetivo e o do cargo de Secretário Municipal, nível CC-1, do Quadro de Pessoal da Prefeitura Municipal de Biguaçu.

Argumenta que o benefício da estabilidade financeira criado pela Lei Municipal n. 730/92, de 14/8/1992 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Município de Biguaçu), em seu art. 118, extinto pela Lei Municipal n. 949, de 12/4/1995, foi revigorado pela Lei Municipal n. 1.501, de 13/12/2000, que deu nova redação ao art. 1º da Lei Municipal n. 1.454, de 30/6/2000, que por sua vez revogou a Lei Municipal n. 949, de 12/4/1995.

Dizia a Lei Municipal n. 730/92:

"Art. 118 — O funcionário que contar 12 (doze) meses consecutivos, ininterruptos ou não, de exercício de cargo em comissão ou função de confiança, terá adicionado ao vencimento de seu cargo efetivo, passando a integrá-lo para todos os efeitos legais, a importância equivalente a 20% (vinte por cento) do valor:

"I — da função de confiança ou da substituição;

"II — da diferença entre os vencimentos do cargo em comissão e o vencimento do cargo efetivo".

Afirmou a Lei n. 949/95:

"Art. 1º — Fica revogado o art. 118, incisos I e II, §§ 1º a 6º, da Lei n. 730/92 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Município de Biguaçu)".

E a Lei n. 1.454/2000:

"Art. 1º — Fica revogada a Lei n. 949/95, de 12 de abril de 1995.

"Art. 2º — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos a partir de 12 de abril de 1995".

De seu turno, certamente alertado da inocuidade da Lei n. 1.454 ante a impossibilidade da repriminção tácita e na ânsia de restabelecer vantagem que beneficiasse os servidores comissionados que em breve deixariam os cargos ocupados com o final do mandato, o Chefe do Poder Público Municipal fez editar a Lei n. 1.501/2000 com a seguinte redação:

"Art. 1º — O art. 1º da Lei n. 1.454/2000, de 30 de junho de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 1º — Fica revogada a Lei n. 949, de 12 de abril de 1995 e restabelecida a vigência do art. 118 da Lei n. 730, de 14 de agosto de 1992'".

O ato que indeferiu o pleito na esfera administrativa e que está sendo impugnado no presente mandado de segurança foi sustentado nas disposições da Lei Complementar n. 101/2000, cujo art. 21 determina as hipóteses de nulidade de atos administrativos que provoquem aumento de despesa com pessoal, bem como no argumento de que a Lei Municipal n. 1.501/2000 vulnera os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, servindo de "instrumento para que o ex-Prefeito Municipal, em final de mandato, concedesse vantagens pecuniárias para um pequeno grupo de servidores públicos municipais, seus colaboradores diretos e mais chegados, em detrimento de outros funcionários que cumpriram seus deveres funcionais e não foram contemplados com essa regalia".

O pedido de concessão de medida liminar foi indeferido pelo MM. Juiz ao argumento de não se encontrarem presentes os requisitos que a autorizam.

Devidamente notificada, a autoridade impetrada veio aos autos prestar suas informações, alegando, em síntese, que a Lei n. 1.501/2000 é nula diante dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como é inconstitucional ante as disposições da atual Carta Magna.

Instado a se manifestar, o representante do Ministério Público de primeiro grau opinou pela denegação da ordem por entender que a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência, salvo quando exista disposição em contrário, o que no caso não ocorreu, pois a Lei n. 1.501/2000, que restabeleceu o

art. 118 da Lei n. 730/92, não fez ressalva à retroatividade, entrando em vigor, como de praxe, na data de sua publicação, o que se deu em 13 de dezembro de 2000, não alcançando, portanto, o pleito do impetrante. A corroborar essa afirmação, depreende-se que o impetrante durante o período de vigência das disposições do art. 118 do Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Município de Biguaçu, que lhe proporcionaria a agregação, não ocupou cargo de provimento em comissão, não preenchendo o requisito temporal do art. 118 do citado estatuto, razão pela qual não faz jus ao benefício pleiteado.

Sentenciando o feito, o MM. Juiz houve por bem denegar a segurança sob o argumento central de que o ordenamento jurídico pátrio repele o fenômeno da repristinação legislativa sem que esteja expressamente previsto, como determina o art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Além disso, a Lei Municipal n. 1.501/2000, ao expressamente restabelecer a vigência da estabilidade financeira (ao revigorar o art. 118 da Lei Municipal n. 730/1992) não o fez com efeitos retroativos como tinha previsto a Lei Municipal n. 1.454/2000 em seu art. 2º, que restou inócuo.

Irresignado com a decisão proferida, o impetrante interpôs recurso de apelação pugnando pela reforma da sentença. Alega, em síntese, que o art. 2º da Lei n. 1.454/2000, que prevê a retroação do art. 118 da Lei n. 730/1992 a partir de 12 de abril de 1995, não perdeu sua validade.

Em contra-razões, a municipalidade de Biguaçu postulou o desprovisionamento do recurso, afirmando para

tanto que a Lei Municipal n. 1.501/2000 manteve a revogação da Lei n. 949/1995 e restabeleceu a vigência da norma constante do art. 118 da Lei Municipal n. 730/1992, nada dispondo sobre a sua retroatividade. Alegou ainda que se não bastasse a irretroatividade, as Leis ns. 1.454/2000 e 1.501/2000 são totalmente nulas em face do disposto na Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e às disposições contidas no art. 37 da Carta Magna.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovisionamento do recurso.

II — Voto

A base de sustentação do recurso reside na alegada higidez do art. 2º da Lei n. 1.454/2000 e na legalidade do edito que restabeleceu o benefício da agregação aos servidores comissionados do município de Biguaçu. Resta precisar, portanto, se o mencionado art. 2º da Lei n. 1.454/2000, expirou juntamente com a nova redação dada ao art. 1º pela Lei n. 1.501/2000, e se as disposições dessas leis se coadunam com as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como com a Constituição Federal.

Tem razão o apelante quando afirma que a alteração patrocinada pela Lei n. 1.501/2000, que deu nova redação ao art. 1º da Lei n. 1.454/2000, não afetou a higidez do estatuído no seu art. 2º, o qual prevê a retroação dos efeitos dessa norma a 12 de abril de 1995, data da revogação do art. 118 da Lei Municipal n. 730/1992. E isso porque a Lei n. 1.501/2000 não revogou inteiramente a

Lei n. 1.454/2000, tendo apenas alterado o art. 1º. Assim, continuam em pleno vigor, por falta de disposição expressa em contrário, os demais dispositivos desta última.

Conforme entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça "é princípio de hermenêutica que, quando uma lei faz remissão a dispositivos de outra lei da mesma hierarquia, estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante do seu conceito (STJ, RT 720/289. Código Civil e legislação em vigor. Organização, seleção e notas por Theotonio Negrão com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 28).

Assim sendo, com a publicação da Lei n. 1.501, em 13 de dezembro de 2000, a Lei n. 1.454, de 30 de junho de 2000 passou a ter a seguinte redação:

"Art. 1º — Fica revogada a Lei n. 949, de 12 de abril de 1995 e restabelecida a vigência do art. 118 da Lei n. 730, de 14 de agosto de 1992 (redação dada pela Lei n. 1.501, de 13 de dezembro de 2000).

"Art. 2º — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos a partir de 12 de abril de 1995.

"Art. 3º — Revogam-se as disposições em contrário".

Não obstante, o recurso deve ser desprovido, pois a Lei n. 1.501/2000 não se conforma com a Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000 — Lei de Responsabilidade Fiscal —, pois aquela entrou em vigor em 13 de dezembro de 2000, em desacordo, por

consequente, com o parágrafo único do art. 21 da norma federal que dispõe:

"Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

"I — as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição;

"II — o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.

"Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20".

Sobre o tema esclarecem Flávio C. de Toledo Jr. e Sérgio Ciquera Rossi:

"Assim, nos cento e oitenta dias que precedem o final da gestão do Prefeito e do Presidente da Câmara, é proibido aumentar despesa de pessoal no âmbito de cada um dos Poderes representados por esses mandatários. Nesse diapasão, entre 5 de julho e 31 de dezembro do último ano do mandato, não se pode elevar o gasto de pessoal, proibição que alcança, por simetria, as entidades descentralizadas cujos titulares são nomeados pelo chefe do Poder Executivo" (Lei de Responsabilidade Fiscal: comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora NDJ, 2001, pág. 128).

Constatada a flagrante nulidade prevista na lei em comento, posto que o indigitado ato implicou aumento de despesas e entrou em vigor 28 dias antes do encerramento do mandato

do então Prefeito Municipal de Biguaçu, rechaça-se, por inaplicável, o texto original do art. 1º da Lei n. 1.454/2000 — "fica revogada a Lei n. 949/95, de 12 de abril de 1995" — que tinha como objetivo o restabelecimento do art. 118 da Lei n. 730/92.

É que, de acordo com o art. 2º, § 3º, do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 — Lei de Introdução ao Código Civil — no direito brasileiro inexistia o instituto da repristinação, salvo disposição expressa em contrário. Com efeito:

"Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

(...)

"§ 3º. Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência".

Assim sendo, não estando expresso no art. 1º da Lei n. 1.454/2000 que volta a vigorar o disposto no art. 118 da Lei n. 730/92, o dispositivo legal restou absolutamente inócuo. A repristinação expressa reclamada pela Lei de Introdução ao Código Civil só veio a ocorrer com a edição da Lei n. 1.501/2000, considerada nula, pois como dito, em desacordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Acerca do instituto da repristinação ensina Alexandre de Moraes:

"Repristinação é o nome que se dá ao fenômeno que ocorre quando uma norma revogadora de outra anterior, que, por sua vez, tivesse revogado uma mais antiga, recoloca esta última novamente em estado de produção de efeitos. Essa verdadeira restauração de eficácia é proibida em

nosso Direito, em nome da segurança jurídica, salvo se houver expressa previsão da nova lei, conforme preceitua o art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Assim, a legislação que tenha perdido sua eficácia anteriormente à edição da Constituição Federal, não irá readquiri-la, com sua promulgação" (Direito constitucional. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, pág. 489).

Além disso, o art. 73 da Lei n. 9.504/1997 proíbe aos agentes públicos, servidores ou não, condutas que afetem a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, incluindo dentre as proibições a readaptação de vantagens nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito.

Discorrendo sobre a vedação legal, Pedro Roberto Decomain assevera:

"De acordo com o inciso V deste artigo, é proibido nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional, e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito. A circunscrição nas eleições presidenciais é o país todo. Nas para Governador, Senador, Deputado Federal e Estadual ou Distrital, o Estado ou Distrito Federal. Nas municipais, o Município. Todos os atos mencionados são proibidos, na circunscrição abrangida pelo pleito, desde três meses antes da sua realização, até a da-

ta da posse dos eleitos. A posse do Presidente da República, dos Governadores e dos Prefeitos ocorrerá sempre no dia 1º de janeiro do ano imediatamente seguinte ao da eleição (Constituição Federal, arts. 28, 29, III, e 82).

"A sanção primeira pelo descumprimento dessa proibição será a nulidade do ato de pleno direito, o que significa antes de tudo o retorno do funcionário ou empregado à situação anterior à prática do referido ato" (Eleições: comentários à Lei n. 9.504/97. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, pág. 215).

Ulisses de Jesus Maia Kotsifas também ensina:

"A Lei eleitoral inseriu um tópico tratando exclusivamente das condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais. O objetivo é evitar que se use a máquina pública em benefício de campanha eleitoral, mormente em se tratando da reeleição para os atuais detentores de mandato no Poder Executivo, como o Presidente da República e os Governadores.

"Trata-se de uma experiência nova para o direito eleitoral brasileiro. A Lei Eleitoral, em sua vez primeira, disciplina o instituto da reeleição, aprovado através da Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997, que permite ao Presidente da República, aos Governadores de Estado e do Distrito Federal, aos Prefeitos e aos quem os haja substituído no curso dos mandatos, serem reeleitos para um único período subsequente.

"Para assegurar o tratamento igualitário entre os atuais ocupantes de mandato e os demais candidatos

que disputarão a eleição, este artigo arrola uma série de atos e condutas proibidas, tanto no ano eleitoral, durante a campanha, como também nos três meses anteriores ao pleito.

(...)

"Após a escolha dos candidatos em convenção até a data da posse dos eleitos, a remuneração dos servidores públicos não poderá ser majorada em percentuais superiores ao suficiente para recompor a perda salarial de seu poder aquisitivo. Evita-se, com isso, que o governante determine aumento salarial em troca de voto" (Eleições 98: comentários à nova lei eleitoral. Curitiba: Juruá, 1998, págs. 102/104).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, e com o acréscimo dos argumentos acima deduzidos mantenho a r. decisão denegatória da segurança.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, negaram provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Narcísio Geraldino Rodrigues.

Florianópolis, 20 de maio de 2002.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;

Luiz César Medeiros,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2001.019631-0, DE RIO DO SUL

Relator: Des. Vanderlei Romer

Policial militar. Licenciamento. Processo administrativo. Ausência de intimação da procuradora da parte para acompanhar a instrução. Flagrante violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Segurança concedida. Medida de rigor.

"A partir do momento em que a exclusão se faz considerados certos fatos, a macularem a conduta do policial militar, indispensável é a observância do devido processo legal, estabelecendo-se o contraditório e viabilizando-se o exercício do lúdimo direito de defesa. Na dicção sempre oportuna de José Cretella Júnior, 'a regra da ampla defesa abrange a do contraditório, completando-se os princípios que as informam e que se resumem no postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do Estado' (Comentários à Constituição de 1988, pág. 534). Sentença e acórdão prolatados em homenagem à garantia constitucional do inciso LV do artigo 5º da Carta de 1988 no que culminaram na declaração de insubsistência do ato de licenciamento e reintegração do servidor público militar com o ressarcimento de prejuízos havidos" (STF, RE n. 191.480/SC, rel. Min. Marco Aurélio - DJU 26/4/1996).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2001.019631-0, da comarca de Rio do Sul, em que é impetrante Osiel Costa Espíndola, sendo impetrado o Comandante do 13º Batalhão da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, desprover a remessa.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Reexame necessário de sentença que concedeu em definitivo a

segurança postulada por Osiel Costa Espíndola para determinar sua reintegração nos quadros da Polícia Militar.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça encampou *in totum* a fundamentação esposada pelo Julgador singular.

É o breve relatório.

II — Voto

A decisão singular proclama tese jurídica que encontra amplo respaldo nos anais jurisprudenciais:

"A partir do momento em que a exclusão se faz considerados certos fatos, a macularem a conduta do policial militar, indispensável é a observância do devido processo legal,

estabelecendo-se o contraditório e viabilizando-se o exercício do lídimo direito de defesa. Na dicção sempre oportuna de José Cretella Júnior, 'a regra da ampla defesa abrange a do contraditório, completando-se os princípios que as informam e que se resumem no postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do Estado' (Comentários à Constituição de 1988, pág. 534). Sentença e acórdão prolatados em homenagem à garantia constitucional do inciso LV do artigo 5º da Carta de 1988 no que culminaram na declaração de insubsistência do ato de licenciamento e reintegração do servidor público militar com o ressarcimento de prejuízos havidos" (STF, RE n. 191.480/SC, rel. Min. Marco Aurélio - DJU 26/4/1996).

Extraí-se dos autos que o impetrante foi licenciado do serviço ativo após processo administrativo maculado de irregularidades. Irregularidades estas que repugnam o bom direito e culminaram por comprometer sua validade.

De efeito, ao que consta, não foi efetuada a intimação da nobre procuradora do indiciado para acompanhar a instrução do feito, sendo certo que sequer foi cientificada do dia em que a tanto se procederia. Nem ao menos lhe foi oportunizada a oitiva das testemunhas arroladas. Nesse contexto, é gritante a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados constitucionalmente aos litigantes e aos acusados em geral, quer sejam eles civis ou militares.

A respeito, valiosa é a lição de Dêneron Dias Rosa, estampada em artigo intitulado de "O princípio consti-

tucional da ampla defesa e o Processo Administrativo Disciplinar Militar":

"A CF/88 atribuiu à lei a competência para normatizar a organização militar, devendo esta dispor, inclusive, quanto à sindicância e processo administrativo disciplinar. Todavia, a questão de punições militares não pode ser disciplinada tão-somente com vistas a manter-se sempre a hierarquia e a disciplina, mesmo porque, se estes princípios militares são normas constitucionais, há duas normas que em verdade são princípios constitucionais que em qualquer situação devem ser respeitados e atendidos: a 'presunção de inocência' e o 'direito ao contraditório e à ampla defesa'.

"Ou seja, qualquer norma que, mesmo buscando manter-se a hierarquia e a disciplina, permitisse a aplicação, em procedimento administrativo militar disciplinar, de qualquer tipo de punição sem que tenha sido evidentemente apurado o fato e assegurado ao acusado seu direito à defesa, apresentar-se-ia como desrespeito a dois dos princípios constitucionais basilares de qualquer Estado Democrático, o da 'presunção da inocência' e o do 'direito ao contraditório e à ampla defesa'.

"Por conseguinte, mesmo havendo a necessidade de procedimentos sumários para manter-se o controle hierárquico da tropa, estes institutos (presunção de inocência e o direito ao contraditório e à ampla defesa) devem ser sempre respeitados, caso contrário não se estaria em um estado de direito" (fonte: Internet).

Bem se vê, que mesmo para o policial militar não estável — caso dos autos — urge que se observe as nor-

mas consentâneas ao processo, sob pena de inquirir de inafastável ilegalidade o licenciamento. Em verdade, tal ato, ainda que na fase probatória, não pode ser imotivado, tampouco arbitrário. Deve fundar-se em razões que evidenciem a inaptidão do servidor, o que só poderá ser apurado pelos meios administrativos adequados, especialmente na hipótese sob apreço, em que a dispensa veio calcada na incompatibilidade com a profissão policial militar.

Por essa forma, não tendo o procedimento se revestido de todos os requisitos essenciais, a concessão da segurança era de rigor.

Inúmeras são as decisões nesse sentido:

"Apelação e reexame necessário — Servidor público militar — Licenciamento a bem da disciplina de policial — Militar não estável — Sindicância sumária, que não pode dispensar um mínimo de formalidade legal no tocante à defesa. Exigência do contraditório e ampla defesa, a partir da Constituição de 1988, especialmente quando se trata de licenciamento de ofício a bem da disciplina. Art. 125 da Lei n. 7.138/78 e Decreto n. 29.996/80. Violação ao princípio *do non bis in idem*. Apelo improvido em sua essência, prejudicado o reexame necessário" (TJRS, AC n. 597222777/RS, 4ª C.Cív., rel. Des. Vasco Della Giustina, j. 11/2/1998).

"Reexame necessário — Ação declaratória de nulidade de ato jurídico c/c reintegração à função e ressarcimento dos danos — Reforma

tão-somente para fixar honorários de acordo com o § 4º, art. 20, do CPC — Se o licenciamento do policial militar revela caráter punitivo, deve ser-lhe assegurado o direito à ampla defesa, para atender ao preceito constitucional do contraditório (...)" (TJMT, RN n. 1.416, Classe II, 27, Cuiabá, 1ª C.Cív., rel. Des. Orlando de Almeida Perri, j. 4/5/1998).

"É indispensável a observância do devido processo legal, razão pela qual é nulo o ato administrativo punitivo de policial militar, se neste incorreu o exercício do direito de ampla defesa e contraditório constitucionalmente assegurados" (Ap. Cív. n. 1998.013638-3, rel. Des. Anselmo Cerello).

Tollitur quaestio.

Resta, pois, desprovido o reexame.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, desprover a remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 27 de junho de 2002.

João Martins,
Presidente, com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 1997.013376-6, DE CRICIÚMA

Relator: Des. João Martins

Reexame necessário — Fraude à execução fiscal — Ausência — Bem móvel do devedor alienado anteriormente à constituição do crédito tributário — Embargos de terceiro julgados procedentes — Tempestividade dos embargos — Art. 1.048 do CPC — Remessa conhecida e não provida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1997.013376-6, da comarca da Criciúma (Vara da Fazenda, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelados Américo Ricardo Cardoso de Faria e Cerealista Santo Izidoro Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de embargos de terceiro opostos por Américo Ricardo Cardoso de Faria e Cerealista Santo Izidoro Ltda., qualificados nos autos, contra o Estado de Santa Catarina, igualmente qualificado, em face de execução fiscal proposta pelo Estado

de Santa Catarina contra Frasseto e Cia. Ltda., alegando que a penhora realizada nos autos da execução acima referida é imprópria, porquanto recaiu sobre bens de sua propriedade.

Aduzem que a executada, Frasseto e Cia. Ltda., alienou, na data de 4/1/1985, os bens objeto de penhora a Paulo Michels, que por sua vez os alienou ao embargante, Américo Cardoso de Faria, em 22/1/1988.

Sustenta o primeiro embargante, Américo Ricardo Cardoso, que concomitantemente à aquisição dos bens assumiu o controle societário da empresa Cerealista Santo Izidoro Ltda., segunda embargante, e, em consequência, referidos bens foram cedidos, por comodato, a essa empresa.

Alegam, por fim, que quando foi realizada a penhora os bens não mais pertenciam à devedora Frasseto e Cia. Ltda., e sim aos embargantes

Américo Ricardo Cardoso e Cerealista Santo Izidoro Ltda.

A liminar de manutenção de posse foi deferida, determinando-se a citação do embargado (fl. 15).

O Estado de Santa Catarina apresentou impugnação, argumentando acerca da existência de fraude à execução quando a empresa Frasseto e Cia. alienou seus bens, incluídos os penhorados, a Paulo Michels que, posteriormente, alienou os mesmos bens ao embargante Américo Ricardo Cardoso (fls. 35/44).

O Ministério Público ofereceu parecer, manifestando-se pela improcedência dos embargos de terceiro opostos (fls. 111/114).

Em decisão de fls. 119/126, o Magistrado *a quo* julgou procedentes os embargos de terceiro, visto não se tratar de fraude à execução, mas sim de eventual fraude contra credores, posto que a alienação dos bens penhorados foi anterior à constituição do crédito tributário.

Não houve recurso voluntário, razão pela qual os autos ascenderam a esta Instância em remessa necessária, tendo-se manifestado a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros, pela desnecessidade de intervenção ministerial em execuções fiscais (fls. 133/134).

II — Voto

Trata-se de remessa necessária em ação de embargos de terceiro opostos por Américo Ricardo Cardoso de Faria e Cerealista Santo Izidoro Ltda. contra o Estado de Santa Catarina em face de execução fiscal propos-

ta pelo Estado de Santa Catarina contra Frasseto e Cia. Ltda., alegando que a penhora realizada nos autos da execução acima referida é imprópria, porquanto recaiu sobre bens de sua propriedade, terceiro estranho à lide.

Alega o primeiro embargante, Américo Ricardo Cardoso de Faria, que possui a propriedade e posse indireta dos bens penhorados, tendo em vista que cedeu em comodato referidos bens à segunda embargante, Cerealista Santo Izidoro Ltda., a qual passou a ter a posse direta.

Nesse sentido, cumpre salientar, inicialmente, que tanto o possuidor direto quanto aquele que possui a posse indireta sobre o bem são legitimados para pleitear em embargos de terceiro. Retira-se das lições de Ernane Fidélis dos Santos:

"O art. 1.046, no seu § 1º, traz a regra geral de legitimação e interesse para ação, afirmando que 'os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor'. Observa-se, portanto, que o objetivo dos embargos de terceiro, regra geral, é sempre a proteção possessória. A posse molestada pode estar sendo exercida pelo titular do direito, propriedade plena, ou não, como pode estar sendo exercida a outro título e mesmo a nenhum título. No primeiro caso, o possuidor poderá alegar o seu direito — e isto naturalmente terá conseqüências — mas poderá, unicamente, alegar sua posse. No segundo caso, a proteção possessória é a mais ampla possível, para o efeito de manutenção ou reintegração. O possuidor poderá, ou não — também com conseqüências — alegar o título, pelo qual possua, mas a simples posse é protegida. Até mesmo a posse injusta,

conforme já dissemos. A lei também não distinguiu a posse direta da indireta. Ambas são protegidas" (Dos Procedimentos Especiais do Código de Processo Civil. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, vol. 6, pág. 376).

Acerca da tempestividade dos embargos, urge ressaltar que, por tratar-se de penhora realizada nos autos de execução, deve incidir a hipótese do artigo 1.048 do CPC, ou seja, em processo de execução, a oportunidade dos embargos vai até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, fato este ainda não ocorrido no caso *sub judice*.

Colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"Processo civil — Embargos de terceiro — Prazo — Termo inicial — Ciência pelo terceiro embargante da constrição — Art. 1.048, CPC — Precedentes — Recurso desacolhido.

"I — Na linha da jurisprudência desta Corte, o possuidor com justo título tem direito de ajuizar embargos de terceiro para defesa de sua posse, tendo início o prazo com o efetivo ato de turbação.

"II — Tendo o terceiro possuidor tomado conhecimento da constrição quando do mandado de imissão na posse, desse dia conta o quinquídio previsto no art. 1048, CPC" (REsp n. 345997/RO, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 15/4/2002).

No tocante ao mérito, necessária é a análise da ocorrência ou não de fraude à execução quando da alienação dos bens penhorados. Os bens objeto de penhora foram: um secador de cereais, marca Pampeiro, capacidade 90 sacas/hora, e uma estufa de dois tambores, marca Pagé, conforme auto

de penhora de fl. 6, juntado aos autos de Execução Fiscal n. 3.327.87.4.

Esses bens foram adquiridos pelos embargantes na data de 22/1/1988, por meio de compra e venda entabulada com Paulo Michels (fls. 8/10), que por sua vez adquiriu referidos bens juntamente com um imóvel, inscrito no Registro de Imóveis sob n. 28.265, de Frasseto e Cia., em data de 4/1/1985, conforme contrato de compromisso de compra e venda juntado às fls. 5/7 destes autos de embargos de terceiro e inscrito no Registro de Imóveis em 31/5/1985 (fl. 30 dos autos n. 3327.87.4).

O embargado, Estado de Santa Catarina, sustenta que houve fraude à execução quando a empresa Frasseto e Cia. alienou seus bens, incluídos os penhorados, a Paulo Michels que, posteriormente, alienou os mesmos bens ao embargante Américo Ricardo Cardoso.

Entretanto, a alienação dos bens entre a empresa Frasseto e Paulo Michels foi anterior à citação daquela nas ações de execução fiscal em que figura como devedora, bem como anterior à propositura de todas as ações executivas, razão pela qual não restou configurada a ocorrência de fraude à execução fiscal.

O Código Tributário, em seu artigo 185, considera:

"Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

"Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese

de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução".

Consoante jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, a fraude à execução somente estará caracterizada quando ocorrer a alienação de bens, de propriedade do devedor, após sua regular citação e não apenas com a propositura da ação de execução fiscal.

Nesse sentido:

"Processual civil. Execução fiscal. Alienação de bem anterior à ação. Fraude do devedor. Inocorrência. Precedentes.

"1. Não configura fraude à execução a venda de bens pelo devedor, antes do ajuizamento da execução para a qual foi regularmente citado. Entendimento consagrado da Corte.

"2. Recurso especial não conhecido" (REsp n. 241204/MG, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 12/11/2001).

Também:

"Agravo no recurso especial. Decisão denegatória. Execução fiscal. Alienação de bens antes da citação válida. Fraude não configurada. Precedentes. Súmula 83/STJ.

"I. Segundo a orientação firmada na 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça não se configura fraude à execução a alienação de bens ocorrida antes da citação válida do devedor. — Ressalva, do ponto de vista da relatora, que entende que caracteriza fraude à execução a alienação ou oneração de bem, quando ao seu tempo corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, a

teor do disposto no art. 593, inciso II, do Código de Processo Civil.

"II. Agravo improvido" (AgREsp n. 120561/SP, relatora Min. Nancy Andrichi, DJU 5/6/2000).

Ainda:

"Processual civil. Execução. Fraude. Citação. Ausência. Penhora de automóvel. Recurso especial inadmitido. Agravo regimental.

"I — A jurisprudência predominante nas Turmas da 1ª Seção do STJ é no sentido de que a fraude à execução somente se configura se a alienação do bem ocorrer após a citação do devedor, sendo insuficiente o mero ajuizamento do processo fiscal de cobrança" (AGA n. 197.354-SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 22/3/1999).

Por fim:

"Tributário e processual civil — Execução — Fraude — Citação — Ausência — Alienação de bens — Impossibilidade — CTN, art. 185 — Precedentes.

"Existindo lide pendente, é necessária a citação do devedor para a caracterização de fraude à execução, não bastando o ajuizamento da ação fiscal de cobrança.

"Entendimento pacífico das 1ª e 2ª Turmas.

"Recurso conhecido e provido" (REsp n. 132401/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 22/11/1999).

Nesse sentido, não prospera a alegação do embargado que afirma a ocorrência de fraude à execução quando se deu a alienação dos bens — um secador de cereais, marca Pampeiro, capacidade 90 sacas/hora, e uma estufa de dois tambores, mar-

ca Pagé — de Frasseto e Cia. a Paulo Michels.

Assim, está demonstrado que a venda desses bens móveis a Paulo Michels deu-se sem qualquer vício de fraude (em 4/1/1985) e, conseqüentemente, ausente de vício a posterior alienação aos embargantes. Quando ocorreu a penhora, os bens não mais pertenciam à executada Frasseto e Cia. e sim aos embargantes Américo Ricardo Cardoso e Cerealista Santo Izidoro Ltda.

Uma vez reconhecida a não ocorrência da fraude à execução fiscal, deve ser mantida a decisão que acolheu os embargos.

III — Decisão

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

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Volnei Carlin e Vanderlei Romer. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 20 de junho de 2002.

João Martins,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.003765-6, DE JOINVILLE

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Acidente de veículo de via terrestre — Responsabilidade civil objetiva — Legitimidade ativa — Automóvel objeto de arrendamento mercantil — Buraco na pista — Prova — Boletim de ocorrência — Re-exame necessário prejudicado — Lei n. 10.352/2001.

"Não é só o proprietário do veículo que tem legitimidade para propor a ação indenizatória. Aquele que o dirige e sofre o dano igualmente a tem, porque pode responsabilizar-se perante o proprietário" (RT 122/114).

"Em ação de indenização, proveniente de acidente de trânsito, o laudo policial quando conclusivo e não destruído por prova firme e robusta, tem prevalência ante o princípio de presunção de veracidade e de credibilidade" (Ap. Cív. n. 88.027674-9, Des. Solon d'Eça Neves).

O advento da Lei n. 10.352/2001 consignou que não se aplica o duplo grau de jurisdição sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, matéria, de resto, estranha à espécie em face da apelação interposta.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.003765-6, remetidos pelo Juízo de Direito da comarca da Joinville (Fazenda Pública), em que é apelante município de Joinville, sendo apelado Peter William Dal Negro:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao apelo, prejudicado o reexame necessário em decorrência do advento da Lei n. 10.352/2001.

Custas *nihil*.

Peter William Dal Negro deflagrou *actio* em face do município de Joinville objetivando, em síntese, reparação de danos em decorrência de acidente de veículo de via terrestre, uma vez que caiu em um buraco existente, salientando a culpa da Administração que negligentemente deixou de fiscalizar e reparar a depressão localizada no centro de um dos sentidos da via.

Valorou a causa e anexou documentos.

Citada, contestou a parte *ex adversa*.

Redargüida, manifestou-se o *Parquet*, e o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido.

Irresignado, apelou o vencido sustentado a culpa do autor pelo evento, uma vez que conduzia em velocidade incompatível com o local, bem como que o Município não poderia ser responsabilizado pois não havia solicitação para que efetuasse o reparo da via.

Respondidos, ascenderam os autos ao eg. Tribunal de Justiça.

O Ministério Público de segundo grau, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Dálcio Moser, pronunciou-se no sentido da conversão do julgamento em diligência e, alternativamente, desprovemento do apelo e provimento do reexame necessário a fim de extinguir o feito sem julgamento do mérito.

É o relatório.

Não obstante as considerações do douto Procurador de Justiça, o Boletim de Ocorrência de fl. 16 comprova que o proprietário do veículo é Ford Leasing Arrendamento Mercantil, enquanto que a posse é exercida pelo autor.

Cumprе assinalar que "não é só o proprietário do veículo que tem legitimidade para propor a ação indenizatória. Aquele que o dirige e sofre o dano igualmente a tem, porque pode responsabilizar-se perante o proprietário" (RT 122/114).

Aguiar Dias observa que a ação de reparação de danos "cabe a toda pessoa que tenha sido vítima de um dano" (Da Responsabilidade Civil, Editora Forense, 1960, vol. II, pág. 838).

No mesmo sentido é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior:

"Não é preciso provar o domínio da coisa lesada para demandar por perdas e danos. O mero possuidor, se tem de suportar o prejuízo do ato ilícito, tem legitimidade para a ação de responsabilidade civil" (Responsabilidade Civil, 1986, pág. 273).

Legitimado ativo para propor ação de reparação de danos decorrentes de acidente de trânsito, portanto, não é só o proprietário do veículo. Aquele que o conduzia no momento da colisão e suportou o prejuízo tem,

igualmente, legitimidade. O fundamento da indenizatória é o prejuízo e não o direito de propriedade.

Por outro lado, o réu não levantou a questão a tempo e modo. Segundo o art. 300 do Código de Processo Civil, o legitimado passivo *ad causam* deve na contestação deduzir integralmente a defesa, à vista do princípio da eventualidade. Moacyr Amaral Santos (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Saraiva, 2º vol., n. 400, pág. 207), a propósito, enfatiza: "A que não o for não mais poderá ser deduzida em outra fase do processo". Este é o caso. *Tollitur quaestio*.

No que diz respeito à prova, inexistente, na processualística civil pátria, dispositivo específico a indicar o tratamento que se é de dar aos indícios. Entretanto, os arts. 131 e 332 do Código de Processo Civil, o primeiro tratando do livre convencimento motivado, decorrente dos "fatos e circunstâncias constantes dos autos", e o segundo dos meios de prova propriamente ditos, levam a concluir que toda prova, moral e legalmente produzida, é hábil para levar à verdade dos fatos, esta a ser encontrada pelo julgador dentro dos limites de sua consciência, desde que devidamente motivado o seu entendimento. Em sendo assim, os indícios e mesmos as presunções devem ser considerados meios de prova aceitos em nosso ordenamento jurídico, desde que não produzidos em oposição à moral ou à lei.

A propósito, ensina Vicente Greco Filho: "O grau de certeza quanto ao fato não depende de ter sido ele demonstrado por prova direta ou se a ele se chegou mediante a prova de indícios e a aplicação de regras legais

ou da experiência técnica ou comum. Depende da credibilidade do meio, primeiramente, e, depois, da credibilidade da regra, de modo que é muito comum chegar-se a convicção mais segura por intermédio de prova decorrente de indícios do que pela prova direta, isso se a regra aplicada tiver alto grau de segurança. Assim, o juiz pode estar mais seguro quanto à ocorrência de um incêndio e suas causas em virtude da análise técnica de seus vestígios (indícios) do que em virtude da prova testemunhal direta ou da confissão. É falsa, portanto, a idéia de que a prova a partir de indícios seja perigosa ou duvidosa por sua natureza. Será duvidosa ou perigosa se a regra que se aplicar não for segura, não for consistente, ou então se for preconceituosa porque desapoiada da realidade das coisas, do que ordinariamente acontece e da psicologia humana" (A Culpa e sua Prova nos Acidentes de Trânsito, pág. 70, Saraiva).

Não é de se exigir, na ação em que se pretende a reparação cível do ilícito, bom lembrar, a prova que se imporia como imprescindível para a fundamentação de um decreto condenatório na esfera criminal na qual, como sabido, é de se buscar a certeza absoluta da culpabilidade. No dizer de Arnaldo Rizzardo, "no juízo cível bastam presunções, indícios concordantes, para que se impute a alguém a responsabilidade pelos danos causados" (A Reparação nos Acidentes de Trânsito, RT, 4ª edição, pág. 43).

Oportuno, por outro lado, é recordar: "Em ação de indenização, proveniente de acidente de trânsito, o laudo policial quando conclusivo e não destruído por prova firme e robusta, tem prevalência ante o princípio de

presunção de veracidade e de credibilidade" (Ap. Cív. n. 88.027674-9, Des. Solon d'Eça Neves).

Demonstrados aqueles requisitos — dano e nexos de causalidade —, a culpa do Município que deveria manter a via conservada ou, ao menos, manter sinalização adequada que demonstre o defeito na pista, também faz surgir o dever de indenizar.

A respeito, leciona Yussef Said Cahali:

"A conservação e fiscalização das ruas, estradas, rodovias e logradouros públicos inserem-se no âmbito dos deveres jurídicos da Administração razoavelmente exigíveis, cumprindo-lhe proporcionar as necessárias condições de segurança e incolumidade às pessoas e aos veículos que transitam pelas mesmas; a omissão no cumprimento desse dever jurídico, quando razoavelmente exigível, e identificada como causa do evento danoso sofrido pelo particular, induz, em princípio, a responsabilidade indenizatória do Estado.

"Entre as funções ativas do Estado, que se dividem em espontâneas e provocadas, as primeiras são exercidas pela Administração, sempre, continuamente, independentemente de solicitação de quem quer que seja, sob pena de faltar a seus deveres. E, por outro lado, é certo que o homem, em sociedade, necessita de segurança. A segurança das pessoas e das coisas é elemento básico das condições universais, fator indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana.

"Essas noções fundamentais comportam ser estendidas às funções ativas do Estado em sede de conservação e fiscalização das vias públicas

de circulação, cumprindo o dever jurídico de proceder de forma a assegurar a segurança e incolumidade pessoal e material de seus usuários.

"Daí a reiterada jurisprudência no sentido de reconhecer a responsabilidade civil da entidade estatal pelos acidentes de trânsito que tenham como causa via pública sem conservação ou mal conservada, ou não fiscalizada na sua manutenção" (Responsabilidade Civil do Estado, 2ª ed., Malheiros, pág. 300).

Não discrepa a jurisprudência: "Estabelecido o nexos causal entre o acidente e a falta de conservação da via pública, caracteriza-se a responsabilidade do Poder Público Municipal, devendo, por isso, reparar o dano sofrido pelo acidentado" (Ap. Cív. n. 45.548, Des. Napoleão Amarante).

E ainda em precedente deste Relator: "Tratando-se de responsabilidade civil objetiva em conformidade com a teoria do risco administrativo, abraçada pela legislação pátria (art. 37, § 6º, da CF/88), é dispensada a prova da culpa da Administração, bastando à vítima demonstrar o evento danoso e injusto provocado por ação ou omissão do Poder Público. O Estado só se exonera do dever de reparar o prejuízo se provar caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima" (Ap. Cív. n. 44.467).

Para se eximir da obrigação de indenizar, incumbia ao Município comprovar que o autor concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Contudo, não é de se exigir do cidadão que tenha que dirigir seu veículo desviando de buracos nas ruas. A obrigação primeira não é dele, desviar dos buracos, mas sim da Admi-

nistração, manter as vias públicas transitáveis.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo, prejudicado o reexame necessário em face do advento da Lei n. 10.352/2001.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto e Luiz Cé-

zar Medeiros, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Dálcio Moser.

Florianópolis, 3 de junho de 2002.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.003026-3, DE SÃO FRANCISCO DO SUL

Relator: Des. Anselmo Cerello

Apelação civil — Direito das obrigações e das coisas — Ação de reintegração de posse fundada em mora na devolução de imóvel com base em contrato de comodato — Ausência de posse do autor — Imóvel doado anteriormente — Impossibilidade de posterior empréstimo pelo doador — Comodato inexistente — Sentença que julgou improcedente o pedido exordial com base na ineficácia do aludido contrato — Apelo visando a sua anulação ou reforma in totum fundado em cerceamento de defesa, violação ao princípio da legalidade, ampla defesa e contraditório, não apreciação de provas fundamentais ao deslinde da quaestio, prescrição, ausência de fundamento da sentença e prequestionamento de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais — Inocorrência — Preliminares afastadas — Doação perfeita, acabada, existente, válida e eficaz — Reintegração improcedente — Apelo desprovido.

Em sede de ação de reintegração de posse, incumbe ao autor provar a sua posse, o esbulho praticado pelo réu, e a data do esbulho, a teor do art. 927 do CPC, não obstante à reintegração, portanto, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa por parte da ré, conforme dispõe o art. 505 do CC.

No entanto, de acordo com a Súmula 427 do STF, será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada, sendo que não pode mover ação de reintegração de posse aquele que não a detém, fundada em contrato de comodato inexistente, sobre imóvel que foi por si doado ao réu anteriormente e cujo domínio não mais lhe pertence.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.003026-3, da comarca de São Francisco do Sul (1ª Vara Cível) em que é apelante Ruma — Administração e Comércio de Imóveis Ltda., sendo apelada Capri Iate Clube:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, declarar inexistente o contrato de comodato e desprover o recurso de apelação.

Custas legais.

Ruma — Administração e Comércio de Imóveis Ltda., devidamente qualificada nos autos, perante a 1ª Vara da comarca de São Francisco do Sul, ajuizou ação de reintegração de posse contra Capri Iate Clube.

A autora alegou que é proprietária de um imóvel que foi cedido à ré a título de comodato até que fosse requisitado o referido imóvel. No entanto, mesmo após notificação para que desocupasse o imóvel, a ré Capri não se mudou, cometendo esbulho, razão pela qual pugnou pela reintegração liminar na posse de sua propriedade.

Em despacho de fls. 49/51, o MM. Juiz indeferiu o requerimento de liminar.

Citada, a ré contestou a ação (fls. 57/66), aduzindo que exerce a legítima posse, contínua e ininterrupta, do imóvel há mais de 20 anos, sendo que o referido objeto da ação está localizado em terras de marinha, devidamente regularizado perante o SPU; que a autora agiu com dolo, simulando um comodato impossível; requerendo, ao final, a improcedência do pedido. Na mesma oportunidade, im-

pugnou o valor da ação, requerendo que seja fixado em R\$ 948.465,90.

A autora apresentou manifestação sobre a contestação às fls. 141/163.

Formulados os quesitos pelas partes para a realização de perícia, esta foi indeferida pelo MM. Juiz, à fl. 133, determinando-se que os autos retornassem conclusos para sentença, pois não se depositou em cartório os honorários do perito pela ré.

Sentenciando, às fls. 439/461, o MM. Juiz julgou procedente o pedido exordial, determinando que fosse expedido o competente mandado de reintegração de posse contra a ré, condenando-a ainda ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da causa.

Irresignada, a ré apelou (fls. 470/493), asseverando, preliminarmente, cerceamento de defesa, já que ambas as partes especificaram a produção de prova documental, testemunhal, pericial e depoimentos pessoais; que o pagamento da perícia deveria ter sido suportado por ambas as partes; que a controvérsia envolve matéria de fato e o juiz determinou a produção de provas, sendo portanto inadmissível o julgamento antecipado da lide; que a prova produzida pela apelada é falsificada; que a sentença é nula em razão de cerceamento de defesa; e, no mérito, que é nulo o contrato de comodato, pois há vício na forma como foi elaborado.

A apelada apresentou contra-razões (fls. 582/612). Aduziu que o preparo deu-se após o decurso do prazo, requerendo que seja julgada deserta a apelação.

Em despacho de fls. 612/624, o MM. Juiz decretou a deserção do recurso interposto por Capri late Clube, a teor do art. 518 do CPC. A apelante agravou da decisão e impetrou mandado de segurança a fim de obter efeito suspensivo, cujas informações do MM. Juiz estão às fls. 630/642, o qual foi concedido.

Às fls. 646/648, o MM. Juiz decidiu acerca da impugnação ao valor da causa, julgando-a procedente em parte para fixá-la em R\$ 474.232,95.

Às fls. 650/651, cópia do acórdão exarado nos autos do mandado de segurança impetrado pela apelante, o qual foi julgado prejudicado em razão de ter sido relevada a deserção e recebido o apelo.

O Tribunal de Justiça, às fls. 670/677, julgou procedente o recurso para anular o processo a partir do saneador, inclusive.

Designado novamente o mesmo perito e apresentados os quesitos, foi realizada a perícia.

A ré apresentou manifestação sobre a perícia judicial às fls. 876/879, sendo que, às fls. 893/894, requereu que a intimação do Sr. Rudi Beckhauser para audiência possa realizar-se fora dos horários de expediente, a teor do § 2º do art. 172 do CPC.

Realizada audiência, restou inexistosa a conciliação.

A autora, às fls. 903/911, requereu fosse determinado que a ré, em 48 horas, apresentasse todos os livros de ata da sociedade para a devida conferência e para que fossem conferidos os documentos juntados à perícia técnica, pois, em princípio, foram manipulados.

Às fls. 1.038/1.064, a autora apresentou memoriais e, às fls. 1.066/1.070, também a ré.

Sentenciando, às fls. 1.071/1.076, o MM. Juiz julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento de custas processuais e aos honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da causa.

A requerente opôs embargos declaratórios às fls. 1.079/1.086. Aduziu que a sentença é obscura com relação aos fundamentos legais que alicerçara a decisão da declaração da ineficácia do contrato de comodato; que há contradição entre as proposições contidas na motivação, especialmente no tocante à transferência do patrimônio da ré; que houve omissão na declaração de prescrição quanto aos vícios redibitórios, quanto à anulabilidade do contrato e do pedido de aplicação do art. 158 do CPC.

Em despacho de fls. 1.087/1.090, o MM. Juiz julgou parcialmente procedentes os embargos para fazer consignar expressamente na sentença que rejeitou a alegação de prescrição e os documentos juntados após o encerramento da instrução processual.

Irresignada, a autora apelou (fls. 1.094/1.142), asseverando, preliminarmente, cerceamento de defesa, violação ao princípio da legalidade; prescrição; inexistência da prestação jurisdicional; e, no mérito, que o imóvel foi gratuitamente emprestado à apelada por meio do competente instrumento particular de comodato, sem a existência de vícios redibitórios; que inexistente qualquer prova que pudesse identificar dolo ou simulação no contrato; que a propriedade do imóvel encontra-se, por inúmeras vezes, prova-

da nos autos; que há mais de 23 anos toda e qualquer nulidade padece da prescrição; requerendo, ao final, total procedência do pedido.

A apelada apresentou contra-razões às fls. 1.148/1.157.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça não apresentou manifestação quanto ao mérito do pedido, por entender não haver necessidade de atuação ministerial (fl. 1.162).

É o necessário relatório.

Cinge-se o apelo de Ruma — Administração e Comércio de Imóveis nos seguintes pontos:

1. cerceamento de defesa com violação do princípio da ampla defesa e contraditório, pela não apreciação de petição protocolada aos 9/3/00, eis que a sentença somente foi prolatada aos 14/3/00, cujo conteúdo comprovaria a existência de fraude e manipulação no resultado da perícia, entre outros, pugnando, também, pela desconsideração da perícia, oitiva do perito, determinação de apresentação de todos os livros de ata da sociedade para comprovação e apuração dos fatos e produção de outras provas, "máxime quando foi contestado (*sic*) a validade de vários documentos e apontadas possibilidades de adulterações" (pág. 1.104);

2. violação ao princípio da legalidade que "é a mais importante vigia mestra de todo um ordenamento jurídico e do próprio Estado democrático", pelo fato de o douto Togado ter declarado que o contrato de comodato era ato ineficaz, "enquadramento este inexistente no mundo jurídico, ou seja, sem qualquer respaldo da lei" (fl. 1.109);

3. prescrição — alega que prescreveu em 5 anos a possibilidade de alegação da prescrição em relação à anulação do contrato. Para tanto assevera que em nenhum momento foi aventada a falsidade do contrato ou produzida prova pericial no sentido de desconstituí-lo, ao contrário, o MM. Juiz *a quo* negou-lhe eficácia, reconhecendo sua existência; entende o apelante que o Juiz "declarou-o anulável ante a existência de dolo", sendo que já se convalidou a prescrição, pois este é "idealizado, confeccionado, assinado e encontra-se datado de 17 de março de 1977" (fl. 10), ou seja, tem mais de 23 anos e não menos de 5;

4. não reconheceu o douto Togado a prescrição ordinária prevista no art. 177 do Código Civil;

5. o Togado deixou de manifestar-se em relação aos arts. 5º, 83 e 158 do Código Civil (absolutamente incapazes de realizar atos para a vida civil; incapacidade de uma das partes não pode ser invocada pela outra em proveito próprio; anulação do ato com devolução ao *status quo ante*, respectivamente);

6. não esclareceu o fundamento legal utilizado a amparar a decretação de ineficácia do contrato, sendo nula a r. sentença por falta de fundamentação, por violação aos arts. 458 e 459 do CPC e incisos XXXV e LV do art. 5º e inciso IX do art. 93 da CF (requisitos essenciais da sentença, pedido certo, apreciação pelo Judiciário, ampla defesa e contraditório e fundamentação das decisões sob pena de nulidade, respectivamente);

7. afirma que o réu não desconstituiu a prova carreada aos autos, ônus que lhe incumbia;

8. assevera que há anuência da assembléia-geral realizada em data de 26/2/77, ata de fls. 61/65 do livro de atas do Capri late Clube e que ademais tal não era necessário;

9. prequestionou expressamente os incisos II e LV do art. 5º e inciso IX do art. 93 da CF/88; inc. V do art. 177; e § 9º do art. 178; arts. 5º, 83, 158 do CC; inciso II do art. 333; inc. II dos arts. 458 e 459 do CPC;

10. pugnou pela anulação/reforma *in totum* do r. *decisum* atacado, com inversão do ônus sucumbencial.

Compulsando os autos, tenho que o recurso de Ruma — Administração e Comércio de Imóveis Ltda. deva ser desprovido pelas seguintes razões:

No tocante ao ponto 1, em que Ruma afirma haver cerceamento de defesa com violação do princípio da ampla defesa e contraditório, pela não apreciação de petição protocolada aos 9/3/00, eis que a sentença somente foi prolatada aos 14/3/00, cujo conteúdo comprovaria a existência de fraude e manipulação no resultado da perícia, entre outros, pugnando, também, pela descon sideração da perícia, oitiva do perito, determinação de apresentação de todos os livros de ata da sociedade para comprovação e apuração dos fatos e produção de outras provas, "máxime quando foi contestado (*sic*) a validade de vários documentos e apontadas possibilidades de adulterações" (pág. 1.104), tal deve ser descon siderado, pois a própria autora Ruma assevera à fl. 1.036 "que não postulou pela realização da prova pericial", tampouco suscitou incidente de falsidade documental, a teor do art. 390 do CPC que prevê que "o incidente de falsidade tem lugar em qualquer

tempo e grau de jurisdição, incumbindo à parte, contra quem foi produzido o documento, suscitá-lo no prazo de 10 (dez) dias, contados da intimação da sua juntada aos autos". Inclusive, a teor do art. 393 do CPC, depois de encerrada a instrução, o incidente de falsidade correrá em apenso aos autos principais, o que não foi observado. No entanto, viu-se a ora apelante a fazer meras alegações sem nada comprovar além das alegadas suspeitas.

Nesse norte lançou o íncrito Magistrado sentenciante, em despacho prolatado aos embargos de declaração (fl. 1.088) que afirma tê-los rejeitado, socorrendo-se da perícia realizada nos autos, a qual não fez nenhuma referência a sua existência. "De qualquer forma, não deixa de ser curioso que tais documentos tenham sido juntados aos autos apenas depois de finda a instrução processual e não tenham sido apresentados ao perito, apesar de ser o Sr. Rudi Beckauser o comodoro do Clube na ocasião da referida ata. E o *expert*, repito, não fez nenhuma referência à existência da mencionada ata. Com efeito, analisando a questão, assim se expressou o perito judicial:

"Foram examinadas cuidadosamente todas as atas das Assembléias-Gerais Ordinárias e Extraordinárias desde a fundação do CIC em 13 de dezembro de 1965 até a de n. 28 em 18 de janeiro de 1986, não sendo encontrada aprovação, discussão ou sequer (*sic*) menção ao referido contrato de comodato" (fl. 704).

"Nem mesmo a autora fez menção a tal ata ao longo de toda a prolongada instrução do processo. A 'remessa anônima' (*sic*, fl. 914) de tais

documentos após a conclusão da instrução do feito (fls. 922 a 1.020) sem qualquer autenticação e, ainda, sem que a ata de fl. 1.017 — que autorizava o contrato de comodato da área do Clube — contivesse as assinaturas dos presentes (mais de 96% dos sócios — fl. 1.012), evidentemente, não poderia ser levada em consideração". E, ainda *ad argumentandum tantum*, tais documentos não poderiam ser aceitos pois, além de não terem sido produzidos durante toda a fase de instrução processual, não são considerados "documentos novos", a teor dos arts. 396 e seguintes do CPC, não podendo ser juntados a destempo, eis que, se verdadeiros, deveriam ter sido anexados anteriormente. Talvez daí a justificativa para o fato de "terem sido enviados anonimamente", numa evidente tentativa de juntá-los a destempo e serem considerados por aquele Juízo. Ademais, como restou comprovado, sua existência não foi detectada na perícia técnica.

Em relação ao ponto 2 das razões de apelo, igualmente razão alguma lhe assiste ao apontar para a violação o princípio da legalidade, em razão de o douto Togado ter declarado que o contrato de comodato era ato ineficaz, "enquadramento este inexistente no mundo jurídico, ou seja, sem qualquer respaldo da lei" (fl. 1.109). Aliás, em que pese a douda sentença bem-lançada, esta merece ser mantida, porém sob outros fundamentos. Explico.

Maria Helena Diniz assevera que "a forma nos negócios jurídicos pode ser determinada pela lei ou pelos próprios interessados de maneira autônoma. No primeiro caso, estamos no campo dos negócios solenes, ou

seja, aqueles que exigem o cumprimento de determinadas solenidades para sua configuração jurídica. Por exemplo, o casamento só será considerado válido se for revestido de todos os ritos requeridos pela lei; a compra e venda de um bem imóvel só existe perante o direito caso haja a transcrição do título de propriedade para o nome do novo proprietário no cartório onde o bem se encontra registrado. Já na segunda hipótese acima levantada, podemos afirmar que estamos na seara dos negócios não solenes, aqueles cuja norma jurídica permite a presença da vontade exteriorizada por qualquer meio, desde que não contrário ao ordenamento jurídico. Dessa maneira, são válidos: a "palavra escrita ou falada, gestos e até mesmo o silêncio, que, como declaração tácita da vontade, conforme o caso, tem a mesma validade das manifestações expressas" (Diniz, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 1º volume, 13ª edição, 1997, SP, Editora Saraiva, pág. 322).

Já o comodato é contrato não solene, não sendo obrigatória a observância de formalidades especiais, e consiste em "empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, que se perfaz com a tradição do objeto. Esse contrato, real e unilateral, determina que as coisas sejam devolvidas em espécie após o devido uso e no prazo convencional" (Guimarães, Deocleciano Torrieri, *in* Dicionário Técnico Jurídico, 2ª ed. rev. atual., Editora Rideel Ltda., São Paulo, 1999).

No entanto, a doação realizada, alvo da presente demanda, "é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir gratuitamente um bem de sua propriedade (doador) pa-

ra o patrimônio da outra (donatário), que se enriquece na medida em que aquela empobrece.

"O Código Civil, em seu artigo 1.165, conceitua a doação como o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens e vantagens para o de outra, que os aceita.

"Diz Sílvio Rodrigues (*in* Direito Civil, vol. 3, São Paulo, Saraiva, 1980, pág. 201) 'que a própria lei fixa o caráter contratual da doação, pois além de chamá-la de contrato e discipliná-la no título correspondente aos contratos em espécie, exige, para seu aperfeiçoamento, a aceitação do donatário'.

"A doação é contrato unilateral, simplesmente consensual, gratuito e solene.

"Unilateral, porque somente o doador contrai obrigações.

"Simplesmente consensual, porque não requer, para seu aperfeiçoamento, a entrega da coisa doada ao donatário. Desde que o acordo se realiza, o contrato está perfeito e acabado. É da aceitação do donatário que nasce para o doador a obrigação de entregar o bem.

"Gratuito, por excelência, porque o donatário enriquece seu patrimônio sem contrapartida.

"Solene, porque a lei lhe impõe forma escrita, a menos que se trate de bens móveis de pequeno valor, seguindo-se-lhe de imediato a tradição.

(...)

"Capazes para fazê-la todas as pessoas no gozo do poder de dispor.

(...)

"A propriedade do bem doado somente se transmite (...) pela trans-

crição, se imóvel. O contrato é apenas o título, a causa da transferência, não bastando, por isso só, para operá-la. Nesse sentido é que se diz ser a doação contrato translativo de domínio. São obrigacionais os efeitos que produz. O doador obriga-se a transferir, do seu patrimônio, bens para o do donatário, mas este não adquire a propriedade senão com (...) a transcrição" (págs. 285/286).

(...)

"A doação é invalidada por:

"a) incapacidade do doador;

"b) ilegitimidade do donatário;

"c) inexistência de aceitação;

"d) inobservância da forma prescrita;

"e) inidoneidade do objeto;

"f) doação da parte inoficiosa.

"A doação pode, ainda, ser revogada nas seguintes hipóteses:

"a) se o donatário atentou contra a vida do doador;

"b) cometeu contra ele ofensa física contra o doador;

"c) injuriou gravemente o doador ou o caluniou e

"d) recusou ao doador os alimentos de que ele necessitava se poderia ministrá-los" (AVVAD, Pedro Elias; Lima, Rafael Augusto de Mendonça; *in* Direito Imobiliário, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, págs. 285/295).

Feitas essas breves considerações, apercebe-se que, não obstante a imensa quantidade de provas carreadas aos autos, que formaram 3 volumes contendo 1.172 páginas, tal se desembaralha facilmente na teoria dos 3 planos do fato jurídico, como veremos mais a frente.

Dessa forma, verifica-se que:

a) não houve violação a qualquer das hipóteses anteriores de anulação ou revogação da doação de fl. 86 dos autos, ocorrida aos 13 de agosto de 1971 e devidamente registrada aos 16 de agosto de 1971;

b) o contrato de comodato de fls. 9/10 é datado de 17 de março de 1977, portanto, posterior à doação;

c) as duas áreas objeto do litígio perfazem 24.640m², advindas da aludida doação ao Capri late Clube como "pagamento de promessa" (fls. 86/87 e 89 e v. e 99/100);

d) em nenhum momento ficou provado que a ré Capri tinha a posse de área diversa além da recebida em doação. As medidas constantes da letra "a" do desmembramento de fl. 13 dos autos, de 82.250m² não podem ser consideradas para efeito de investigação na presente demanda pois está expressamente previsto naquele documento que se constituem em terreno reservado ao Capri late Clube, nada ligando-a à Ruma, que é ilegítima para pleitear tal área; não bastasse isso, o perito judicial concluiu que "essa área é uma das 3 partes em que a área 'a', com 225.000m² foi desmembrada em 14 de fevereiro de 1977 (...). Pelo descritivo e localização, esta área de 82.250m² se sobrepõe às terras de marinha do Capri late Clube em 30% e, em sua maior parte, 70% localiza-se dentro d'água" (fl. 699 dos autos);

e) em resposta ao 2º quesito, à fl. 692, o perito judicial asseverou que Capri ocupa atualmente e desde sua fundação uma área quadrangular (...) com aproximadamente 25.000m², cercada em todo o seu perímetro (...);

f) em resposta ao quesito 9º, à fl. 696, asseverou o perito sobre o contrato de comodato que "este contrato de comodato foi registrado em Títulos e Documentos em 12/12/1989, quase treze anos após a sua assinatura. Foram examinadas cuidadosamente todas as atas de Assembléias Ordinárias e Extraordinárias desde a fundação do CIC em 13 de dezembro de 1965 até a de n. 28 em 18 de janeiro de 1986, não sendo encontrada aprovação, discussão ou sequer (*sic*) menção ao referido contrato de comodato";

g) Capri comprovou sua posse sobre o imóvel, bem como a propriedade;

h) Ruma não comprovou a posse sobre o imóvel.

Portanto, inequívoco é o entendimento de que se a doação carregada aos autos às fls. 86, 86v. e 87, datada de 13 de agosto de 1971 e levada a registro de imóveis em 16 de agosto de 1971, foi realizada de modo perfeito e acabado, não incorrendo nas hipóteses de sua revogação ou invalidade, tem-se que o próprio contrato de comodato celebrado por Rudi é inexistente (grifei).

Dessa forma, também não agiu com acerto o douto Togado ao afirmar que o contrato é ineficaz. Tampouco a ora apelante ao asseverar no ponto 2 que o contrato ineficaz é "enquadramento este inexistente no mundo jurídico, ou seja, sem qualquer respaldo da lei" (fl. 1.109). Explico. Só pode ser eficaz ou ineficaz o contrato que é existente e válido. No entanto, como já afirmamos, o contrato de comodato é inexistente, pois não sobrevive ao próprio plano de existência, na seara da teoria dos planos do mundo jurídico.

O engano do douto Togado e da ora apelante dá-se, pois "é comum, nos livros de Direito, mesmo de autores de maior expressão, o emprego dos vocábulos existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos, como se tivessem a mesma conotação, até mesmo como sinônimos (Caio Mário da Silva Pereira, *in* Instituições de Direito Civil, I, pág. 544, nota 1) as seguintes palavras: 'empregamos os vocábulos ineficaz e ineficácia com sentido genérico, reservando as palavras nulidade e nulo, anulabilidade e anulável, inexistência e inexistente para a designação de tipos específicos de ineficácia. A nosso ver, ineficácia é gênero, de que são espécies a nulidade, a anulabilidade e a ineficácia'.

"Na análise das vicissitudes por que podem passar os fatos jurídicos, no entanto, é possível encontrar situações em que o ato jurídico (negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*) (a) existe, é válido e é eficaz (...); (b) existe, é válido e é ineficaz (...); (c) existe, é inválido e é eficaz (...); (d) existe, é inválido e é ineficaz (...); (e) existe e é eficaz (...) ou, excepcionalmente, (f) existe e é ineficaz (...), porque a validade é questão que diz respeito, apenas, aos atos jurídicos lícitos.

"Nas combinações que podem ser efetuadas — e as acima mencionadas, esgotam as espécies possíveis — variam os dados relativos à validade e à eficácia, mas o elemento existência permanece sempre invariável. De tudo isso se podem tirar duas conclusões: — (a) que existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos e, portanto, não é possível tratá-las como se fossem iguais; (b)

que o elemento existência é a base de que dependem os outros elementos.

"Essas conclusões demonstram a extrema propriedade e utilidade da proposta de Pontes de Miranda de considerar-se o mundo jurídico dividido em três planos, o da existência, o da validade, e o da eficácia, nos quais se desenvolveria a vida dos fatos jurídicos em todos os seus aspectos e mutações.

"Plano da existência:

"Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano, que é o plano do ser, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta, no suporte fático, de elemento nuclear, mesmo complementar do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico.

"O casamento realizado perante quem não tem a autoridade para casar, um delegado de polícia, por exemplo, não configura fato jurídico e, simplesmente, não existe. Não se há de discutir, assim, se é nulo ou ineficaz, nem se precisa ser desconstituído judicialmente, como costumam fazer os franceses, porque a inexistência é o não-ser que, portanto, não pode ser qualificado.

"A existência do fato jurídico constitui, pois, premissa de que decorrem todas as demais situações que

podem acontecer no mundo jurídico" (Marcos Bernardes de Mello, *in* Teoria do Fato Jurídico, São Paulo: Saraiva, 1985, págs. 93/99).

Daí concluir-se pela inexistência do aludido contrato de comodato carreado à inicial, pois existente, válida e eficaz tornou-se a doação.

A insistência da ora apelante Ruma na decretação da nulidade, pelo juiz, visava à verificação de prescrição do vício de manifestação da vontade naquele contrato (comodato), convalidando-o. Mas tal decretação consubstanciar-se-ia em erro gravíssimo, pois tal contrato inexistente.

Por isso, restam prejudicados todos os demais pontos do apelo, que partiam da premissa de existência do contrato de comodato, descabendo, dessa forma, analisar-se o ponto: a prescrição (ponto 3); a prescrição ordinária (art. 177 do Código Civil), o ponto 5 (arts. 5º, 83 e 158 do Código Civil, que aponta para os absolutamente incapazes de realizar atos para a vida civil; incapacidade de uma das partes não pode ser invocada pela outra em proveito próprio; anulação do ato com devolução ao *status quo ante*, respectivamente), ponto 6, em que prequestiona o fundamento legal utilizado a amparar a decretação de ineficácia do contrato, pois a r. sentença não era, efetivamente, nula, mas decidiu pela decretação de ineficácia do contrato de comodato quando, na verdade, era inexistente, não havendo violação aos arts. 458 e 459 do CPC e incisos XXXV e LV do art. 5º e inciso IX do art. 93 da CF (requisitos essenciais da sentença, pedido certo, apreciação pelo Judiciário, ampla defesa e contraditório e fundamentação das decisões sob pena de

nulidade, respectivamente), ponto 7, pois o réu comprovou, pela juntada do traslado de escritura pública de doação (fl. 111 e verso e 112). Também não necessita ser enfrentado o ponto 8 (anuência da Assembléia-Geral na realização do comodato), pois não se pode receber emprestado terreno que é seu, decorrente da premissa que a doação perfectibilizou-se, tornando inexistente a tentativa de comodato, não podendo prevalecer a afirmação do douto Togado, à fl. 1.073, em que diz que "na verdade, diante do conflito de interesses e da magnitude do assunto e seus reflexos para o patrimônio social, competia ao comodoro do Clube — seu representante legal — submeter a questão à Assembléia-Geral e receber autorização expressa para receber em comodato um bem cuja posse o Clube já detinha" visto que é descabida, pois não se pode receber em empréstimo (comodato) bem que já é seu por doação, bem como falecem as pretensões de maiores esclarecimentos relacionadas a todo o prequestionamento já enfrentado no v. aresto atacado em relação aos incisos II e LV do art. 5º e inciso IX do art. 93 da CF/88; inc. V do art. 177; e § 9º do art. 178; arts. 5º, 83, 158 do CC; inciso II do art. 333; inc. II dos arts. 458 e 459 do CPC, eis que não houve violação ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF), foi amplamente respeitado o princípio constitucional da ampla defesa e contraditório, não ocorrendo o cerceamento de defesa (art. 5º, LV, da CF), pois a decisão está devidamente fundamentada (art. 93, IX, da CF), não se havendo de entrar na seara da prescrição (art. 177 e inciso V do § 9º do art. 178 do CPC, ou de anulação (art. 158 do CC), bem como de incapacidade da parte (arts. 5º e 83 do CC),

pois — repita-se à exaustão — inexistente é o contrato de comodato, tendo o réu comprovado a legítima posse, domínio e propriedade da área litigada (art. 333, II).

De todo o exposto, improcedente é o pedido exordial realizado na ação de reintegração de posse fundada em contrato inexistente de comodato, pois "a posse precária não convalida jamais porque a precariedade não cessa nunca" (Silvio Rodrigues, *in* Direito Civil, vol. 5, Saraiva, 1991, 19ª ed., pág. 29). No entanto, a autora Ruma em momento algum comprovou estar na posse do imóvel, que era ônus seu. Ao contrário, a posse e a propriedade vintenária, sobre o imóvel em que se estabelecem as suas instalações, foram devidamente comprovadas pela ré Capri.

Dispõe o art. 927 do CPC:

"Art. 927. Incumbe ao autor provar:

"I — a sua posse;

"II — a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

"III — a data da turbação ou do esbulho;

"IV — (...) a perda da posse, na ação de reintegração".

E, do art. 505 do CC:

"Art. 505 — Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio".

E a Súmula 487 do STF é elucidativa:

"Súmula 487 — Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o

domínio, se com base neste for ela disputada".

Então, em sede de ação de reintegração de posse, incumbe ao autor provar a sua posse, o esbulho praticado pelo réu, e a data do esbulho, a teor do art. 927 do CPC, não obstante à reintegração, portanto, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa por parte da ré, conforme dispõe o art. 505 do CC.

No entanto, de acordo com a Súmula 427 do STF, será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada, sendo que não pode mover ação de reintegração de posse aquele que não a detém, fundada em contrato de comodato inexistente, sobre imóvel que foi por si doado ao réu anteriormente e cujo domínio não mais lhe pertence.

Ou seja, não pode a Ruma mover ação de reintegração de posse se não a detém. E, ainda que a detivesse (o que não é o caso, tendo-se em conta que o contrato de comodato é inexistente), mesmo que o domínio não deva ser discutido nas ações possessórias, em atinência ao art. 505 do CC, na hipótese de as duas partes litigantes fundarem sua pretensão escorados na posse, esta não poderia ser deferida em desfavor da ré Capri, que detém o domínio e a propriedade.

Diante desse contexto, declaro inexistente o contrato de comodato contido nos autos de ação de reintegração de posse movida por Ruma — Administração e Comércio de Imóveis Ltda. e desprovejo o recurso de apelação por si interposto, mantidas as demais cominações legais.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira e Monteiro Rocha. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o

Exmo. Sr. Procurador Dr. Genivaldo da Silva.

Florianópolis, 18 de abril de 2002.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.010094-0, DE BLUMENAU

Relator: Des. Anselmo Cerello

Apelação cível — Ação declaratória — Exceptio non adimpleti contractus — Declaração da validade e eficácia contratual — Débito existente — Improcedência da inicial não recorrida — Reconvencção — Indenização por perdas e danos com índices e percentuais oriundos de relações bancárias de crédito — Pedido que extrapola o âmbito da lide — Impossibilidade jurídica — Inteligência do art. 267, VI, do CPC — Honorários advocatícios — Fixação nos patamares legais e em valores condizentes com a realidade dos autos — Manutenção — Apelos desprovidos.

"Não se conhece de apelação interposta fora do prazo previsto no art. 508 do CPC" (Ap. Cív. n. 98.005757-4, da Capital, de minha lavra).

É juridicamente possível a reconvenção em ação declaratória quando em discussão nos autos a relação contratual entabulada pelas partes. Impossível, no entanto, o conhecimento, por meio de reconvenção, de questão que extrapola ao limite estatuído para a resposta do réu, devendo, este, valer-se das vias ordinárias.

Não tendo havido condenação das partes no processo, incabível a aplicação do § 3º do art. 20 do CPC para a fixação da verba honorária, devendo ser observados os limites estatuídos no § 4º para fixação de tal percentual, o que, in casu, restou devidamente observado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.010094-0, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que são apelantes e apelados Tecnika Mineração Ltda. e Ariribá Mineração Ltda. e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, não conhecer o recurso de Ariribá Mineração Ltda. e outros, e desprover o recurso da Tecnika Mineração Ltda. e o recurso adesivo.

Custas legais.

Ariribá Mineração Ltda., Ivens Freitag, Marcelo Daniel Pujol e Sérgio Zimath, devidamente qualificados perante a 1ª Vara Cível da comarca de Blumenau, ajuizaram ação declaratória em face de Tecnika Mineração Ltda.

Sustentaram que, em 19/12/94, os antigos sócios da empresa firmaram contrato de promessa de compra e venda de bens imóveis, móveis, máquinas, equipamentos, cessão de direitos de alvarás, de registro de marca e outras avenças, destinado à exploração e comercialização da água mineral Rio d'Ouro. Asseveraram, ainda, que o preço ajustado foi de R\$ 2.306.560,00, tendo sido pagos R\$ 1.522.377,57. Entretanto, afirmaram que a recusa no pagamento do restante do valor acordado deve-se ao fato de terem descoberto que em um dos imóveis alienados foi edificada uma residência sem autorização da prefeitura e pagamento das contribuições sociais, item omitido no momento de formalização do contrato. Aduziram, também, que a ré nega-se a transferir a propriedade das máquinas, equipamentos, móveis e utensílios até a efetiva quitação do preço combinado. Além disso, enfatizaram que a ré não teria condições de garantir a propriedade dos bens vendidos visto que estaria sofrendo execução pelo Banco Regional do Extremo Sul — BRDE e processo de busca e apreensão pelo Banco Meridional S.A. Diante do exposto, requereram a declaração por sentença da inexigibilidade do crédito da empresa ré, representado por duas notas promissórias, no valor de R\$ 565.332,77 cada uma, com vencimento nos dias 15/3/97 e 15/3/98.

Postularam a resolução parcial do contrato em relação ao saldo devedor pendente, e a condenação da ré ao pagamento de perdas e danos e multa contratual de 10% sobre o valor do contrato.

Citada, a ré contestou, às fls. 110/112, argüindo, preliminarmente, inépcia da inicial por não terem os autores indicado os dispositivos processuais que embasariam a demanda, e ilegitimidade ativa da empresa autora, uma vez que a entabulação do contrato ter-se-ia dado entre a ré e os promitentes compradores e não com a Ariribá Mineração Ltda. No mérito, afirmou serem inverídicas as alegações dos autores, pois foram eles que não cumpriram as obrigações estipuladas no contrato, dando à ré o direito de inadimplir até a quitação do pagamento. Ademais, argumentou que os débitos tributários existentes estariam sendo honrados, sendo a responsabilidade dos compradores apenas subsidiária. Diante do exposto, observou que não haveria justificativa para a rescisão parcial do contrato, devendo os autores consignar o valor correspondente ao saldo do preço relativo ao contrato, a fim de provarem sua capacidade de pagamento dos títulos.

Às fls. 107/122, a ré reconveio. Sustentou que a ação teria sido ajuizada para protelar o pagamento das duas notas promissórias e juntou documentos demonstrando a má-fé dos autores. Discorreu acerca das cláusulas contratuais em caso de atraso no seu cumprimento e, ao final, requereu a aplicação da taxa de juros de 4% ao mês e multa de 10%, a fim de compor e quantificar as perdas e danos em seu favor.

Os autores, às fls. 526/563, contestaram a reconvenção, em preliminar, aduzindo nulidade e inépcia da petição e, ainda, impossibilidade jurídica do pedido. Quanto ao mérito, observaram que a inadimplência foi da ré, ressaltando, também, que haveria duplicidade de pedidos, em razão de outra ação de execução ajuizada para cobrar cártula vencida em 15/3/97, com pedido de indenização por perdas e danos.

Houve réplica, às fls. 538/563.

Realizada audiência, restou inexistente a conciliação. Em seguida, foram afastadas as preliminares de inépcia da inicial e da ilegitimidade ativa da autora Ariribá e houve o indeferimento das provas requeridas pelas partes.

Os autores interpuseram agravo de instrumento retido, postulando a revisão da decisão proferida na audiência, para determinar a realização da prova pleiteada.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito, às fls. 903/928, julgou improcedente o pedido formulado pelos autores, condenando-os ao pagamento de honorários advocatícios em 3% sobre o valor indicado na exordial. Quanto à reconvenção, acolheu a preliminar de inépcia da inicial, condenando a ré-reconvinte ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 5% sobre o valor atribuído à reconvenção. Em relação às custas processuais, determinou que as partes arcassem *pro rata*.

Ariribá Mineração Ltda. e outros opuseram embargos de declaração, às fls. 936/952, requerendo a eliminação de contradição referente à comprovação de fatos, com conse-

qüente anulação da sentença para produção de provas.

Irresignada, Tecnika Mineração Ltda. apelou, às fls. 955/961, pleiteando a reforma da r. sentença, para que fosse acatado o mérito da reconvenção e estabelecido um percentual maior de verba honorária, entre 10 e 20%.

Às fls. 963/968, houve resposta aos embargos declaratórios opostos.

Em despacho de fls. 990/991, o MM. Juiz rejeitou os embargos opostos.

Ariribá Mineração Ltda. e outros, às fls. 994/1.011, interpuseram recurso de apelação postulando a procedência do pedido inicial, ou, caso não fosse o entendimento, que se anulasse a sentença, para realização da prova requerida, ou, ainda, o provimento do recurso para redução da verba honorária. Às fls. 1.019/1.025, ofereceram suas contra-razões e, às fls. 1.026/1.029, interpuseram recurso adesivo visando a devolver ao Tribunal a apreciação quanto à verba de sucumbência suscitada na apelação da parte contrária, e, ainda, o acolhimento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido na reconvenção.

Foram apresentadas as contra-razões, às fls. 1.031/1.043.

É o relatório.

Inicialmente com relação ao apelo da empresa Ariribá Mineração Ltda. e outros, este não é conhecido por esta Câmara uma vez que serôdia a sua interposição.

Dispõem os arts. 508 e 511 do CPC:

"Art. 508 — Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de

divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias" (grifei).

"Art. 511 — No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção".

Compulsando os autos, verifica-se que os apelantes foram devidamente intimados em 1º/11/2000, conforme se infere da certidão à fl. 993. Em face disso e, em conformidade com o Provimento n. 3/92, o prazo iniciou-se em 9/11/2000, findando-se em 23/11/2000.

Serôdio, pois, o recurso protocolado em 30 de novembro de 2000. Deveriam os apelantes comprovar qualquer causa que impossibilitasse ou justificasse a tardia interposição do recurso, mas não o fizeram, ônus que lhes é imputado a teor do art. 333, I, do CPC.

Nesse sentido:

"Interposição serôdia -- Apelo não conhecido.

"Não se conhece de apelação interposta fora do prazo previsto no art. 508 do CPC" (Ap. Cív. n. 98.005757-4, da Capital, de minha lavra).

E

"Apelação cível. Prazo de recurso. Intempestividade. Não conhecimento.

"Exato é o permissivo do artigo 508 do CPC: 'Na apelação e nos embargos infringentes, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias'" (Ap. Cív. n. 45.013, da Capital, de minha lavra).

Além disso, também serôdia a efetuação do preparo, em 30/11/2000, segundo demonstra a guia de recolhimento judicial resumida de protocolo à fl. 1.014, sendo, portanto, deserto, posto que deve ser efetuado no momento da interposição, mas não fora do prazo da apelação, conforme ocorreu no caso dos autos.

Conforme já decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal:

"A deserção se opera, automaticamente, pela ausência de preparo do recurso no prazo legal. Deserto o recurso, dele não pode conhecer o Tribunal, pois em favor da parte contrária ter-se-á constituído a coisa julgada" (RF 152/153).

Diante da manifesta intempestividade e deserção, não conheço do recurso de apelo da empresa Ariribá Mineração Ltda. e outros, bem como não conheço do agravo retido (fls. 929/934), haja vista que o seu conhecimento e observância pela instância revisora está subordinado ao devido requerimento em recurso de apelo (art. 523 do CPC), o qual, *in casu*, não é conhecido.

No tocante ao apelo da empresa Tecnika, cingem-se as suas razões recursais nos seguintes pontos:

— procedência da reconvenção, devendo ser paga a indenização pelas perdas e danos oriundas da indisponibilidade das quantias das notas promissórias que logo se venceriam, em 4%;

— honorários em 3%, deveriam ter sido fixados entre 10 e 20%.

Por sua vez, Ariribá e outros interpuseram recurso adesivo ao supra-citado apelo requerendo a majoração

dos honorários advocatícios em relação à empresa Tecnika.

Com relação ao pedido de provimento do recurso para julgar procedente o pedido reconvençional de indenização, verifica-se que tal pedido apresenta-se incompatível com a presente demanda, uma vez que os autores compareceram ao juízo pedindo a declaração de inexistência de um débito, ou seja, discutiu-se o contrato que havia sido entabulado pelas partes.

Portanto, ao pleitear o pagamento de indenização pelos prejuízos suportados com o inadimplemento do pacto, a ré apelante extrapolou a via estreita da reconvenção, em que é permitida a discussão de situação diretamente relacionada com a lide já proposta.

"O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa" (art. 315 do CPC).

Ao pleitear a indenização por perdas e danos em valores correlacionados aos suportados no mercado financeiro, a empresa Tecnika deduziu pedido que extrapolou ao comando do art. 315 do CPC, não sendo, assim, conexa ao pedido da *actio* ajuizada, a qual estava sendo respondida.

Compete à empresa Tecnika valer-se das vias ordinárias para ver reconhecida e perceber a já pleiteada indenização, restando, nestes autos, já confirmado que o contrato é válido e eficaz, estando a ré adimplente com o pacto e apenas com reserva de domínio dos bens até que a autora cumpra com suas obrigações.

Por essa razão deve-se entender que a reconvenção não é acolhida

por impossibilidade jurídica do pedido, de ser deduzido tal pedido como resposta do réu (art. 267, VI, do CPC), e não por deficiência na formulação dos pedidos, uma vez que, contra tal situação, caberia ao magistrado *a quo* determinar que a parte emendasse a peça, sob pena, agora, de indeferimento (art. 284 do CPC).

Por fim, no tocante à verba honorária e aos valores fixados, estes não merecem reparos, haja vista que devidamente fixados para a presente demanda e trabalhos relacionados, motivo pelo qual nego provimento aos apelos. Senão vejamos da doutra sentença apelada:

"Em razão da quantia atribuída à causa, condeno os requerentes ao pagamento dos honorários advocatícios, com fundamento no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, que fixo em 3% (três por cento) sobre o valor indicado na exordial" (fl. 928).

Como restou improcedente o julgamento do pedido exordial, não cabe a aplicação do estatuído no art. 20, § 3º, do CPC, sendo, assim, aplicado o § 4º, com os critérios do § 3º, o que foi acertadamente aplicado e quantificado *in casu*.

"Condeno a reconvincente ao pagamento dos honorários advocatícios, com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, que arbitro em 5% (cinco por cento) sobre o valor atribuído à reconvenção" (fl. 928).

Da mesma forma, como a reconvenção foi extinta sem o julgamento do mérito por impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, do CPC), não cabe a condenação em patamar estipulado no § 3º do art. 20 do CPC assim, devidamente observadas as

determinações estatuídas no § 4º, motivo pelo qual é mantida a verba honorária nos patamares fixados na douta sentença apelada, sendo, dessa feita, desprovido o apelo da empresa Tecnika e o recurso adesivo da empresa Ariribá.

Diante do exposto, não conhecimento do apelo da Ariribá Mineração Ltda. e outros por reconhecer a intempestividade de sua interposição, bem como a deserção. Nego provimento ao recursos — apelação da empresa Tecnika Mineração Ltda. e recurso

adesivo da Ariribá Mineração Ltda. e outros —, mantidas as cominações da r. sentença apelada.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Monteiro Rocha e Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 29 de maio de 2002.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.023525-3, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Ação de cobrança. Contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente. Código de Defesa do Consumidor. Taxa de juros. Art. 192, § 3º, da Constituição Federal. Decreto n. 22.626/33. Capitalização. Inviabilidade. Comissão de permanência. Vinculação à taxa flutuante de mercado. Cláusula potestativa. Substituição pelo INPC. Multa contratual. Exclusão.

"As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

"É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada (Súmula 121), exceto nas operações regidas por leis especiais que a consintam expressamente.

"A submissão do débito a índice de comissão de permanência tem caráter potestativo, não revelando parâmetros concretos de fixação. Seja vinculando genericamente a normas do Banco Central, seja a taxas flutuantes de mercado, fica o contraente inteiramente ao sabor de órgãos que atuam no interesse de instituições financeiras.

"A cobrança abusiva de encargos, dificultando sobremaneira o pagamento da dívida, retira do devedor a culpa pelo inadimplemento, tornando indevida a cobrança de multa moratória" (Ap. Cív. n. 00.009175-8, de Lages).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.023525-3, da comarca de São José, em que é apelante Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, sendo apelada ABCR Construções, Comércio, Indústria e Serviços Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso e, de ofício, excluir a multa contratual e limitar os juros a 12% ao ano.

Custas legais.

1. Banco do Estado de Santa Catarina — Besc interpôs apelação contra sentença que, em sede de ação de cobrança (contrato de abertura de crédito em conta corrente) movida em face de ABCR Construções, Comércio, Indústria e Serviços Ltda., reduziu a multa contratual para 2%, afastou o anatocismo, excluiu a comissão de permanência e limitou os juros compensatórios a 12% ao ano e os moratórios a 1% ao mês.

Nas contra-razões, a apelada pleiteou a manutenção do *decisum*.

2. Desprovê-se o recurso.

2.1. Inicialmente, cumpre limitar *ex officio* os juros reais a 12% ao ano.

Com efeito, embora o Magistrado tenha reconhecido a auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, admitiu a exigência de juros compensatórios de 12% ao ano e de moratórios de 1% ao mês.

Dessa forma, as taxas de juros praticadas totalizaram 24%, ferindo o mandamento constitucional que baliza os juros reais — neles abarcados tanto os compensatórios, quanto os moratórios — em 12% anuais. Nessa esteira, este Tribunal proclamou:

"Os juros compensatórios ou remuneratórios, ainda que se trate de contratos bancários, estão jungidos à limitação decorrente do art. 192, § 3º, da Constituição Federal de 1988. A norma constitucional a respeito editada é dotada de auto-aplicabilidade, tornando despicando o aguardo de qualquer lei complementar que regulamente a reestruturação do sistema financeiro nacional. Mesmo porque nenhuma lei complementar, pena de incidir em ostensiva inconstitucionalidade, poderá sobrepujar a limitação já determinada pela legislação constituinte" (TJSC, Ap. Cív. n. 97.013005-8, de Rio do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 10/5/2001).

Não bastasse isso, conforme aresto do Superior Tribunal de Justiça, os juros — de qualquer natureza — também ficam limitados ao patamar de 12% ao ano por força do Decreto n. 22.626/33, *in verbis*:

"Ao Conselho Monetário Nacional, segundo o art. 5º do Decreto-Lei n. 413/69, c/c art. 5º da Lei n. 6.840/80, compete a fixação das taxas de juros aplicáveis aos títulos de crédito comercial. Omitindo-se o órgão no desempenho de tal mister, torna-se aplicável a regra geral do art. 1º, *caput*, da Lei de Usura, que veda a cobrança de juros

em percentual superior ao dobro da taxa legal (12% ao ano), afastada a incidência da Súmula 596 do colendo STF, porquanto se dirige à Lei n. 4.595/64, ultrapassada, no particular, pelo diploma legal mais moderno e específico, de 1980. Precedentes no STJ" (REsp n. 258054, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 6/2/2001).

2.2. Também de ofício exclui-se a multa contratual, uma vez que a configuração da *mora debitoris* restou descaracterizada por conta da cobrança de encargos ilegais e excessivamente vultosos, afastando a culpa, tais como juros compensatórios de 9,9% ao mês, somados aos juros moratórios de 12% anuais e multa moratória de 10%.

Como lembra Humberto Theodoro Júnior, "a idéia de mora vem sempre ligada, indissociavelmente, ao elemento culpa, de sorte que se a falta de pagamento decorre de ato culposo do próprio credor, lugar não há para responsabilizar-se o devedor pelo inadimplemento" (Curso de direito processual civil, 22ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, vol. III, pág. 26).

Washington de Barros Monteiro observa que a mora do devedor tem um lado objetivo e outro subjetivo, aquele assentado no não-pagamento no tempo, lugar e forma convencionados; este na culpa do devedor (*vide* Curso de direito civil. 30ª ed., Saraiva, São Paulo, 1999, vol. IV, pág. 267). E destaca: "Inexistindo fato ou omissão imputável ao devedor, não incide este em mora" (*op. cit.*, pág. 267).

Silvio Rodrigues, perfilhando esse entendimento, salienta que "sem culpa do devedor não há mora. Se houver atraso, mas o mesmo não re-

sultar de dolo, negligência ou imprudência, não se pode falar em mora.

"E nisso é que a mora se distingue do simples retardamento. O retardamento é um dos elementos da mora, pois esta é o retardamento devido por culpa" (Direito civil, parte geral das obrigações. 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 1973, vol. II, pág. 273).

Para Sílvio de Salvo Venosa "a mora é o retardamento culposo no cumprimento da obrigação, quando se trata de mora do devedor. Assim, o simples retardamento no cumprimento da obrigação não tipifica a mora do devedor. Há de existir culpa" (Direito civil, São Paulo, Atlas, 2001, vol. II, pág. 217).

Por fim, colhe-se a lição de J. M. Carvalho Santos:

"A culpa é elemento essencial à constituição de mora, pois, em seu verdadeiro conceito, esta é um retardamento imputável ao devedor.

"O devedor, em suma, só incorre em mora quando retarda o pagamento sem causa justificada que afaste de si toda e qualquer culpa.

"Não incorre em mora, em hipótese alguma, quando o retardamento não lhe seja imputável" (Código civil brasileiro interpretado. 12ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1985, vol. XII, págs. 375/6). Haure-se da jurisprudência:

"Se os encargos cobrados pela instituição financeira são abusivos, ao ponto de inviabilizar o pagamento do montante devido e a quitação da dívida, com encargos adicionais calculados pelo método hamburguês e exigência de comissão de permanência em contratos regidos pelo Decreto-Lei

n. 413/69, é indevida a cobrança de multa moratória" (STJ, REsp n. 253953, rela. Min. Nancy Andrighi, j. 15/10/2001).

"Indevida a multa se o banco, a quem compete cobrar só o legalmente devido, exagera e cobra o que é indevido" (STJ, REsp n. 201474, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 29/6/2000).

"Indevida a multa se o banco, a quem compete cobrar só o legalmente devido, exagera e cobra o que é indevido" (STJ, AGRESP n. 201474, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29/6/2000).

"Como consta de precedente da Corte, a multa moratória não é devida quando justificada a inadimplência do devedor na cobrança de encargos e valores excessivos pelo credor" (STJ, REsp n. 251072, rel. Min. Carlos Alber托 Menezes Direito, j. 31/8/2000).

2.3. Passando-se à análise do recurso da instituição financeira, cumpre ressaltar que o anatocismo é vedado, em consonância com a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal: "É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada". Este Sodalício manifestou-se inúmeras vezes sobre o tema, *ad exemplum*:

"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 nenhum 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.

9.347, de 27/10/95, pág. 10)" (Ap. Cív. n. 45.023, de Taió, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

Na Apelação Cível n. 96.001030-0, de Videira, averbou-se:

"A prática do anatocismo continua sendo vedada em nosso sistema jurídico, sendo autorizada unicamente nas operações regidas por leis especiais, ainda que expressamente convencionada. Nesse sentido, inclusive, a Súmula 121 do STF, na qual não estão excluídas as instituições financeiras, em face da Súmula 596, conforme o entendimento do próprio Pretório Excelso" (rel. pelo Signatário).

Quanto à comissão de permanência pactuada "às taxas de mercado" (fl. 6), sua previsão é flagrantemente potestativa e, logo, eivada de nulidade. Esta colenda Câmara já se manifestou a respeito na Ap. Cív. n. 97.010949-0, de Maravilha (rel. pelo Subscritor, j. 31/5/2001):

"Na hipótese da comissão de permanência ser exigida por índices que entremostrem remuneração do capital, desvirtuando sua finalidade, deverá incidir somente o índice de correção monetária oficial (o INPC, cfe. art. 4º, da Lei n. 8.117/91).

"Nesse sentido, colhe-se:

'Execução. Contrato de confissão de dívida e nota promissória. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Juros. Limitação a 12% ao ano. Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da Carta Magna. Comissão de permanência. Cobrança abusiva, desvirtuando sua finalidade de atualização monetária. Substituição por índice de correção monetária' (TJSC, Ap. Cív. n. 97.014815-1, de Jaraguá do Sul, deste Relator, j. 10/8/2000).

"Em caso análogo, este Relator já teve oportunidade de sublinhar:

'Ressalte-se que, considerando a comissão de permanência como modalidade de correção monetária, não poderá ser excedente ao próprio índice de atualização monetária, sob pena de remunerar o capital.

'A correção monetária, como é cediço, não é um *plus*, mas um *minus* que se evita. Quando a comissão de permanência, atuando no lugar da correção monetária, ultrapassa os índices oficiais, deixa de simplesmente manter o poder aquisitivo da moeda e passa a remunerá-la, sendo forma de juro' (Ap. Cív. n. 98.002253-3, de Rio do Sul, j. 26/6/2000).

"A admissão do 'excedente' da correção monetária oficial, gize-se, espelharia indisfarçável enriquecimento sem causa do credor.

"Ademais, há precedente deste Sodalício recusando a exigência da comissão de permanência pactuada, quando sujeita a taxas flutuantes:

'Se é nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP' (STJ, Súmula 176), também o é aquela que autoriza a cobrança da comissão de permanência' (Ap. Cív. n. 99.014953-6, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Newton Trisotto, j. 16/12/1999).

"Não fora isso, atualmente não há justificativa válida para a manutenção de tal encargo, considerados seus efeitos perversos. O país vive hoje outra realidade, com a propalada estabilidade financeira e reduzida taxa de inflação. A pactuação apenas acentua, de forma cristalina, a voracidade do sistema financeiro, situação já constatada pelo saudoso Des. Eder

Graf, em julgamento da Terceira Câmara Civil:

'Na hipótese de pactuação da comissão de permanência como fator de atualização do débito em substituição à correção monetária, o percentual utilizado deve ser consentâneo com a realidade econômica do País, sob pena de subverter sua natureza jurídica e transformá-la em taxa de juros disfarçada' (TJSC, Ap. Cív. n. 98.012821-8, de Chapecó, j. 15/2/2000).

"Não raro fixada sua incidência 'à taxa de mercado' ou 'à mais alta taxa de mercado' ou 'à maior praticada pelo próprio credor', balizando-se em percentuais oscilantes e, pois, totalmente desconhecidos do devedor à época da contratação, incide inarredavelmente em potestatividade, por flagrante afronta ao art. 115 do Código Civil.

"Nessa perspectiva, já decidi esta Corte:

'A aplicação de comissão de permanência à taxa de mercado ou à maior taxa de mercado, assinale-se, retira do encargo as suas condições de previsibilidade, posto que imposta com base em percentuais sempre oscilantes, incumbindo ao estabelecimento bancário credor, e com exclusividade a ele, indicar ao seu livre arbítrio qual a taxa de mercado a ser adotada, em franca vulneração do disposto no art. 115 do Código Civil' (Ap. Cív. n. 98.001792-0, de Jaguaruna, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 8/2/2001).

'É entendimento dominante nesta Corte de Justiça ser potestativa a cláusula que vincula a comissão de permanência à taxa de mercado do dia do pagamento, por representar evento incerto e desconhecido pelo

devedor, o que é vedado pelo art. 115 do Código Civil' (Agravo no AI n. 99.022221-7, de Joinville, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 29/2/2000).

'Não devem prevalecer as cláusulas contratuais que prevêm a aplicação de comissão de permanência em face da sua condição potestativa pois com isto são utilizadas taxas flutuantes de mercado e não há segurança quanto ao efetivo percentual utilizado, sujeitando-se a devedora ao arbítrio do banco e assegurando-se a preponderância de um dos interessados no negócio, com desrespeito à regra do art. 115 do Código Civil' (Ap. Cív. n. 97.000397-8, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 24/2/1999).

'Apesar de a jurisprudência admitir a incidência da comissão de perma-

nência nos contratos bancários, seu valor não pode ser estipulado arbitrariamente pela instituição financeira, por afrontar o disposto no art. 115 do Código Civil' (Ap. Cív. n. 97.011938-0, de Anchieta, rel. Des. Nilton Macedo Machado)".

3. Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso e, de ofício, limitam-se os juros a 12% ao ano e exclui-se a multa contratual.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cercato Padilha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 16 de maio de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.025268-6, DE BLUMENAU

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Ação de reparação de danos morais. Conta conjunta. Cheque sem provisão de fundos. Responsabilidade exclusiva do emitente. Solidariedade passiva não configurada. Inscrição em órgãos de proteção/restrição ao crédito. Abalo de crédito. Dano moral presumido. Valor reparatório. Critérios de fixação.

"A solidariedade defluente de conta conjunta é somente ativa, no sentido de que todos os titulares podem movimentá-la. A responsabilidade pelo pagamento do cheque emitido sem provisão de fundos, considerada sua natureza eminentemente formal, recai apenas sobre o emitente.

"Se a regra é de que a legitimidade passiva, na eventualidade de ingresso de ação visante à percepção do valor inadimplido, restringe-se a quem subscreveu a cártula, é imperativo seja vedado o registro nos órgãos de proteção/restrição ao crédito do nome daquele que não a firmou, à múnua de responsabilidade pelo pagamento.

"A inscrição indevida em cadastros de proteção e restrição ao crédito é geradora de dano extrapatrimonial, cuja existência independe de prova de efetivos prejuízos morais, bastando a demonstração da ocorrência de fatos que presumivelmente acarretam-nos.

"Segundo a doutrina, a reparação dos danos morais deve lastrear-se basicamente nos seguintes fatores: a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante (cf. Prof. Fernando Noronha).

"Na prova do dano moral e das circunstâncias que influem na determinação do quantitativo a arbitrar, os juízes terão de recorrer às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, referidas no art. 335 do Código de Processo Civil" (Ap. Cív. n. 96.007731-6, de Concórdia).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.025268-6, da comarca de Blumenau, em que é apelante Banco Bradesco S.A., sendo apelado Ernani Sertório Cunha:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso.

Custas de lei.

1. Ernani Sertório Cunha ajuizou ação de reparação de dano moral em face de Banco Bradesco S.A., buscando a mitigação de dano experimentado pela inclusão de seu nome em órgãos de proteção/restrrição ao crédito.

Narrou ter celebrado contrato de financiamento com o requerido, sendo-lhe exigida a abertura de conta corrente para o depósito das parcelas correspondentes. Alegou que sua ex-esposa passou a utilizar talonário de cheques, fornecido pela instituição

financeira, emitindo-os sem provisão de fundos.

Averbou não estar clara a natureza da conta corrente aberta, porquanto os campos "conta conjunta" e "conta solidária" não foram preenchidos e, por isso, sustentou ser abusivo o registro no rol de maus pagadores, o que, a propósito, foi objeto de ação cautelar preparatória.

Por fim, requereu a condenação do réu, à guisa de reparação do dano extrapatrimonial, ao pagamento de quantia a ser fixada pelo Magistrado.

Na contestação, o demandado retorquiu ter agido em consonância com circulares do Banco Central, tanto no que se refere à solidariedade supostamente provinda da abertura de conta conjunta, quanto no tocante ao envio do nome do autor aos cadastros de inadimplentes.

Sustentou que a inclusão de correntistas responsáveis pela emissão de cheques sem fundos é obrigatória, não

caracterizando ato ilícito. Argumentou, outrossim, não terem sido provados os danos morais alegados.

Após a réplica, o Dr. Juiz de Direito sentenciou em conjunto os processos cautelar e cognitivo (ação de reparação de danos morais), acolhendo o pedido acautelatório e deferindo parcialmente o da demanda principal, de modo a condenar o réu ao pagamento de valor equivalente a cinqüenta vezes o total dos títulos.

Inconformado, o requerido apelou, asseverando ter havido cerceamento de defesa, uma vez que não teria sido suficientemente analisada a adequação de sua conduta às normas do Banco Central.

Ponderou ser solidária a conta corrente aberta, além de observar que, quando da emissão dos cheques sem fundo, o demandante ainda era casado com a emitente. Finalmente, aditou que o *quantum* reparatório foi estipulado em montante excessivo.

Nas contra-razões, o apelado disse não ter havido cerceamento de defesa; frisou ser indevida sua inserção na lista de maus pagadores e que essa inclusão abusiva acarretou abalo de crédito.

2. Provê-se parcialmente o recurso.

Dano moral é a lesão aos elementos individualizadores da pessoa como ser social, pensante e reagente, tais como a honra, a reputação e o prestígio, que se expressa por desequilíbrios no ânimo do lesado, causando-lhe reações desagradáveis, como o desconforto emocional. Abrange quer a repercussão negativa no meio social, quer a *turbatio animi*, isto é, a desesta-

bilização psíquica ou somática do ofendido.

Carlos Alberto Bittar professa: "qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)" (Reparação civil por danos morais. Revista dos Tribunais, 1994, pág. 41).

Para a aferição do dano extrapatrimonial por inclusão em lista de maus pagadores insta verificar se o cadastramento foi infundado, o que, no caso em foco, depende do exame das obrigações geradas pelo contrato de abertura de conta subscrito pelo autor/apelado.

Como preceitua o art. 896 do Código Substantivo, a solidariedade decorre da lei ou da vontade das partes, não podendo ser presumida.

Vê-se na proposta de abertura de conta que não houve preenchimento do campo concernente à solidariedade, o que prejudica a definição da natureza da avença.

No entanto, quer se esteja diante de conta corrente conjunta — conta conjunta simples, em que, à falta de estipulação, somente pode ser movimentada por todos os titulares —, quer de conta conjunta solidária — passível de movimentação por cada titular, dissociadamente —, a responsabilidade pelo pagamento do cheque emitido sem provisão de fundos recai apenas sobre o emitente. Isso deflui do fato de

o cheque ser título eminentemente formal. Logo, na conta conjunta, a solidariedade é somente ativa, no sentido de que todos os titulares podem movimentá-la.

A matéria foi criteriosamente examinada por Sérgio Carlos Covello: "é de indagar se a emissão de cheque sem fundos por um dos titulares da conta solidária faz estender a responsabilidade a todos os outros titulares. De nossa parte, entendemos que não, pois o fato de o cheque corresponder a uma conta bancária solidária não produz efeito de converter todos os titulares em devedores solidários da cédula. Em recente julgado, o 1º Tribunal de Alçada Civil acolheu esse entendimento: 'A solidariedade que decorre da abertura de conta conjunta bancária é ativa, isto é, cada um dos titulares está autorizado a movimentar livremente a conta fazendo retiradas parciais ou o levantamento integral do depósito'.

Isto não significa, porém, que haja solidariedade passiva entre os co-titulares da conta conjunta, em relação aos cheques emitidos e porventura não resgatados por insuficiência de fundos ou contra-ordem ao Banco sacado. Nesses casos, responde pelo não-pagamento somente o correntista que subcreveu o cheque ou deu a contra-ordem, sem vincular o outro participante da conta conjunta" (Contratos Bancários. São Paulo, Saraiva, 1981, págs. 105/6).

Há inúmeros precedentes consagrando esse entendimento:

"A solidariedade decorrente da abertura de conta bancária conjunta é solidariedade ativa, pois cada um dos titulares está autorizado a movimentar

livremente a conta; são, pois, credores solidários perante o banco. Todavia, ainda que marido e mulher os co-titulares, não são devedores solidários perante o portador de cheque emitido por qualquer um deles sem suficiente provisão de fundos" (STJ, 4ª T., REsp n. 13.680-0, rel. Min. Athos Carneiro, j. 15/9/92).

"A solidariedade da conta conjunta bancária vincula os correntistas apenas perante o banco, não perante beneficiários de cheques. Se apenas um dos correntistas emitiu o título, só ele está cambiariamente obrigado ao seu pagamento, não aquele que não o emitiu ou assinou que será parte ilegítima passiva em eventual execução para cobrança da quantia" (1º TACívSP, Ap. Cív. n. 363.1790-8, rel. Célio Filócomo, j. 1º/12/86).

"Apelação cível — Embargos do devedor — Execução visando a cobrar cheques de conta corrente conjunta — Responsabilidade de apenas um dos correntistas — Acolhimento da insurgência para afastar do pólo da contenda aquele que não foi responsável pela emissão do cheque.

"1. 'Tratando-se o cheque de cambial, onde a literalidade é indispensável, só se pode responsabilizar quem o subscreveu quer como emitente, quer como avalista ou endossador. Na conta corrente conjunta há solidariedade passiva do sacado, mas, não necessariamente dos co-titulares. Não havendo suficiente provisão de fundos, responde pelo não-pagamento apenas o correntista que subscreveu o cheque' (TJSC, Ap. Cív. n. 33.114, rel. Des. Amaral e Silva, in DJ de 31/5/91, págs. 10/11).

"2. 'A solidariedade da conta conjunta bancária vincula os correntistas apenas perante o banco, não perante beneficiários de cheques. Se apenas um dos correntistas emitiu o título, só ele está cambiariamente obrigado ao seu pagamento, não aquele que não o emitiu ou assinou, que será parte ilegítima passiva em eventual execução para cobrança da quantia' (RT 617/102)" (1ª CC, Ap. Cív. n. 97.011495-8, de Xanxerê, rel. Des. Orli Rodrigues, j. 27/10/98).

"Execução. Cheque sacado contra conta conjunta. Inexistência de solidariedade entre os correntistas. Exclusiva responsabilidade do emitente do cheque. Irrelevância de inexistência de qualquer transação subjacente entre o emitente e o portador do cheque. Impossibilidade de oposição, ao portador, de exceções afetas ao originário credor. Desnecessidade de notificação do emitente a respeito do endosso do cheque. Cessão de crédito não configurada. Embargos rejeitados.

"Inexiste solidariedade entre os titulares de conta bancária conjunta, no respeitante à responsabilidade pelo pagamento de cheque por um deles isoladamente emitido. Sendo o cheque título essencialmente formal, só aquele que o emite arca com as implicações decorrentes do não-pagamento" (1ª CC, Ap. Cív. n. 49.790, de Blumenau, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 28/11/95).

"Cheque — Conta conjunta — Embargos do devedor — Responsabilidade passiva — Execução intentada contra os titulares da conta conjunta — Título subscrito apenas por um dos correntistas — Ilegitimidade de parte passiva *ad causam* do titular que não

assinou o cheque — Embargos procedentes em parte — Recurso provido para esse fim" (Ap. Cív. n. 36.164, de Joinville, rel. Des. João Martins, j. 10/9/91).

"Cheque — Conta conjunta — Responsabilidade passiva — Execução movida contra o correntista que não subscreveu o título — Ilegitimidade passiva — Embargos procedentes — Recurso provido.

"A solidariedade que decorre da abertura de conta conjunta bancária é ativa. Inexiste, porém, essa mesma solidariedade perante terceiros em face aos cheques emitidos e não resgatados por insuficiência de fundos ou contra-ordem ao banco sacado. O cheque é título formal. Logo, somente o correntista que o subscreveu responde pelo seu não-pagamento" (4ª CC, Ap. Cív. n. 35.601, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 11/4/91).

"Conta conjunta — Cheque sem fundos emitido por um dos correntistas — Execução de ambos — Legitimidade passiva de quem não emitiu não configurada.

"Perante terceiros, só responde pelo pagamento de cheques, no caso de conta bancária conjunta, o correntista que o emitiu. Ajuizada execução de título extrajudicial em face dos correntistas, parte ilegítima passiva é aquele que não lançou sua assinatura nas cambiais, quer a ação tenha sido instruída com cheque sem suficiente provisão de fundos, quer com cheque cujo pagamento fora sustado, registrando-se, na hipótese, carência de ação. Apelação desprovida" (TAPR, Ap. Cív. n. 0095794-4, de Londrina, rela. Denise Arruda, j. 27/11/96, in DJPR 7/2/97).

A ausência de responsabilidade solidária do titular da conta não-emittente do cheque explicita a ilegitimidade passiva *ad causam* em eventual execução.

Na concepção de Teori Albino Zavascki, ao dissertar sobre o art. 568 do Código de Processo Civil, "sujeito passivo legítimo é aquele cujo patrimônio pode, por autorização da lei, ser submetido à execução".

De igual modo, não passa ao largo da percepção do prof. Ovídio A. Baptista da Silva que "a responsabilidade executória decorre diretamente de sua posição na relação de direito material formadora do título executivo" (Curso de Processo Civil, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pág. 65). Infere-se que "se a execução for de título extrajudicial, será sempre legitimado passivo aquele que figurar no documento negocial como devedor" (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil. 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, vol. II, pág. 48).

Portanto, se a regra é de que a legitimidade passiva, na eventualidade de ingresso de ação visante à percepção do valor inadimplido, restringe-se a quem subscreveu a cártula, é imperativo seja vedado o registro no SPC e similares do nome daquele que não a firmou. A observância pela instituição financeira de resoluções do Banco Central atinentes à matéria não descaracteriza a ilegalidade do ato, porque carentes de força jurídico-normativa.

Como pondera Antônio Carlos Efiging, a função seletiva dos cadastros de maus pagadores passou por um processo de desvirtuamento, tornando-se depreciativa e opressora. Co-

menta que "as instituições financeiras não têm observado com cautela os lançamentos de informações sobre consumidores nos seus arquivos de consumo, o que muitas vezes acaba acarretando danos irreparáveis aos consumidores vítimas desse tipo de erro. As informações contidas nos cadastros e bancos de dados não podem ser utilizadas indiscriminadamente, divulgadas sem critério. Sendo utilizadas as informações de forma abusiva, caracterizar-se-ia prática incompatível com o sistema de proteção do consumidor" (Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pág. 231).

Abordando o tema do abalo de crédito, o professor doutor Fernando Noronha acentua:

"É uma sub-espécie do dano à honra e reputação. Em geral, o abalo de crédito consiste na ofensa à reputação da pessoa, no âmbito das atividades econômicas. Tem um lado patrimonial e outro moral. Como dano extrapatrimonial, traduz-se, como se exprime Aguiar Dias (1995:2:741), 'na reputação psíquica, no desgosto experimentado pelo profissional, mais freqüentemente o comerciante, em consequência da ofensa à sua boa reputação.

(...)

"O abalo de crédito resulta com freqüência da divulgação de notícias tendenciosas relativas à situação econômica do lesado. São seus exemplos típicos e comuns na jurisprudência os de devolução indevida de cheque, com a indicação de não ter provisão, de protesto de título já pago e de inclusão indevida no cadastro de serviços

de proteção ao crédito" (Apostilas de responsabilidade civil, págs. 319/320).

A jurisprudência é pródiga em repudiar a "negativação" abusiva, condenando os responsáveis a reparar os danos morais daí decorrentes, com a dúplice finalidade de lenição e de punição:

"Responsabilidade civil. Inscrição indevida em órgão de proteção e restrição ao crédito. Danos materiais não comprovados. Danos morais. Presunção de ocorrência.

(...)

"A inscrição indevida em cadastros de proteção e restrição ao crédito ocasiona dano extrapatrimonial, cuja existência é presumida" (Ap. Cív. n. 98.018099-6, da Capital, rel. pelo Subscritor, j. 25/5/2000).

"Aplicação do art. 5º, X, da CF, e art. 159 do CC. Responde, a título de ato ilícito absoluto, pelo dano moral conseqüente, o estabelecimento bancário que, por erro culposo, provoca registro indevido do nome de cliente em central de restrições de órgão de proteção ao crédito" (TJSP, 2ª CC, Ap. Cív. n. 198.945-1/7, rel. Des. César Peluso, j. 21/12/93, *in* RTJE 120/203).

"A permanência indevida do nome no rol dos maus pagadores do SPC é razão para atingir a honrabilidade. Todo o mal causado ao ideal das pessoas, resultando em mal-estar, desgostos, aflições, interrompendo-lhes o equilíbrio psíquico, constituiu causa eficiente para a obrigação de reparar o dano moral" (TJRS, 3ª CC, Ap. Cív. n. 594125569, rel. Des. Flávio Pâncaro da Silva, j. 6/10/94, *in* JTJRS 168/381).

"Dano moral. Indenização. Nome inscrito no Serviço de Proteção ao Crédito (SPC).

"A inscrição indevida do nome no SPC gera indignação do ofendido pelo dano que lhe foi injustamente causado, o que deixa indubitado o dano moral" (JB 157/155).

Mais especificamente, co-lhe-se:

"Constitui abuso do estabelecimento bancário incluir nome da co-titular de conta corrente no cadastro dos emitentes de cheques sem fundo no BACEN, bem como sua apatia em excluí-la da relação, tomando as devidas providências, após a quitação dos documentos" (TARS, 6ª CC, Ap. Cív. n. 195061411, rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 29/6/95, *in* JTARS 96/306).

É insubsistente a assertiva de que não houve comprovação dos danos extrapatrimoniais, uma vez que, por afetarem bens especialmente caros, a reparação independe de prova de efetivos prejuízos morais, bastando ao lesado demonstrar a ocorrência de fatos que, presumivelmente, os acarretam. Nesse norte é o escólio de Bittar: "tem-se, de início, com respeito à contestação de dano, que a responsabilização do agente deriva, quanto aos morais, do simples fato da violação (*ex facto*), tornando-se, portanto, desnecessária a prova do reflexo no âmbito do lesado, ademais, nem sempre realizável. Contenta-se o sistema, nesse passo, com a simples causação, diante da consciência que se tem de que certos fatos atingem a esfera da moralidade coletiva, ou individual, lesionando-a (...) (*damnum in re ipsa*). Não se cogita, mais,

pois, de prova de prejuízo moral" (ob. cit., pág. 199).

"Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas conseqüências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto.

"Nesse sentido, ocorrido o fato gerador e identificadas as situações dos envolvidos, segue-se a constatação do alcance do dano produzido, caracterizando-se o de cunho moral pela simples violação da esfera jurídica, afetiva ou moral, do lesado. Ora, essa verificação é suscetível de fazer-se diante da própria realidade fática, pois, como respeita à essencialidade humana, constitui fenômeno perceptível por qualquer homem normal.

"É que as lesões morais derivam imediata e diretamente do fato lesivo, muitas vezes deixando marcas indeléveis na mente e no físico da vítima, mas outras sob impressões internas, imperceptíveis às demais pessoas, mesmo íntimas. São, de resto, as de maior amargor e de mais desagradáveis efeitos para o lesado, que assim pode, a qualquer tempo, reagir juridicamente" (ob. cit., pág. 202). O Superior Tribunal de Justiça proclamou:

"O banco que promove a indevida inscrição de devedor no SPC e em outros bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decorre dessa inscrição. A exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular" (4ª T., REsp n. 51.158-5, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 27/3/95, in DJU 29/5/95).

Na mesma linha:

"A negativação indevida no SPC, por si só, satisfaz a possibilidade de indenização por danos morais, sendo o dano à imagem, vertido na reação desgostosa suportada pelo autor, fato comprobatório dos danos sofridos, mormente quando há dificuldade no arbitramento dos danos materiais.

"É sabido que o SPC constitui-se em organização privada, que tem por fim lançar anátema e execração sobre aqueles que deixam de cumprir com alguma obrigação. Nela não se admite a contestação do débito ou qualquer escusa, pairando sobre os negativados a ignomínia de inadimplente que somente é levantada após burocrático e moroso processo.

"Irrelevante para o deslinde da *quaestio* a discussão se o autor passou ou não por situação vexatória em decorrência da negativação. O fato é que, se ele efetivamente ficou negativado indevidamente no SPC, tem direito a ser ressarcido" (Ap. Cív. n. 99.003454-2, de Joinville, rel. Des. Carlos Prudêncio).

E também:

"O indevido e ilícito lançamento do nome de alguém no Serviço de Proteção ao Crédito, conseqüenciando um efetivo abalo de crédito para o

inscrito, lança profundas implicações na vida comercial do negativado, irradiando, ao mesmo tempo, drásticos reflexos patrimoniais, acarretando-lhe vexames sociais e atentando, concomitantemente, contra os princípios de dignidade e de credibilidade, inerentes, de regra, a todo ser humano. Presentes esses elementos, configurado resulta, por excelência, o dano moral, traduzindo a indelével obrigação, para quem assim adua, de prestar indenização ao ofendido" (Ap. Cív. n. 49.415, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

No que respeita à importância devida a título de reparação, estipulada em cinqüenta vezes o valor total dos títulos (50x R\$ 3.065,21= R\$ 153.260,50), há de ser reduzida, adequando-se aos critérios de fixação declinados pela doutrina. Conforme já decidiu esta Corte, na Apelação Cível n. 96.007731-6, de Concórdia, em acórdão da lavra do Signatário:

"A fixação da verba reparatória do dano moral tem sido problema de árdua resolução, dada a dificuldade de estabelecer-se o *pretium doloris*. Assentada a reparabilidade desse tipo de dano, hoje com foro constitucional, longos embates doutrinários ainda se travam no afã de identificar os critérios para a estipulação das cifras devidas.

"Dentre outros, segundo a doutrina, a reparação dos danos morais deve lastrear-se nos seguintes fatores: a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante (cf. Prof. Fernando Noronha).

"Na prova do dano moral e das circunstâncias que influem na determinação do quantitativo a arbitrar, os juízes terão de recorrer às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, referidas no art. 335 do Código de Processo Civil.

"Em tema de danos morais, a responsabilidade do agente opera-se por força do simples fato da violação, dispensada a prova do prejuízo em concreto" (Ap. Cív. n. 51.150, de Santo Amaro da Imperatriz, j. 15/8/96 in JC 78/283).

Também:

"A indenização por dano moral é arbitrável mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa" (Ap. Cív. n. 99.003454-2, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Embora seja notória a pujança econômica da instituição financeira — sabendo-se que o valor reparatório deve infundir no lesante o temor necessário a fazê-lo não reincidir na prática de ofensas do mesmo jaez — a quantia equivalente a vinte vezes o valor total dos títulos é suficiente à efetivação do duplo desígnio de atenuar a dor moral e de punir o autor do dano.

3. Por todo o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, apenas para reduzir o *quantum* reparatório para vinte vezes o valor total dos títulos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos; vencido o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 3 de maio de 2002.

*Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins:

Trata-se de ação de reparação de dano promovida por Ernani Sertório Cunha em face de Banco Bradesco S.A., em que busca a indenização por dano moral em decorrência de inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, apesar da emissão dos cheques por terceira, sua ex-esposa.

A colenda Quarta Câmara Civil decidiu por maioria de votos reduzir o valor da indenização de 50 para 20 vezes o *quantum* do total dos títulos emitidos.

Ousei divergir da douta maioria conforme adiante exposto, por interpretar que o valor deveria ser correspondente a 10 vezes a soma do total dos títulos.

Traz-se à colação precedente específico sobre o *quantum* do dano moral no caso de título indevidamente protestado, em Apelação Cível n. 99.011959-9, de Piçarras, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara Civil, j. 10/5/2001:

“Acerca da matéria, com propriedade adverte o Desembargador Décio Erpen, do Rio Grande do Sul, que ‘a indenização a título de dano moral inegavelmente existe, mas deve sofrer os temperos da lei e da vida. Sua incidência há que se dar numa faixa dita tolerável. Se o dano causado, injustamente a outrem, integra uma faixa da ruptura das relações sadias, a reparação do mesmo não pode servir

de motivo para se gerar mais uma espécie de desagregação social’ (RT 758/51).

“Também não pode ser fonte de enriquecimento, conforme alerta o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: ‘A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso’ (REsp n. 171.084)”.

Acerca da quantificação do dano moral, Cláudio Antônio Soares Levada em *Liquidação de danos morais*, Campinas: Copola Livros, 1995, págs. 76/78, recomenda que sejam considerados alguns aspectos como p. ex., “a necessidade de se exprimir a natureza indenizatória do dano moral puro, despido da análise dos reflexos indiretos, de caráter patrimonial, considerando o juiz os motivos, circunstâncias e conseqüências da ofensa para uma análise da gravidade objetiva e subjetiva da lesão moral de forma plena, examinando-se não apenas a repercussão da ofensa como também a situação de fato que a motivou e o grau de culpa com que agiu o ofensor”.

Destaca “a influência da situação social, cultural e econômica de

ofensor e da vítima para que haja uma equivalência entre dano e a reparação correspondente”.

Revela no texto sua preocupação com a fixação de limites de modo a evitar-se a “*a cominação de valores irrisórios, que nada signifiquem economicamente ao ofensor, tornando impune, na prática, o mal injustamente causado à vítima como também o locupletamento excessivo, o enriquecimento sem causa da vítima — ou de sua família — ao eventualmente receber valores absurdamente desproporcionais à ofensa sofrida*”.

Sabe-se que a indenização do dano moral tem caráter não apenas compensatório mas igualmente sancionatório, configurando-se como uma pena civil “que desestimule, que iniba práticas semelhantes” (*op. cit.*, págs. 80/81).

Logo, no arbitramento do *quantum debeatur*, o montante estabelecido pelo juiz deve mostrar-se “ao menos razoavelmente proporcional à gravidade e às repercussões da ofensa perpetrada” (*op. cit.*, pág. 83).

Contudo, na fixação da verba indenizatória pelo dano moral puro, ao

mesmo tempo em que o juiz não deve considerar os reflexos indiretos de caráter patrimonial, precisa estar atento aos motivos, às circunstâncias e às conseqüências da ofensa, bem assim à situação de fato e o grau de culpa com que agiu o ofensor, para, numa perspectiva de proporcionalidade, estipular o valor da compensação que seja equivalente ao dano sofrido.

O colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em tema semelhante, estabeleceu a indenização em 10 (dez) vezes o valor da cártula (cf. Ap. Cív. n. 597.038.900, DJRS, 15/8/97, em DAROLD, Ermínio Amarildo. Protesto Cambial: duplicata e boleto. Curitiba: Juruá, 1998, pág. 115).

A estipulação do *quantum debeatur* em 10 (dez) vezes o valor total dos títulos é a solução mais razoável à espécie, pois correspondente à proporcionalidade entre a gravidade do dano e as repercussões da ofensa.

É a declaração de voto.

Nelson Schaefer Martins

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.017765-0, DE BRAÇO DO NORTE

Relator: Des. Trindade dos Santos

Cobrança — Cheque prescrito para fins de execução — Ação de enriquecimento (art. 61, Lei do Cheque) — Indispensabilidade de identificação da causa debendi — Providência não atendida — Extinção da ação — Apelo, para tanto, provido.

A prescrição chéquica, para fins executivos, não faz perecer o direito documentado, restando ao credor, para haver o valor do débito, a ação de enriquecimento prevista no art. 61 da Lei do Cheque e a ação

causal. Prescrita a ação de locupletamento, qualquer ação que vise à cobrança do cheque, seja qual for o nomen juris que se lhe dê, é ação causal. E a causa de pedir desta, pressuposto indispensável à possibilidade jurídica do pedido, não é o cheque em si, mas sim a relação negocial que deu ensejo à emissão do título, pelo que a causa subjacente dessa emissão impõe-se devidamente detalhada pelo credor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.017765-0, da comarca de Braço do Norte, em que é apelante Tarcísio Buss, sendo apelada Irmãos Oenning Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para extinguir a ação monitória.

Custas de lei.

I — Relatório

Irmãos Oenning Ltda. ajuizou ação monitória em desfavor de Tarcísio Buss pleiteando a cobrança de cheque emitido em 7 de janeiro de 1995, no valor de CR\$ 5.400,00 (cinco mil e quatrocentos cruzeiros reais). Como a unidade em que foi preenchida a cártula já não mais subsiste em nossa economia, valorou a causa em reais, utilizando a mesma cifra aposta originalmente, apenas substituindo a respectiva unidade, mantendo o mesmo valor para o montante da obrigação.

Nos embargos que ofereceu, o requerido argüiu, em preliminar, a inépcia da inicial, dada a inexistência de requerimento para a sua citação, conforme determina o art. 282 do CPC, e, também, pelo fato de não haver, na exordial, sido declinada a *causa debendi* que envolveu a emissão

do documento de crédito que instruiu o pedido. Invocou, outrossim, a prescrição do cheque, eis que passado há mais de quatro anos antes da protocolização da inicial, implicando, por conseguinte, falta de interesse de agir, uma vez que a monitoria não se presta a cobrar dívida prescrita. Por último, argumentou que, embora pedindo a satisfação do débito corrigido monetariamente, não acostou o postulante aos autos a planilha de cálculo demonstrativo da atualização do valor do débito.

Equacionando o litígio a si submetido, o MM. Juiz *a quo* rejeitou a preliminar de inépcia da vestibular, já que o acionado apresentou embargos no prazo legal, convalidando com isso a sua citação e eliminando qualquer possibilidade de prejuízo ao seu direito. Afastou a necessidade de declinação da *causa debendi* autorizatória da emissão do cheque em questão, em face da autonomia cambial do título, afirmando que, mesmo prescrito o cheque, permanece o título como prova escrita apta a embasar a monitoria. Sendo assim, também afastou a alegação de falta de interesse de agir por parte da demandante, posto ser a ação aforada o meio processual hábil à obtenção da satisfação do seu crédito, concluindo que, não apresentando prova do pagamento, nem a ele se referindo, acabou o acionando por admitir que está, de fato, em débito com a

autora. Acolheu, portanto, a proposição contida na vestibular, condenando o embargante ao pagamento do valor pleiteado, acrescido de correção monetária desde a data do vencimento da obrigação e juros legais desde a citação, além das custas judiciais. Fixou os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da causa.

Irresignado com a sentença que lhe foi adversa, interpôs o réu recurso de apelação, reeditando, em suas razões, as alegações de ausência de requerimento para citação do réu, *causa debendi* não declinada, prescrição do cheque e falta do interesse de agir, como autorizadores da extinção do feito.

Contra-arrazoando, afirmou a apelada que a falta do pedido de citação do réu não o prejudicou, que a causa da dívida não precisa ser argüida já que a inicial vem instruída com prova escrita que a confirma — cheque —, embora sem eficácia executiva, possuindo ela interesse de agir, posto estar residindo em juízo na busca da satisfação de seu crédito. Alegou, outrossim, que o apelante não apresentou nenhum indício de prova apta a desconstituir a obrigação objeto da ação.

II — Voto

Prosperável evidencia-se a postulação recursal deduzida nestes autos.

Na insurgência que manifestou, o apelante faz alusão às preliminares de inexistência de requerimento para sua citação, falta de interesse de agir, omissão dos demonstrativos de evolução da dívida, causa da dívida

não demonstrada e prescrição do título exequendo.

Enquanto isso, no mérito, alega que nada deve à apelada, já que prescrita a ação própria para cobrar o cheque, e que nada pode argumentar em seu favor, uma vez que, não declinando a *causa debendi*, a apelada prejudicou-lhe a defesa.

Compulsando-se os autos, observado atentamente o título objeto da demanda monitória instaurada pela recorrida, conclui-se proceder a argumentação referente à prescrição da ação, merecendo o apelo acolhimento neste particular.

Ocorre que a cártula na qual se sedimentou o pedido injuntivo formulado foi emitida em 7 de janeiro de 1995, tendo sido ajuizado o presente feito no dia 11 de fevereiro de 1999, transcorrido, destarte, prazo bastante superior a dois anos a partir do término do lapso temporal assinalado pela lei para a apresentação, ao sacado, do cheque em questão, prazo de dois anos esse dentro do qual, obrigatoriamente, poderia ser ajuizada a ação de enriquecimento prevista na Lei n. 7.357/85, conhecida como Lei do Cheque.

Vejam-se os dispositivos pertinentes da refalada Lei do Cheque:

"Art. 59 — Prescrevem em 6 (seis) meses, contados da expiração do prazo de apresentação, a ação que o artigo 47 desta Lei assegura ao portador.

"Parágrafo único — (...)"

"Art. 61 — A ação de enriquecimento contra o emitente ou outros obrigados, que se locupletaram injustamente com o não-pagamento do cheque, prescreve em 2 (dois) anos,

contados do dia em que se consumar a prescrição prevista no art. 59 e seu parágrafo desta Lei".

"Art. 62 — Salvo prova de noção, a emissão ou a transferência do cheque não exclui a ação fundada na relação causal, feita a prova do não-pagamento".

Examinando-se a situação detectada nos autos presentes à luz dos transcritos preceitos legais, observa-se que prescrita está a ação executiva, já que passados mais de seis meses do término do prazo de apresentação do cheque. Igualmente prescrita está a ação de enriquecimento, dado o escoamento do lapso temporal de mais de dois anos contado do dia em que se consumou a prescrição executiva do título.

Nesse contexto, restaria à credora, apenas e somente, o uso de ação de índole causal para a salvaguarda de seu direito creditício.

Escolhido tanto o rito monitório quanto o ordinário, excluído portanto o sumário executivo, toda ação que se fundamenta na mera posse do cheque como fato jurídico criador do direito de crédito há que ser entendida como ação de enriquecimento, com fundamento na Lei do Cheque.

É, exatamente, o caso vertente!

Entretanto, aqui, a relação originária do débito, que ensejou a emissão do título exequendo, não veio à tona como elemento a embasar o direito pleiteado, fundamentado o pedido unicamente na apresentação em juízo do cheque não pago. É clara portanto a característica cambial desta ação.

Irrelevante o *nomen juris* apresentado pela apelada na vestibular, eqüivale esta ação à de enriquecimento comentada anteriormente, estando, portanto, prescrita.

Entretanto, o que prescreveu, reiterar-se, foi a ação cambial de enriquecimento, em que apenas o cheque, dadas suas características de literalidade e certeza, está apto a provar o direito do portador.

Decorrido o prazo prescricional da ação de locupletamento, restava à apelada, reiterar-se, unicamente a ação causal, ou seja, aquela que se fundamenta no negócio que originou a cártula, do qual o cheque apresentado configura-se somente como prova.

A diferença entre ambas, ressalta-se, não é o rito escolhido, seja monitório ou ordinário, mas a causa de pedir.

Nas ações de enriquecimento, a causa de pedir é o próprio título, mesmo desprovido de executoriedade, acaso já decorrido o prazo do antes transcrito art. 59 da Lei n. 7.357, hipótese em que a mera existência do título é hábil para provar a existência da dívida, com a sua posse pelo credor comprovando, por si só, a falta do pagamento.

Diferentemente, na ação causal incumbe ao autor comprovar de forma eficaz o seu direito, impondo-lhe a lei que historie com suficiência a relação negocial que redundou na emissão da cártula. A *causa petendi*, na ação de natureza causal, não é mais a mera posse do título, mas o débito decorrente de uma obrigação inadimplida, fruto de um prévio negócio jurídico que deve ser provado.

Nesta situação, o cheque configura-se como mero elemento probatório de que houve relação negocial entre emitente e portador, desprovido, entretanto, da presunção de veracidade de que gozava anteriormente ao decurso do prazo prescricional do art. 62 da mesma lei, podendo ser amplamente contestado pela parte adversa.

Por ser fundada num direito pessoal, não mais cambiário, prescreve a ação causal no prazo de vinte anos, consoante determina o art. 177 do Código Civil.

Abordando aprofundadamente o assunto, Paulo Sérgio Restiffe e Paulo Restiffe Neto observam:

"A prescrição chéquica na verdade retira a executoriedade do título, mas não o direito nele documentado (art. 131 do Código Civil). Esse é o fenômeno que explica a subsistência de outras duas demandas: a ação de locupletamento (cambiariforme, mas não de eficácia executiva, que é a prevista no art. 61) e a ação causal, fundada esta última na relação jurídica que deu origem à emissão do cheque (art. 62). Nesta, a causa de pedir pelo credor remonta ao negócio subjacente, servindo o cheque impago (*pro solvendo*) como elemento de prova, e o prazo é, em princípio, o vintenário de prescrição das ações comuns, de conformidade com o Código Civil; já a pretensão de locupletamento contra o emitente em detrimento do credor tem na falta de pagamento do cheque o seu pressuposto, e o prazo é bienal de prescrição. Essas são as distinções entre ambas" (Lei do Cheque, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000).

Da mesma forma, Fábio Ulhoa Coelho, discorrendo sobre a prescrição da ação de enriquecimento e da subsistência da ação causal, assim leciona:

"Após a prescrição das ações cambiais, será ainda possível ao portador do cheque sem fundos promover a ação causal (LC, art. 62), para fins de discutir as obrigações decorrentes da relação originária" (Curso de Direito Comercial. 4ª ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2000).

Em situação semelhante à dos autos e em conformidade com o entendimento doutrinário supracitado, assim se pronunciou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

"Ação monitória — Embargos — Cheques prescritos — Ação de enriquecimento — *Causa debendi* — Ônus da prova.

"Escolhendo o credor, para a satisfação de seu crédito, o caminho do procedimento injuntivo, estará dispensado de deduzir a *causa debendi* do cheque prescrito, se a ação vier a ser proposta até dois anos após o decurso do prazo previsto no art. 59 da Lei n. 7.357/85 ('ação de enriquecimento' (art. 61), sob o rito previsto no art. 1.102a do CPC). Se decorridos esses dois anos, intentar, para o mesmo fim, também a ação monitória, aí sim, a respectiva inicial deverá narrar a origem do título, que, neste caso, constitui apenas começo de prova escrita da ação de cobrança proposta nos termos do art. 1.102a do CPC.

"Apresentando o autor prova formal de seu crédito (cheques prescritos), ao réu é que incumbe demonstrar a ocorrência de qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito incorporado naqueles títulos" (Ap. Cív. n.

1998.011052699-7, rel. Des. Mario Machado, j. 28/6/2001).

Do corpo do acórdão colhe-se:

"A diferença fundamental entre ambas, destarte, reside no *onus probandi*. Enquanto na 'ação de locupletamento' o próprio cheque basta como prova do fato constitutivo do direito do autor, incumbindo ao réu provar a falta de causa do título, na 'ação de cobrança' necessário se faz que comprove o autor o negócio jurídico gerador do crédito reclamado.

"A assim chamada 'ação de locupletamento' tem, portanto, caráter diverso da ação de cobrança, visando aquela à constituição de título executivo judicial que restabeleça a força executiva do cheque, partindo de um locupletamento presumido".

Do Superior Tribunal de Justiça, registrem-se os seguintes arestos:

"Comercial — Processual civil — Ação de enriquecimento — Prescrição.

"Prescreve em dois anos a ação de enriquecimento contra o emitente de cheque que, de seu valor, se tenha locupletado" (REsp n. 21.536-9, rel. Min. Dias Trindade, j. 14/12/93).

"Processo civil — Distinção entre ação de cobrança fundada na relação jurídica negocial que gerou o cheque e a 'ação de locupletamento' — Prescrição — Arts. 61 da Lei n. 7.357/85 e 177, CC — Recurso provido.

"A 'ação de locupletamento', de que fala o art. 61 da Lei n. 7.357/85, e a ação de cobrança fundada no cumprimento de negócio jurídico do qual se originou o cheque, não se confundem, prescrevendo aquela no prazo fixado pelo próprio dispositivo mencionado e esta no prazo estipulado pelo

art. 177, CC, para as ações pessoais" (REsp n. 36.590-2, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21/6/94).

"Cheque — Ação ordinária de indenização — Prescrição.

"A ação ordinária de indenização fundada na prática de ato ilícito (art. 159 do Código Civil), cuja responsabilidade foi estendida ao réu por força do art. 1.521, I, do Código Civil, onde se pretende a reparação do dano causado pela emissão de cheques sem fundos, tem pressupostos próprios que a distinguem da ação de locupletamento ilícito prevista na Lei n. 7.357/85, e por isso a pretensão daquela prescreve não em dois anos, mas no prazo longo reservado às ações pessoais (art. 177 do Código Civil).

"Recurso não conhecido" (REsp n. 196.643, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 23/2/99).

De modo idêntico, este tribunal já emitiu pronunciamentos a respeito da matéria.

E conforme se infere das ementas a seguir apresentadas, o mesmo entendimento aqui esposado tem sido adotado em casos semelhantes:

"Ação de cobrança — Compra e venda — Cheque emitido por terceiro — Legitimidade passiva — Prescrição.

"1. (...)

"2. Prescreve em dois anos a ação para cobrança, pelas vias ordinárias, de dívida representada por cheque (Lei n. 7.357/85, art. 61)" (Ap. Cív. n. 98.014992-4, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Newton Trisotto).

"Ação de cobrança — Lei n. 7.357/85, art. 61 — Cheque — Prescrição.

'A ação ordinária de enriquecimento ilícito contra o emitente de cheque, cuja ação executiva se encontra prescrita, é de 2 anos, contados da data desta prescrição, conforme art. 61 da Lei n. 7.357/85 que, por ser norma especial, se sobrepõe à de direito comum do art. 177 do Código Civil, só aplicável em casos não expressos excepcionalmente' (TJDF, RJ 234/63)" (Ap. Cív. n. 98.007922-5, de Sombrio, rel. Des. Newton Trisotto).

A prescrição cumpre o papel de harmonização da teia jurídica. A mera possibilidade de ação perturba essa teia afetando a segurança jurídica de todos os envolvidos na demanda. É em nome do restabelecimento dessa segurança que age a prescrição.

Também não é desarrazoado caracterizar a prescrição como uma espécie de pena imposta àqueles que se descuidam com seu próprio direito. No caso dos autos, registre-se em reforço, nem sequer foi apresentado ao sacado o cheque *sub judice*.

Ora, a credora, detendo a posse do título, eximiu-se de demandar seu direito nos prazos corretos, sofrendo os prejuízos de restar-lhe, a cada prazo prescricional que fluía, ações de conhecimento cada vez mais exauriente e, muitas das vezes, de procedimento mais vagaroso. É o caso da execução, monitória e ordinária, nesta ordem.

Aplica-se a este caso o antigo provérbio italiano: *Chi dorme non piglia pesce* (Quem dorme não pega peixe).

No meio jurídico, costuma-se citar um brocardo latino semelhante a este ditado: *Dormientibus non succurrit ius* (O Direito não socorre os que dormem).

Portanto, já que prescrita a ação intentada pela apelada dado o decurso do prazo a que se refere a Lei do Cheque, merece provimento, neste particular, o recurso interposto, restando desnecessária a análise das demais alegações, eis que prejudicadas.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, dar provimento ao recurso para reconhecer o decurso do prazo prescricional para o exercício de ações não causais, o que gera a extinção da postulação monitória nestes autos deduzida.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cercato Padilha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 23 de maio de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente;

Trindade dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.000200-3, DE ARARANGUÁ

Relator: Des. Newton Trisotto

Energia elétrica — Contrato de fornecimento — Demanda contratada superior ao consumo efetivo — Ausência de prova documental do pedido de revisão — Departamento nacional de energia elé-

trica (DNAEE) — Agência nacional de energia elétrica (Aneel) — Fraude no consumo — Apuração do montante devido — Cálculo por estimativa.

1. Os efeitos do contrato de fornecimento de energia elétrica celebrado com a concessionária operam-se desde o momento em que o serviço é disponibilizado ao consumidor. Sendo de adesão o contrato, a ligação da energia elétrica submete, por si só, o consumidor às "condições gerais de fornecimento" prescritas na Resolução n. 456/00 da Agência Nacional de Energia Elétrica — Aneel (art. 2º, XXV).

2. Nos contratos celebrados com os consumidores classificados no Grupo "A" — aqueles com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3kW (Resolução Aneel n. 456/00) — o montante devido corresponderá ao da demanda contratada e não ao do efetivo consumo, salvo se este for superior.

3. Provado que o medidor de consumo de energia elétrica foi violado e descalibrado, o quantum debeat ser apurado em conformidade com os critérios estabelecidos na Portaria DNAEE n. 466/97 (art. 51). Ao consumidor cumpre demonstrar que esses critérios não foram observados e/ou que o cálculo não está correto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.000200-3, da comarca de Araranguá (1ª Vara), em que é apelante Cepasa — Cerâmica Pagé Ltda. e apelada Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. (Celesc):

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cepasa — Cerâmica Pagé Ltda. ajuizou ação declaratória c/c repetição de indébito, ação declaratória de inexigibilidade e anulabilidade de

fatura de energia elétrica e ação cautelar inominada contra Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. (Celesc), narrando na petição inicial da primeira demanda:

"Como já dito na medida cautelar inominada, processo n. 626/94, a este apenso, a requerente é consumidora de energia elétrica fornecida pela requerida, sendo que dada a sua atividade cerâmica, bem como a sua potencialidade, é a consumidora de maior expressão do Vale do Araranguá.

"Com o alto custo no preço da energia elétrica, bem como as dificuldades que nos últimos anos vem passando o setor, a empresa se viu obrigada a reduzir o seu consumo, tendo, para isto, desativado sua produção de lajotas glaseradas, mantendo-se,

tão-somente, na fabricação de pisos cerâmicos, tipo monoqueima. Optou, ainda, em operar melhor seus equipamentos através de um trabalho feito por uma equipe especializada com sede na cidade de Curitiba/PR, conforme comprova a documentação anexa, sendo que do trabalho realizado a empresa conseguiu em muito diminuir o seu consumo, fazendo com que, por meio deste trabalho, mantivesse a mesma produção de pisos, com menor consumo.

"No entanto, todo este esforço da requerente de nada tem adiantado, uma vez que a requerida, sob alegação de demanda contratada, continua exigindo da requerente, nas faturas mensais, a quantia de 635kW, quando o consumo medido chega, às vezes, a ser inferior a 50% (cinquenta por cento).

"De início, é conveniente salientar que apesar da denominação demanda contratada, em verdade, não existe contrato de fornecimento de energia elétrica entre as partes, onde a requerente tenha acordado na demanda de 635kW, razão pela qual entende não estar obrigada a cumprir com esta exigência da Celesc.

"Várias foram as tentativas extrajudiciais no sentido da redução da quantia correspondente à demanda, restando inexitosa todas as tentativas, dada a intransigência dos dirigentes da Celesc, que por ocuparem cargos políticos não demonstram muito empenho em evitar uma lide de proporções como a presente.

"Não restando outra alternativa, a requerente busca a tutela jurisdicional, pois sente-se lesada ao ser compelida ao pagamento de valores

correspondentes às faturas de energia elétrica, tendo pleno conhecimento de não ter consumido o equivalente.

"Com o alto custo de energia elétrica, a empresa requerente não pode honrar as faturas mensais, fato que, a meses, encontra-se em atraso com o pagamento junto a Celesc. Ademais, a Celesc não aceita o pagamento da demanda medida, exigindo a demanda contratada, o que aumenta o valor da fatura em quase 40% (quarenta por cento).

"A Constituição Brasileira, no inciso II do artigo 5º, ao falar dos direitos individuais, prescreve que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Tal princípio, é corroborado pelo inciso XX, do mesmo artigo que diz que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

"Tem a presente o objetivo de ver declarado por este Juízo, a inexistência de obrigação por parte da requerente, ao pagamento de valores acima do realmente consumido, ante a inexistência de contrato de fornecimento entre as partes, e que estipula a demanda exigida, sob a alegação demanda contratada de 635kW.

"Visa, ainda, a presente à restituição dos valores comprovadamente pagos a maior, nos termos do artigo 964 do Código de Processo Civil, que prescreve que todo aquele que recebeu o que não era devido, fica obrigado a restituir.

"A perícia contábil é necessária para o presente feito, pois mostrará com toda saciedade a diferença existente entre demanda medida e demanda contratada".

Ofertadas as contestações e as réplicas, o Juiz Júlio César Ferreira de Melo reuniu os processos. Em seguida, prolatou sentença, registrando na sua parte dispositiva:

"Ante o exposto:

"1) Julgo improcedente o pedido formulado por Cepasa Cerâmica Pagé Ltda., na presente Ação Declaratória de Inexigibilidade e Anulabilidade de Fatura de Energia Elétrica n. 496003125.9 contra Celesc — Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A., para, em consequência, condenar a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$1.000,00, *ex vi* do disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

"2) Julgo improcedente o pedido formulado por Cepasa Cerâmica Pagé Ltda., na presente Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito n. 496003124.0 contra Celesc — Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A., para, em consequência, condenar a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$1.000,00, *ex vi* do disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

"3) Julgo improcedente o pedido formulado por Cepasa Cerâmica Pagé Ltda., na presente Ação Cautelar Inominada n. 496003081.3 contra Celesc — Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A., para, em consequência, condenar a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 1.000,00, *ex vi* do disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil".

A vencida interpôs recursos de apelação, sustentando, em síntese,

que: a) com o julgamento antecipado da lide lhe foi cerceado o direito à ampla defesa; b) nula é a sentença, por falta de fundamentação; c) não tendo sido anulado o processo, deve ser reformada a sentença e declarada a "inexistência de obrigação da apelante ao pagamento da demanda contratada de 635kW, uma vez que inexistente contrato entre as partes, e, em consequência, que seja a apelada condenada a restituir todos os valores cobrados a mais, que poderão ser encontrados em liquidação de sentença"; d) seja "declarada a inexigibilidade e anulabilidade das faturas de energia elétrica *sub judice* no processo n. 496003125-9"; e) seja julgada "procedente a medida cautelar inominada, uma vez que presentes os seus requisitos legais".

Os recursos foram processados e autuados separadamente (n. 2001.000200-3, Ação de Repetição de Indébito; n. 2000.000199-6, Ação de Inexigibilidade e Anulabilidade de Fatura; e n. 2000.000210-0, Ação Cautelar).

A apelada deixou transcorrer *in albis* o prazo para respondê-los.

II — Voto

1. O litígio tem origem no fornecimento de energia elétrica.

Questiona a autora a obrigação de pagar pela energia elétrica colocada à sua disposição, independentemente do efetivo consumo. A *questio* tem relação com a denominada demanda contratada. Permito-me breve digressão a respeito da legislação que trata da matéria.

1.1. As "condições gerais de fornecimento de energia elétrica a serem observadas tanto pelas concessio-

nárias e permissionárias quanto pelos consumidores" foram consolidadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) na Resolução n. 456, de 29/11/2000.

Os consumidores de energia elétrica foram agrupados em oito classes: I — Residencial; II — Industrial; III — Comercial, serviços e outras atividades; IV — Rural; V — Poder público; VI — Iluminação pública; VII — Serviço público; VIII — Consumo próprio (art. 20).

Os consumidores também foram divididos em dois grupos:

"Grupo 'A': grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento de tensão igual ou superior a 2,3kW, ou, ainda, atendidas em tensão inferior a 2,3kW a partir de sistema subterrâneo de distribuição e faturadas neste grupo nos termos definidos no art. 82, caracterizado pela estruturação tarifária binômia e subdividido nos seguintes subgrupos:

"a) Subgrupo A1 — tensão de fornecimento igual ou superior a 230kW;

"b) Subgrupo A2 — tensão de fornecimento de 88kW a 138kW;

"c) Subgrupo A3 — tensão de fornecimento de 69kW;

"d) Subgrupo A3a — tensão de fornecimento de 30kW a 44kW;

"e) Subgrupo A4 — tensão de fornecimento de 2,3kW a 25kW;

"f) Subgrupo AS — tensão de fornecimento inferior a 2,3kW, atendidas a partir de sistema subterrâneo de distribuição e faturadas neste Grupo em caráter opcional.

Grupo 'B': grupamento composto de unidades consumidoras com

fornecimento em tensão inferior a 2,3kW, ou, ainda, atendidas em tensão superior a 2,3kW e faturadas neste Grupo nos termos definidos nos arts. 79 a 81, caracterizado pela estruturação tarifária monômia e subdivididos nos seguintes subgrupos:

"a) Subgrupo B1 — residencial;

"b) Subgrupo B1 — residencial baixa renda;

"c) Subgrupo B2 — rural;

"d) Subgrupo B2 — cooperativa de eletrificação rural;

"e) Subgrupo B2 — serviço público de irrigação;

"f) Subgrupo B3 — demais classes;

"g) Subgrupo B4 — iluminação pública" (art. 2º, itens XXII e XXIII).

Prescreve o art. 23 da Resolução n. 456/00 que "o contrato de fornecimento, a ser celebrado com consumidor responsável por unidade consumidora do Grupo 'A', deverá conter, além das cláusulas essenciais aos contratos administrativos, outras que digam respeito a:

"I — identificação do ponto de entrega;

"II — tensão de fornecimento;

"III — demanda contratada, com respectivos cronogramas e, quando for o caso, especificada por segmento horo-sazonal;

"IV — energia elétrica ativa contratada, quando for o caso;

"V — condições de revisão, para mais ou para menos, da demanda contratada e/ou da energia elétrica ativa contratada, se houver;

"VI — data de início do fornecimento e prazo de vigência;

"VII — horário de ponta e de fora de ponta, nos casos de fornecimento segundo a estrutura tarifária horo-sazonal;

"VIII — condições de aplicação da tarifa de ultrapassagem;

"IX — critérios de rescisão; e

"X — metas de continuidade, com vistas a proporcionar a melhoria da qualidade dos serviços, no caso de contratos específicos".

1.2. O conceito de demanda contratada está inscrito na resolução em referência. Constitui a "demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW)" (art. 2º, IX).

As cláusulas acima reproduzidas e a adoção do sistema de demanda contratada têm sua razão de ser. Os investimentos para geração e transmissão de energia elétrica são extremamente elevados. Longo é o prazo para construção de usinas hidrelétricas ou termelétricas. A energia elétrica não vendida, a "sobra", resulta em prejuízo à empresa geradora, prejuízo que se refletirá no custo do kW. Por outro lado, a distribuidora não pode correr o risco de deixar faltar energia elétrica. A oferta e a demanda devem estar razoavelmente equilibradas. No tocante aos pequenos consumidores, aqueles que se encontram no Grupo "B", é previsível a quantidade de kW que deverá distribuir; as variações não são significativas. Em relação àqueles do Grupo "A", não há evitar o

sistema de demanda contratada. Os kW contratados são postos à disposição do consumidor, que pagará por eles independentemente do consumo efetivo. Sobre o tema colaciono precedentes desta Corte:

"Demanda é o número de kW/h posto à disposição, haja ou não o consumo do mesmo. Assim, o consumidor pagará, além do consumo efetivo, também algo pela energia não utilizada, mas posta a sua disposição. O encargo da demanda baseia-se em dado fornecido sobre o máximo de uso de carga durante certo período, devendo, por conseguinte, estar preparada a concessionária para fornecer energia, dentro daquela exigência, ao consumidor" (Ap. Cív. n. 21.884, Des. Protásio Leal, in JC 48/188).

"Energia elétrica. Contrato de fornecimento. Tarifa. Demanda. Consumo. Quando a concessionária — Celesc — assume compromisso de pôr à disposição da cooperativa de eletrificação um número certo de quilowatts/hora, haja ou não consumo dos mesmos, estes são indenizáveis" (Ap. Cív. n. 21.879, Des. May Filho).

De acordo com a resolução, o contrato de fornecimento de energia elétrica deverá conter "condições de revisão, para mais ou para menos, da demanda contratada e/ou da energia elétrica ativa contratada, se houver" (art. 23, V). Para alteração de estrutura tarifária, pode o consumidor "optar pelo retorno à estrutura tarifária convencional, desde que seja verificado, nos últimos 11 (onze) ciclos de faturamento, a ocorrência de 9 (nove) registros, consecutivos ou alternados, de demandas medidas inferiores a 300kW" (Resolu-

ção n. 456/00, art. 53, § 1º). Prescreve a resolução, ainda, que a concessionária deverá "renegociar o contrato de fornecimento, a qualquer tempo, sempre que solicitado por consumidor que, ao implementar medidas de conservação, incremento à eficiência e ao uso racional da energia elétrica, comprováveis pela concessionária, resultem em redução da demanda de potência e/ou consumo de energia elétrica ativa" (art. 24).

Essas exigências foram abrangidas pela Celesc. É o que se infere da cláusula décima do contrato padrão de fornecimento de energia elétrica (Deliberação Colegiada da Diretoria da Celesc n. 189/01).

1.3. Por derradeiro, observo que a Resolução n. 456/00 foi editada posteriormente à interposição do recurso. Anteriormente, o contrato de fornecimento de energia elétrica era regulado pelas Portarias DNAEE ns. 277/85 e 466/97, que já continham os mesmos princípios acima referidos.

2. Na ação declaratória c/c repetição de indébito (Ap. Cív. n. 2000.000200-3), sustenta a autora que o seu efetivo consumo de energia elétrica é de aproximadamente 50% (cinquenta por cento) do correspondente ao valor que lhe é mensalmente cobrado.

A circunstância de não haver contrato escrito é irrelevante, pois o consumidor de energia elétrica submete-se às condições estabelecidas na Resolução n. 456/00 (e, anteriormente, às condições das Portarias DNAEE ns. 277/85 e 466/97). Os efeitos do pacto de fornecimento de energia elétrica ajustado com a concessionária operam-se desde o momento

em que o serviço é disponibilizado ao consumidor.

Cumpra observar que "os contratos de fornecimento de energia elétrica, por serem tipicamente de adesão, são regidos ainda por normas constantes em portarias, decretos, leis e demais atos emanados do poder público concedente, cumprindo ao Judiciário o controle da legalidade e abuso de poder dos acréscimos ditados por tais normas, que só por se tratar de regras inseridas em pacto de adesão não devem ter sua legalidade questionada ao argumento de que não foram previamente discutidas refugindo do âmbito da legalidade" (Ap. Cív. n. 45.774, Des. Anselmo Cerello).

Disse a apelante que "várias foram as tentativas extrajudiciais no sentido da redução da quantia correspondente à demanda, restando inexitosas todas as tentativas" (Autos da Ap. Cív. n. 2000.000200-3, fl. 4). O direito à revisão do contrato é previsto nos arts. 23 e 24 da Resolução n. 456/00. Porém, não provou — e somente prova documental seria admissível — que requereu à Celesc a revisão do contrato, observados os ditames legais, ou que o pedido lhe tenha sido negado. Esclareceu a ré que o pleito seria indeferido em razão da mora da autora (Autos da Ap. Cív. n. 2000.000200-3, fls. 196/7). Esta recusa tem amparo no art. 4º da Resolução n. 456/00 e no item c da Cláusula Décima do Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica da Celesc, que assim dispõe: "A redução das demandas contratadas, por unidade consumidora, poderá ser concedida a critério da Celesc, desde que atendidas, cumulativamente, as seguintes condições:

(...) c) Se o consumidor não estiver em débito com a Celesc".

3. Na ação declaratória de inexigibilidade e anulabilidade de fatura de energia elétrica (Ap. Cív. n. 2000.000199-6), impugna a autora duas faturas. Na petição inicial, inscreveu: "As faturas, objeto da presente, foram emitidas pela requerida, de maneira unilateral e completamente fora dos princípios constitucionais, uma vez que o alegado furto de energia elétrica não ocorreu, o que restará provado no decorrer do processo crime instaurado. Aliás, nenhuma oportunidade de defesa ainda foi dada à requerente, quanto à acusação que lhe foi imposta, uma vez que até o presente momento não foi designada data para o interrogatório".

Na contestação, afirmou a Celesc que a autora violou e descalibrou o medidor de consumo de energia elétrica, e que as duas faturas impugnadas representam o consumo estimado de acordo com os parâmetros contidos na Portaria n. 222 do DNAEE, de 22/12/87.

Tenho sustentado que, "como a prova oral, também a versão das partes 'deve, pelo princípio da persuasão racional (CPC, art. 131), ser analisada, medida e ponderada, posta em confronto com a lógica e as regras da experiência, desprezando-se o inverossímil e o improvável, para acolher-se o que se evidencia racional, coerente e compatível com as circunstâncias'" (Des. João José Ramos Schaefer) (Ap. Cív. n. 1999.019618-6).

In casu, não há negar que houve extraordinária redução do consumo de energia elétrica pela autora. Segundo os técnicos da Celesc (fl. 72 dos au-

tos da Ap. Cív. n. 2000.000210-0) e o laudo policial (fls. 73 a 74, *idem*), ocorreu "violação do lacre da tampa do quadro de medição, e no interior deste, fica a chave de aferição que também teve os lacres da tampa (dois) violados. Os pólos de corrente da chave de aferição de uma fase (Fase R) foram dilatados, impedindo a circulação da corrente que se destina ao medidor de energia elétrica correspondente. Embora a chave esteja na posição ligado, devido à dilatação feita deixa de ser registrada no medidor cerca de 50% da energia consumida pela empresa".

A autora assevera que não violou o medidor e que a queda no consumo de energia elétrica decorreu da redução da produção. Sugere que o rompimento do lacre do medidor de consumo, constatado pela Celesc e pela polícia, possam ter resultado da imperícia dos prepostos da própria concessionária. Disse que "conforme comprova o Boletim de Medição Gráfica de Tensão (doc. anexo), os técnicos da requerida estiveram na empresa no período de 10/2/93 a 15/2/93. Para elaboração do trabalho, foi necessário que os técnicos substituíssem os comandos de controle de energia pertencentes à empresa, inserindo no lugar aparelhos de medição da Celesc, sendo que tal fato pode até, por culpa da própria Celesc, ter ocasionado a má reposição dos fios em seu estado anterior, ocasionando o rompimento de corrente pelos medidores, o que acarretaria a diminuição no registro de consumo" (fl. 5 dos autos da Ap. Cív. n. 2000.000199-6).

A versão, absolutamente inverossímil, não restou comprovada.

A redução da produção e, por via de conseqüência, do consumo de energia elétrica, poderia ter sido demonstrada por perícia contábil. Todavia, a autora expressamente requereu o julgamento antecipado da lide (Autos da Ap. Cív. n. 2000.000199-6, fl. 67).

Se há critério legal para estabelecer a quantidade de kW consumida no período em que o medidor esteve descalibrado, competia à autora provar que a concessionária não o observou ou que o cálculo está incorreto. Tendo ela reclamado o julgamento antecipado da lide, abdicou do direito à prova.

4. Afirma a apelante que é nula a sentença porque o MM. Juiz de Direito não analisou o pedido formulado na ação cautelar, tendo a ela se referido tão-somente no relatório e no *decisum*. De fato, nos fundamentos da sentença, não há alusão àquela demanda.

Julgado improcedente o pedido formulado na lide principal, como conseqüência inarredável impunha-se a extinção do processo cautelar (CPC, art. 808, III). Destarte, da omissão em comento, nenhum prejuízo resultou à autora. Não havendo prejuízo às partes, não se anula o processo: *pas de nullité sans grief*.

O acórdão citado pela apelante (Ap. Cív. n. 44.710, Des. Eládio Torret Rocha) não tem aplicação ao caso *sub examine*. Naquele processo, a omissão ocorreu na parte dispositiva da sentença.

Pela mesma razão — ausência de prejuízo —, rejeito a alegação de ser nula a sentença por não ter o Juiz apreciado o argumento da autora de

que não há contrato escrito de fornecimento de energia elétrica. Ademais, conforme referido anteriormente, o contrato de fornecimento de energia elétrica opera-se por adesão, produzindo seus efeitos desde o momento em que a energia elétrica é disponibilizada ao consumidor.

5. Na sentença, anotou o MM. Juiz de Direito que o montante lançado na fatura obedeceu aos critérios definidos na Portaria n. 33 do DNAEE.

Na correspondência dirigida à apelante foi explicitado que para determinação do *quantum* foram observados os critérios da Portaria n. 222 do DNAEE (fl. 14), tendo a ela sido acostado documento relativo à "medição gráfica de tensão". Não se preocupou a autora em conferir a correção dos cálculos que determinaram o montante devido.

6. Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

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

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos Srs. Des. Luiz César Medeiros e Torres Marques.

Florianópolis, 8 de novembro de 2001.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente;
Newton Trisotto,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.000594-1, DE ITAPIRANGA**Relator: Des. Volnei Carlin**

Ação civil pública — Constitucional e administrativo — Art. 37, § 1º, da CRFB — Slogan de coligação partidária inserido em impressos da administração municipal — Promoção pessoal configurada — Ilegalidade — Improvimento do apelo e da remessa.

Consoante a Constituição da República, "a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos" (art. 37, §1º).

A inserção de slogan de coligação partidária que assumiu o governo municipal configura a promoção pessoal vedada constitucionalmente, bem como infringe os princípios da publicidade, impessoalidade e moralidade administrativa.

Condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios — Ação promovida pelo Ministério Público — Possibilidade.

A Lei da Ação Civil Pública não exclui a condenação em honorários advocatícios, mesmo quando promovida pelo Ministério Público, importância que, neste caso, será recolhida aos cofres públicos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.000594-1, da comarca da Itapiranga, em que são apelantes o município de Itapiranga e João Batista Schneiders, sendo apelado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso voluntário e à remessa.

Custas na forma da lei.

Relatório

O representante do Ministério Público em exercício no município de Itapiranga ingressou com ação civil pública contra aquele município e João Batista Schneiders em virtude da publicidade utilizada por este, em que não se vislumbra a finalidade informativa, educativa ou de orientação social, conforme insculpido em norma constitucional (art. 37, § 1º, da CF). Requereu ao final a concessão de liminar (nos termos do art. 2º da Lei n. 8.437/92), a citação dos requeridos, a exibição das notas fiscais e empenhos das compras de adesivos para automóveis, papéis timbrados e

todos os impressos que contivessem a expressão "Itapiranga para todos", produção de prova e, por fim, a procedência da ação para tornar definitiva a liminar, declarando a ilegalidade da inserção da referida expressão na publicidade da prefeitura e condenando o requerido João Batista Schneiders a ressarcir os prejuízos causados ao erário municipal, bem como ao pagamento das despesas processuais e verbas de sucumbência (fls. 2/13).

Juntou documentos (fls. 14/25).

Intimados para cumprir o disposto no art. 2º da Lei n. 8.437/92 (fl. 28 e verso), os acionados ofereceram contestação, pugnando, ao final, pela improcedência do pedido (fls. 29/32).

Encaminhados os autos ao representante do Ministério Público, este asseverou que, por terem sido intimados para manifestar-se sobre o pedido liminar, a peça de fls. 29/32 não pode ser considerada contestação, porquanto o momento correto para o oferecimento da resposta seria somente após a citação, após a decisão sobre o pedido de liminar (fls. 35/36).

Conclusos os autos, o Exmo. Juiz de Direito, verificados os requisitos legais, deferiu a liminar para determinar que o município de Itapiranga se abstinhasse de veicular qualquer publicidade ou impresso que contivesse a expressão "Itapiranga para todos". Na mesma oportunidade foi deferido o pedido de juntada de notas fiscais e empenhos requeridos na inicial (fls. 37/40). A decisão restou irrecorrida.

Citados (fls. 43, verso e 44), os pleiteados ofereceram contestação, rechaçando os termos da peça inaugural, requerendo, ao final, a improce-

dência do pedido e a produção de provas (fls. 45/50).

Acostaram documentos (fls. 51/58).

Impugnada a contestação pelo órgão do Ministério Público (fls. 59/63), restou indeferido o pedido de julgamento antecipado da lide, determinando o julgador a produção de outras provas, com o fim de melhor instruir o feito (fls. 64/65).

Cumprida a determinação judicial, as partes manifestaram-se sobre os documentos acostados (fls. 83 e 84).

Em seguida, o Julgador prolatou sentença, em que julgou parcialmente procedente o pedido, declarou a ilegalidade da inserção da expressão "Itapiranga para todos" nos impressos da Prefeitura Municipal de Itapiranga, tornou definitiva a liminar e condenou o município de Itapiranga a deixar de utilizar o mencionado *slogan* nas viaturas oficiais, papéis timbrados, cartazes e impressos, e João Batista Schneiders a ressarcir aos cofres do município de Itapiranga o valor de R\$ 1.999,84 (mil novecentos e noventa e nove reais e oitenta e quatro centavos), corrigidos monetariamente a partir da citação.

Condenou também os requeridos a pagar, em partes iguais, as despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Inconformados com o teor da sentença, o município de Itapiranga e João Batista Schneiders ofereceram recurso de apelação (fls. 95/98), sustentando, em síntese, que o patrimônio público do município não sofreu dano algum, uma vez que o preço pa-

ra a confecção dos impressos, com ou sem o *slogan*, é o mesmo, o que não justificaria a condenação de João Batista Schneiders à referida reparação, reiterando, no mais, os argumentos expendidos na contestação e, ao final, requerendo o provimento do recurso e a reforma da referida sentença.

Contra-arrazoados (fls. 99/106), os autos foram encaminhados a este egrégio Tribunal, com a manifestação do Exmo. Procurador de Justiça (fls. 110/114) pelo conhecimento e improvemento do apelo, mantendo-se intacta a decisão.

II — Voto

Aduzem os apelantes, em síntese, que não houve prejuízo para a Administração Pública e que a utilização do *slogan* "Itapiranga para todos" não evidencia a tentativa de promoção pessoal do alcaide daquele município.

A Administração Pública é informada por vários princípios, sendo possível destacar aqueles constitucionalmente arrolados, quais sejam: o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O cerne da questão ora analisada repousa na análise dos princípios da publicidade, impessoalidade e moralidade administrativa e no que representam na atividade do agente público.

A publicidade administrativa tem como objetivo conferir transparência à atuação da Administração Pública, permitindo inclusive a sua fiscalização pelos administrados, não podendo confundir-se com a exaltação dos administradores.

Ou, nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

"Como já mencionado, sob pena de lesar os princípios da impessoalidade, finalidade e moralidade, a publicidade não poderá caracterizar promoção pessoal do agente público (CF, art. 37, §1º)" (Direito Administrativo Brasileiro, 25ª ed., Malheiros Editores, São Paulo: 2000, pág. 90).

O princípio da impessoalidade traz duas perspectivas que merecem registro: a primeira é a de que a Administração Pública não pode nortear a sua atuação em relação a pessoas determinadas, ou melhor, condicionar o ato administrativo a interesses particulares, uma vez que deve estar sempre direcionado para o interesse público; a outra refere-se à atribuição da prática dos atos administrativos ao órgão da Administração Pública e não ao funcionário que o praticou.

A segunda interpretação aduzida demonstra que a relação mantida entre o agente público e a Administração é de caráter profissional e não pessoal, cumprindo-lhe observar também os contornos éticos de cada ato e situação.

Sobre o tema, Hely Lopes Meirelles:

"O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

"Esse princípio também deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações admi-

nistrativas (CF, art. 37, §1º)" (*op. cit.*, págs. 85/86).

O princípio da moralidade administrativa, por seu turno, preleciona que sejam observados não apenas os ditames legais, mas também as normas éticas inerentes à Administração Pública, acrescentando deveres e impondo limites à conduta administrativa, consubstanciando-se no elemento subjetivo na prática do serviço público.

A respeito, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isso ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir, entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos. (...) Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda, mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna. Não é preciso, para invalidar despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiram a autoridade; o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrada. Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade". (Discrecionalidade

Administrativa na Constituição de 1988, Atlas, São Paulo, 1991, pág. 111).

O constituinte, atento a esse fato, delineou, no art. 37 da CRFB, princípios informativos da Administração Pública, *in verbis*:

"A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)".

E mais adiante, no § 1º, previu categoricamente:

"A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos".

Desse modo, observa-se que o constituinte buscou privilegiar a impessoalidade e a moralidade administrativa das mais diversas formas, conferindo importância constitucional ao cerceamento da promoção pessoal do agente público, sendo possível concluir que não há interesse público contrário à moralidade administrativa.

Na mesma esteira, o ensinamento de Alexandre de Moraes:

"O legislador constituinte, ao definir a presente regra, visou à finalidade moralizadora, vedando o desgaste e o uso de dinheiro público em propagandas conducentes à promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, seja por meio da menção de nomes, seja por meio de símbolos ou imagens que possam de

qualquer forma estabelecer alguma conexão pessoal entre estes e o próprio objeto divulgado".

E logo após:

"Note-se, portanto, que a publicidade não está vedada constitucionalmente, pois o princípio da publicidade dos atos estatais, e mais restritamente dos atos da administração, inserido no *caput* do art. 37, é indispensável para imprimir e dar um aspecto de moralidade à administração pública ou à atuação administrativa, visando o referido princípio, essencialmente, proteger tanto os interesses individuais, como defender os interesses da coletividade mediante o exercício do controle sobre os atos administrativos. Porém, está condicionada à plena satisfação dos requisitos constitucionais, que lhe imprimem determinados fins: caráter educativo, informativo ou de orientação social; e, ausência de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos" (Direito Constitucional, 7ª ed., Atlas, São Paulo: 2000, pág. 327).

Na hipótese vertente, foi inserido no material publicitário confeccionado pelos apelantes a expressão "Itapiranga para todos", a qual se refere à coligação partidária que assumiu o governo municipal, restando clara a promoção pessoal vedada pelo art. 37, § 1º, da CRFB, não havendo caráter educativo, informativo ou de orientação social.

A jurisprudência desta Corte segue na mesma linha:

"Agravado de instrumento — Constitucional — Administrativo — Prefeito — Publicidade dos atos públicos — CF, art. 37, § 1º.

"Conforme a Constituição Federal, 'a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou de servidores públicos' (art. 37, § 1º)" (Apelação Cível n. 2000.007886-7, de Joinville, rel. Des. Newton Trisotto).

E o Supremo Tribunal Federal:

"Agravado regimental em recurso extraordinário. Art. 37, § 1º, da Constituição Federal. Publicidade de atos e obras públicas. Não observância do disposto na segunda parte do preceito constitucional. Decisão proferida à luz das provas carreadas para os autos. Reexame de provas. Impossibilidade: Súmula 279/STF.

"1. O art. 37, § 1º da Constituição Federal, preceitua que 'a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos'.

"2. Publicidade de caráter autopromocional do Governador e de seus correligionários, contendo nomes, símbolos e imagens, realizada às custas do erário. Não observância do disposto na segunda parte do preceito constitucional contido no art. 37, § 1º. Decisão proferida à luz das provas carreadas para os autos. Reapreciação da matéria fática em sede extraordinária. Impossibilidade. Súmula 279/STF. Agravado regimental não provido" (Agravado Regimental em Recurso

Extraordinário n. 217.025, Rio de Janeiro, rel. Ministro Maurício Corrêa).

O argumento de que não houve prejuízo para a Administração Pública também não merece prosperar já que, conforme anteriormente asseverado, verificou-se a inobservância de princípios informativos da Administração, tutelados constitucionalmente, o que conduz à produção do dano e sua conseqüente reparação.

Não se escusa o alcaide do referido ressarcimento pelos valores dos impressos serem os mesmos, com ou sem o *slogan*, uma vez que, se tivesse observado a disposição inserida no art. 37, § 1º, da CRFB, não haveria o dispêndio indevido de recursos públicos com material contendo expressão que caracteriza hipótese vedada constitucionalmente.

Ademais, é de se ressaltar que a reposição dos valores não tem como fundamento a diferença de preço de impressão dos materiais, com ou sem a expressão. O que efetivamente caracteriza o dano é a impossibilidade de o município de Itapiranga persistir na utilização desse material.

O valor arbitrado pelo juiz *a quo* é preciso, uma vez que equivale ao montante desembolsado dos cofres públicos para a confecção dos impressos objurgados, correspondendo à exata medida do dano, devendo, por conseguinte, ser ressarcido em sua integralidade.

Os apelantes argumentaram também que como o CPC e o Estatuto da OAB não prevêem a possibilidade "e o direito do órgão do Ministério Público Estadual auferir honorários advocatícios" deve a sentença ser reformada para ser excluída a condenação neste particular (fl. 98).

No entanto, tal sustentação tampouco procede uma vez que a Lei da Ação Civil Pública não exclui a condenação em honorários advocatícios mesmo que o Ministério Público seja o seu autor.

Nesse sentido, a jurisprudência:

"A lei da ação civil pública não isenta a parte demandada do pagamento de honorários advocatícios mesmo que promovida pelo Ministério Público e neste caso a importância deve ser recolhida aos cofres do erário" (Ap. Cív. n. 88.077836-8, de Joinville, rel. Nelson Schaefer Martins, j. em 26/5/1999).

Na mesma linha, Apelações Cíveis ns. 97.000456-7, de Porto União, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 14/8/97, e 31.817, da Capital, rel. Des. Napoleão Amarante, Primeira Câmara Civil, j. 15/5/90.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso e à remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 18 de abril de 2002.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.000804-7, DE TIJUCAS

Relator: Des. Vanderlei Romer

Acidente de trânsito. Cruzamento não sinalizado. Conflito de preferências. Autor que, trafegando em via tida como preferencial pelos usuários, vem a ser abalroado. Concorrência de culpas caracterizada. Precedentes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.000804-7, da comarca de Tijucas, em que são apelantes e apelados Marilene Felipe Correa e o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, prover parcialmente o apelo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Sentença da boa lavra do Dr. Alexandre Karazawa Takaschima julgou parcialmente procedente pedido veiculado em ação de indenização por danos materiais para condenar Marilene Felipe Correa ao pagamento da metade do valor postulado pelo Estado de Santa Catarina, acrescido de juros e correção monetária.

A tempo e modo a vencida correu, forte no argumento de que não

deu azo ao acidente de trânsito noticiado na exordial, porquanto comprovado que no cruzamento onde ele ocorreu inexistia qualquer espécie de sinalização indicativa de que a via na qual ingressava era preferencial. Demais disso, gizou, o servidor público conduzia o veículo em velocidade excessiva. Clamou, então, pela reforma da decisão singular. *Ad argumentandum*, contudo, na hipótese de ser mantida, requereu que cada parte responda proporcionalmente pelos ônus da sucumbência.

Também o ente público apelou, defendendo insistentemente a tese de que a hipótese versa sobre culpa única e exclusiva da ré, obviamente.

Ambos os reclamos foram contra-arrazoados.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela manutenção do decisório.

É, na concisão necessária, o relatório.

II — Voto

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O então Procurador de Justiça, Dr. Luiz Carlos Freyesleben, com a perspicácia que lhe é peculiar, bem apreciou a hipótese vertente:

"Os recursos são adequados e tempestivos, merecendo conhecidos.

"Ao que me é dado ver, duas regras, uma consuetudinária e uma positivada na lei, versando ambas sobre preferência de circulação de veículo automotor no trânsito, parecem estar em choque. Pela primeira, de caráter consuetudinário, o automóvel do Estado de Santa Catarina estaria transitando por artéria urbana preferencial, observado o uso e o costume local; pela segunda, inserida na lei, a ré estaria transitando em situação que lhe dava inteira preferência no trânsito, porque, não estando sinalizada a rua de onde provinha, tinha a preferência para ingressar na Rua 13 de Novembro, porque fluída da direita do veículo do autor.

"Há intensa corrente jurisprudencial a arrimar a pretensão da ré, dando-lhe inteira razão no episódio, pois, se provinha da direita, na ausência de sinalização que a obrigasse a conter sua marcha para observar a vazão do tráfego de rua mais movimentada do cruzamento e, ao depois, com segurança, nesta ingressar ou transpô-la, a preferência de passagem era sua. É como orientam os precedentes com que a ilustre Promotora de Justiça deu substância ao seu parecer (fl. 120), *verbis*:

'Acidente de trânsito — Cruzamento não sinalizado — Preferência

de passagem do veículo que vem da direita.

'Inexistindo sinalização em cruzamento, a preferência de passagem é de quem vem da direita.

'Fluxo maior de veículos ou tráfego de coletivos não inverte a preferência de passagem de uma artéria sobre outra' (JB 106/127) (Ap. Cív. n. 96.012145-5, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

'Responsabilidade civil — Ação de reparação de dano — Acidente de trânsito — Cruzamento não sinalizado — Preferência de passagem do veículo que vem da direita — Sentença confirmada — Apelo conhecido e desprovido.

'A jurisprudência desta Corte já pacificou o entendimento no sentido de que em cruzamento não sinalizado tem preferência de passagem o veículo que vem da direita' (Ap. Cív. n. 97.014790-2, de Caçador, rel. Des. Orli Rodrigues).

"Da contestação da ré colho:

'Acidente de trânsito. Cruzamento não sinalizado. Acidente de trânsito. Preferência. À falta de sinalização, tem preferência o veículo que procede da direita. Esta regra é do CNT e tem superioridade em relação a algum uso local. Honorários advocatícios. Elevação dos honorários advocatícios devidos à seguradora recorrente, na forma do art. 20, § 4º, do CPC. Apelação improvida e recurso adesivo a que se dá provimento em parte' (TARS, AC n. 28.036, 3ª C. Cív., rel. Juiz Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 19/5/1982).

'Acidente de trânsito. Cruzamento não sinalizado. Falta de sinali-

zação no dia do fato. Preferência da direita. Culpa. Inocorrência. Acidente de trânsito. Choque de veículos em cruzamento. Sinalização de preferência ocasionalmente ausente. Faltando, ocasionalmente, a sinalização indicativa de preferência, não é de exigir-se do motorista que trafega pela via secundária, particularmente se residente em outra localidade, o conhecimento da preferência. Provido da direita, estava ele autorizado a supor-se beneficiado pela preferência genérica, ausente qualquer sinal. Outrossim, o condutor que trafega pela preferencial, presumivelmente ignorando a falta de sinal, não pode ser tido como culpado, eis que lhe é lícito supor a eficiência da sinalização a cargo do poder público. Apelação parcialmente provida' (TARS — Ap. Cív. n. 26684, 2ª C. Cív., rel. Juiz Adroaldo Furtado Fabrício, j. 22/12/1981).

"Está visto, portanto, que há bom arrimo para a versão sustentada pela ré de que estava em posição privilegiada para ingressar na Rua 13 de Novembro, mormente em relação aos veículos provindos de sua esquerda, na rua a ser cruzada, a indicar sua total ausência de culpa na produção do evento. Essa ilação é autorizada pela própria lei e consubstancia-se no artigo 29, inciso III, letra c, do Código de Trânsito Brasileiro (artigo 13, IV, do CNT).

"Está assim posto o dispositivo invocado pela ré apelante/apelada: 'Art. 29. O trânsito em veículo nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas:

(...)

'III — quando veículos, transitando por fluxos que se cruzem, se

aproximarem de local não sinalizado, terá preferência de passagem:

(...)

'c) nos demais casos, o que vier pela direita do condutor'.

"O próprio condutor do veículo do Estado, assim como seu passageiro, ambos policiais militares, reconheceram (fls. 25/26), expressamente, a ausência de sinalização no cruzamento em que se deu o sinistro, pondo sobre a cabeça da ré o dossel da inculpabilidade, até porque a isto deve somar-se a circunstância de que provinha da direita do preposto do autor. Contudo, há conhecida corrente doutrinária e jurisprudencial a encampar a idéia de que a regra supracitada não é absoluta e cede diante de certas circunstâncias de fato. É o que esclarece Arnaldo Rizzardo: 'Não se pode, porém, emprestar total prioridade a quem demanda pela direita, mormente em pistas de grande trânsito e de ampla visibilidade. Sempre exige-se, nos cruzamentos, uma moderação da velocidade, com observação do movimento na pista da esquerda. É o que vem se entendendo: Mesmo na preferencial, o motorista não está autorizado a conduzir o veículo em velocidade incompatível com as circunstâncias do local. Nos cruzamentos terá prioridade de passagem, mas não está livre de, como medida de salutar cautela, diminuir a velocidade e manter o carro sob o controle total se houver o ingresso de outro pela transversal.

'Especialmente esta inteligência se, pelo costume local, é reconhecida a preferência de conformidade com o uso: 'Acidente de trânsito. Cruzamento não sinalizado. Conflito de preferências; a do caminhão da ré,

porque procedida pela direita; e a do automóvel do autor, porque trafegava em via pública mais ampla, de tráfego mais intenso, e reconhecida como preferencial pelos usuários. Recurso provido em parte, e reconhecida a culpa concorrente'.

'Nos fundamentos do voto: co-lhe-se: 'Diversos julgados deste Tribunal têm admitido se determine a preferência, em cruzamento não sinalizado, pela maior importância de uma das vias em relação à outra (Julgados do TARGS 6/153, 7/189, 8/159), eis que a regra do art. 13, IV, do CNT não é absoluta (Julgados do TARGS 9/164). Por isso, 'embora não sinalizada, pode ser havida uma rua como preferencial, em face das circunstâncias de fato que imponham essa condição à inteligência e sensibilidade dos motoristas, de modo que o uso consagre como necessária' (acórdão da 2ª Câm. Cível, in Julgados do TARGS 1/324)'.

(...)

'Em suma, há de se analisar cada circunstância particular. O certo é que os motoristas devem se precaver ao trafegarem em artérias que se encontrem, sem qualquer sinalização' (A Reparação nos Acidentes de Trânsito, 8ª edição, Editora RT, págs. 327/329).

"A lição cabe inteira neste caso, pois se a ré trafegava em condições de preferência, porque não havia sinal que a contivesse, e porque procedia da direita, tudo levando a crer que não teve culpa no evento, não se pode olvidar que o autor detém parcela dessa inculpabilidade, na medida em que o uso ou costume local, atu-

ando como norma consuetudinária, autoriza a conclusão de que o preposto do autor também estava autorizado a supor-se em via preferencial a ser respeitada pelos condutores de veículos provindos das ruas secundárias.

"Ante essas conclusões, penso que agiu com inteiro bom senso o Togado, quando reconheceu a concorrência de culpa, para repartir, por igual, entre os contendores, o ônus de arcar com o pagamento do valor dos danos causados em ambos os veículos (...)".

Diante da sucumbência recíproca, urge aplicar-se o disposto no art. 21 do CPC, compensando-se as verbas honorárias e dividindo-se as custas processuais, de cujo recolhimento está isento o Estado por força da LC n. 156/97 alterada pela LC n. 161/97.

Daí por que dou parcial provimento ao apelo interposto pela requerida, nos termos expostos.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, prover parcialmente o apelo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 13 de junho de 2002.

João Martins,
Presidente, com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.006166-0, DE ANITA GARIBALDI**Relator: Des. Cercato Padilha**

Processo civil — Ação de prestação de contas — Movimentação em conta corrente — Sentença que indeferiu a inicial mantida por esta Corte — Decisão do Superior Tribunal de Justiça dando provimento ao recurso especial interposto pelo demandante, admitindo a prestação — Recurso prejudicado em razão da ocorrência de coisa julgada.

Quando o Tribunal de superposição julga procedente o recurso contra decisão que indefere a inicial, anulando as decisões anteriores e, via de consequência, determinando a prestação de contas pela instituição financeira, resta caracterizada a coisa julgada, eis que aquele decisum não foi objeto de recurso cabível pela parte, ocorrendo preclusão máxima de seu direito.

No momento em que não couber mais recurso algum, instuiu-se entre as partes e em relação ao litígio que foi julgado uma situação de absoluta firmeza quanto aos direitos e obrigações que os envolvem, isto é, o dever da instituição demandada de prestar contas e o direito do demandante de ter as contas prestadas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.006166-0, da comarca de Anita Garibaldi, em que é apelante Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, sendo apelado Paulo Roberto Amorim:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, julgar prejudicado o recurso, em razão do reconhecimento da coisa julgada, determinando, por conseguinte, a prestação de contas pela instituição bancária, bem como condenando-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Custas de lei.

I — Relatório

Exsurge dos autos que, na comarca de Anita Garibaldi, perante o respeitável Juízo de Direito da Vara Cível e Criminal, o apelado Paulo Roberto Amorim intentou uma demanda, objetivando a prestação de contas de toda a movimentação relativa à conta corrente n. 5.981-2, bem como de outra conta que manteve há, aproximadamente, quatro anos, com a instituição financeira, sem, contudo, indicar os números dessa conta em face do apelado Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, pois este debitou valores dos quais o correntista desconhece as origens, não explicadas nos extratos.

Extrata-se, também, dos autos deste processo, que o demandado contestou o feito, suscitando, preliminar-

mente, a inépcia da inicial, pois o pedido não foi especificado, não indicando o demandante quais os lançamentos apontados em suas contas correntes que almeja ver esclarecidos. No mérito, alegou, em suma, que o demandante não tem direito à prestação, uma vez fornecidos extratos diários das contas, contendo todas as suas movimentações; que a jurisprudência entende que, mesmo não existindo extrato, não está a instituição bancária obrigada a prestar contas.

No final do procedimento, no primeiro grau de jurisdição, sobreveio a respeitável sentença que julgou extinta a presente demanda, com fulcro no artigo 267, VI, cumulado com o artigo 295, ambos do Código de Processo Civil, eis que acolheu a suscitada inépcia da inicial, em virtude do pedido ser genérico, bem como a inexistência de interesse de agir, já que não ficou demonstrada a necessidade da via judicial para a prestação de contas.

O recorrente Paulo Roberto Amorim exprimiu seu inconformismo por meio de recurso de apelação, no qual argumentou que não é carecedor de ação, pois estão presentes todas as condições, inclusive o interesse de agir, ou seja, ocorreu a discordância dos lançamentos encontrados nos extratos da conta corrente, objetivando esclarecer o conteúdo, a origem e a licitude dos lançamentos.

Contra-arrazoado pelo recorrido Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, o apelo foi julgado improcedente, confirmando a decisão *a quo*.

Ainda insatisfeito com a prestação da tutela jurisdicional, alegando absoluto interesse de agir na demanda, o recorrente Paulo Roberto Amo-

rim ajuizou recurso especial, cuja decisão, por maioria de votos, foi procedente, a fim de tornar nulas as decisões recorridas e dar prosseguimento ao feito.

Nova decisão foi proferida pelo Juízo monocrático, rejeitando a preliminar de carência de ação, eis que já afastada pelo Tribunal de Superposição invocado; arredou também a inépcia da inicial; e, no mérito, julgou procedente o pedido, condenando o demandado a prestar as contas solicitadas no prazo de 48 horas e ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor dado à causa, "à vista da resistência em prestar contas ao autor".

Insatisfeito com a entrega da prestação jurisdicional, o ora recorrente Banco do Estado de Santa Catarina S.A. expressou o seu inconformismo pelo presente recurso de apelação, no qual busca a substituição do supra-referido pronunciamento estatal, aduzindo, em síntese, que a petição é inepta, em decorrência da imprecisão do pedido; que são colocados à disposição do correntista extratos referentes à movimentação mensal da conta corrente, prestando, desse modo, suas contas ao cliente; que o demandante nunca solicitou administrativamente nenhuma informação acerca dos lançamentos.

Transcorreu *in albis* o prazo para oferecimento das contra-razões.

É o relatório.

II — Voto

O recurso fica prejudicado, em virtude da ocorrência de coisa julgada.

Justifica-se:

Foram duas as matérias aduzidas pelo demandado quando do oferecimento da resposta: o pedido genérico e a inexistência de interesse de agir do demandante. Ambas acarretariam a inépcia da inicial. Tal tese da defesa foi acolhida pelo Juízo de primeiro grau. Do mesmo modo, apresentando suas razões de julgar acerca dos dois fundamentos, este Tribunal confirmou a decisão *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, ao julgar o recurso especial, não se manifestou no acórdão acerca do pedido genérico, havendo, todavia, uma menção no voto vencido. De qualquer forma, ao dar provimento ao recurso interposto pelo demandante, a fim de anular as decisões anteriores, possibilitando, por conseguinte, a prestação de contas, tacitamente entendeu superadas as questões relativas às condições da ação, aos pressupostos processuais e outras questões processuais, já que estas antecedem o mérito.

Sabe-se que, nas instâncias ordinárias, não há preclusão em matéria de condições da ação e pressupostos processuais enquanto a causa estiver em curso, ainda que haja expressa decisão a respeito, podendo o Judiciário apreciá-la mesmo de ofício (a propósito: REsp n. 285402/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 7/5/2001, pág. 150).

Ocorre que, como aludido alhures, nova decisão foi prolatada em instância extraordinária, e esta não foi objeto de eventual recurso cabível por parte do demandado, ocorrendo a preclusão temporal máxima, isto é, coisa julgada material.

Sobre o tema, ensina Cândido Rangel Dinamarco:

"Em caso de preclusão temporal, a sentença passa em julgado no momento em que expira o prazo para interposição do recurso cabível, sem que ele tenha sido interposto" (Dinamarco, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, São Paulo: Malheiros, 2001, pág. 299).

Mutatis mutandis, colhe-se precedente do Supremo Tribunal Federal:

"É duvidoso (*sic*) que a questão relativa às condições da ação pudessem ter sido suscitada e decidida de ofício contra a recorrente, na instância extraordinária do recurso especial, mas o problema só poderia ser discutido em recurso extraordinário contra o acórdão do STJ, que não foi interposto" (RE n. 182.316-1/PR, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 17/11/95, *in* Código de Processo Civil, 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 1.740).

Destarte, ao não provocar a prestação da tutela jurisdicional em tempo hábil, precluiu o direito do demandado de fazê-lo no momento do término do prazo para o oferecimento de recurso cabível.

Assim, conforme determinação do Tribunal de Superposição Invocado, o Juízo monocrático proferiu nova sentença determinando a prestação de contas. Compete a este Tribunal fazer o mesmo, já que não pode reabrir as discussões, sob pena de ofender a coisa julgada.

Efetivamente, no momento em que não coube mais recurso algum, instituiu-se entre as partes e em relação ao litígio que foi julgado uma situação de absoluta firmeza quanto

aos direitos e obrigações que os envolvem, isto é, o dever da instituição demandada de prestar contas e o direito do demandante de ter as contas prestadas.

Esse estado, "consiste na rigorosa intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha contrariar o que foi decidido (Liebman): a garantia constitucional da coisa julgada consiste na imunização geral dos efeitos da sentença. A Constituição Federal estabelece que 'a lei não prejudicará a coisa julgada' (art. 5º, inc. XXXVI)" (Dinamarco, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, São Paulo: Malheiros, 2001, págs. 301/302).

Portanto, a apreciação do recurso feriria garantia constitucional, acarretando um estado de insegurança jurídica das partes litigantes.

Ademais, "o art. 467 do Código de Processo Civil coloca a incorribilidade como fator de obtenção da coisa julgada 'material', sem nada dizer sobre a formal, mais ainda assim aplica-se a ambas — seja porque coisa julgada formal e material se reúnem no conceito único de imutabilidade, seja porque, sem aquela, jamais existe esta" (Dinamarco, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, São Paulo: Malheiros, 2001, pág. 298).

Analisada a questão sob a ótica dos limites objetivos da coisa julgada material, é sabido que somente o preceito concreto contido no dispositivo da decisão de mérito é que fica protegido pela autoridade da coisa julgada e não os seus fundamentos, pois estes não são essenciais à efetividade do resultado do processo, mas sim à sua legitimidade.

In casu, ao julgar procedente o recurso e anular as decisões anteriores, o Superior Tribunal de Justiça determinou, por via de consequência, que a instituição bancária prestasse as contas, conforme pleiteado pelo demandante, não podendo, outrossim, após a preclusão do prazo recursal decorrente da decisão do Tribunal de Superposição, suscitar o demandado a existência de pedido genérico.

Por fim, quanto ao ônus da sucumbência, deve a instituição bancária responder, por inteiro, pelas despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais), com fulcro no juízo equitativo a que se refere o art. 20, § 4º, do CPC, reconhecendo o mérito da atuação do procurador dos demandantes, remunerando-o condignamente, tendo presente o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo causídico e o tempo exigido para o seu serviço.

III — Decisão

Ante o exposto, julga-se prejudicado o recurso, em razão do reconhecimento da coisa julgada, determinando, por conseguinte, a prestação de contas pela instituição bancária, bem como condenando-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 5 de setembro de 2002.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto;
Cercato Padilha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.015465-3, DE URUSSANGA

Relator: Des. Cercato Padilha

Apelação cível — Ação monitória — Duplicata — Questão de fato esclarecida — Julgamento antecipado — Cerceamento de defesa — Inocorrência — Sentença mantida — Recurso desprovido.

Não há acolher a alegação de cerceamento de defesa, diante de um julgamento antecipado da lide, quando a questão de fato restar suficiente e documentalmente esclarecida na fase postulatória, inexistindo, diante disso, qualquer razão para se abrir a fase instrutória do processo, porque não há mais nada o que averiguar.

O comerciante que receber as mercadorias adquiridas, sem que, no modo e tempo exigidos pela lei comercial, faça qualquer reclamação ou devolução, além da entrega ser considerada como boa, fica legalmente impossibilitado de fazer qualquer reclamação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.015465-3, da comarca de Urussanga, em que é apelante I.C. Supermercados Ltda., sendo apelada Refinadora Catarinense S.A.:

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

Custas de lei.

I — Relatório

Exsurge dos autos que, na comarca de Urussanga, perante o respeitável Juízo da única Vara, a apelada Refinadora Catarinense S.A. intentou uma demanda monitória, objetivando a percepção de soma em dinheiro, correspondente a R\$ 6.950,63 (seis mil, noventa e cinquenta reais e sessenta e três centavos), em face da apelante I.C. Supermercados Ltda., tendo por base duas duplicatas acompanhadas da

respectiva nota fiscal e comprovante de entrega das mercadorias.

A apelante apresentou embargos ao mandado de pagamento, aduzindo que a embargada não entregou totalmente as mercadorias descritas na nota fiscal e que as datas de vencimento das duplicatas estão em desacordo com o pactuado entre as partes. Asseverou que as cópias não preenchem os requisitos da Lei n. 5.474/68, razão pela qual seus vencimentos e valores não podem ser considerados. Evidencia, ainda, a cobrança de juros moratórios acima dos valores permitidos por lei. No mais, insurgiu-se contra a via procedimental eleita.

Impugnando os embargos, a apelada afirmou que a mercadoria foi totalmente entregue, pois os produtos transportados são pesados e conferidos justamente para evitar remessa em desacordo com o pactuado. Com relação à alegação de cobrança de juros, disse que somente está cobrando o valor principal da dívida, sendo que o pedido de condenação dos juros de mora e atualização monetária constantes em sua petição, referem-se aos devidos após a propositura da ação.

Julgando antecipadamente a lide, o MM. Magistrado, entendendo que a prova testemunhal seria insuficiente para desconstituir a prova documental trazida aos autos pela apelada, rejeitou os embargos e condenou a embargante ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o total do débito.

Insatisfeita com a entrega da prestação jurisdicional, a recorrente expressou o seu inconformismo pelo presente recurso de apelação, no qual

busca, preliminarmente, a anulação da sentença sob o argumento de que houve cerceamento de defesa. No mérito, requereu a reforma da decisão, alegando que o pagamento só seria devido após a entrega total da mercadoria, bem como após-se ao valor referente à atualização e ao procedimento eleito.

A recorrida, em contra-razões, evidenciou que a sentença deve ser mantida em razão da comprovação da entrega da mercadoria. Com relação ao procedimento adotado, afirmou que uma duplicata sem protesto e sem aceite não é título hábil para ensejar um procedimento executório.

É o relatório.

II — Voto

O recurso é tempestivo e formalmente regular, bem como inexistente qualquer fato extintivo, ou impeditivo e, por fim, preparado.

O presente exercício do poder de exigir o dever do Estado de reexaminar seus próprios pronunciamentos judiciais reúne as condições recursais, ou seja, a expressão do inconformismo é adequada e corresponde à natureza do ato atacado (possibilidade jurídica); o ajuizamento do recurso é a única forma capaz de afastar o ônus da sucumbência e melhorar a sua situação diante do ato impugnado (interesse recursal) e a recorrente legítima (vencida).

Assim sendo, é admissível, mas não merece provimento.

Justifica-se:

Objetiva a apelante, com o presente recurso, a anulação da sentença sob o argumento de que houve cerceamento de defesa em razão do

juízo antecipado da lide em detrimento da dilação probatória.

Antes da análise desta preliminar, necessário algumas considerações a respeito do procedimento monitorio.

Dispõe o art. 1.102, alínea a do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 9.079/95, "A ação monitoria compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel".

Constata-se, pois, que a ação monitoria faz-se necessária a prova escrita de existência do crédito, sem que, para tanto, exista título executivo.

É o que ocorre no caso em tela, pois as duplicatas acostadas à inicial, embora acompanhadas da nota fiscal e do comprovante da entrega da mercadoria, não estão aceitas e também não foram protestadas.

Para que viabilizasse a execução forçada era necessário o cumprimento cumulativo do inciso II do art. 15 da Lei n. 5.474/68.

Sobre o assunto, o festejado R. Reis Friede leciona:

"Também se beneficiam dessa via materialmente sumária os credores de *duplicatas inaceitas e desacompanhadas dos documentos que lhe podem conferir executividade (protesto, cópia de nota fiscal e comprovante de recebimento de mercadoria ou da prestação efetiva do serviço*

contratado), letras de câmbio inaceitas, valores devidos a título de correção monetária não satisfeitos por ocasião do pagamento do título de crédito levado a protesto, taxas condominiais, créditos oriundos de honorários devidos por serviços prestados por profissional liberal, entre outros tantos" (Ajuris 65/261) (grifo nosso).

Assim sendo, conclui-se pela admissibilidade do procedimento injuntivo no caso em tela.

No que tange à exceção processual do cerceamento de defesa, consistente na realização do julgamento antecipado, bem como no que diz respeito a exceção substancial, resumida na falta de mercadoria entregue, diante da sua manifesta intenção de produzir prova testemunhal, na fase instrutória, julga-se que não lhe assiste razão.

Dois são os motivos que levam a esta conclusão: o *primeiro*, porque há, nos autos, um comprovante, mediante cópia autenticada (fl. 5), da entrega da mercadoria, sem que, no modo e tempo exigidos pela lei comercial, tenha feito qualquer reclamação ou devolução, trazendo, tal abstenção, como consequência, a consideração de que a entrega foi boa e a impossibilidade legal de fazer qualquer reclamação; o *segundo*, porquanto a questão de fato aventada, ou seja, a falta da mercadoria entregue, restou suficientemente esclarecida pelo mesmo comprovante, tornando-se

desnecessária a coleta de depoimentos para o julgamento.

Por fim, registre-se que, como nada mais havia para averiguar, operou com elogiável acerto a digna Magistrada, procurando não retardar a entrega da tutela jurisdicional.

III — Decisão

Por esses fundamentos, admitte-se o recurso, mas nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 5 de setembro de 2002.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto;
Cercato Padilha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.017771-8, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Cercato Padilha

Recurso de apelação cível — Declaratória de inexistência de débito cumulada com anulação de duplicata de prestação de serviços — Exceção de incompetência — Tutela antecipada — Título emitido unilateralmente — Prazo de garantia — Recurso admitido e improvido.

Como a duplicata é um título de crédito emitido pelo vendedor de mercadoria ou serviço, correspondente a uma fatura de venda a prazo (da qual é cópia), para a sua emissão é necessário ter havido comprovadamente o negócio (compra e venda ou prestação de serviço).

É possível a negativa de vigência de cláusula eletiva de foro em contrato de adesão pela parte hipossuficiente, mesmo que não enquadrada como destinatário final conforme Código de Defesa do Consumidor.

Entendimento sumulado de que é viável a antecipação de tutela em ação declaratória, desde que preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.017771-8, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que é apelante

Dual Elevadores Ltda., sendo apelada Conservadora de Elevadores Castelo Ltda.:

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

Custas de lei.

I — Relatório

Exsurge dos autos que, na marca de Criciúma, perante o respeitável Juízo de Direito da 2ª Vara, a autora Conservadora de Elevadores Castelo Ltda. intentou demanda objetivando a declaração de inexistência de débito oriundo de prestação de serviços não autorizada, com a conseqüente anulação da duplicata emitida sem causa. Alegou que comprou da ré um comando para elevador e este apresentou falha na operacionalização. Em contato com a ré, esta enviou, sob sua conta, técnicos para averiguar o defeito, o que efetivamente foi feito, entretanto o problema subsistiu. A autora, então, devolveu citado comando e recebeu de volta o valor por ele pago. Entretanto, a ré emitiu duplicata referente à prestação do serviço técnico, posteriormente protestada. Pleiteou tutela antecipatória para o fim de sustar provisoriamente o protesto do título.

Contestando o pedido, a ré afirmou que não seria cabível a tutela antecipada, por não estarem preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC, além de tratar-se de ato jurídico perfeito. No mérito, aduziu que seus técnicos constataram problema na instalação do comando feita pela autora, não defeito no equipamento. A prestação de tal serviço seria regularmente cobrada por constar nas condições gerais do contrato entabulado entre as

partes. Pleiteou o reconhecimento de litigância de má-fé.

Concomitantemente com a resposta, foi oposta exceção de incompetência do juízo e reconvenção. Nesta, a ré pleiteou a cobrança do valor deduzido na duplicata referente ao serviço efetivamente prestado.

Impugnou-se a contestação e deixou-se de oferecer resposta à reconvenção.

Julgando antecipadamente a li-de, a MMA. Juíza de Direito acolheu a pretensão da autora, declarando inexistente o débito lançado na duplicata e esta ineficaz porque inexistiu contrato escrito autorizando o serviço, que foi prestado sem autorização da autora e era inerente à garantia. Ademais, consignou-se, o serviço prestado pela ré não dirimiu o problema, tanto que o comando foi devolvido. Por fim, afastou-se a litigância de má-fé e concedeu-se a antecipação da tutela, sus-tando-se, provisoriamente, o protesto do título. Quanto à reconvenção e à exceção de incompetência, ambas foram julgadas improcedentes.

Insatisfeito com a entrega da prestação jurisdicional, a ré Dual Elevadores Ltda. expressou seu inconformismo por meio do presente recurso de apelação, no qual busca, preliminarmente, o reconhecimento da exceção de incompetência, em razão da eleição do foro pactuada livremente pelas partes, pois o contrato não era adesivo. No mérito, pretende a procedência do pedido deduzido em reconvenção (pagamento do valor da duplicata), a improcedência do pedido de tutela antecipada, visto que se trata de ato jurídico perfeito e não preenche os requisitos do instituto em questão. Ain-

da, no que tange aos fatos, realmente houve prestação de serviços pelos técnicos enviados ao local, os quais constataram a má instalação do objeto, sendo que a garantia não incluía tais despesas e a apelada anuiu com estas condições. Finalizou afirmando que a apelada não fez prova do fato constitutivo do seu direito e pleiteou reconhecimento de litigância de má-fé.

A apelada Conservadora de Elevadores Castelo Ltda. respondeu às razões da apelação afirmando a inocorrência do *error in iudicando* e, sobre os fatos, afirmou que solicitou a substituição do comando do elevador e a apelante, em vez disso, mandou dois técnicos, sob sua responsabilidade, para a averiguação do problema. Houve constatação dos problemas descritos no relatório e emissão de duplicata em razão do serviço prestado. Entretanto, inexistiu autorização para o serviço dos técnicos, mas tão-somente pedido de substituição do produto adquirido.

II — Voto

O recurso é tempestivo e formalmente regular, bem como inexistente qualquer fato extintivo ou impeditivo e, por fim, preparado.

O presente exercício do poder de exigir o dever do Estado de reexaminar seus próprios pronunciamentos judiciais reúne as condições recursais, ou seja, a expressão do inconformismo é adequada e corresponde à natureza do ato atacado (possibilidade jurídica); o ajuizamento do recurso é a única forma capaz de afastar o ônus da sucumbência e melhorar a sua situação diante do ato impugnado

do (interesse recursal) e a recorrente legitimada (vencida).

Assim sendo é admissível e não merece acolhimento.

Justifica-se:

No tocante à exceção de incompetência, a Magistrada *a quo* expôs objetivamente e com acerto os motivos da rejeição: trata-se de contrato de adesão, em que as cláusulas não foram livremente discutidas pelas partes; a cláusula de eleição do foro deve ser interpretada em favor da parte hipossuficiente. Explica-se.

Mesmo que a relação entre as partes não se enquadre no Código de Defesa do Consumidor, em virtude da apelada não ser destinatária final do produto, trata-se de matéria de ordem pública, posto que aquele aplica-se ao hipossuficiente independentemente de qualquer outra consideração.

Nesse sentido, colhe-se:

"Exceção de incompetência — Ação declaratória de inexigibilidade de débito — Antecedência de ação cautelar de sustação de protesto — Competência do foro do domicílio da postulante não questionada nos autos acessórios — Competência que se prorroga para a ação principal — Relação de consumo identificada — Exceção acolhida, entretanto — Decisão reformada — Agravo de instrumento, para tanto, agasalhado.

(...)

"Empresa de pequeno porte, dedicada ao ramo de revenda de combustível, pode e deve ser considerada hipossuficiente em relação à empresa abastecedora, encontrando-se aquela em posição de maior vulnerabilidade em relação a esta. Nessa hipótese, tor-

nam-se incidentes nos contratos de abastecimento de combustível entre elas ajustado, mesmo que o ajuste tenha sido verbal, as normas do Código de Defesa do Consumidor. A simples disparidade de poderes na contratação é suficiente para que se empreste proteção ao economicamente mais fraco, considerando-se que o CDC não há que ser visto como um microsistema restrito meramente às típicas relações de consumo, com as normas nele inseridas, ao contrário, constituindo-se em normas de direito obrigacional comum, incidentes sempre que presente uma situação de vulnerabilidade.

"Nesse contexto, enquadrável como consumerista é qualquer relação obrigacional, ainda que interempresarial, quando uma das partes detém superioridade econômica e fática, a possibilitar a imposição de sua vontade sobre a do outro contraente" (Agravado de Instrumento n. 2001.016602-0, de Sombrio, rel. Des. Trindade dos Santos).

De qualquer forma, mesmo com as regras civis comuns, é possível afastar a cláusula eletiva por tratar-se de contrato adesivo, em que a apelada não discutiu seus termos, apenas deles teve ciência quando do envio das normas gerais.

A respeito:

"Processual civil — Cláusula eletiva de foro — Contrato de adesão — Foro do domicílio do devedor — Competência absoluta -- Declinação de ofício — Possibilidade — Agravado de instrumento desacolhido.

"A cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, implica em nulidade, dada a dificuldade que impõe à defesa da parte acionada, fa-

zendo absoluta a competência do foro do domicílio desta, autorizando, por conseguinte, a declinação competencial de ofício" (Agravado de Instrumento n. 2001.022502-6, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

No mérito, melhor sorte não assiste à apelante e a acurada análise dos fatos e documentos lançados nos autos demonstrará o acerto da decisão de primeiro grau.

A apelada comprou e revendeu comando de elevador, tendo procedido à instalação deste em estabelecimento/cliente da empresa. Entretanto, o objeto não funcionou corretamente, tendo aquela solicitado à apelante a troca. Em vez disso, a apelante mandou dois técnicos seus para constatar o problema e, por essa razão, emitiu duplicata de prestação de serviços posteriormente protestada.

Constata-se que, na verdade, não houve contrato de prestação de serviços entre as partes, apenas utilização da inerente garantia do produto, tampouco prestação efetiva de serviço que ensejasse a emissão da duplicata.

De início, a apelante enviou "condições gerais de vendas" para conhecimento da apelada, nas quais constava expressamente que a garantia não incluía "serviços de montagem e desmontagem e instalação do equipamento, custos de transportes, despesas de locomoção e estadia de pessoal técnico" (*sic*). Não houve, logicamente pela distância, discussão do contrato, tão-somente colocação unilateral das cláusulas e aceitação destas pela apelada.

A apelada solicitou a troca do equipamento e a apelante, pretendendo primeiramente constatar o

defeito, enviou dois técnicos para efetuar a vistoria no estabelecimento em que aquele foi instalado. Vê-se que não houve contratação de prestação de serviços ou utilização de assistência técnica. De qualquer forma, o deslocamento dos técnicos é atividade inerente à garantia e conseqüente substituição do equipamento, e não se inclui nas restrições acima colocadas (montagem, desmontagem, instalação etc.). Inexistindo o contrato, apenas emissão de fatura unilateral, sem assinatura do beneficiário (aceite obrigatório), incabível a emissão da duplicata.

O comparecimento dos técnicos ao local para constatação dos problemas faz parte da garantia ou esta deveria mudar de nome. Ora, se a apelada solicitou a troca do equipamento e, para tanto, a apelante achou por bem vistoriá-lo antes disso, não há pretender a existência de contrato de prestação de serviços. O que, na realidade, pretende cobrar a apelante são: duas passagens aéreas, despesas com almoço e táxi, mão-de-obra da vistoria (constatação dos problemas), conforme doc. de fls. 14/15. Risível a pretensão de adequar tais despesas como prestação de serviços. Difícil crer, incluía-se, que a simples constatação de má instalação do malsinado comando do elevador possa ser considerada prestação de serviço no estrito sentido do termo. Houve, sim, visualização dos técnicos e registro fotográfico do estado do equipamento, tão-somente. Sequer mexeram no equipamento é o que se conclui do acostado aos autos, tanto é que o problema persistiu e aquele foi devolvido com a restituição do preço pago.

Nem argumente-se que a garantia não incluía as despesas com deslocamento de pessoal, estada etc., posto

que, mesmo que assim fosse, não poderia ser emitida duplicata para representar tais gastos, pois, obviamente, não são serviços prestados.

Sem causa legítima (prestação efetiva de serviço contratado), é nula a emissão de duplicata e, conseqüentemente, inexistente o débito nela representado. Deve, assim, com o trânsito em julgado, ser cancelado definitivamente o protesto do título em questão.

É possível, outrossim, a antecipação de tutela em ação declaratória englobando alguns de seus efeitos, p. ex., sustação provisória de protesto indevido, desde que preenchidos seus requisitos. Na hipótese em comento, visível a plausibilidade do direito alegado pela autora, bem como inerente o receio de dano irreparável. Equivoca-se a apelante na função da conhecida "sustação de protesto". Lógico que o protesto já estava perfeito e acabado, são seus efeitos que sustentam-se com o pedido antecipatório ou pleito cautelar.

Por fim, é decorrência da procedência do pedido deduzido na inicial a impossibilidade de reconhecimento da litigância de má-fé.

III — Decisão

Ante o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento, para manter íntegra a respeitável sentença de fls. 123/131.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 5 de setembro de 2002.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto;

Cercato Padilha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.015287-9, DE JOAÇABA

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível — Rescisão contratual — Compromisso de compra e venda — Ausência de interpelação — Desnecessidade — Devedor constituído em mora por citação — Não incidência dos Decretos-Leis ns. 58/37 e 745/69 — Prefacial afastada — Fraude — Venda de bens penhorados — Constrição não comprovada — Vício não caracterizado — Análise do mérito a teor do § 3º do art. 515 do CPC — Recurso provido — Improcedência do pedido inaugural.

Em se tratando de compromisso de compra e venda de bens móveis, não se aplicam as hipóteses listadas nos Decretos-Lei ns. 58/37 e 745/69, os quais versam sobre imóveis não loteados, sendo desnecessária, pois, a interpelação do devedor, a qual é suprida pela citação válida no processo.

Com o advento da Lei n. 10.352/01, a qual acresceu o parágrafo 3º ao art. 515 do Código de Processo Civil, nos casos de ter o togado de primeiro grau extinto o processo sem julgamento de mérito, e estando este em condições de julgamento, tornou-se viável ao Tribunal de Justiça decidir a lide.

A simples alegação de fraude pela venda de móveis constritados não dá ensejo ao desfazimento do negócio, por ausência de prova quanto ao inadimplemento da obrigação, em face da bilateralidade contratual.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.015287-9, da comarca de Joaçaba (2ª Vara), em que é apelante Supermercado Rio Doce Ltda., sendo apelada Cazela Comércio e Indústria de Alimentos Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para rejeitar a

preliminar de carência da ação e, conhecendo do mérito (art. 515, § 3º, do CPC), julgar improcedente o pedido inicial formulado pela autora/apelante.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Supermercado Rio Doce Ltda. apelou da sentença proferida nos autos da ação de rescisão contratual

movida contra Cazela Comércio e Indústria de Alimentos Ltda., por meio da qual o MM. Juiz de Direito, acolhendo a preliminar de carência da ação por não ter a autora/apelante interpelado a ré/apelada para que fosse constituída em mora, extinguiu o processo sem julgamento de mérito.

Requeru a reforma da decisão *a quo*, para análise do mérito, com o acolhimento do pedido de rescisão contratual c/c perdas e danos, sob o fundamento de ser dispensável a referida interpelação, porque necessária apenas nos casos em que a rescisão do pacto é pretendida pelo vendedor em face do descumprimento da obrigação por parte do comprador, ao contrário da situação dos autos, na qual o apelado/vendedor agiu de má-fé ao ter alienado bens penhorados.

Contra-razões às fls. 115/120 pela manutenção da sentença hostilizada.

Após, alçaram os autos a esta egrégia Corte de Justiça.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de apelação cível interposta com intuito de ver reformada a decisão de primeiro grau, que acolheu a preliminar de carência de ação, suscitada pela ré/apelada.

O apelo merece ser provido.

1) Da preliminar:

O MM. Juiz *a quo* acolheu a preliminar de carência da ação suscitada pela recorrida, em razão de não ter sido interpelada pela empresa

apelante, não sendo, portanto, constituída em mora.

Contudo, na presente situação, é prescindível a interpelação da apelada, pois não se trata das hipóteses previstas nos Decretos-Lei ns. 58/37 e 745/69, já que estes versam sobre a constituição em mora de devedor em compromisso de compra e venda e cessão de direito de imóveis não loteados, não de bens móveis, objeto do contrato em estudo.

Cabe transcrever os arts. 22 e 1º dos Decretos supramencionados, respectivamente:

"Art. 22. Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direito de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos artigos 16 desta Lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil".

"Art. 1º Nos contratos a que se refere o artigo 22 do Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de prévia interpelação, judicial ou por intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, com 15 (quinze) dias de antecedência".

Destarte, não é a apelante carecedora da ação, uma vez que o contrato firmado com a empresa recorrida tem por objeto móveis e utensílios para supermercado, e não de imóveis não loteados, sendo, assim, desne-

cessária a interpelação para constituir o devedor em mora.

Por outro lado, frise-se que a citação válida do devedor em ação de rescisão contratual pode suprir a falta de interpelação/notificação, constituindo o devedor em mora.

Assim já se posicionou esta egrégia Corte:

"Ação de cobrança. Compra e venda mercantil comprovada. Falta de entrega do material comprovado. Mora. Interpelação prévia. Desnecessidade. Suprimento pela citação para a causa. Pedido que objetiva o cumprimento da obrigação ou a devolução do valor pago, atualizado. Procedência. As obrigações mercantis que não tiveram prazo certo estipulado pelas partes são exequíveis dez dias após sua data (art. 137, CC). É entendimento jurisprudencial dominante que a citação válida feita na causa principal, ajuizada pelo credor para discutir a relação jurídica, corresponde e produz os mesmos efeitos que a interpelação judicial, quanto à constituição do devedor em mora. Feita pelo autor e não desconstituída pelo réu a prova da compra e venda mercantil perfeita e acabada, sem a entrega do seu objeto ao comprador, impõe-se assegurar ao vendedor, na ação de cobrança, o direito de satisfazer a prestação de um ou de outro modo, fazendo a entrega devida ou devolvendo a quantia correspondente (art. 288, CPC)" (Ap. Cív. n. 29.548, de Barra Velha, rel. Des. Gaspar Rubik).

Por tais razões, deve-se reformar a sentença recorrida para rejeitar a preliminar de carência da ação suscitada pela empresa apelada.

2) Do mérito:

Com o advento da Lei n. 10.352/01, a qual acresceu o § 3º ao art. 515 do Código de Processo Civil, nos casos de ter o togado de primeiro grau extinto o processo sem julgamento de mérito, e estando este em condições de julgamento, tornou-se viável ao Tribunal de Justiça decidir a lide.

Vale transcrever o referido dispositivo:

"Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

"(...) § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento".

A hipótese acima ilustra o estado dos autos, razão pela qual passa-se à análise do mérito.

As partes firmaram compromisso de compra e venda de móveis e utensílios, a ser pagos em quatro parcelas, consoante a cláusula primeira do pacto mencionado (fls. 10/11) os quais, segundo afirmações da própria apelante, foram-lhe entregues pela empresa recorrida já no ato da assinatura do acordo, como expresso na cláusula dois: "(...) 2 — A compradora, neste ato, toma posse dos móveis e utensílios mencionados na cláusula primeira, totalmente livres de ônus, impostos e outras taxas" (fl.11).

Porém, salientou a recorrente, em razão dos constantes boatos na região, acerca de ações de execução propostas contra a recorrida, estariam os bens objeto do referido pacto gravados com penhora, não tendo, por isso, deles se utilizado, vindo a sustar

os cheques emitidos para o pagamento da dívida contraída.

Colhe-se do depoimento do representante legal da empresa apelante:

"(...) Que efetuou negócio com a empresa ré, isto para aquisição de móveis e utensílios a serem utilizados em um supermercado; que tratavam-se de gôndolas, balcões, carrinhos etc., sendo ajustado o preço de trinta e um mil reais, a serem pagos em parcelas mensais, representadas por cheques; que os cheques foram emitidos pela pessoa física do declarante; que os bens ficaram guardados no imóvel que antes servia para o funcionamento do estabelecimento comercial da ré, o mesmo que posteriormente passou a ser locado pela autora; que a autora firmou contrato de locação com Herbert Sunel; que surgiram boatos que os bens adquiridos estavam gravados com penhora; que procurou a vendedora, na pessoa do Sr. Edegar Cazella, este que lhe garantiu que não haveria problema algum; que procurou o seu advogado, tendo então sustado o pagamento dos cheques; (...) que já havia efetuado outros negócios com a ré; que a compra e venda anterior também se referia à aquisição de utensílios e móveis para supermercado; que naquela ocasião recebeu documento que lhe transferia a propriedade, razão por que o negócio restou perfeito e acabado; (...) que não recebeu qualquer ordem judicial informando da existência de gravame sobre os bens adquiridos" (fls.87/88).

Por sua vez, as declarações do representante da empresa recorrida:

"(...) Que restou acordado o preço de trinta e um mil reais, a serem pa-

gos em parcelas, com emissão de cheques pela compradora para desconto futuro; que concordou em desocupar o imóvel que locava, passando então a locação ser exercida pela autora; que, posteriormente, veio a sentir que o primeiro cheque não restou pago pelo banco sacado, sendo que propôs à compradora a devolução das coisas e restituição do imóvel, no que não houve acerto; que os bens vendidos não estavam penhorados, mesmo porque a ré dispunha de quinze filiais, sendo treze no mesmo ramo de atividade, além do fato de seis estarem sendo desativadas, com permanência de seus móveis e utensílios junto à loja de Joaçaba (...) que reitera que nenhum dos móveis e utensílios da filial de Luzerna estavam penhorados (...)" (fl. 89).

Não obstante as afirmações do recorrente, não restou demonstrada a constrição dos objetos transacionados, apenas foram acostadas certidões extraídas em cartórios judiciais daquela comarca e circunscrição (fls. 7/9), de que haveria execuções deflagradas contra o apelado, mas em nenhum momento foi demonstrado inequivocamente estarem os bens vendidos penhorados.

Ora, mesmo se onerados móveis semelhantes àqueles objeto do contrato em estudo, referida constrição não obstará à utilização destes pela apelante, nem mesmo a entrega dos bens, tanto que os recebeu ao firmar o contrato, pois, em se tratando de bens não consumíveis, poderiam ser a qualquer momento por outros substituídos, o que não acarretaria ônus algum à recorrente/compradora.

Dessa forma, não há prova de ter o representante da apelada obrado

de má-fé ao efetuar a transação, posto que a suposta penhora sobre os móveis vendidos não restou evidenciada na instrução processual.

Assim, não restou comprovado ter a apelada vendido objetos penhorados, razão pela qual deve ser afastada a fraude aludida, já que quem não cumpriu a obrigação contratual foi a apelante/autora. Ante a bilateralidade da obrigação contratual, o pedido rescisório só seria admitido com a prova do inadimplemento por parte da ré/apelada.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para rejeitar a preliminar de carência da ação, em primeiro grau acolhida e, conhecendo-se do mérito, a teor do § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, julgar improcedente o pedido inicial formulado pela apelante/autora.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidi a Câmara, por votação unânime, prover o recurso para rejeitar a preliminar de carência da ação, em primeiro grau acolhida, e conhecer do mérito, a teor do § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, para julgar improcedente o pedido inicial formulado pela apelante/autora.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Volpato.

Florianópolis, 9 de abril de 2002.

Carlos Prudêncio,

Presidente, com voto;

Wilson Augusto do Nascimento,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.003919-6, DE VIDEIRA

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Ação negatória de paternidade c/c retificação de registro de paternidade em cartório — Preliminares — Nulidade do processo por falta de audiência conciliatória — Falta de intimação do perito — Realização de exame por perito diverso do nomeado — Preclusão por tratar-se de direito indisponível — Carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade ativa ad causam — Inocorrência.

Mérito — Prescrição — Estado de pessoa — Direito imprescritível — Paternidade — Exame de DNA — Laudo conclusivo — Não confirmação — Inexistência de vínculo de filiação — Escritura de reconhecimento anulada — Recurso não provido — Sentença mantida.

Por tratar-se de direito imprescritível, não há cogitar em prescrição em sede de ação negatória de paternidade.

Sendo o laudo pericial de exame de DNA conclusivo, no sentido de excluir a paternidade do apelado com relação ao menor/apelante, deve ser mantida a decisão de primeira instância que declarou inexistente o vínculo de filiação, declarando-se nula, por consequência, a escritura pública de reconhecimento de paternidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.003919-6, da comarca de Videira (2ª Vara/Fazenda Pública), em que é apelante L. A. S. M., representado por sua mãe N. S., sendo apelado L. A. M.:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

L. A. S. M., menor impúbere, representado por sua mãe N. S., interpôs apelação cível contra sentença que declarou inexistente o vínculo de filiação entre autor e réu, bem como anulada a escritura pública de reconhecimento de paternidade e sua respectiva averbação no registro civil.

Argüiu preliminares de: 1) nulidade do processo por: a) falta de audiência conciliatória; b) infração ao princípio do devido processo legal, com fulcro no artigo 421, § 1º, incisos I e II, do CPC; c) realização de perícia por perito diverso do nomeado; d) não ocorrência de preclusão em matéria de ordem pública; 2) carência do direito de ação pela impossibilidade jurídica do pedido, pois o reconhecimento da paternidade do menor/réu é irrevogável, citando a Constituição Federal e a Lei n. 8.560/92, como amparo legal; 3) ilegitimidade ativa *ad causam*,

pois o direito de reconhecimento do estado de filiação é indisponível e personalíssimo do menor.

No mérito, alegou ter ocorrido a prescrição do direito de ação do autor. Finalmente, insurgiu-se contra a alegação deste de que foi mantido em erro pela mãe/representante do réu.

Contra arrazoado o recurso, requereu o autor/apelado seja negado provimento ao recurso de apelação. Oferecido parecer ministerial pelo improvimento do recurso, mantendo-se a sentença prolatada em primeiro grau.

Subiram os autos a esta Corte.

Opinou a Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e improvimento da pretensão recursal.

Vieram conclusos.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de apelação cível interposta por L. A. S. M., representado por sua mãe N. S., irrisignado com a sentença proferida em primeira instância de julgamento que declarou inexistente o vínculo de filiação, bem como a anulação da escritura pública de reconhecimento de paternidade, em face de L. A. M.

A) Preliminares:

1. Da nulidade do processo

1.1. Por falta de audiência conciliatória:

Por tratar-se de direito indisponível, não há nulidade pela falta de audiência conciliatória. O artigo 331 do CPC traz a obrigatoriedade da audiência conciliatória tão-somente nas causas que versarem sobre direito disponível. Afasta-se, portanto, a primeira preliminar argüida.

1.2. Pela falta de intimação da nomeação de perito, não podendo as partes, por conseqüência, formular quesitos e apresentar assistente técnico:

Discutindo-se esta segunda preliminar, reportamo-nos ao cerne da *quaestio*, qual seja, se o autor é ou não pai do menor/réu.

A falta de intimação do perito não deve resultar na nulidade do processo, pois tanto autor quanto réu inclinaram-se pelo exame pericial. O ato praticado alcançou o objetivo desejado, sanando qualquer irregularidade, tendo as partes tomado ciência quanto à paternidade do autor/apelado.

Descarta-se, também, qualquer irregularidade ou nulidade pela falta de apresentação de quesitos e de nomeação de assistente técnico. O exame realizado demonstra com absoluta precisão que o autor/apelado não é pai do réu/apelante, dispensando-se, portanto, a apresentação de quesitos e assistentes técnicos. Rejeita-se, também, a segunda preliminar argüida.

Em caso análogo já se decidiu:

"Preliminar — Ministério Público — A ausência de intimação do Ministério Público, que não tomou conhecimento da nomeação do perito,

nem foi intimado para apresentação de quesitos, bem como da data da realização da perícia e expedição de carta de ordem, não merece subsistir. Investigatória. Confiabilidade do DNA. Paternidade confirmada. O exame do DNA se mostra confiável, em razão da formação profissional do perito e também pelo controle de qualidade mantido pelo laboratório. Hoje, o progresso da ciência permite, através de exames de identificação humana pelo DNA, a certeza e confiabilidade quanto à paternidade biológica. Sentença confirmada, que valorizou outros elementos de prova existentes nos autos. Preliminar afastada. Apelo negado" (fl. 6) (TJRS, APC 597161181, 8ª C.Cív., rel. Des. Juiz Antonio Carlos Stangler Pereira, j. 18/5/2000).

1.3. Por ter sido realizado o exame por perito diverso do nomeado:

O exame foi realizado por um conceituado laboratório de análises clínicas, sob a supervisão da bioquímica Sra. Letícia Mozzaquatro. Resalta-se, o laboratório possui uma equipe de profissionais, cada qual responsável por uma área de atuação, todos especialistas, gabaritados para realizar o exame pericial requisitado. Não há, portanto, qualquer irregularidade na realização do exame, pelo que se afasta a presente preliminar.

1.4. Pela não ocorrência da preclusão por tratar-se de direito indisponível:

Em que pese o argumento da parte de que não se deve aplicar os efeitos da preclusão em se tratando de direito indisponível, tal assertiva não merece prosperar. Realizado o exame pericial, qualquer outra prova cuja necessidade seria indiscutível,

deveria ter sido requerida pela parte interessada quando da intimação do laudo que negou a paternidade do autor/apelado, primeira oportunidade para manifestação nos autos, ou mesmo na audiência de instrução e julgamento, o que não ocorreu. Precluiu, portanto, o direito do réu/apelante. Assim, ante a inércia do réu/apelante, fica afastada a preliminar argüida.

Vejam os dispositivos do artigo 245 do CPC:

"Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão".

Tratando-se de ação negatória de paternidade, a prova testemunhal e o exame de DNA elucidam com precisão a questão, não havendo motivo para buscar-se subterfúgios para anular os atos anteriormente praticados, mesmo porque vislumbra-se uma decisão rápida e eficiente.

Com relação à matéria, veja os:

"Ação negatória de paternidade — Exame de DNA — Recurso desprovido — Direito de família. Negatória de paternidade. Exame de DNA — Indicando a conclusão do laudo de exame de DNA a impossibilidade da paternidade biológica negada, impõe-se a procedência do pedido negatório de paternidade, não podendo a Justiça submeter-se a duvidosos laudos de semelhança física, depois de tamanho avanço da ciência genética" (TJRJ, Ap. Cív. n. 5.343/97 (Reg. 190198), Cód. 97.001.05343, RJ, 6ª C. Cív., rel. Des. José Affonso Rondeau, j. 18/11/1997).

O exame de DNA possui um grau de acerto de praticamente 100%,

não deixando margem de erro, tampouco a necessidade da realização de outras provas, mesmo tratando-se de direito indisponível, pois o objetivo das partes foi alcançado, ficando comprovado que o autor/apelado não é pai do réu/apelante.

2. Da carência do direito de ação pela impossibilidade jurídica do pedido

Afirma o réu/apelante, ser o autor/apelado carecedor do direito de ação, por ter reconhecido a paternidade do menor/réu de forma voluntária, bem como por tratar-se de ato irrevogável.

3. Da ilegitimidade ativa *ad causam* por ser direito personalíssimo e indisponível.

Tal preliminar será analisada a seguir, juntamente com a de impossibilidade jurídica do pedido.

A análise das preliminares acima, de carência do direito de ação, estão diretamente ligadas à ocorrência ou não de vício de consentimento, na modalidade erro.

Observando-se todo o conjunto probatório, mais precisamente os depoimentos tomados na instrução processual, nota-se ter sido o autor mantido em erro pela mãe/representante do réu. Somente reconheceu a paternidade deste após ter sido convencido pela Sra. N., mãe/representante do réu, de que ele era seu filho, ainda porque a idade do menor coincidia com a data em que ambos mantiveram relação sexual.

Extrai-se do depoimento do autor/apelante:

"Convivi com a mãe do menor L. durante vinte meses. Anteriormente já havíamos tido um relacionamento,

inclusive sexual. Em seguida a mesma desapareceu e retornou com o filho L. dizendo que o mesmo era meu filho. N. passou então a morar comigo e eu registrei o filho acreditando ser o seu pai" (fl. 56).

Não há dúvida de que o autor/apelado foi conduzido a erro pela mãe/representante do réu, pois, se assim não fosse, não teria reconhecido a paternidade.

É claro que o fez de forma voluntária, pois não tinha conhecimento da real situação na qual estava envolvido.

São ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira:

"Quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação, diz-se que procede em erro" (Instituições de Direito Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1989, 1ª ed., vol. I).

O vício de consentimento, na modalidade erro, justifica a anulação do ato praticado.

Vejamos o disposto nos artigos 86 e 88, ambos do Código Civil Brasileiro:

"Art. 86. São anuláveis os atos jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial".

"Art. 88. Tem-se igualmente por erro substancial o que disser respeito a qualidades essenciais da pessoa, a quem se refira a declaração de vontade".

Nesse tom:

"JCCB.147 Ação Negatória de Paternidade — Intentada pelo genitor reconhecente — Coação — Defeito

de consentimento que autoriza a demanda constitutivo-negativa — Código Civil, artigo 147 — Demanda que se inscreve no ordenamento jurídico-positivo — Impossibilidade jurídica repelida — Recurso não provido" (TJSP, AI 281.313-1, Paraguaçu Paulista, 3ª CDPriv., rel. Des. Ney Almeida, j. 12/3/1996 — v.u.).

Não carece o autor, portanto, do direito de ação, pois apesar do reconhecimento da paternidade ser um ato irrevogável, este está infectado por um vício de consentimento o qual justifica sua anulação. Fica afastada, então, a preliminar de carência do direito de ação, por impossibilidade jurídica do pedido.

No que tange à preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*, por ser o direito de ação personalíssimo do filho, tal assertiva cai diante do vício de consentimento que a macula, pois, como já dito, o autor/apelado foi mantido em erro pela mãe/representante do réu, praticando, por este motivo, o ato de reconhecimento de paternidade, por meio de registro em Cartório, sendo legítimo para propor a ação negatória e ver sanado o ato prejudicado pelo vício de convencimento, na modalidade erro. Descarta-se, por fim, a preliminar de carência de ação, por ilegitimidade ativa *ad causam*.

Com relação à matéria, vejamos:

"Negatória — Paternidade — Retratação de ato de reconhecimento — Admissibilidade — Pedido substanciado em vício de consentimento (*error in substantia*) — Extinção do processo afastada — Recurso provido para ordenar o prosseguimento regular da ação" (TJSP, Ap. Cív. n.

148.096-1, Campinas, rel. Des. Silveira Paulilo, j. 17/9/1991).

B) Mérito:

A alegação do réu/apelante de que ocorreu o efeito da prescrição não merece prosperar.

Tratando-se de estado de pessoa, não há falar em prazo prescricional.

Nesse sentido, ensina-nos Arnaldo Rizzardo:

"Ao tratar da anulação do registro de nascimento e negatória de paternidade: 'É imprescritível a ação. Muitos procuram fazer incidir o prazo prescricional de quatro anos, previsto no art. 178, parágrafo 9º, inc. V, letra b, do Código Civil. Todavia, a questão envolve o estado da pessoa. Assim, como a ação de investigação de paternidade é imprescritível, da mesma forma o é a negatória de paternidade, podendo ser promovida durante toda a existência. O estado da pessoa constitui emanção da personalidade, sendo indisponível. Incidem, ademais, os argumentos já aventados no item sobre a imprescritibilidade da ação investigatória" (Direito de Família, 1ª ed., 1994, vol. II, pág 662).

Como bem frisou o nobre doutrinador, por tratar-se de matéria que envolve o estado da pessoa, imprescritível é a ação negatória de paternidade.

É da jurisprudência:

"Prescrição — Ação negatória de paternidade — Ação relativa ao estado da pessoa — Imprescritibilidade — Inteligência da Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal — Preliminar rejeitada" (TJSP, Ap. Cív. n. 93.628-4, Franca, 8ª CDPriv., rel. Haroldo Luz, j. 5/5/1999 — v.u.).

A jurisprudência, em sua maioria, tem decidido nesse sentido, mesmo porque estão envolvidos elos de parentesco, que trazem conseqüências para toda vida.

Nesse sentido:

"Negatória de Paternidade — Sentença de extinção, reconhecida a decadência — Ação de estado e, portanto, imprescritível — Recurso provido" (TJSP, Ap. Cív. n. 127.000-4, São José do Rio Preto, 10ª CDPriv, rel. Des. Ruy Camilo, 23/11/1999, v.u.).

E ainda:

"Ação negatória de paternidade — Decadência — Inocorrência — Não mais incide o prazo previsto no art. 178, § 3º, do Código Civil, ante as regras atuais contidas na Constituição Federal, sobre a filiação. Apelação provida, por maioria" (TJRS - Ap. Cív. n. 7000025667 (00339540), 8ª C.Cív., rel. Des. José Ataides Siqueira Trindade, j. 18/11/1999).

Não resta dúvida quanto à improcedência dos argumentos do réu/apelante, devendo ser mantida a decisão de primeiro grau.

É torrencial a jurisprudência nesse sentido:

"Ação negatória de paternidade — Filiação — Decadência — As regras do Código Civil precisam ser adaptadas ao novo sistema jurídico brasileiro de direito de família, implantado pela Constituição Federal de 1988 e diplomas legais posteriores. Isto implica em revogação ou não recepção de vários dispositivos daquele Código, como, por exemplo, os arts. 340, 344 e 364, em matéria de filiação. Tornou-se ampla e irrestrita a possibilidade investigatória da verdadeira paternidade biológica,

que prevalece sobre a verdade jurídica (três estágios na filiação: verdade jurídica — verdade biológica — verdade sócio-afetiva). Destarte, não há opor obstáculos legais superados à demanda negatória de paternidade proposta pelo pai contra o filho matrimonial. Da mesma forma, não podem persistir os prazos exíguos de decadência contemplados no art. 178, §§ 3º e 4º, inc. I, do Código Civil" (TJRS, Ap. Cív. n. 595.163.114, 8ª C.C., rel. Des. Sergio Gischkow Pereira, j. 7/12/1995).

Não há falar, portanto, em prescrição por tratar-se de matéria sobre o estado da pessoa, direito imprescritível.

Já com relação à prova de que o autor/apelado não é pai do menor, esta ficou evidenciada com o laudo técnico de investigação de paternidade (fls. 41/47), que, por meio da análise do DNA, concluiu da seguinte forma:

"Com base nos resultados obtidos, L. A. M. não é o pai biológico de L. S. M." (fl. 45).

Portanto, diante da total credibilidade do exame de DNA, que é conclusivo, não pairam dúvidas a respeito da questão.

Assim já se decidiu:

"Negatória de paternidade — Exame do DNA negativo — Prova inequívoca da não filiação. Procedência. Se o exame do DNA negativo, aliado à prova oral, forma sólida base de convicção do julgador quanto à inexistência da filiação, é de ser acolhido o pedido negatório de paternidade, com consequências daí decorrentes. Provimento do recurso" (TJRJ, Ap. Cív. n. 1723/94, Reg. n. 270298, Cód. 94.001.01723, Cachoeiras de Macacu, 2ª C.Cív., rel.

Des. Sérgio Cavalieri Filho, j. 11/11/1997).

Extrai-se da doutrina:

"Como o conteúdo da afirmada coisa julgada material não constituiu decisão negatória da paternidade, mas apenas decisão afirmativa de ser insuficiente a prova produzida naquele processo, resta conclusivo que não configura ela óbice algum a que o autor procure, com o avanço da tecnologia, produzir uma prova desenvolvida mais recentemente e que apresenta caráter praticamente incontestável, o exame genético DNA" (Avanços doutrinário-jurisprudenciais sobre coisa julgada na investigação de paternidade — Belmiro Pedro Welter. Publicada no Juris Síntese n. 25 — set./out. de 2000).

Diante do exposto, com base no laudo técnico de investigação de paternidade, obtido pela da análise do DNA, prova robusta o suficiente, a qual confirmou não ser o autor/apelante pai do menor, deve-se negar provimento ao recurso, mantendo-se a decisão que declarou inexistente o vínculo de filiação entre apelante e apelado, bem como anulou a escritura de reconhecimento de paternidade.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso, mantendo-se, na íntegra, a decisão de primeira instância.

Dê-se continuidade ao acordo celebrado entre as partes na Ação de Alimentos de n. 07998000226-3.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Volpato.

Florianópolis, 9 de abril de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
Wilson Augusto do Nascimento.
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.005372-1, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível — Ação anulatória de ato jurídico — Revelia — Inocorrência — Ausência de prejuízos — Nulidade inexistente.

Tendo um dos réus sido citado por edital e sendo comum o prazo para responder, este iniciou-se da data em que se formalizou a última das citações. Não demonstrado, de forma objetiva, o prejuízo do reconhecimento indevido da revelia, com influência no direito material da parte e reflexos na decisão da causa, não deve ser reconhecida a nulidade do ato processual.

Carência da ação — Rejeição — Nulidade do ato negocial que motivou os demais — Nulidades subseqüentes.

É juridicamente possível a anulação simultânea de atos jurídicos, desde que subseqüentes àquele do qual dependam, reputado de nenhum efeito.

Compra e venda de imóvel — Procuração falsa — Exame grafotécnico realizado por perito oficial — Laudo não impugnado — Recurso improvido.

É absolutamente nula a venda e compra de imóvel e atos subseqüentes, originários de mandato falsificado, ainda que possa estar de boa-fé o adquirente.

Litigância de má-fé — Ofensa ao art. 17, incisos I e VII do cânone processual civil — Aplicação ex officio da multa em 1% e indenização em 20% sobre o valor da causa.

Aplica-se, de ofício, àquele que provoca incidente manifestamente infundado, porquanto ausente o interesse recursal, a penalidade por litigância de má-fé, condenando ao pagamento de multa, no valor de 1% (um por cento), e indenização, no valor de 20% (vinte por cento), ambas sobre o valor da causa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.005372-1, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é apelante Luiz Carlos Ramalho, sendo apelada Camping Hotel Praia dos Amores Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Luiz Carlos Ramalho interpôs recurso de apelação contra sentença que, nos autos da ação anulatória de ato jurídico aforada por Camping Hotel Praia dos Amores Ltda., julgou procedente o pedido. O togado de primeira instância decretou a nulidade da Procuração Pública lavrada à fl. 28, Livro 179 do 3º Tabelionato de Notas, da comarca de Curitiba/PR, bem como o substabelecimento realizado pelo co-réu Jairo César Silva dos Anjos em favor de Ludgero Figueredo Neto. Decretou, ainda, a nulidade da Escritura Pública de Compra e Venda, lavrada à fl. 24, Livro 46, pela tabeliã Maria Leônia Assis Figueiredo, na comarca de Piçarras, cancelando o registro R310.574 no Cartório do 1º Ofício do Registro de Imóveis da comarca de Itajaí, além dos demais registros, feitos *a posteriori*.

O recorrente aduziu, preliminarmente, ter o Juiz *a quo* laborado em equívoco ao deixar de analisar a contestação apresentada, sob o argumento de escoamento do prazo oportuno, quando da sua apresentação. Alegou que, em existindo litisconsór-

cio passivo, há prazo contestatório em dobro, razão pela qual estaria a resposta em situação regular para o seu recebimento.

Argüiu, ainda, a carência da ação, posto não ter sido a procuração anulada judicial e previamente, por intermédio de ação própria declaratória de nulidade para, só então, ingressar com a presente demanda.

No mérito, aduziu ser insuficientes as provas carreadas aos autos para dar sustentação às alegações deduzidas na peça exordial.

Ouvido o representante do *Parquet*, este opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Remetidos os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, esta acolheu o parecer ministerial de fls. 547/554.

Vieram conclusos.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Luiz Carlos Ramalho contra sentença que, nos autos da ação anulatória de ato jurídico aforada por Camping Hotel Praia dos Amores Ltda., julgou procedente o pedido. O togado de primeira instância, em sua decisão, decretou a nulidade da Procuração Pública lavrada à fl. 28, Livro 179, da comarca de Curitiba/PR, bem como o substabelecimento realizado pelo co-réu Jairo César Silva dos Anjos em favor de Ludgero Figueredo Neto. Decretou, ainda, a nulidade da Escritura Pública de Compra e Venda, lavrada à fl. 24, Livro 46,

na comarca de Piçarras, cancelando o registro R310.574 no Cartório do 1º Ofício do Registro de Imóveis da comarca de Itajaí, além dos demais registros, feitos *a posteriori*.

1. Preliminares

1.1. Cerceamento de defesa

O recorrente, ao alegar cerceamento de defesa, fundou sua argumentação no art. 241, inciso III, do Código de Processo Civil, que dita *verbis*: "quando houver vários réus, da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido".

Ao compulsar os autos, denota-se o equívoco do magistrado *a quo* em reconhecer a intempestividade da peça contestatória, posto que o prazo processual teria seu início após o transcurso da citação editalícia.

Todavia, deve o artigo supracitado ser interpretado em consonância com o art. 249, § 1º, do Código de Processo Civil, sendo que o entendimento jurisprudencial firmou-se no sentido de estabelecer-se a necessidade de demonstração de prejuízo concreto, a fim de invalidar o ato processual promovido.

Necessário, portanto, a fim de que seja declarada a nulidade de um ato, além de sua alegação oportuna, a demonstração do prejuízo às partes.

Não obstante, oportunizou-se ao apelante a produção de todas as provas pretendidas, sendo que o não recebimento da contestação não teria, por si, o condão de alterar o deslinde da *quaestio*.

Anota-se, ademais, a revelia não importou, necessariamente, na procedência do pedido formulado na

exordial, fazendo-se, no caso em tela, pertinente o exame das circunstâncias atinentes ao caso concreto, objetivando-se o correto e justo provimento final.

A respeito, colhe-se o entendimento jurisprudencial emanado desta egrégia Corte:

"Dano moral — Prova — Ausência — O dano moral deve ser cumpridamente demonstrado para ensejar indenização. Revelia — Efeitos — A revelia não gera a presunção absoluta de veracidade dos fatos alegados, mas sim relativa, que pode ser mitigada pelo livre convencimento do juiz em face do contexto dos autos. Litigância de má-fé — Narrativa inexacta — Omissão de fatos essenciais ao julgamento da lide — Reputa-se litigante de má-fé quem, intencionalmente, omite fatos considerados essenciais ao deslinde da *quaestio*, produzindo o risco de induzir o julgador em erro, com evidente prejuízo à parte contrária" (Ap. Cív. n. 97.009999-1 - rel. Des. Eder Graf).

E ainda:

"Posse — Reintegração — Revelia — Efeitos — Presunção relativa — Conjunto probatório a demonstrar a veracidade dos fatos narrados pelo autor — Interdito procedente — Se a presunção relativa de veracidade dos fatos não contestados pelo réu torna-se uma certeza, através do conjunto probatório carreado aos autos, inarredável a procedência do pedido reintegratório" (Ap. Cív. n. 97.013356-1, rel. Des. Vanderlei Romer).

Não tendo, dessa forma, o recorrente logrado êxito em demonstrar a existência de prejuízo, ante o não recebimento da peça contestatória e,

por conseguinte, a repercussão no desfecho final da demanda, afasta-se a preliminar invocada.

1.2. Carência da ação

A necessidade de prévio ingresso de ação anulatória a fim de destituir de validade a procuração, para só então ajuizar-se ação para anular a escritura lavrada, não merece amparo.

Ressalte-se, estando eivado de nulidade o ato praticado, o qual corresponde ao cerne de todos os demais atos promovidos em consequência ou em função daquele, inegável que estes venham a ser atingidos, também, pela nulidade ocorrida no negócio principal.

Nesse sentido, já se manifestou esta colenda Corte:

"Civil e processual — Nulidade de escritura e de registro de compra e venda de imóvel por ser falsa a procuração. Indenização afastada porquanto não integrante do pedido. Inexistindo pedido indenizatório, impossível cogitar-se de responsabilidade civil. O juiz não pode conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte. É nula a venda de imóvel em consequência de mandato falsificado, nada obstante a boa-fé do adquirente" (Ap. Cív. n. 41.261, rel. Des. Amaral e Silva).

Do corpo do acórdão, depreende-se:

"Nulidade de direito material. Falsa procuração. Efeitos, em relação aos atos negociais que lhe foram subsequentes. Aplicação do princípio *quod nullum est nullum parit effectum*. Elementos existentes nos autos que permitem, independentemente do exa-

me de questões processuais, pronunciar a nulidade do instrumento do mandato como também dos atos jurídicos posteriores praticados a partir da lavratura deste. Sentença confirmada.

"A venda de imóvel realizada em consequência de mandato não outorgado pelo seu proprietário, constitui ato jurídico nulo. A nulidade neste caso pode ser pronunciada pelo magistrado até mesmo de ofício, independentemente de alegação de qualquer interessado ou do órgão do Ministério Público, quando conhecer do ato ou de seus efeitos e os encontrar provados.

"No sistema do direito civil pátrio, a nulidade de ato jurídico invalida os efeitos pessoais e reais que ele pudesse produzir, de modo que as partes devem ser restituídas ao estado anterior. E, em relação a terceiros, desfaz-se o direito que acaso tenham adquirido com fundamento no ato nulo ou anulado porque ninguém transfere a outrem direito que não tem, segundo tem acentuado reiteradamente a doutrina" (JC 67/98).

E mais:

"Anulação de compra e venda realizada através de procuração falsificada. Inexistência de manifestação de vontade. Direito de terceiro que se desfaz com a nulidade do ato. Sentença confirmada" (Ap. Cív. n. 34.358, rel. Des. Napoleão Amarante).

Nesse diapasão, não destoam a jurisprudência pátria:

"Ato jurídico — Nulidade — Contrato de cessão de direitos hereditários — Transferência de direitos sobre o imóvel mediante lavratura de Escritura Pública — Procuração outorgada a terceiro por proprietário já fale-

cido — Transferência de imóvel baseada em procuração falsa — Nulidade reconhecida — Artigo 158 do Código Civil — Decisão mantida — Carência da ação rejeitada — Matéria afastada em grau de recurso — Legitimidade reconhecida — Recursos não providos" (TJSP, Ap. Cív. n. 140.627-4, rel. Des. Júlio Vidal).

2. Mérito

Na análise das provas carreadas aos autos, é mister reconhecer o acerto da decisão proferida em primeira instância.

A instrução probatória realizada nutriu os autos com elementos suficientes, os quais conferem ampla e incontestável sustentação ao pleito deduzido pelos autores.

Prudente transcrever-se a conclusão do perito, em exame grafotécnico, acostado às fls. 340/350, não repelida pelo recorrente:

"À vista do exposto, o Perito é levado a concluir, que a assinatura que figura na procuração lavrada no Livro n. 179, fl. 28, do 3º Tabelionato de Notas da comarca de Curitiba, Paraná, é falsa, e não procedeu do punho da pessoa a quem se pretende atribuí-la, ou seja, Humberto Francisco Basile, tendo em vista os padrões gráficos por ele fornecidos" (fl. 342).

Anote-se, o exame grafotécnico, levado a efeito por perito judicial e não rechaçado pelo requerido, é prova sufi-

cientemente robusta para a aferição da nulidade do ato jurídico praticado.

Do escólio deste colendo Tribunal de Justiça:

"Ação ordinária de cobrança de notas promissórias. Falsidade da assinatura do devedor. Perícia grafotécnica. Laudo do perito oficial, conclusivo, bem fundamentado, escoreito. Autenticidade comprovada. Pedido inicial julgado procedente. Recurso interposto, improvido. Sentença confirmada. Não pode o juiz desprezar, pura e simplesmente, sem ter motivo suficiente para tanto, laudo conclusivo, bem fundamentado, escoreito, subscrito pelo perito oficial, sem dispor de outros elementos, bastantes, de prova e de convicção, para julgar o mérito da causa" (Ap. Cív. n. 27.044, rel. Des. Rubem Córdova).

Assim, incontestada a falsidade da assinatura, perceptível, inclusive, aos leigos, conforme manifestou o promotor de justiça à fl. 507, fulminando o ato de nulidade.

Tendo os apelantes provocado incidente manifestamente infundado, porquanto ausente o interesse recursal, aplica-se-lhes, de ofício, a penalidade por litigância de má-fé, condenando-os ao pagamento de multa, no valor de 1% (um por cento), e de indenização, no valor de 20% (vinte por cento), ambas sobre o valor da causa.

Nesse sentido:

"Recurso — Sucumbência — Interesse de agir — Litigante de má-fé — Multa — Quando a parte plenamente vencedora interpõe recurso para novo julgamento, dele não se deve conhecer, porque, diante da ausência de prejuízo ou sucumbência, caracteriza-se a falta de interesse para agir, justificando-se a aplicação de multa por litigância de má-fé" (TAMG, Ap. Cív. n. 0207305-2, rel. Juiz Quintino do Prado).

Dessa forma, escorreita a decisão guerreada, devendo ser mantida na íntegra.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, rejeitar as preliminares, negar provimento ao recurso e, de ofício, aplicar

a pena de multa de 1% (um por cento), mais 20% (vinte por cento) por perdas e danos. Remeta-se cópia da decisão à Corregedoria-Geral da Justiça.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Volpato. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 28 de maio de 2002.

Orli Rodrigues,

Presidente para o acórdão;

Wilson Augusto do Nascimento,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.022317-1, DE PALHOÇA

Relator: Des. Monteiro Rocha

Pedido de modificação de guarda e suspensão de pátrio poder — Preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça por desobediência ao art. 198, VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente — Interpretação teleológica — Prefacial rejeitada — Mãe que abandona marido e filha só a visitando ocasionalmente — Menor que manifesta o desejo de permanecer com o pai — Modificação do estado de fato não aconselhável — Sentença mantida — Recurso desprovido.

O caput do art. 198 do ECA determina a aplicação das regras gerais do CPC aos recursos contra decisões dos juízos das Varas de Infância e Juventude, segundo as quais ao juiz é vedado alterar sua decisão (art. 463). A finalidade da exceção prevista no inciso VII do Estatuto, portanto, é possibilitar a revisão do julgado pelo magistrado a quo, com o firme propósito de agilizar a prestação jurisdicional.

Objetivando a finalidade social do art. 198, VII, do ECA e ao interesse do menor, deve ser apreciado o recurso independentemen-

te de novas diligências, porquanto evita maiores delongas à demanda.

"A destituição do pátrio poder (...) não se destina a punir faltas passadas dos pais, mas a preservar os filhos da maléfica influência de atos contrários à moral e aos bons costumes, e, justamente por isso, tais atos devem ser contemporâneos ao pedido de destituição"
— José Virgílio Castelo Branco Rocha.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.022317-1, da comarca de Palhoça, em que é apelante S. G. F, sendo apelado R. G. e interessada P. G.

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por unanimidade de votos, afastar a preliminar suscitada pela douta Procuradoria-Geral de Justiça e, no mérito, desprover o recurso.

Custas, *ex lege*.

Na comarca de Palhoça, S. G. F. formulou pedido de alteração de guarda da menor P. G., atualmente sob a guarda de R. G., pai da menor, alegando que quando se separou, por estar com dificuldades financeiras, a filha do casal foi morar com o requerido e seus avós paternos. Todavia, argumentou, aos olhos da requerente o ambiente em que se encontra a menor é perverso para o seu desenvolvimento, em virtude do envolvimento do pai, atual guardião, com bebidas alcoólicas.

Assim discorrendo, requereu a antecipação dos efeitos da tutela, para reverter a guarda em seu favor, a destituição do pátrio poder do requerido e, ao final, a procedência, em definitivo, do pedido de alteração de guarda.

Designada audiência de justificação, na qual foi regulamentado, provisoriamente, o direito de visitas da

mãe, foi determinada a realização de estudo social. Na mesma oportunidade o requerido foi citado para apresentar defesa no prazo de lei.

Realizado o estudo social (fls. 22/24) e certificado o transcurso, *in albis*, do prazo para o oferecimento de resposta, foram os autos remetidos ao Ministério Público, o qual opinou pela improcedência do pedido inicial, mantendo-se a guarda em nome do pai, regulamentado o direito de visita da genitora tal como fora fixado provisoriamente em audiência.

Sentenciando o feito, às fls. 34/36, o Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido formulado.

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, a requerente apelou em tempo e modo devidos, argumentando que não abandonou a menor quando se separou do ex-marido, apenas aceitou o auxílio dos avós paternos, com melhores condições financeiras para assistir sua filha, o que já havia narrado na inicial. Disse ainda que o boletim de ocorrência anexo à exordial comprova o envolvimento do pai com a prática de atos ilícitos, drogadição, alcoolismo e violência, o que entende ser prejudicial à educação da menor e motivo suficiente para a alteração da guarda, razão pela qual pugna pelo provimento do recurso.

Recebido o recurso em seu efeito exclusivamente devolutivo, os autos foram enviados ao Ministério Público, o qual apresentou razões nas quais requer o conhecimento e o desprovemento do recurso interposto.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou, em preliminar, pela conversão do julgamento em diligência para que o Magistrado *a quo* exerça juízo de retratação e, quanto ao mérito, opinou pelo conhecimento e desprovemento do apelo.

É o relatório.

Cumpra esclarecer, inicialmente, que a questão dos autos deve ser apreciada com base no Estatuto da Criança e do Adolescente porque o pedido preambular, embora também fulcrado no art. 357, III, do Código Civil, tem como alegação o fato de o requerido não estar observando os direitos da menor, previstos no art. 15 do mesmo estatuto.

Colhe-se da doutrina o seguinte excerto:

"Se, em um determinado caso concreto levado à apreciação judicial, em que se discute a guarda de uma criança ou adolescente, as questões levantadas forem relativas ao exercício do pátrio poder sem, contudo, significarem violação aos direitos contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, o caso deve ser tratado pelo juízo da família. Se, no entanto, as questões levadas ao conhecimento do Judiciário importarem em violação ou ameaça aos referidos direitos, o caso deverá ser examinado pelo juízo da infância e da juventude, nos termos do art. 148, parágrafo único, letra a da referida Lei" (Guimarães, Giovane

Serra Azul. Adoção, Tutela e Guarda. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, pág. 16).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, suscita preliminar na qual requer a conversão do julgamento em diligência para que o Magistrado singular, em obediência ao art. 198, VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, exerça juízo de retratação.

Ao se perquirir o verdadeiro sentido da aludida norma, a conclusão inafastável é a de que sua maior finalidade é agilizar a prestação jurisdicional, mormente porque o direito tutelado (do menor) é de extrema importância à sociedade. A verdade de tal assertiva se observa na atitude do próprio legislador que, no inciso em comento, fixou prazo muito exíguo para que o magistrado faça o reexame de sua decisão (5 dias) e o inciso III, do mesmo artigo, impõe preferência no julgamento dos recursos interpostos nos processos afeitos à Justiça da Infância e Juventude.

O *caput* do art. 198 estabelece como regra geral aquelas previstas na Lei Adjetiva Civil. Nesse contexto, o referido dispositivo legal não pode ser visto como um empecilho à rápida solução da lide. Ao contrário, deve ser interpretado como uma solução para que o magistrado singular, quebrando a regra geral, obste o processamento de um recurso que, a toda evidência, seria provido.

Objetivando uma interpretação teleológica do Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se que a conversão do julgamento em diligência para fins do juízo de retratabilidade aludido em seu art. 198, VII, ofende desnecessariamente o princípio da

precedência de atendimento ao menor nos serviços públicos ou de relevância pública; o princípio da preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; o princípio de que na interpretação do ECA, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, às exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Por essas razões, e ciente de que o magistrado deve atender aos fins sociais a que a lei se dirige — e que no caso é o bem-estar do menor, inequivocamente afetado enquanto perdurar a lide, diante da insegurança que paira acerca de seu futuro — pede-se vênia à jurisprudência desta Corte para, na hipótese dos autos, apreciar o mérito da causa em exame, com o fim de agilizar a prestação da justiça, que envolve direito merecedor de rápida solução, deixando de se remeter os autos ao juízo de retratação.

Isso posto, não se acolhe a preliminar argüida pela Procuradoria-Geral de Justiça e, em conseqüência, aprecia-se o apelo sem remeter o processo ao juízo singular para o exercício do juízo de retratação.

O pedido inicial tem a finalidade de destituir o pátrio poder do requerido (arts. 395, III, e 157 do ECA) revertendo-se a guarda em favor da requerente, mãe da menor, porque "aplicada a sanção de perda de pátrio poder ao pai, o seu exercício passará à mãe" (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 5, direito de família, 13ª edição, São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 384).

Oportuno transcrever-se, como razão primeira a guiar todo e qualquer julgador, quando da apreciação das lides envolvendo interesse de menor, o seguinte entendimento doutrinário:

"A razão primordial que deve presidir a atribuição da guarda em tais casos é o interesse do menor, que constitui o grande bem a conduzir o juiz, no sentido de verificar a melhor vantagem para o menor, quanto ao seu modo de vida, seu desenvolvimento, seu futuro, sua felicidade e seu equilíbrio" (Strenger, Guilherme Gonçalves. Guarda de Filhos. 1ª edição. São Paulo, LTr, 1998, pág. 56).

Um dos fundamentos em que se sustenta a apelante para requerer a destituição da guarda do pai, revertendo-a em seu favor, é a de que o atual guardião estaria desrespeitando o art. 395, III, do Código Civil, hipótese que leva à perda do pátrio poder, e não suspensão, como tratado ao longo do processo.

A respeito de tal dispositivo legal — vetusto, porém muito necessário —, colaciona-se lição de vida que dá sua verdadeira dimensão, *in verbis*:

"O lar é uma escola, onde se preparam caracteres e se formam personalidades. Escola viva, feita de exemplos e de atitudes. É no lar que os filhos adquirem o sentimento de dignidade pessoal, de honestidade e correção, que formam a tônica de homem de bem. A maior de todas as tarefas do chefe de família reside na edificação moral dos filhos.

"A destituição do pátrio poder (...) não se destina a punir faltas passadas dos pais, mas a preservar os filhos da maléfica influência de atos

contrários à moral e aos bons costumes, e, justamente por isso, tais atos devem ser contemporâneos ao pedido de destituição" (Rocha, José Virgílio Castelo Branco Rocha. O Pátrio Poder, 2ª edição, São Paulo, Editora Universitária de Direito, 1978, págs. 298/299).

Atento a esses conceitos, indaga-se: o suposto desvio de conduta noticiado no Boletim de Ocorrência anexo ao pedido inicial constitui elemento suficiente, por si só, para caracterizar que a filha permanece, nos dias atuais, exposta a atos contrários à moral e aos bons costumes? Evidentemente que não. Precisaria constatar dos autos algo mais para levar à perda do pátrio poder, com a possibilidade de reversão da guarda em prol da genitora apelante, razão pela qual a então Magistrada processante determinou, sabiamente, a realização de estudo social.

Todavia, o referido exame, em vez de corroborar a tese defendida pela mãe da menor a derruiu.

De fato, assim o fez. Primeiro, quando nele a menor teve oportunidade de externar sua vontade de permanecer com o pai e avó, aumentando-se o período de visitas da mãe, para que tal ocorra todo fim de semana. Segundo, porque demonstrou que o lar no qual está inserida a menor, constituído por sua avó, seu pai e uma tia, tem-se mostrado adequado e aparentemente harmônico.

Por fim, embora não esteja escrito *ipsis litteris* no estudo social, salta aos olhos, *ictu oculi*, de seu conteúdo, que é da oficina mecânica do requerido que provém o sustento da entidade familiar, o que demonstra a

sua responsabilidade para com o bem-estar daquelas pessoas que, legal ou moralmente, estão sob sua proteção. Então, *data venia*, não subsiste o conteúdo isolado descrito no boletim de ocorrência, limitado à alegação de pessoa emocionalmente envolvida com o indiciado, diante do que foi exposto no estudo social realizado.

Por outro lado, influencia na hipótese dos autos a conduta da mãe, apelante, que abandonou o convívio com o requerido, e também com a filha, por cerca de pelo menos quatro anos, sendo que nos dois anos seguintes a estes, só visitava a menor de três em três meses, assertiva esta em momento algum refutada. Abandonar o ex-marido com o qual não deseja mais conviver é compreensível — e não importa as razões — mas a filha? Não bastasse isso, enquanto que a inicial alega que as supostas agressões do requerido à mãe da menor, fez com que a levasse a deixar o lar, em decorrência de ciúme; agora, quando suplica alteração do *decisum*, o faz sob a alegação — talvez influenciada pela presença do BO nos autos — de que o motivo para as agressões era o alcoolismo.

Como *ultima ratio*, e atentando para o fato de que a menor manifestou o interesse de permanecer sob a guarda do pai (ao contrário do que consta da inicial), transcreve-se lição doutrinária que resolve a situação fática em exame, mostrando que os motivos que levaram a mãe a se afastar de sua filha não têm relevância à solução da presente demanda. O que importa, na exegese do excerto colacionado a seguir, é o contexto em que, atualmente, está inserida a menor:

"...se a vida em comum já se encontra rompida há muito tempo pela separação, e se durante esse longo período os filhos estiveram sempre sob a guarda de um dos cônjuges, inexistiu razão para alterar-se aquela situação para deferir-se dita guarda ao cônjuge que já se encontra desligado da família todo esse tempo, sem laços, portanto, mais estreitos de convivência com os filhos. Até por uma questão de bom-senso, é de se concluir que os filhos preferiram ficar com quem sempre viveram, desde a separação de fato" (Pereira, Áurea Pimentel. *Divórcio e Separação Judicial*, 9ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, págs. 68/69, *apud* Carbonera, Silvana Maria. *Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, pág. 115, nota de rodapé 318).

A jurisprudência dá vida ao direito e abre caminhos e perspectivas para a paz social (Rocha, José V. Castelo Branco, *op. cit.*, *in* prólogo), motivo pelo qual se traz aos autos entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do nosso Estado:

"Guarda de filho menor. Pais solteiros. Criança de tenra idade que

vive com o pai na casa dos avós paternos há alguns anos desde a separação do casal. Ausência de razões que justifiquem a transferência da guarda e responsabilidade" (Apelação Cível n. 39.847, de Palmitos, rel. Des. Leonardo Alves Nunes, j. em 14/12/93).

Ex positis, a Segunda Câmara Civil, à unanimidade de votos, resolve afastar a preliminar suscitada pela douta Procuradoria-Geral de Justiça e, no mérito, desprover o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Schaefer Martins e Mazoni Ferreira, tendo este presidido a sessão. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 23 de maio de 2002.

Anselmo Cerello,
Presidente para o acórdão;
Monteiro Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.013908-2, DE TUBARÃO

Relator: Des. Torres Marques

Apelação cível — Embargos à execução — Procedência com a conseqüente extinção da execução pela ausência de título líquido, certo e exigível — Execucional aparelhada com fotocópias autenticadas dos cheques — Originais presentes nos autos de inquérito policial — Admissibilidade — Apelo provido.

Embargos — Apelo provido para decretar nula a sentença — Julgamento pelo tribunal ad quem — Inteligência do art. 515, § 3º,

do CPC, com redação dada pela Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001 — Cheque — Título de crédito autônomo — Ausência de prova robusta capaz de dar amparo à discussão acerca da causa debendi — Procedência.

O cheque é título de crédito não causal, apresentando as características de autonomia e abstração com relação ao direito obrigacional que lhe deu origem, conferindo, inclusive, presunção de veracidade acerca da existência deste direito, só cabendo a discussão da causa debendi à vista de maciça prova em contrário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n. 1998.013908-2, da comarca de Tubarão (2ª Vara), em que é apelante Vilso Ossani, sendo apelada Albertina Josefina P. Margheti:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para cassar a sentença e julgar improcedentes os embargos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Tubarão, Albertina Josefina P. Margheti apresentou embargos à execução movida por Vilso Ossani, registrados sob n. 075.96.000174-8, alegando, em preliminar, a ausência de pressuposto de admissibilidade para o ingresso da ação expropriatória e, quanto ao mérito, a circunstância de terem sido emitidos para garantia de relação negocial.

A execução foi aparelhada com fotocópias autenticadas dos cheques emitidos pela devedora, num total de 13 títulos, perfazendo o somatório dos valores a importância de R\$ 13.400,00 (treze mil e quatrocentos reais).

Impugnados, foram julgados procedentes os embargos, sendo declarada nula a executiva ante a ausência de título executivo líquido, certo e exigível, com honorários no patamar de 20% sobre o valor da pretendida dívida.

Irresignado, o embargado inter pôs recurso de apelação, pugnano em suas razões pela reforma do julgado, lastreado na possibilidade de intento de ação executiva com base em cópias autenticadas de cheques.

Preparado o recurso e transcorrido *in albis* o prazo para contra-razões, subiram os autos e esta superior instância.

II — Voto

O apelante insurge-se quanto à decisão do Juízo *a quo* que julgou procedentes os embargos à execução, declarando-a nula, sob o fundamento de que cópias de títulos originais (cheques) não se prestam para aparelhar ação de execução, extinguindo-a com amparo no art. 267, IV, do CPC.

O credor ao ingressar com a ação executiva explicitou que "os títulos originais estão na 1ª Delegacia de Polícia dessa cidade de Tubarão, SC,

para fins de apuração da infração criminal, por estelionato, art. 171, *caput*, e § 6º do CP", alegação condizente com o conteúdo do auto de exibição e apreensão (fl. 41), que revela estarem em poder da autoridade policial, juntados ao caderno de investigação, do qual extraiu-se elementos para a deflagração da ação penal contra Domingos de Bona Margheti e Albertina Josefina Pignatelli Margheti.

O manejo da execução por meio de cópia autenticada de cheque é possível quando o original encontra-se instruindo outro processo, no caso *sub judice*, entranhado no inquérito policial, de sorte que desapareceu a potencial circularidade da cambial, exurgindo pressuposto para o desenvolvimento válido e regular do processo.

Sobre o tema, é o posicionamento do STJ:

"Processual civil. Execução de cheque por cópia. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Embargos declaratórios rejeitados. Divergência não configurada. Não conhecimento.

"Não se inviabiliza a execução pelo só fato de a inicial não ter sido acompanhada do original do cheque em que se funda, em face de referido título encontrar-se em autos de inquérito policial (...)" (REsp n. 106035/RS, rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 15/6/99, DJU de 18/10/99, pág. 233).

Enfrentadas as razões do apelo, com o seu provimento, é de ser cassada a sentença proferida nos embargos (fls. 33/36), que os extinguiu sem julgamento do mérito, cujo efeito corresponderá à prolação de nova decisão, possível na instância recursal de acordo o art. 515, § 3º, do CPC,

com a redação dada pela Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que acresceu o § 3º ao referido artigo, o qual dispõe:

"Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

"(...) § 3º. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento".

Assim é que Vilso Ossani ajuizou ação de execução em desfavor de Albertina Josefina P. Margheti, dizendo-se credor da importância de R\$ 13.400,00 (treze mil e quatrocentos reais), representada por cópias autenticadas dos cheques n. 890.177, no valor de R\$ 1.100,00; n. 890.178, no valor de R\$ 1.100,00; n. 890.179, no valor de R\$ 1.200,00; n. 175.666, no valor de R\$ 1.000,00; n. 175.665, no valor de R\$ 1.000,00; n. 175.674, no valor de R\$ 1.000,00; n. 175.673, no valor de R\$ 1.000,00; n. 1.000,00, no valor de R\$ 1.000,00; n. 230.061, no valor de R\$ 1.000,00; n. 535.130, no valor de R\$ 1.100,00; n. 231.873, no valor de R\$ 1.000,00; n. 231.871, no valor de R\$ 900,00; n. 230.063, no valor de R\$ 1.000,00, todos emitidos por Albertina J. P. Margheti, figurando o credor como pessoa nominada ao crédito.

Os cheques foram devolvidos pelo banco sacado por motivo de contra-ordem (alínea 21), insuficiência de fundos (alínea 11) e conta encerrada (alínea 13), ora por uma situação, ora por outra.

Primeiramente, verifico ser a questão unicamente de direito, com-

portando o processo julgamento no estado em que se encontra, nos moldes do comando do art. 330 do CPC.

A respeito da matéria, já decidiu esta Corte de Justiça:

"(...) Se o juiz, ante as peculiaridades da espécie, se convence da possibilidade do julgamento antecipado da lide, e, no estado em que o processo se encontra, profere sentença, desprezando a dilação probatória, não há falar em cerceamento de defesa, mercê da manifesta inutilidade ou o claro intuito procrastinatório da coleta de prova por cuja produção postulou o embargante" (Apelação Cível n. 88.052223-8 (38.443), de Gaspar, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 16/10/96).

As condições da ação encontram-se presentes por meio da legitimidade das partes, envolvidas na relação de direito material, o interesse de agir do autor é patente, porquanto busca reaver seu crédito e a possibilidade jurídica do pedido encontra amparo no art. 566, I, c/c o art. 585, I, ambos do CPC.

A preliminar dos embargos à execução versa sobre a inexistência de título executivo extrajudicial, a qual afastado pelas razões antes mencionadas, as quais foram objeto de apelo do embargante.

No mérito, a afirmativa de que os cheques foram pré-datados, na verdade pós-datados, sendo emitidos para garantia de compra e venda de "batatinha inglesa", a qual estava imprópria para o consumo, não vislumbra amparo jurídico, pois é cediço que o cheque, ante o princípio da autonomia, impede a discussão acerca de sua *causa debendi*.

Este é o ensinamento extraído da obra de Rubens Requião, ao acentuar que os cheques "são títulos de crédito regulados pela lei, de forma a se bastarem a si mesmos. Não se integram, não surgem, nem resultam de nenhum outro documento. Não se ligam ao ato originário de onde provêm. Assim é o cheque" (Curso de Direito Comercial, vol. II, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, pág. 393).

Fábio Ulhoa Coelho assim prescreve:

"Todo o complexo normativo decorrente dos princípios da cartularidade, literalidade e autonomia das obrigações cambiais, e demais regras próprias aos títulos de crédito são, desse modo, aceitas pelo emitente, no momento do saque" (Curso de Direito Comercial, vol. I, 2ª ed. revista e atualizada, São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 427).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

"Cheque pós-datado. Executividade. O cheque pós-datado, emitido em garantia de dívida, não se desnaturaliza como título cambiariforme, nem tampouco como título executivo extrajudicial. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido, mas improvido" (REsp n. 67206/RS, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 22/8/95, DJU de 23/10/95, pág. 35.681).

Não tendo a embargante juntado prova do pagamento dos cheques, nem demonstrado a presença de qualquer causa modificativa, impeditiva ou extintiva do direito do credor, restringindo-se a alegações desprovidas de conteúdo probante, não há acolher os embargos.

Quanto à verba honorária, não se tratando de ação condenatória, e levando-se em conta a disciplina do art. 20, § 4º, que remete ao comando do § 3º do mesmo artigo, fixo em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), a ser suportada pela embargante.

III — Decisão

Por todo o exposto, conhece-se do recurso, dando-se provimento ao apelo para cassar a sentença de fls. 33/36, e julgar improcedentes os em-

bargos com fulcro no art. 269, I, do CPC, determinando-se o prosseguimento da execução.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha.

Florianópolis, 14 de maio de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.022300-0, DE IÇARA

Relator: Des. Torres Marques

Processual civil — Cerceamento de defesa — Prova testemunhal — Indeferimento de pergunta pelo magistrado a quo — Falta de manifestação da parte prejudicada na própria audiência — Preclusão — Inteligência do art. 245 do CPC — Preliminar afastada.

À parte cumpre o dever de manifestar-se acerca das irregularidades processuais sanáveis na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, ou deve comprovar justo motivo para não tê-lo feito, sob pena de preclusão. Assim, a irresignação contra o indeferimento de pergunta durante a oitiva de testemunha em audiência deve ser feita, de imediato, por interposição de agravo retido.

Ação monitória — Cheques com a executividade prescrita — Emissão como garantia de empréstimo entre o sacador e terceiro alheio à lide — Título de crédito não causal e ordem de pagamento à vista não desnaturados — Impossibilidade de discussão acerca da causa debendi, mormente contra terceiro alheio à relação que originou a emissão das cártulas — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.022300-0, da comarca de Içara, em que é apelante Clínica Médica

Fisioterápica Salgado Ltda. e apelado Pedro Dionísio Gabriel:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Içara, Pedro Dionísio Gabriel intentou ação monitória contra Clínica Médica Salgado Ltda., visando a cobrar o crédito representado por dois cheques no valor total de R\$ 7.240,00.

Devidamente citada, a requerida embargou, afirmando, em preliminar, o defeito no instrumento de procuração do requerente e a falta de indicação do valor da causa na petição inicial, pugnando pela extinção do feito.

No mérito, alegou que os cheques que instruem a inicial foram dados em garantia de uma dívida contraída pelo sócio da requerida que, em abril de 1996, tomou emprestado de Júlio César de Lucca a quantia de R\$ 3.000,00, emitindo a primeira cartula, no valor de R\$ 3.240,00, a fim de garantir o principal e juros, fixados em 8% ao mês.

Posteriormente, em setembro daquele ano, contraiu novo empréstimo com a mesma pessoa, emitindo o segundo título, no valor de R\$ 4.000,00, e passando a desembolsar R\$ 560,00 mensais, a título de juros.

No início de 1997, teria o citado mutuante "vendido" o crédito para o requerente, conhecido agiota, que continuou recebendo os pagamentos mensais em dinheiro, sem firmar o competente recibo. No ano de 1998 continuou adimplindo com a obrigação avençada, até o mês de outubro quan-

do, não suportando mais os excessivos juros, passou a pagar mensalmente R\$ 500,00 a título de amortização do principal da dívida, até maio de 1999 quando quitou a dívida por inteiro.

Assevera que, desde a cessão de crédito, teria pago ao requerente mais de R\$ 15.000,00, demonstrando tais fatos a prática de atividade usurária, uma vez que os juros cobrados na vigência da obrigação superaram em muito os 12% ao ano permitidos pelo Decreto n. 22.626/33. Pugna pela aplicação do disposto na Medida Provisória n. 1.820 de 5 de abril de 1999 (reeditada com o n. 2.172-32), invertendo-se o ônus da prova da regularidade da relação creditícia entre as partes, com a conseqüente improcedência do pedido inicial e a condenação do requerente, nos termos do art. 1.531 do CC, a devolver-lhe o dobro do que lhe está sendo cobrado.

Em impugnação, contesta as informações trazidas pela requerida, principalmente no que diz respeito ao pagamento de mais de R\$ 15.000,00, pugnando pela condenação daquela nas penas da litigância de má-fé.

Foram julgados improcedentes os embargos oferecidos à presente ação monitória, determinando o prosseguimento do feito até seus ulteriores termos.

Irresignada, interpôs a sucumbente recurso de apelação alegando, em preliminar, a nulidade do julgamento por cerceamento de defesa, uma vez que o Magistrado *a quo*, quando da audiência, indeferiu, sem a devida fundamentação, pergunta essencial à comprovação da sua tese de prática de agiotagem.

No mérito, alega que conseguiu comprovar que as obrigações que geraram esta lide foram realmente oriundas de prática de agiotagem por parte do requerente, e este não fez qualquer contraprova que pudesse legitimar a origem das cártulas que instruem esta ação, nada obstante a exigência determinada pela Medida Provisória n. 2.172-32.

Pugna pelo provimento do recurso para reformar a sentença monocrática no mérito e, sucessivamente, para anulá-la por cerceamento de defesa.

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

II — Voto

Trata-se de apelação cível interposta contra sentença que julgou improcedentes os embargos opostos à ação monitória, na qual se visa à cobrança de dois cheques com a executividade prescrita.

Em preliminar, alega a apelante que sofreu cerceamento de prova, pois o Magistrado *a quo*, quando da audiência de instrução e julgamento, indeferiu pergunta que considera essencial para a sua defesa.

A suposta irregularidade, contudo, resta acobertada pela preclusão, uma vez que cumpria à parte alegá-la na primeira oportunidade que teve nos autos, isto é, na própria audiência, manejando o competente agravo retido contra a decisão que lhe foi desfavorável, nos termos do art. 245 do CPC. A esse respeito, retiro da jurisprudência:

"Cerceamento de defesa. Não pode, em razões de apelação, alegar cerceamento de defesa, que teria

consistido no indeferimento de pergunta formulada a uma testemunha, a parte que, ao debater a causa, no final da audiência, não o alegou. A matéria fica acobertada pela preclusão. Aplicação do art. 245 do CPC" (JTARS 26/350).

No mérito, narra a apelante que os títulos que instruem estes autos foram emitidos em garantia de um empréstimo realizado entre ela e um terceiro que, posteriormente, cedeu seus direitos ao ora apelado. Alega que o empréstimo e a cessão foram eivados de vícios, uma vez que os juros foram pactuados em 8% ao mês. Afirma também que houve a quitação total da dívida, tendo sido pagos mais de R\$ 15.000,00 para saldar um empréstimo de R\$ 7.000,00.

Tais fatos não podem servir de justificativa para o não cumprimento da obrigação representada pelas cártulas.

Sabe-se que o cheque é título de crédito não causal, tendo assim todas as características inerentes a esta espécie de documento: literalidade, autonomia e abstração.

Assim, o cheque empresta presunção de veracidade ao crédito que representa, presunção que não é absoluta. Mas questões acerca da liquidez, certeza e exigibilidade da cártula só podem prosperar se houver provas robustas capazes de elidir tal presunção (meras alegações não teriam este condão). Como também é um título de crédito não causal, somente em hipóteses excepcionalíssimas poderá existir discussão acerca da *causa debendi*. Conforme já decidiu este Órgão Fracionário:

"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' (Des. Nilton Macedo Machado)"(Ap. Cív. n. 98.013941-4, rel. Des. Eder Graf).

Mesmo a alegação de que os cheques teriam sido emitidos como garantia ou renegociação de dívidas de terceiros não pode socorrer ao apelante, uma vez que tais fatos são estranhos ao vínculo cartular que, como visto, goza de autonomia em relação ao direito de crédito que representa. Sobre essa questão, cito precedente de minha relatoria:

"O cheque é título de crédito não causal, apresentando as características de autonomia e abstração com relação ao direito obrigacional que o deu origem, conferindo, inclusive, presunção de veracidade acerca da existência deste direito, só cabendo a discussão da *causa debendi* à vista de maciça prova em contrário" (Ap. Cív. n. 2001.019878-9).

Ademais, os cheques foram emitidos originalmente em favor de terceiro estranho à lide, conforme trazido aos autos pela própria apelante, e é por demais consabido que as exceções relativas à origem e à emissão da cártula não podem ser opostas contra o terceiro de boa-fé. Nesse sentido, *mutatis mutandis*, desta Corte:

"Em se tratando de endossatário, terceiro de boa-fé, inadmissível juridicamente faz-se a discussão da *causa debendi*, discussão essa restrita às partes integrantes do negócio jurídico originador da emissão dos títulos executivos" (Ap. Cív. n. 97.012830-4, rel. Des. Trindade dos Santos).

No caso dos autos, não houve necessidade de endossar-se a cártula, pois esta foi emitida ao portador, circulando livremente e podendo ser cobrada por aquele que está em seu poder. Tal fato, contudo, não altera o raciocínio acima explicitado, uma vez que a condição de terceiro do ora apelado é confirmada na peça de defesa da apelante.

Boa-fé do terceiro, conforme regra consabida de direito, é presumida, devendo ser produzida prova robusta em contrário para que tal presunção seja afastada. Não há, nos autos, nada que possa comprovar que o apelado tenha agido de má-fé ao suceder o sacador originário na relação cartular, pelo que é aplicável ao caso a regra acima exposta.

No que tange ao pagamento da obrigação representada pelos títulos que instruem este pedido, nada obstante a existência de indícios de que tenham ocorrido pagamentos parciais pela prova oral produzida, não há prosperar tal alegação, pois ausente até mesmo um início de prova escrita destes pagamentos ou de sua quitação, mormente se considerado o valor da obrigação e dos alegados pagamentos, em valor muito superior ao previsto no art. 401 do CPC. Nesse sentido, também já decidiu esta Corte:

"Em se tratando de obrigação de valor superior ao décuplo do maior

salário mínimo em vigor no país, a quitação parcial somente é admissível, para fins de minoração do *quantum debeatur*, se traduzida em documento cercado de todas as exigências legais. Declarações de terceiros, obtidas unilateralmente, não têm essa força e nem equívalem a começo de prova escrita a justificar a complementação via testemunhas. Para tanto, começo de prova por escrito é o documento de emissão do credor ou diretamente vinculado à transação que deu azo à obrigação sob execução" (Ap. Cív. n. 2000.001907-0, rel. Des. Trindade dos Santos).

III — Decisão

Pelo exposto, afastada a preliminar, conhece-se do recurso para negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha.

Florianópolis, 23 de abril de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.016555-4, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Torres Marques

Processo civil -- Exceção de pré-executividade — Questões relativas às condições da ação e requisitos do título executivo — Cabimento.

"(...) Seu âmbito é restrito a questões concernentes aos pressupostos processuais, condições da ação e vícios objetivos do título, referentes à certeza, liquidez e exigibilidade" (REsp n. 232076/PR, Min. Milton Luiz Pereira).

Nota promissória — Ajuizamento antes do prazo de vencimento do título — Requisito de exigibilidade ausente.

Instrumento de confissão de dívida — Assinatura do devedor ausente — Inexistência de título executivo.

Impugnação ao benefício da assistência judiciária — Necessidade de propositura do incidente em autos apartados — Inteligência dos arts. 6º e 7º da Lei n. 1.060/50.

"A parte contrária poderá em qualquer momento da lide requerer a revogação do benefício de assistência judiciária, quando efetivamente comprovar que não mais subsistem os motivos que o

originaram. No entanto, conforme o procedimento previsto nos arts. 6º e 7º da Lei n. 1.060/50, tal incidente há de ser feito em petição avulsa a ser autuada em autos apartados à causa principal" (Apelação Cível n. 98.009635-9, rel. Des. Silveira Lenzi).

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n. 2001.016555-4, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), em que é apelante Ottmar Ulrich Deeg, sendo apelados Mário Geraldo Belmiro e Tânia Espíndola Belmiro:

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

Custas na forma de lei.

I — Relatório

Na comarca de Balneário Camboriú, Ottmar Ulrich Deeg aforou ação de execução por título extrajudicial em desfavor de Mário Geraldo Belmiro e Tânia Espíndola Belmiro, pretendendo compelir os devedores ao pagamento da quantia de R\$ 101.704,03, representada por uma nota promissória e termo de confissão de dívida, acostados às fls. 11 e 25 dos autos.

Efetivada a citação, os executados aforaram incidente de exceção de pré-executividade, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da devedora Tânia Espíndola Belmiro e, no mérito, a inexigibilidade da nota promissória e a iliquidez, incerteza e inexigibilidade do instrumento de confissão de dívida, bem assim a nulidade da execucional ante o descumprimento do disposto no art. 614, I, do CPC.

Oferecida resposta pelo excepto, sobreveio sentença julgando procedente o incidente de pré-executividade sob o fundamento de inexistir título líquido, certo e exigível representado pelo termo de confissão de dívida e, de outro norte, inexigível a nota promissória trazida na inicial, extinguindo, conseqüentemente, a ação de execução com fulcro no art. 267, IV, do CPC, arcando o vencido com custas processuais e honorários advocatícios no patamar de 15% sobre o valor atualizado da causa.

Irresignado, o excepto interpôs recurso de apelação e, em suas razões, pugnou pela reforma da decisão ante a existência de relação negocial entre as partes, formalizado pelo instrumento de confissão de dívida que deu ensejo a emissão da nota promissória.

Dispensado o preparo do recurso, porquanto deferido o pedido da assistência judiciária e oferecidas as contra-razões, subiram os autos a esta superior instância.

II — Voto

Inconformado com a prestação jurisdicional que acolheu a chamada exceção de pré-executividade e reconheceu imprestáveis os títulos executivos acostados à inicial da ação de execução, o excepto apelou sustentando que o crédito perseguido é decorrente do termo de confissão de dí-

vida (fl. 25) e da emissão da nota promissória n. 01/01, no valor de R\$ 81.600,00, firmada pelo devedor Mário Geraldo Belmiro, com vencimento para o dia 15/7/04.

O apelante, desde a inicial da ação expropriatória até o intento do presente apelo, confunde o processo de execução, regido pelos arts. 566 e seguintes do CPC, com o de conhecimento, certo que ingressou com ação de execução sem observar os ditames do art. 585, II, do CPC, com relação ao mencionado termo de confissão de dívida. Verifica-se tão-somente as assinaturas de uma testemunha e do credor ausente, portanto o aporte das assinaturas dos devedores e de uma eventual segunda testemunha, as quais, se presentes, confeririam ao documento a qualidade de título executivo extrajudicial.

Quanto à nota promissória, juntada à fl. 11, esta não atendeu ao comando do art. 586 do CPC, e, sem entrar na seara dos demais requisitos, vislumbra-se desde já a falta de exigibilidade do título, uma vez estipulado seu vencimento para a data de 15/7/04.

Prescreve Araken de Assis: "O art. 585, II, contempla quatro documentos distintos como título executivo: a) a escritura pública (por exemplo, a de compra e venda); b) o documento público, assinado pelo devedor (por exemplo, o termo de caução; c) o documento particular, assinado pelo devedor e por duas testemunhas (...)" (Araken de Assis. Manual do processo de execução. 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, pág. 141).

A análise desses questionamentos é comportada pela objeção de pré-executividade, pois referentes aos vícios de liquidez, certeza e exigibilidade acaso presentes nos títulos passíveis de instruir ação executiva.

O mesmo autor, a respeito da matéria, assim leciona: "Embora não haja previsão legal explícita, tolerando o órgão judiciário, por lapso, a falta de algum pressuposto, é possível o executado requerer seu exame, quiçá promovendo a extinção da demanda executória, a partir do lapso de vinte e quatro, assinado pelo art. 652. Tal provocação de matéria passível de conhecimento de ofício pelo juiz prescinde de penhora, e, *a fortiori*, do oferecimento de embargos (art. 737, I)".

Sobre a matéria, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"Processo civil. Embargos do devedor. Penhora. Os embargos do devedor pressupõem penhora regular, que só se dispensa em sede de exceção de pré-executividade, limitada às questões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação; nesse rol não se inclui a alegação de que a dívida foi paga. Recurso especial conhecido e provido" (REsp n. 146923/SP, Min. Ari Pargendler, DJU de 18/6/01, pág. 146).

Verificado, portanto, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, a admissão do incidente de objeção à execução, resta quanto ao mérito o desprovimento do recurso pelas razões acima explicitadas.

Quanto à impugnação ao benefício da assistência judiciária, constante das contra-razões, cabe ressaltar que o procedimento correto para a revogação de sua concessão compreende a regra

dos arts. 6º e 7º da Lei n. 1.060/50, não havendo como conhecer do pedido.

É o posicionamento deste Sodalício:

"A parte contrária poderá em qualquer momento da lide requerer a revogação do benefício de assistência judiciária, quando efetivamente comprovar que não mais subsistem os motivos que o originaram. No entanto, conforme o procedimento previsto nos arts. 6º e 7º da Lei n. 1.060/50, tal incidente há de ser feito em petição avulsa a ser autuada em autos apartados à causa principal" (Apelação Cível n. 98.009635-9, rel. Des. Silveira Lenzi).

III — Decisão

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni.

Florianópolis, 25 de junho de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.020668-8, DE BARRA VELHA

Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Embargos de terceiro — Mulher casada — Defesa da meação — Exclusão em cada bem — Sentença reformada — Recurso provido.

Para o sucesso de embargos de terceiro opostos em defesa da meação não é necessário que o cônjuge embargante demonstre que a constrição judicial alcançou mais da metade da totalidade do acervo patrimonial do casal. Consoante vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça, "a exclusão da meação deve ser considerada em cada bem do casal e não na indiscriminada totalidade do patrimônio" (RSTJ 50/235).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.020668-8, da comarca de Barra Velha, em que figura como apelante Olga de Souza Zimmermann, sendo apelado Banco Bradesco S.A.:

ACORDAM os Srs. Desembargadores integrantes da Terceira Câma-

ra Civil, sem voto discrepante, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Barra Velha, Olga de Souza Zimmermann opôs embargos de terceiro contra Banco Bradesco S.A., alegando: a) ser casa-

da, pelo regime de comunhão universal de bens, com Valter Marino Zimmermann; b) que seu marido e o Sr. Onofre Araújo Silva Júnior figuram no pólo passivo da Ação de Execução n. 179/96, deflagrada pelo embargado; c) que, nesta ação, foi penhorado o veículo VW/Golf GL, placa LYP 0770, de propriedade comum do casal; d) que esse veículo veio a ser arrematado pelo próprio embargado por meio de lance efetuado no valor de R\$ 15.000,00; e) que seu esposo era apenas avalista da dívida em execução, figurando o Sr. Onofre como devedor principal desta; f) que a dívida não foi contraída em benefício do casal; g) e que não houve a resguarda de sua meação quando da alienação do automóvel.

Com essas considerações, requereu a condenação da casa bancária ao pagamento de R\$ 7.500,00, valor esse equivalente à metade do preço pago pelo veículo pertencente ao casal.

Regularmente processados, os embargos foram julgados improcedentes, sob o pretexto de que a meação da embargante não teria sido atingida pela alienação do automóvel em epígrafe.

Insatisfeita, a embargante apelou salientando que "a exclusão da meação deve ser considerada em cada bem do casal, e não na indiscriminada totalidade do patrimônio" (RSTJ 8/385).

Contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos a esta superior instância.

II — Voto

Extrai-se dos autos, como fato incontroverso, que o automóvel per-

tencente ao casal foi penhorado em razão de uma dívida avalizada pelo Sr. Valter Marino Zimmermann em favor do Sr. Onofre Araújo Silva Júnior.

Segundo anota Theotonio Negão, "no caso de aval, por ser geralmente prestado em favor, inverte-se o ônus da prova: ao credor é que cabe demonstrar que com ele foi beneficiada a família do avalista (RSTJ 10/433, maioria, STJ — RT 673/182, JTAERGS 79/183, maioria, e Bol. ASSP n. 1.755/286)" (*in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 33ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pág. 938).

In casu, portanto, para obstar o sucesso dos embargos, cumpria ao banco comprovar que o aval prestado pelo Sr. Valter Marino Zimmermann teria, de alguma forma, beneficiado sua família. Isso, entretanto, não chegou a ocorrer. Nenhuma espécie de prova foi produzida nesse sentido.

Diante desse quadro era de se esperar que os embargos ajuizados pela esposa do Sr. Valter, em defesa de sua meação, fossem julgados procedentes, condenando-se a casa bancária a entregar ao cônjuge mulher quantia equivalente à metade do valor pelo qual o automóvel foi arrematado.

Tal expectativa, contudo, não veio a se confirmar. Ao final, os embargos acabaram sendo julgados improcedentes, porque a embargante teria fracassado em demonstrar a repercussão negativa da penhora em sua meação. Sob a ótica do Magistado *a quo*, cumpria à embargante fazer tal demonstração levando em conta todo o patrimônio do casal, e não cada bem em separado.

Procedendo breve pesquisa nos repertórios de jurisprudência, pude verificar que por diversas vezes este Tribunal adotou o mesmo entendimento defendido na sentença ora atacada. Para melhor ilustrar a questão, trago à baila as seguintes ementas:

"A meação não se mede em cada bem, mas no conjunto patrimonial do casal" (TJSC, AI n. 4.089, de Lages, rel. Des. Protásio Leal, DJSC de 24/3/88, pág. 13).

"Embargos de terceiro — Defesa da meação — Mulher casada.

"A meação, para efeitos de defesa em sede de embargos de terceiro, não pode ser tida como a metade dos bens alvos da constrição judicial e sim do patrimônio total amealhado pelo casal" (TJSC, AI n. 8.366, de Balneário Camboriú, j. em 30/11/93).

O entendimento esposado nessas decisões, entretanto, não se coaduna com a orientação hoje dominante nos demais tribunais pátrios.

É da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"Processo civil. Execução. Mulher casada. CPC, art. 1.046. Lei n. 4.121/62, art. 3º. Meação. Ônus da prova. Exclusão em cada bem. Bem indivisível. Aferição no valor encontrado. Doutrina e jurisprudência. Hermenêutica. Provimento parcial.

"I — A esposa não responde pela dívida, contraída apenas pelo marido, se provar que a mesma não veio em benefício do casal, presumindo-se o prejuízo da mulher no caso de aval do seu cônjuge, salvo se este for sócio da empresa avalizada (REsp n. 3.263/RS, DJ de 9/10/90).

"II — A exclusão da meação deve ser considerada em cada bem do casal e não na indiscriminada totalidade do patrimônio (REsp n. 1.164/GO, RSTJ 8/385).

"III — Sem embargo da controvérsia no tema, gerada pela deficiente disciplina legal, recomenda-se como mais adequada a orientação segundo a qual o bem, se for indivisível, será levado por interior à hasta pública, cabendo à esposa a metade do preço alcançado" (STJ — REsp n. 16.950-0/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — *in* RSTJ 50/235).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por seu turno, assim já se manifestou sobre o tema:

"A meação da mulher deve ser considerada em cada bem penhorado e não na totalidade do patrimônio. Sendo o bem indivisível, será levado por inteiro à hasta pública, cabendo à mulher a metade do preço alcançado, afastando-se a incidência da penhora sobre a meação de um dos cônjuges, constatado que a dívida contraída pelo cônjuge varão não veio em benefício da família" (TJDFT, AC n. 4623397/DF, rel. Desa. Adelith de Carvalho Lopes, DJU de 18/3/98, pág. 62).

No mesmo norte, vale conferir o seguinte acórdão proveniente do antigo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

"Embargos de terceiro. Meação. Metade de cada bem.

"A meação do cônjuge conta-se pela metade de cada bem que constitui o acervo do patrimônio comum e não pela totalidade" (TARGS, Ap. Cív. n. 197101801, de Feliz, rel. Des. Rui Portanova, j. em 7/8/97).

Esse também tem sido o entendimento da doutrina. Humberto Theodoro Júnior, por exemplo, afirma:

"(...) a meação deve ser protegida em cada bem do casal, que sendo indivisível será alienado em sua totalidade, entregando-se a metade do preço à mulher, após o praxeamento" (Theodoro Júnior, Humberto. Processo de Execução. 7ª ed., São Paulo, Leud, pág. 153).

Hamilton de Moraes Barros, com mais ênfase, ensina:

"A meação é de ser considerada em cada bem individuado e não no conjunto do patrimônio. Não é possível, em execução, partilhar-se sempre o patrimônio do casal, de modo a atribuir por inteiro cada um dos bens a um só cônjuge. Execução não é inventário e partilha, ou seja, não é ação divisória" (*apud* Malachini, Edson Ribas. Questões sobre a execução e os embargos do devedor, *in* RT 497/193).

Com essas considerações, portanto, dou provimento ao recurso para

condenar a casa bancária a entregar à embargante metade do valor pago pelo automóvel que integrava o patrimônio do casal.

Em conseqüência, inverte os ônus sucumbenciais fixados na sentença.

III — Decisão

Nos termos do voto proferido pela Relatora, a Câmara decidiu, à unanimidade, dar provimento ao recurso.

Participarou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni.

Florianópolis, 25 de junho de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.024825-8, DE JARAGUÁ DO SUL

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Ação de indenização — Execução de sentença condenatória e embargos do devedor — Extinção de ambos por sentença em face de transação — Apelo objetivando a decretação da nulidade do acordo — Alegação de erro sobre o valor de imóvel envolvido no pacto — Vício de consentimento não comprovado.

Impossível cogitar-se da ocorrência de erro sobre o valor de imóvel, quando os elementos de convicção carregados aos autos levam a crer que as partes contratantes tinham exata noção das condições deste, bem como de seu possível valor de mercado.

Ademais, inviável o reconhecimento de tal espécie de vício se o imóvel é aceito em dação em pagamento, sem que os contratantes tenham atribuído a ele um valor específico.

Nulidade da transação em razão de vários imóveis, dados como parte do pagamento, pertencerem a terceiro — Eiva não configurada.

Não é nula a transação em que um dos transatores promete efetuar a dação em pagamento de imóveis pertencentes a terceiro. Uma vez que por intermédio da transação a parte se obriga tão-somente a transferir a propriedade dos imóveis, nada obsta que venha a adquiri-los de terceiro; se consegue obtê-lo para fazer a entrega prometida, cumprirá especificamente a obrigação; caso contrário, a transação resolver-se-á em perdas e danos.

Honorários advocatícios fixados na sentença condenatória incluídos como objeto da transação — Nulidade incorrente.

É válida a transação que envolve honorários advocatícios fixados em sentença condenatória transitada em julgado, ainda mais se, à primeira vista, o percentual fixado na decisão foi respeitado pelas partes quando da celebração do acordo. De qualquer forma, se o advogado que dela não participou julgar-se prejudicado, nada impede que ele, por meio de ação própria, venha a perseguir o restante da verba honorária teoricamente preterida no acordo.

Verba sucumbencial referente à ação de execução e aos embargos de devedor extintos pela transação.

"Ainda que o acordo tenha sido firmado extrajudicialmente, não há falar em vencedor ou vencido, para efeito da sucumbência, tudo se exaurindo a teor do acordo firmado e que deve ser obedecido.

"Como não houve na transação entabulada entre as partes nenhuma disposição acerca das despesas sucumbenciais, estas deverão ser divididas, arcando cada parte com os honorários de seu advogado, conforme disposto no § 2º, art. 26, do CPC" (TJDF — Ap. Cível n. 2001.015003146-3, rel. Des. Wellington Medeiros, j. em 18/10/01).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.024825-8, da comarca de

Jaraguá do Sul, em que figuram como apelantes Peca Representações Ltda. e

Nardim Darcy Lemke, sendo apelada Marcatto Indústria de Chapéus Ltda.

ACORDAM os Srs. Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Civil, sem voto discrepante, não conhecer do agravo retido interposto e negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Jaraguá do Sul, Peca Representações Ltda. aforou ação de indenização contra Marcatto Indústria de Chapéus Ltda. objetivando ser ressarcida dos prejuízos gerados pela rescisão imotivada e sem justa causa do contrato de representação que mantinha com a ré.

O Togado *a quo* julgou improcedente o pedido indenizatório, entretanto, em segunda instância, foi reformada a decisão e condenada a ré.

Transcorrida a fase de liquidação, a autora deflagrou ação de execução dizendo-se credora da quantia de R\$ 1.035.716,98.

A devedora opôs embargos sustentando que estaria ocorrendo excesso de execução e que o valor correto da dívida, de acordo com os parâmetros estabelecidos na condenação, seria de R\$ 353.651,12.

Houve impugnação aos embargos e realização de perícia, sendo apresentado novo cálculo de débito.

Quando o processo estava praticamente pronto para julgamento, aportou aos autos petição assinada pelo procurador da executada, pelo representante da empresa exequente e também pelo advogado Jurandy Bertoldi

(fls. 96/98), requerendo a homologação de um acordo que colocaria termo ao litígio. Nessa transação, a autora receberia da ré a importância de R\$ 805.000,00, sendo R\$ 700.000,00 a título de verbas indenizatórias e R\$ 105.000,00 referentes aos honorários advocatícios. De salientar-se que parte destes valores, R\$ 305.000,00, seria pago por intermédio de imóveis.

Antes que a transação pudesse ser homologada, duas outras petições vieram aos autos: na primeira delas (fl. 99), a embargada requereu a não homologação do acordo, noticiando que um dos terrenos dados como parte do pagamento da dívida não teria o valor de R\$ 100.000,00 que lhe foi atribuído, por ser inviável qualquer espécie de edificação em sua área; na segunda (fl. 100), o advogado da embargada, manifestando-se em defesa de seus interesses, também pleiteou a rejeição do pedido de homologação, alegando que as partes não poderiam formular acordo, determinando o *quantum* a ser pago a título de verba honorária, sem sua presença.

Entendendo que o acordo não poderia ter sido celebrado à revelia do advogado da embargada, a Magistrada *a quo* rejeitou o pedido de homologação.

A embargante interpôs agravo de instrumento atacando esta decisão.

Levando em conta as razões de irresignação da agravante, a Magistrada *a quo* resolveu reformar sua decisão e homologar o acordo, restando o agravo de instrumento prejudicado em razão disso.

Insatisfeitos, a embargada e seu advogado, o Sr. Nardim Darcy Lemke, interpuseram, simultanea-

mente, recursos de apelação e agravo retido.

Ambas as peças recursais vieram preenchidas com os mesmos argumentos. Buscam os recorrentes a reforma da decisão e a rejeição do pedido de homologação do acordo, sustentando:

a) que, no acordo efetuado, o exequente recebeu como parte do pagamento um terreno com 7.040m², avaliado em R\$ 100.000,00, mas que, na realidade, não possuía tal valor, por ser inviável a utilização de parte de sua área para edificações;

b) que vários imóveis prometidos como parte do pagamento não pertencem à autora, mas sim à Empreendimentos Imobiliários Marcatto Ltda.;

c) que a transação extrajudicial efetuada entre as partes jamais poderia aperfeiçoar-se sem a presença do Dr. Nardim Darcy Lemke, eis que por força do disposto no art. 4º da Lei n. 8.906/94 são nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoas não inscritas na OAB;

d) que a apelada cometeu grave infração ética ao procurar efetuar diretamente um acordo com a apelante, sem a intervenção de seu advogado, infringindo o disposto no art. 2º, parágrafo único, inciso VIII, letra e, do Código de Ética e Disciplina da OAB;

e) e que as partes não poderiam transigir sobre a verba advocatícia, pois esta pertence ao advogado.

Alternativamente, em caso de manutenção da decisão homologatória, requereram a condenação da apelada ao pagamento de honorários advocatícios referentes ao processo de execu-

ção, pois o acordo celebrado entre as partes não teria abrangido estes.

Contra-arrazoados os recursos, ascenderam os autos a esta superior instância.

II — Voto

1. *In casu*, verifica-se que a empresa Peca Representações Ltda. e seu advogado, Dr. Nardim Darcy Lemke, interpuseram simultaneamente recurso de apelação e agravo retido, com o mesmo conteúdo, objetivando atacar a decisão que homologou o acordo estampado na petição de fls. 96/98 e extinguiu os embargos do devedor opostos pela Marcatto Indústria de Chapéus Ltda., bem como a ação de execução que os originaram.

Buscando justificar tal atitude, os recorrentes disseram o seguinte: "Tratando-se, como se trata, de sentença terminativa, o recurso pertinente é o de apelação, mas, ante a homologação operada no mesmo ato, a fim de que não se possa dizer que desta caberia agravo, está sendo, simultaneamente, interposto também o agravo retido respectivo" (fl. 237).

Não creio que os recorrentes tivessem razão para proceder com tanta cautela ao ponto de interporem dois recursos contra a mesma decisão, temendo que a interposição tão-somente de apelação pudesse culminar com o não conhecimento de sua pretensão reformista. Ao que parece, a vultosa quantia em jogo no presente processo levou-os a adotar tal tática. É preciso ser dito, entretanto, que não havia o que temer. Considerando que a decisão em foco, ao homologar a transação, pôs termo a dois processos (art.

269, inciso III, do CPC), não há dúvidas de que o recurso cabível era mesmo o de apelação. A propósito, colhe-se da jurisprudência:

"Da sentença que homologa transação cabe apelação" (STJ, 2ª T., REsp n. 13.478-0/SP, rel. Min. José de Jesus Filho, *in* DJU 10/8/92, pág. 11.953).

No mesmo sentido convém conferir RT 251/307.

Sendo assim, deixo de conhecer do agravo retido interposto para conhecer tão-somente do apelo ajuizado em conjunto pela Peca Representações Ltda. e o Sr. Nardim Darcy Lemke.

2. Antes de ingressar no exame do apelo, cumpre apreciar as duas preliminares agitadas pela recorrida em suas contra-razões.

2.1. A primeira preliminar diz respeito à juntada do documento de fls. 267/278. Sob a ótica da recorrida, este documento foi carreado aos autos pelos apelantes intempestivamente, após a interposição de seu recurso, quando já não era mais possível fazer qualquer espécie de acréscimo ao acervo probatório. Sendo assim, tal documento deveria ser desentranhado dos autos.

De fato, não há negar que o documento de fls. 267/278 foi juntado após a interposição da apelação. Tal documento consiste numa petição inicial de "Medida Cautelar de Arrolamento de Bens". Consta desta petição chancela mecânica registrando a data de 10 de outubro de 2001 como sendo a data de seu protocolo perante o Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Jaraguá do Sul. Ora, considerando que o apelo em foco foi interposto em 9 de

outubro de 2001, impossível conceber que a cópia da petição em comento não tenha vindo aos autos depois do recurso.

Como bem observou a apelada, convém investigar o porquê da ausência de um carimbo no documento de fls. 267/278 registrando a data de seu protocolo. Quero crer que houve uma falha no serviço de distribuição, falha essa que, tenho certeza, a diligente Magistrada *a quo* tomará providências para que não mais aconteça. Mas deixando de lado esse detalhe, impende destacar que tal documento não deve ser desentranhado dos autos. Levando-se em conta que os recorrentes não dispunham deste no momento em que ajuizaram o apelo, e que sua juntada ocorreu para comprovar fato novo (a existência de litígio sobre os bens dados como parte do pagamento do acordo celebrado entre as partes), creio que o art. 397 do CPC estava a permitir a manobra levada a cabo pelos recorrentes.

Para melhor ilustrar a questão, vale conferir a redação do mencionado dispositivo legal:

"Art. 397. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos".

Por essas razões, deve o documento de fls. 267/278 permanecer nos autos.

2.2. A segunda preliminar levantada pela apelada está relacionada com a legitimidade ativa do Dr. Nardim Darcy Lemke para figurar como apelante. Sustenta a recorrida que

o Dr. Nardim, na qualidade de procurador da empresa Peca Representações Ltda., não teria legitimidade para interpor o presente recurso em conjunto com sua cliente, em razão de não figurar como parte no litígio.

Não me parece correta a linha de raciocínio encadeada pela apelada. No caso concreto, o Dr. Nardim Darcy Lemke tinha legitimidade para interpor o apelo, não na qualidade de parte, mas sim na condição de terceiro teoricamente prejudicado pela decisão. É o que se infere do art. 499 do CPC, *in verbis*: "O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público".

Tecendo considerações a respeito do referido artigo, o mestre José Carlos Barbosa Moreira esclarece:

"Apesar, pois, da obscuridade do dispositivo ora comentado, no particular, entendemos que a legitimação do terceiro para recorrer postula a titularidade de direito (*rectius*: de suposto direito) em cuja a defesa ele acorra. Não será necessário, entretanto, que tal direito haja de ser defendido de maneira direta pelo terceiro recorrente; basta que sua esfera jurídica seja atingida pela decisão, embora por via reflexa" (Moreira, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 4ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1981, vol. V, pág. 332).

Tomando-se por base essas lições, fácil verificar que o Dr. Nardim Darcy Lemke encaixa-se perfeitamente no perfil de terceiro supostamente prejudicado. *In casu*, o causídico lançou mão da via recursal para perseguir direito de sua titularidade (direito à percepção de honorários advocatícios pela atuação nos embargos do

devedor e na ação de execução que lhe deu origem), que teria sido violado pela decisão homologatória do acordo.

Bem é verdade que, na qualidade de terceiro prejudicado, cumpria ao Dr. Nardim Darcy Lemke manifestar seu descontentamento em peça recursal autônoma. Contudo, há que se relevar o fato disso não ter acontecido, entendendo-se como mera irregularidade a interposição do apelo em conjunto pela Peca Representações Ltda. e seu causídico.

3. Ultrapassadas essas questões preliminares, cumpre então ingressar no exame do *meritum causae*.

3.1. Busca a empresa Peca Representações Ltda. a cassação da sentença homologatória, sustentando a ocorrência de erro na celebração da transação, pois teria recebido como parte do pagamento da dívida o terreno matriculado no Cartório de Registro de Imóveis de Jaraguá do Sul sob n. 1.007, avaliado em R\$ 100.000,00, mas que, na realidade, não possuía tal valor, porque 65% de sua área seria imprópria para construção, por estar sujeita a inundações fluviais.

Sobre o vício de consentimento conhecido como "erro", Arnold Wald ensina:

"O erro obstativo, erro na manifestação da vontade, é o desajuste involuntário entre a vontade real do sujeito da relação jurídica e a sua manifestação por palavras, documentos ou por intermédio de terceiros.

(...)

"O erro pode ser essencial ou acidental. O primeiro é aquele 'que interessa à natureza do ato, o objeto principal da declaração, ou alguma das

qualidades a ele essenciais'. É o erro tal que, se o agente tivesse tido uma representação exata do negócio, não o teria realizado. Erro acidental é, ao contrário, a falsa representação a respeito de alguma qualidade secundária, cuja retificação oportuna não teria impedido a realização do negócio, se tivesse sido do conhecimento da outra parte contratante.

"Somente são anuláveis os atos jurídicos em que houve declaração de vontade baseada em erro essencial ou substancial. O erro acidental é juridicamente irrelevante.

(...)

Distingue-se ainda o erro escusável do erro inescusável, considerando que só é anulável o ato quando o erro foi escusável, ou seja, quando é daqueles que podem ser cometidos pelo homem de atenção e diligência medianas. Quando o erro é escusável, é fundamento para a anulação. Este conceito de escusabilidade deve ser elástico, e o juiz só poderá apreciar cada caso concreto analisando o nível intelectual do agente, as suas qualidades profissionais etc" (Wald, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro. 7ª ed., São Paulo, RT, 1992, vol. I, págs. 199/201).

Como se vê, para que o erro possa render ensejo à anulação de determinado negócio jurídico, mister se faz a presença de dois requisitos: a essencialidade e a escusabilidade. Na hipótese sob exame, todavia, não consigo vislumbrar a ocorrência de erro, tampouco a presença do requisito da escusabilidade.

In casu, creio que a Peca Representações Ltda. estava plenamente ciente das condições do terreno

que aceitou como parte do pagamento e de seu valor aproximado de mercado. Impossível acreditar que a mencionada empresa, após várias rodadas de negociação com sua adversária, tenha aceito o terreno desconhecendo que este fazia divisa com um rio e que parte de sua área não estaria apta para abrigar construções sem a tomada de providências para possibilitar o escoamento das águas. Bastaria uma visita ao imóvel para se perceber estes detalhes, o que é de se presumir tenha ocorrido.

Como se isso não bastasse, jamais poderia a referida empresa cogitar da ocorrência de erro sobre o valor do imóvel, se as partes, ao celebrarem o pacto, sequer chegaram a atribuir um valor específico a ele.

Ad argumentandum tantum, mesmo que o erro de que cogita a recorrente tivesse ocorrido, este não teria força para propiciar a anulação do pacto. Isso porque o mencionado erro seria inescusável. Não pode invocar a ocorrência de vício de consentimento, em relação ao valor de um imóvel que não pode ter sua área integralmente utilizada para construção, uma empresa do porte da Peca Representações Ltda., a qual, assessorada por advogado (infere-se da declaração de fl. 204 que o Dr. Jurandyr Hilário Bertoldi acompanhou as negociações que culminaram com a transação), aceitou-o como parte do pagamento de dívida, sem qualquer espécie de ressalva.

Inviável, pois, anular a transação celebrada sob o argumento de que esta estaria viciada por erro.

3.2. De outra banda, sustenta a empresa apelante a nulidade da transação, afirmando que vários imóveis

prometidos como parte do pagamento não pertenciam à Marcatto Indústria de Chapéus Ltda., mas sim à Empreendimentos Imobiliários Marcatto Ltda.

A afirmação feita pela apelante encontra respaldo no elenco probatório. Atento exame das certidões de fls. 245/266 permite constatar que diversos imóveis envolvidos na transação são de propriedade da Empreendimentos Imobiliários Marcatto Ltda. Indaga-se, então, se o acordo em foco seria nulo por ter versado sobre bens pertencentes a terceiro.

Não tenho dúvidas de que tal indagação merece resposta negativa.

Antes de tudo, insta acentuar que a empresa apelante sabia que os imóveis prometidos como parte do pagamento estavam registrados em nome da Empreendimentos Imobiliários Marcatto Ltda. Esta é a única conclusão plausível a que se pode chegar tendo em mente que o acordo foi celebrado entre duas empresas de grande porte, ambas secundadas por advogados competentes, após várias rodadas de negociação. Nessas condições, não é crível que a Peca Representações Ltda. pudesse aceitar vinte e dois imóveis em dação em pagamento sem antes verificar a quem estes pertenciam ou se alguma espécie de ônus recaía sobre eles.

Seguindo nessa linha de raciocínio, pode-se dizer que as partes celebraram transação versando sobre imóveis pertencentes a uma terceira empresa, presumindo, entretanto, que estes futuramente ingressariam no patrimônio da apelada.

Diante desse quadro, afigura-se-me aplicável a seguinte lição do mestre Orlando Gomes:

"Parece absurda a venda de coisa alheia, pois, intuitivamente, a coisa vendida deve pertencer ao vendedor. Uma vez, porém, que pelo contrato, o vendedor se obriga, tão-só, a transferir a propriedade da coisa, nada obsta que efetue a venda de bem que ainda não lhe pertence; se consegue adquiri-lo para fazer a entrega prometida, cumprirá especificamente a obrigação; caso contrário, a venda resolve-se em perdas e danos" (Gomes, Orlando. Contratos. 17ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1997, pág. 228).

Embora Orlando Gomes tenha tecido tais considerações quando discorria sobre o contrato de compra e venda, nada impede que estas venham a ser utilizadas para solucionar o caso em tela. A essência dos ensinamentos acima destacados conduzem a concluir que a apelada estava autorizada a celebrar um acordo prometendo efetuar a dação em pagamento de imóveis que, no momento, não lhe pertenciam, mas que poderiam passar a integrar seu patrimônio futuramente. Aliás, ao que tudo indica, isso está prestes a acontecer. Pelo que se infere dos documentos de fls. 315/319, a apelada já celebrou compromisso de compra e venda com a Empreendimentos Imobiliários Marcatto Ltda, tendo como objeto os mesmos imóveis que prometeu entregar à Peca Representações Ltda.

Diz a apelante, entretanto, que sua rival não conseguirá adquirir em definitivo tais imóveis, pois dois sócios da Empreendimentos Imobiliários Marcatto Ltda. já estariam pleiteando

em Juízo (*vide* medida cautelar de arrolamento de bens de fls. 268/279) a nulidade do citado compromisso de compra e venda. Salienta, por outro lado, que nesse contrato a apelada teria oferecido a Empreendimentos Imobiliários Marcatto Ltda. imóveis hipotecados como forma de pagamento, o que deverá causar a resolução do pacto celebrado entre as partes.

Sinceramente, não creio que esses aspectos sejam relevantes ao ponto de abrir ensejo à nulidade do acordo. Caso estas previsões não muito otimistas venham a concretizar-se e a apelada não consiga adquirir os imóveis da Empreendimentos Imobiliários Marcatto Ltda., a única consequência disso será a conversão da transação ora sob estudo em perdas e danos. Caberá à apelante, então, lançar mão de uma ação para executar o acordo inadimplido e cobrar a multa estipulada contratualmente. A propósito, colhe-se da jurisprudência:

"A transação extingue os direitos e as obrigações sobre as quais versa, operando com força de coisa julgada. Ora, se a transação produz esse efeito e substitui a sentença definitiva que deveria ser proferida na ação intentada, é claro que faz cessar a instância da ação que, por isso, não pode prosseguir.

"Se uma das partes não cumpre integralmente o que prometeu na transação, pode a outra ajuizar a ação adequada; o que não é lícito é fazer renascer a ação anteriormente intentada" (RT 411/160).

Não merece conforto, portanto, a alegação de nulidade da transação.

3.3. Por derradeiro, cumpre analisar a questão pertinente aos honorários advocatícios.

Na qualidade de advogado da Peca Representações Ltda., o Dr. Nardim Darcy Lemke insurge-se contra a sentença homologatória, dizendo que teria sido prejudicado pela transação efetuada entre as empresas contendoras.

Em primeiro lugar, ressalta o causídico que a transação extrajudicial efetuada entre as partes jamais poderia aperfeiçoar-se sem sua presença, eis que por força do disposto no art. 4º da Lei n. 8.906/94 são nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoas não inscritas na OAB.

Bem, antes de mais nada é preciso destacar que a transação não é ato exclusivo de advogado. Qualquer pessoa dotada de plena capacidade jurídica, que é o caso do representante legal da empresa Peca Representações Ltda., pode celebrar transação, sem que seja necessário estar acompanhada por um profissional do direito. Sobre o assunto, vale conferir as seguintes ementas:

"Transação. Advogado.

"A transação pode ser celebrada sem a assistência de advogado. Precedentes" (STJ, 4ª T., REsp n. 222.936/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *in* DJU 18/10/1999).

"A transação celebrada pelo autor por instrumento particular, sem a assistência de seu advogado constituído nos autos, tem plena validade jurídica, desde que inexistam provas de que não se encontrava no gozo de suas faculdades mentais" (TJDF, Apelação Cível n. 3401994/DF, rel. Des. Campos Amaral, *in* DJU 22/3/1995).

Não se pode deixar de destacar, outrossim, que o representante legal da Peca Representações Ltda., ao contrário do que narra o causídico apelante, foi sim assistido por advogado ao celebrar a transação ora atacada. É o que se depreende da declaração constante à fl. 204, a qual não deixa dúvidas sobre a participação do Dr. Jurandyr Hilário Bertoldi, advogado inscrito na OAB/SC, sob o n. 6.590, nas negociações que culminaram com o acordo de fls. 96/98. Aliás, ele subscreve o acordo, tem procuração nos autos por subestabelecimento para extrair cópias, mas assinou petições e participou de audiência durante o processado.

De outra parte, alega o Dr. Nardim Darcy Lemke que o representante legal da Peca Representações Ltda. não estava autorizado a requerer a homologação da transação da forma que o fez, assinando uma petição como se fosse um autêntico advogado. Sob a ótica do apelante, tal requerimento deve ser tido como nulo, assim como a sentença que o acolheu.

Novamente, melhor sorte não socorre o apelante. O ato postulatório em questão não pode ser tido como nulo, porquanto foi praticado por procurador legalmente constituído pela empresa apelada, o que bastava. Se a petição já havia sido assinada por um advogado, não era necessário que outro constituído pela Peca Representações Ltda. também assinasse o requerimento. Ao julgar caso semelhante, aliás, o STJ assim se pronunciou:

"Petição de acordo assinada pelo advogado do autor e pelo réu diretamente, sem a intervenção do advogado do último. Transação válida

em tese, que só poderá ser anulada em ação própria, provando-se a existência de vício que a torne nula ou anulável" (STJ, 5ª T., REsp n. 50.669/SP, rel. Min. Assis Toledo).

Argumenta, ainda, o Dr. Nardim Darcy Lemke que o acordo seria nulo em virtude das partes terem transacionado sobre a verba sucumbencial fixada em seu favor, quando do julgamento da ação de indenização deflagrada pela Peca Representações Ltda.

Consoante se infere do instrumento particular de fls. 96/98, as empresas contendoras realmente transacionaram sobre o valor dos honorários de sucumbência que haviam sido fixados, na ação de indenização, em favor do Dr. Nardim Darcy Lemke. Isso não quer dizer, entretanto, que a referida transação deva ser nulificada.

Acurado exame do acordo permite constatar que a apelada concordou em pagar R\$ 700.000,00 à Peca Representações Ltda. para saldar as verbas indenizatórias fixadas na ação de indenização, e R\$ 105.000,00 ao Dr. Nardim Darcy Lemke a título de honorários advocatícios. Efetuando-se os cálculos pertinentes, vê-se que o percentual de 15% sobre o valor da indenização, fixado na sentença a título de verba sucumbencial, foi respeitado pelas partes. Nesse aspecto, portanto, a transação não prejudicou o advogado apelante.

Poderia o Dr. Nardim Darcy Lemke argumentar que tal acordo teria-lhe prejudicado de forma indireta, pois ao transacionar sobre o valor da indenização, por via reflexa, as partes teriam diminuído sua verba honorária, a qual deveria ser calculada tomando-se por base a quantia aproximada

de R\$ 978.000,00, perseguida na ação de execução de sentença a título de indenização.

Não é possível afirmar qual seria o valor correto da verba indenizatória sem ferir o mérito dos embargos à execução oferecidos pela Marcatto Indústria de Chapéus Ltda. O real valor da indenização ainda estava sendo discutido nestes embargos quando a petição noticiando a transação aportou aos autos ensejando a extinção do feito. Não posso deixar de frisar, entretanto, que os últimos cálculos atualizados da verba indenizatória, efetuados dois meses antes da celebração do acordo pelo Dr. Rainoldo Uessler, perito oficial nomeado pelo Juízo, apontavam que o valor devido pela apelada, a título de verba indenizatória, seria de R\$ 629.091,64. *A primo oculi*, portanto, é possível dizer que o acordo celebrado entre as partes até teria sido vantajoso para o Dr. Darcy Lemke, pois elegeram como base para o cálculo dos honorários quantia superior àquela em tese devida a título de indenização.

De qualquer forma, mesmo que restasse sobejamente comprovado o prejuízo de que fala o causídico, ainda assim a transação seria válida. Nessa hipótese, entretanto, ficaria ressalvado o direito do Dr. Nardim de executar a suposta quantia devida a título de honorários advocatícios suprimida na transação. A propósito, convém conferir o seguinte julgado:

"Processual civil e civil — Ação de reparação de danos — Acidente de veículo — Execução de sentença — Apelação interposta pelo autor contra sentença homologatória de transação celebrada com o réu, sem a presença

de seu advogado — (...) Honorários advocatícios incluídos no crédito objeto do acordo — Em virtude de o advogado não participar de transação celebrada por seu cliente, esta não o atinge (art. 1.031 do CC), ficando ressalvado o seu direito de executar a sentença na parte referente à condenação em honorários contra a parte contrária, salvo se os tiver recebido de seu constituinte ou na hipótese de existir contrato de honorários com este firmado que disponha de forma diferente — Ausência de vícios a macular a transação celebrada entre as partes — Apelação desprovida — Sentença confirmada" (TJDF, Apelação Cível n. 3401994/DF, rel. Des. Campos Amarel, in DJU 22/3/1995).

Assim sendo é de concluir-se pela validade da transação efetuada entre as partes, ressalvando-se, entretanto, a possibilidade do advogado recorrente executar em ação própria a quantia que porventura entenda devida.

Finalmente, destaco que o valor referente aos honorários (R\$ 105.000,00) foi pago trinta dias após a realização do acordo, ou seja, há quase dois anos, da mesma forma que foram pagos R\$ 147.500,00 à empresa, no ato do acordo, e outros R\$ 47.500,00 trinta dias depois. E mais, a quantia de R\$ 200.000,00, que seria implementada em 36 parcelas, vem sendo regularmente adimplida. De parte dos apelantes nenhuma objeção ao pagamento foi manifestada.

No mais, quanto ao pedido alternativo formulado pelo causídico objetivando a condenação da apelada ao pagamento de honorários de sucumbência referentes ao processo de

execução, entendo que este não merece acolhimento.

In casu, não há cogitar de condenação da apelada ao pagamento de verba sucumbencial em virtude de uma singela razão: tanto na ação de execução como nos embargos do devedor não houve sucumbência; houve, sim, a ocorrência de uma transação, por intermédio da qual as partes decidiram extinguir os referidos processos, fazendo concessões recíprocas.

Tecendo comentários a respeito da fixação de honorários em hipótese de transação, o insigne Yussef Said Cahali leciona:

"Sempre se entendeu, sob a égide da sistemática processual anterior, e se continua entendendo agora com o novo Código, que, com a transação entre as partes, conseqüentemente, cessa a instância, sendo de arquivar-se o feito; em casos tais, não há falar em vencedor ou vencido, para o efeito da sucumbência, tudo se exaurindo no teor do acordo firmado, e que deve ser obedecido. E isso deve ser obedecido, ainda que o acordo tenha sido firmado extra-autos. Com o resultado, qualquer pretensão posterior de alguma das partes — na própria ação ou em ação autônoma — a honorários não estatuídos no acordo deve ser desatendida" (Cahali, Yussef Said. Honorários advocatícios. 3ª ed., São Paulo, RT, págs. 612/613).

No mesmo norte destes ensinamentos, vale conferir os seguintes arestos:

"Direito processual civil. Apelação civil. Embargos do devedor. Acordo extrajudicial. Art. 26, § 2º, do CPC. Recurso conhecido e desprovido à unanimidade.

"I — Ainda que o acordo tenha sido firmado extrajudicialmente, não há falar em vencedor ou vencido, para efeito da sucumbência, tudo se exaurindo a teor do acordo firmado e que deve ser obedecido.

"II — Como não houve na transação entabulada entre as partes nenhuma disposição acerca das despesas sucumbenciais, estas deverão ser divididas, arcando cada parte com os honorários de seu advogado, conforme disposto no § 2º, art. 26, do CPC.

"III — Recurso conhecido e desprovido à unanimidade" (TJDF, Ap. Cível n. 2001 01 5 003146-3, rel. Des. Wellington Medeiros, j. em 18/10/01).

"Processual — Extinção do processo — Aceitação de proposta formulada pela outra parte — Transigência — Honorários de sucumbência — Condenação — Inexistência.

"I — Se o processo foi extinto porque, em seu curso, o autor aceitou a proposta formulada pelo réu, é certo dizer que houve transação (CC, art. 1.025).

"II — Em havendo transação, não há sucumbência. O processo termina sem condenação de qualquer das partes (CPC, art. 26, § 2º)" (STJ, REsp n. 87.696/CE, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, in DJU 17/6/96).

No caso vertente, considerando que na transação não houve nenhuma disposição acerca da verba sucumbencial referente à executio-
nal e aos embargos do devedor, vê-se que o pleito formulado pelo causídico não merece prosperar. Se deseja receber honorários pelo trabalho exercido nas duas ações em epígrafe, cumpre ao Dr. Nardim Darcy Lem-

ke exigi-los de sua cliente, que contratou seus serviços, e não da apelada. Agora, a título de honorários de sucumbência, nada lhe é devido.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto proferido pela Relatora, a Câmara decidiu, à unanimidade, não conhecer do agravo retido interposto e negar provimento ao apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cercato Padilha e Trindade dos Santos.

Florianópolis, 4 de abril de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.004117-3, DA CAPITAL

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Seguro. Furto de veículo. Hipótese de perda total. Pagamento da indenização pela cotação de mercado do veículo. Transação. Quitação oferecida que não importa em renúncia do direito à diferença, considerado o valor da apólice. Prescrição anual. Inteligência do art. 178, § 6º, II, do CC. Aplicação restrita aos casos de negativa de cobertura pela seguradora. Indenização a menos. Reconhecimento do direito. Cobrança da diferença. Incidência da regra geral do art. 177 do CC. Prescrição vintenária. Reforma da sentença e procedência da ação nesta instância. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.004117-3, da comarca da Capital (3ª Vara), em que é apelante João Felipe de Souza Machado e apelada Companhia União de Seguros Gerais:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, à unanimidade, dar provimento ao recurso para afastar a prescrição e condenar a Seguradora nos termos da inicial da ação de cobrança.

Custas de lei.

I — Relatório

Cuida-se de ação de cobrança de diferença de seguro proposta por João Felipe de Souza Machado contra Companhia União de Seguros Gerais.

Sustenta o autor que teve seu veículo furtado, sendo paga a indenização no montante de R\$ 13.500,00, sob o argumento de corresponder ao valor médio de mercado do veículo, quando a apólice garantia-lhe uma indenização de R\$ 18.000,00, valor esse

sobre o qual incidiu o pagamento do prêmio. Objetiva, pois, a satisfação da diferença, no importe de R\$ 4.500,00 com os acréscimos legais.

Contestando a ação, argúi a seguradora a preliminar de prescrição anual (art. 178, § 6º, II, do Código Civil) e no mérito a improcedência da ação diante da quitação geral passada pelo autor. E mais, que perfeitamente válida a cláusula de indenização pelo valor de mercado.

Designada audiência, inexistosa a conciliação e inexistindo provas a produzir, os autos foram conclusos para sentença, tendo a douta Togada *a quo* julgado extinto o processo e reconhecido a prescrição.

Manejado o recurso de apelação, com invocação das disposições do CDC, que elevam o prazo prescricional para 5 anos, e, contra-arrazoando este, foi designada data de julgamento.

II — Voto

Colhe-se da documentação encartada que o sinistro — ocorrência de furto — data de 6/11/96, tendo a seguradora, acionada administrativamente, satisfeito a indenização, pelo valor de cotação do veículo no mercado, em 26/3/97.

O pagamento realizado importa, não há dúvida, no reconhecimento do direito do autor à indenização pela perda de seu veículo.

Essa circunstância, qual seja, do reconhecimento do direito, faz desaparecer, ou melhor, torna inaplicável a regra do art. 178, § 6º, II, do Código Civil, incidindo as disposições do art. 177 do Código Civil, regra geral.

A limitação do prazo é para acionar a seguradora.

Ora, se ela foi acionada e acolheu a pretensão indenizatória, o pagamento a menos segue a regra das ações pessoais de prescrição vintenária.

Assim, não há falar em prescrição, nos termos do art. 178, do CC, se, após o aviso do sinistro, não houve a efetiva recusa da seguradora ao pagamento da indenização.

É simples: Se não houve negativa à cobertura, não incide a regra do art. 178, § 6º, II, do CC.

De qualquer forma há, ainda, que se admitir, como incidente — na hipótese de negativa de cobertura de sinistro — o Código de Defesa do Consumidor, art. 27), que prevê prescrição quinquenal (Ap. Cív. n. 2000.011596-7).

Afastada a preliminar de prescrição, resta verificar-se a procedência ou não do pedido, sem que tal implique em supressão de instância, pois, ao pronunciar a prescrição, o Togado *a quo* extinguiu o feito com julgamento do mérito (art. 269, IV, do CPC).

É orientação pacífica nesta Corte que havendo perda total do objeto segurado a indenização securitária deve ser pelo valor da apólice, firmado de comum acordo pelas partes, e, até porque, foi sobre essa quantia que a seguradora calculou o prêmio devido pelo segurado. Aplica-se, pois, a regra do art. 1.462 do Código Civil, sendo inadmissível a pretensão limitada da seguradora, sob pena de patrocinar-se o enriquecimento sem causa.

Quanto à transação efetivada, igualmente, tem-se reiterado que não importa em renúncia do saldo remanescente.

Vejamos:

"Seguro de veículo. Capotamento. Prejuízos elevados. Perda total reconhecida. Indenização. Valor da apólice. Pagamento pelo valor de mercado. Transação que não importa em renúncia do saldo. Recurso improvido" (Ap. Cív. n. 2001.018671-3, de Imituba, rel. Des. Cesar Abreu).

E do acórdão extrai-se:

"...estabelecido por consenso o valor da cobertura do veículo, se este se perder totalmente, não há mais o que avaliar, restando, apenas, indenizar pelo valor livremente pactuado".

A indenização, *in casu*, foi realizada pela cotação média, unilateralmente pesquisada pela seguradora, o que por si só impõe ressalva quanto ao verdadeiro valor de mercado.

De qualquer forma, é orientação tranqüila nesta Câmara dever a indenização, em casos tais, guiar-se pelo valor da apólice.

Aliás, nos termos da jurisprudência da 4ª Turma, "tratando-se de perda total do veículo, a indenização a ser paga pela seguradora deve tomar como base a quantia ajustada na apólice (art. 1.462, CC), sobre a qual é cobrado o prêmio, independentemente da existência da cláusula prevendo o pagamento da reparação pelo valor médio de mercado do automóvel, salvo se a seguradora, antes do evento danoso, tiver postulado a redução de que trata o art. 1.438 do Código Civil" (REsp n. 197468, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 12/4/99, pág. 164).

Ou ainda:

"É abusiva a prática de incluir na apólice um valor, sobre o qual o segurado paga o prêmio, e pretender indenizá-lo por valor menor, correspon-

dente ao preço de mercado, estipulado pela própria seguradora" (REsp n. 191189/MG, rel. Min. Nilson Naves, j. em 5/12/2000).

Quanto à transação ocorrida é importante anotar que não implica em renúncia da diferença da indenização. Vejamos:

"(...) II — Iguamente consolidado o entendimento de que o recibo de quitação passado de forma geral, mas relativo à obtenção de parte do direito legalmente assegurado, não traduz renúncia a este direito e, muito menos, extinção da obrigação. Precedente do STJ" (REsp n. 129.182/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter).

Ou ainda:

"Seguro de veículo. Perda total. Furto. Indenização. Valor da apólice. Pagamento pelo valor de mercado. Transação que não importa em renúncia do saldo remanescente. Recurso improvido" (Ap. Cív. n. 99.016045-9, de Videira, rel. Des. Cesar Abreu).

E de seu contexto:

"Consabido, porque consolidado o entendimento, de que o recibo de quitação passado de forma geral, mas relativo à obtenção de parte do direito legalmente assegurado, não traduz renúncia a este direito e, muito menos, extinção da obrigação.

"É que 'tratando-se de perda total do veículo, é devida na integralidade a quantia ajustada na apólice (art. 1.462 do Código Civil), independente de seu valor médio vigente no mercado' (REsp n. 195.492, rel. Min. Barros Monteiro)".

Ora, é simples, a indenização deve corresponder ao prêmio pago (REsp n. 176.890, rel. Min. Waldemar Zveiter).

Não há, na solução adotada, a toda evidência, vulneração aos princípios contratuais: da autonomia de vontade, do consensualismo, da força obrigatória e da boa fé.

A transação, sim, é que violou o contrato de seguro, quando importou no pagamento menor do que o devido.

Aliás, "é abusiva a prática de incluir na apólice um valor, sobre o qual o segurado paga o prêmio e pretende indenizá-lo por valor menor, correspondente ao preço de mercado, estipulado pela própria seguradora" (REsp n. 176.890).

Nesse mesmo diapasão:

"É orientação consolidada no novel Superior Tribunal de Justiça que o recibo firmado pelo segurado dando plena e geral quitação à seguradora não tem o condão de inviabilizar a pretensão à diferença devida" (REsp n. 257.596, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, dentre tantos outros).

Por igual, a questão atinente ao valor da indenização securitária encontra-se apaziguada neste Sodalício. De efeito, o Grupo de Câmaras de Direito Civil firmou o entendimento de que "no seguro contra o incêndio, quando o sinistro importa na perda total dos bens segurados, a indenização a ser paga é aquela consignada na apólice" (EI n. 2000.020610-5, rel. Des. Anselmo Cerello, DJE 6/7/01). De bom alvitre salientar que a destruição total do bem segurado é fato incontroverso.

Doutra parte, a teor do art. 1.438 do CC, é perfeitamente lícito à seguradora exigir a redução da quantia pactuada na apólice se excedente ao valor real da coisa e se o fizer an-

tes do evento danoso. Precedente do STJ acentua "que nos termos da jurisprudência da 4ª Turma, tratando-se de perda total do veículo, a indenização a ser paga pela seguradora deve tomar como base a quantia ajustada na apólice (art. 1.462, CC), sobre a qual é cobrado o prêmio, independentemente da existência de cláusula prevendo o pagamento da reparação pelo valor médio de mercado do automóvel, salvo se a seguradora, antes do evento danoso, tiver postulado a redução de que trata o art. 1.438 do Código Civil" (REsp n. 208605/SC, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Dessa forma, afasta-se a prescrição reconhecida na sentença, dando-se provimento ao apelo para condenar a Companhia Seguradora a pagar ao autor a importância de R\$ 4.500,00, acrescido de correção monetária a partir de 26/3/97 (fl. 24) e juros de mora da citação. Condena-se, ainda, na verba honorária, em 20% sobre o valor da condenação, e nas custas processuais.

III — Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, dá-se provimento ao recurso para afastar a prescrição e condenar a seguradora nos termos da inicial da ação de cobrança.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 7 de maio de 2002.

Carlos Prudêncio,

Presidente com voto;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,

Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.010215-7, DE GUARAMIRIM**Relator: Jorge Schaefer Martins**

Apelação cível. Acidente de trânsito. Denúnciação à lide. Seguradora. Pretensão de exclusão de danos morais. Matéria não deduzida em primeira instância. Impossibilidade de análise pelo tribunal.

A responsabilidade da denunciada, reconhecida na sentença, limita-se ao estipulado no contrato com a denunciante. Prevendo a apólice cobertura por danos pessoais, gênero do qual são espécies os danos morais, a pretensão de exclusão destes deveria ter sido expressamente deduzida na contestação. Em assim não procedendo, não há como excluí-los da condenação, sob pena de supressão de instância.

Responsabilidade civil. Preposto. Manobra em marcha à ré em servidão. Atropelamento. Não observância das cautelas exigidas para a realização da manobra. Culpa reconhecida. Dever de indenizar.

Quem conduz caminhão em marcha à ré deve adotar cautelas excepcionais. A eventualidade da via (servidão) não permitir outro tipo de tráfego torna ainda maior a necessidade de cuidado, ainda mais quando se fazia o motorista acompanhar de ajudante. Atropelamento de adulto e criança, provocando morte e lesões, respectivamente, demonstra com clareza a culpabilidade no evento.

Acidente de trânsito. Absolvição na esfera criminal. Exercício da ação cível. Possibilidade. Sentença mantida. Recurso desprovido.

A absolvição do preposto na esfera criminal, por falta de provas (art. 386, VI, CPP), não impede o exercício da ação cível de reparação de dano, uma vez que em tal hipótese prevalece a independência das responsabilidades civil e criminal. Possibilidade, então, de se ter por provada a culpa no juízo cível, reconhecendo-se o dever de indenizar.

Insurgimento contra a quantificação dos danos morais. Critérios utilizados com razoabilidade e consonantes com a prova contida nos autos. Manutenção dos valores respectivos.

Considerando o togado de primeiro grau os eventos morte e lesão com seqüelas oftalmológicas, arbitrando quantias não exageradas e de acordo com a gravidade dos resultados e condição econômico-financeira do obrigado, determina a manutenção do critério. Indenização que não servirá para eliminar a dor, mas apenas para compensá-la.

Improvemento dos recursos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.010215-7, da comarca de Guaramirim, em que são apelantes Koerich Distribuidora de Bebidas Ltda. e Bradesco Seguros S.A. e apeladas Maria Terezinha da Luz Rosa, Graziela Cristina Rosa e Juliane Cristine Rosa:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por unanimidade de votos, negar provimento aos recursos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na peça inicial, as autoras, Maria Terezinha da Luz Rosa (viúva), Graziela Cristina Rosa (filha) e Juliane Cristine Rosa (vítima), alegaram que, no dia 24/12/1992, o preposto da empresa Koerich Distribuidora de Bebidas Ltda., ao conduzir o caminhão desta em marcha à ré na servidão Francisca da Rosa, município de Florianópolis, atropelou e matou Tarcísio Rosa, esposo e pai das autoras, bem como provocou lesões corporais em Juliane Cristine Rosa, à época com 4 (quatro) anos idade, em razão do choque com o caminhão.

Sustentaram ainda que o motorista do caminhão, ao não verificar previamente as condições para manejar o

veículo em marcha à ré, agiu com culpa (imprudência), surgindo, daí, o dever de indenizar, moral e materialmente (arts. 159 e 1.521, III, c/c art. 1.522, do Código Civil; e art. 5º, V, da CF).

Pugnaram por provimento definitivo condenatório no seguinte sentido: a) a Maria Terezinha da Luz Rosa, indenização material de 2 (dois) salários mínimos mensais, desde o falecimento até a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, e indenização de 1.000 (mil) salários mínimos, a título de dano moral; b) a Graziela Cristina Rosa, indenização material de 2 (dois) salários mínimos mensais, desde o falecimento até a maioridade civil, salvo se não estiver freqüentando curso superior, e indenização de 1.000 (mil) salários mínimos, a título de dano moral; e c) a Juliane Cristine Rosa, indenização material de 2 (dois) salários mínimos mensais, desde o falecimento até a maioridade civil, salvo se não estiver freqüentando curso superior, e indenização de 2.000 (dois mil) salários mínimos, visto que sofreu diminuição da capacidade funcional oftalmológica, danos estéticos e psicológicos.

Contestado o feito, a empresa demandada argüiu, preliminarmente, a necessidade de suspensão do processo, a fim de não se ter decisões

conflitantes (art. 265, IV, a, do CPC, art. 1.525 do CC e art. 64, parágrafo único, do CPP), pois em trâmite, na esfera criminal, ação destinada a apurar a responsabilidade criminal de seu preposto. Ainda em preliminares, denunciou à lide Bradesco Seguros S. A., tendo em vista o contrato de seguro contra terceiros, por danos materiais e pessoais, que possuíam.

No mérito, atribui às vítimas a culpa exclusiva pelo acidente, pois a menor autora atravessou repentinamente a rua, projetando-se atrás do caminhão, e, tendo o pai lançado-se para salvá-la, ocorrendo causa superveniente, nada pode fazer o motorista do caminhão para evitar o acidente.

Em relação aos danos morais e materiais, impugnou os valores pleiteados, bem como a pensão solicitada, pois não comprovados os salários percebidos pela vítima, devendo, de qualquer forma, ser reduzidos para 2/3 (dois terços) do salário, conforme orientação da jurisprudência e da doutrina.

As autoras manifestaram-se acerca da contestação, alegando, em síntese, a desnecessidade de suspensão do processo, pois se trata de responsabilidades (civil e criminal) distintas. Não se opuseram à denunciação e, finalmente, reafirmaram os argumentos expostos na exordial.

Deferida a denunciação da seguradora, esta ingressou no feito apresentando peça contestatória, em que firmou os mesmos fundamentos da empresa demandada, atribuindo, pois, às vítimas, pai e filha, a culpa exclusiva pelo acidente, por imprudência e negligência, respectivamente. Alegou, ainda, que, caso a culpa fosse atribuída à demandada, a indenização

a que seria condenada não poderia ultrapassar os limites da apólice.

As testemunhas arroladas foram ouvidas em audiência (fls. 181/187).

O órgão do Ministério Público exarou parecer opinando pela procedência da ação, porém, com redução da pensão para 2/3 (dois terços) do salário mínimo e da indenização por dano moral para os limites de 50 (cinquenta) e 100 (cem) salários mínimos.

Foi juntada cópia da decisão da MMA. Juíza da 4ª Vara Criminal da Capital, que absolveu o preposto da empresa demandada (fls. 206/208), restando prejudicado o pedido de suspensão do processo.

Prolatada a sentença (fls. 212/222), os pedidos das autoras foram julgados parcialmente procedentes, com a conseqüente condenação da parte vencida ao pagamento de indenização a Maria Terezinha e Graziela no valor de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos e a Juliane no valor de 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos, por danos morais; ao pagamento de pensão de 2/3 (dois terços) do salário mínimo a cada uma das autoras, somando-se, quando findadas, as quotas das filhas ao quinhão da genitora, além do pagamento pelos gastos descritos nos documentos de fls. 30/32. A denunciação à lide foi julgada procedente, cabendo à litisdenunciada o pagamento dos valores indenizatórios fixados.

A empresa demandada e a litisdenunciada interpuseram recurso de apelação, apresentando, no mesmo ato, as respectivas razões do recurso.

A apelante Koerich Distribuidora de Bebidas Ltda. insurgiu-se contra o reconhecimento da culpa de seu

preposto no fatídico evento, atribuindo-o exclusivamente às vítimas, situação, aliás, reconhecida no âmbito penal, pugnando igualmente pela redução das indenizações a valor igual a 100 (cem) salários mínimos.

A Bradesco Seguros S.A., por seu turno, diz da exclusão da obrigação referente aos danos morais, uma vez que não compreendidos nos danos pessoais, além de reforçar a argumentação da empresa quanto à ausência de culpa que implicasse na obrigação de indenizar.

As autoras ofereceram contra-razões, com aplausos à decisão monocrática.

O órgão do Ministério Público opinou pela manutenção da decisão.

Por haver interesse de incapazes, a Turma de Recursos não conheceu do recurso de apelação, remetendo os autos para esta Corte.

A Procuradoria-Geral de Justiça, na pessoa do Dr. Jobél Braga de Araújo, apresentou parecer (fls. 290/295) opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

II — Voto

Cuida-se de apelação cível em razão de sentença prolatada nos autos da Ação de Reparação de Danos por Acidente de Trânsito n. 026.94.000028-3, da comarca de Guarimir, em que são apelantes Koe-rich Distribuidora de Bebidas Ltda., doravante denominada 1ª apelante, e Bradesco Seguros S.A., doravante denominada 2ª apelante, que julgou parcialmente procedente o pedido de indenização por danos materiais e morais às apeladas.

Preliminarmente:

A 2ª apelante insurgiu-se contra a decisão monocrática que, julgando procedente a denúncia à lide feita pela 1ª apelante, condenou-a ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, nos limites contratados, ou seja, no limite da apólice de seguro.

Insurge-se contra o reconhecimento de sua obrigação em pagar os danos morais, uma vez que não há previsão de cobertura securitária quanto a eles.

Acerca da denúncia à lide, Humberto Theodoro Júnior assinala:

"Visa a denúncia a enxertar no processo uma nova lide, que vai envolver o denunciante e o denunciado em torno do direito de garantia ou de regresso que um pretende exercer contra o outro. A sentença, de tal sorte, decidirá não apenas a lide entre autor e réu, mas também a que se criou entre a parte denunciante e o terceiro denunciado".

Mais adiante, ressalta:

"A denúncia provoca uma verdadeira cumulação de ações, de sorte que o denunciante, perdendo a causa originária, já obterá sentença também sobre sua relação jurídica perante o denunciado, e estará, por isso, dispensado de propor nova demanda para reclamar a garantia da evicção ou a indenização de perdas e danos devida pelo denunciado.

"Haja ou não aceitação da denúncia, o resultado do incidente é sujeitar o denunciado aos efeitos da sentença. Este decisório, por sua vez, não apenas solucionará a lide entre autor e réu, mas também, julgando a ação procedente, declarará, conforme o caso, o direito do evicto ou a responsabilidade por perdas e danos, valen-

do como título executivo, para o denunciante (art. 76).

"Num só ato judicial, duas condenações serão proferidas: uma contra o denunciante e em favor do outro demandante; e outra contra o denunciado, em favor do denunciante, desde que este tenha saído vencido na ação principal e que tenha ficado provada a responsabilidade do primeiro.

"Dar-se-á ensejo, portanto, a duas execuções forçadas, caso não se observe o cumprimento voluntário do julgado" (Curso de Direito Processual Civil. 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, itens 115/117, vol. 1).

A condenação da 2ª apelante na denunciação à lide, evidentemente, não poderia estender-se além do que foi avençado com a 1ª apelante, garantindo-se o direito de regresso a esta dentro do que foi estipulado no contrato.

Na própria contestação, a 2ª apelante afirma que "se houve culpa do segurado — haverá indenização. Se a não houver, não haverá indenização alguma. Mas, mesmo que haja valor a ser indenizado, este será sempre no limite da apólice".

No entanto, a 2ª apelante, em sede recursal, pretende sejam suprimidos da condenação os valores relativos à indenização por dano moral, alegando que tais danos são excluídos das hipóteses de cobertura, não havendo, pois, como impingir-las a cumprir tal obrigação.

Ocorre que a pretensão de excluir da condenação a indenização relativa a dano moral não foi oportunamente deduzida na contestação. Nessa, a 2ª apelante limitou-se a argumentar que, caso haja culpa do segurado, a indenização será no limite da apólice.

Esqueceu-se, contudo, de indicar quais são os riscos excluídos no contrato, o qual nem sequer trouxe aos autos.

Na peça vestibular, em atendimento aos arts. 282, IV, e 286, *caput*, do CPC, foram especificadas as verbas que pretendiam as apeladas fossem deferidas a título de indenização (danos pessoais, materiais e morais). A 2ª apelante, ao refutá-la, não detalhou, como já dito, a abrangência do contrato, o qual, ao que consta, abrange os riscos por dano material e pessoal. Caso a apólice, conforme sustentada nas razões recursais, excluísse a indenização por dano moral, tal assertiva deveria ter sido feita na contestação, conforme determina o CPC:

"Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir".

Trata-se, pois, de inovação em sede recursal, prática vedada pelo ordenamento jurídico (arts. 515, § 1º, e 517, do CPC).

Em suma, não tendo havido pedido expresso no primeiro grau de jurisdição acerca da exclusão dos danos morais da indenização cuja responsabilidade foi declarada, não pode esta Corte manifestar-se acerca de tal pedido, sob pena de supressão de instância. Embora a decisão recorrida tenha condenado a 2ª apelante a pagar a indenização nos limites contratados, não houve, sequer, interposição de embargos declaratórios para que ficassem expressos os limites de seu dever de indenizar.

Ademais, o entendimento vigente é de que, abrangendo a apólice os riscos

por danos pessoais, estes, sendo gênero dos quais são espécies os danos morais, estão incluídos na condenação.

A jurisprudência, em casos idênticos, assim se tem posicionado:

"Ação de indenização — Acidente de trânsito. Preliminar de conexão. Dano moral. Ausência de condenação da seguradora nos danos morais suportados pela segurada — Previsão de cobertura dos danos pessoais na apólice — Inclusão daquele neste. Denúnciação à lide — Condenação em verba honorária da denunciada — Pretensão de isenção — Impossibilidade. Lucros cessantes — Existência do direito mas incerto seu quantitativo — Relegação à fase de liquidação da sentença — Possibilidade.

Omissis

"A menos que se trate de matéria de ordem pública, consoante o art. 515 do CPC, pelo princípio da devolutividade, não se autoriza o conhecimento de questão não suscitada ou discutida no processo, em primeiro plano.

Omissis

'Inquestionavelmente, os danos morais subsomem-se na classificação de danos pessoais. Prevista, no contrato de seguro, cobertura para os danos pessoais, os danos morais enquadram-se na responsabilidade de ressarcimento da seguradora, impondo-se, pois, ressarcidos por conta da apólice que rege as relações estabelecidas entre a responsável direta pela reparação advinda do cometimento de ilícito e a companhia de seguros denunciada à lide' (Apelação Cível n. 98.015971-7, de Biguaçu. Relator Des. Trindade dos Santos).

"Sendo a litisdenunciada responsável pelo principal, na litisdenúnciação, incidente ação embutida dentro da principal, o denunciado, na condição de vencido, submete-se aos efeitos da sucumbência, e, como tal, arca, em relação ao denunciante, com os honorários advocatícios" (Apelação Cível n. 99.006913-3, de Ponte Serrada. Relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

Todavia, essa matéria deveria ter sido ventilada no momento oportuno, devendo a 2ª apelante arcar com o ônus de sua omissão.

Deve, assim, ser mantida sua obrigação referente aos danos morais, ainda mais que a questão suscitada em sede de apelo não foi comprovada pela juntada, no momento oportuno, da apólice, uma vez que tal documento não foi colacionado aos autos por ocasião da manifestação primeira, nem sequer por ocasião das razões de apelo.

Mérito

Os recursos das apelantes, no mérito, confundem-se, permitindo que se tomem como referência as razões recursais da 1ª apelante, por serem mais abrangentes e elaboradas, sem prejuízo à 2ª apelante.

Em sentido amplo, as apelantes pugnam pela reforma da decisão monocrática alegando culpa exclusiva das vítimas. Para isso, pretendem que se levem em consideração os seguintes fatos: a) a impossibilidade de se manobrar o veículo de outra forma que não em marcha à ré; b) o conhecimento dos moradores do local da prática de entrega de bebidas duas vezes por semana; c) o não emprego de velocidade incompatível por parte do motorista do caminhão; d) a negligência da vítima e pai da autora em per-

mitir que esta invadisse a rua; e) a ausência de diligência por parte das vítimas, visto que havia calçadas laterais na servidão; f) a inevitabilidade, constituindo o acidente caso fortuito; e, finalmente, g) a absolvição do preposto da 1ª apelante na esfera criminal.

Passa-se à análise dos argumentos.

O acidente que vitimou o pai e esposo das autoras, tirando-lhe a vida, bem como uma das autoras, à época com apenas 4 (quatro) anos de idade, nela provocando lesões e seqüelas, deu-se em virtude de atropelamento em servidão. O caminhão de bebidas da 1ª apelante, guiado por seu preposto e manobrando em marcha à ré, colheu a ambos, conforme provado e documentado no processo. Tais fatos são incontroversos. A partir disso, devem-se analisar as circunstâncias em que ocorreu o acidente, a fim de imputar ou excluir a culpa solidária à 1ª apelante.

A excepcionalidade do trânsito de veículos em servidões é conhecida por todos. Estas, constituídas com o fito de permitir a passagem dos pedestres aos seus prédios, os quais se encontram encravados (arts. 695 e segs. do CC), permitem, quando possível, o trânsito de veículos, que podem ser desde carros de boi ou carroças, até mesmo caminhões.

Constituindo, pois, local precipuamente destinado à passagem de pedestres, qualquer um que conduza veículo nas servidões deve ter redobrada prudência e atenção. O excesso de velocidade, por exemplo, assume nas servidões contornos diferentes, ou seja, deve-se falar em velocidade incompatível, visto que o emprego de certa

velocidade em rodovias, mesmo sendo muito abaixo do máximo para estas, no caso das servidões pode configurar-se extremamente excessivo.

Além disso, sendo a servidão via de mão única, pois em caso contrário já estaria descaracterizada como tal, resta reduzida consideravelmente a área de manobra dos veículos que por ela passam. Não há, evidentemente, manter um fluxo de tráfego, exigindo, assim, maior habilidade e cautela dos motoristas.

A marcha à ré, por exemplo, é uma das manobras de que muitas vezes dependem os motoristas quando adentram nas servidões, vista a exigüidade de suas dimensões. No entanto, não se pode afirmar categoricamente que todo veículo ao retornar à via principal tivesse de fazê-lo em marcha à ré. Esta, pois, é recurso de que se servem os caminhões na dita servidão, tamanha a desproporcionalidade de tais veículos em relação a ela.

Embora sendo a única alternativa que tinha o preposto da 1ª apelante, nem por isso deixa de ser a manobra em marcha à ré limitada aos preceitos legais de direção defensiva. O argumento colocado pela 1ª apelante de que o tráfego de caminhões em marcha à ré na servidão é "fato normal" e de notório conhecimento dos moradores locais, sob hipótese alguma é capaz de descaracterizar a excepcionalidade da manobra, muito menos as diligências exigidas.

O antigo Código de Trânsito Brasileiro, Lei n. 5.108/66, vigente à época dos fatos, determinava:

"Art. 89. É proibido a todo o condutor de veículo:

(...)

"XIII — transitar em marcha à ré, salvo na distância necessária para pequenas manobras".

O atual Código de Trânsito, Lei n. 9.503/97, reproduz o dispositivo acima, incluindo que as pequenas manobras só serão permitidas de forma a não causar riscos à segurança (art. 194). Quis o legislador enfatizar, ainda mais, a proibição de se manobrar em marcha à ré, bem como o perigo que provoca à segurança dos pedestres e de outros motoristas.

A esse respeito, colhe-se da doutrina:

"Unicamente em pequenos percursos ou para manobras visando a posicionar, estacionar e dar o retorno ao veículo admite-se a circulação de marcha à ré.

"Constitui direção perigosa tal trânsito, posto que exigido maior esforço físico, mais atenção e cuidados do motorista. Diminui-se a visibilidade, concentrando-se a mesma no lado do carro e da pista para onde se projeta o olhar. Para aquilatar as condições do outro lado, deverá o condutor alterar o ângulo de visão de seu olhar. O acionamento para trás redundará em algum prejuízo para os veículos que se aproximam, os quais deverão diminuir a velocidade, ou aguardar parados, ou desviar.

"O acidente ocorrido nesta manobra acarreta, na maioria dos casos, a obrigação indenizatória: 'Marcha à ré somente deve ser executada quando o motorista tem certeza para fazê-la sem risco'. No correr do voto, observa-se: 'Wladimir Valler, em sua conceituada obra Responsabilidade Civil e Criminal nos Acidentes Automobilísticos, assevera que: 'Como os veículos são feitos pa-

ra se locomoverem para a frente, a marcha à ré constitui manobra anômala e, portanto, perigosa, pois não prevista quer pelos motoristas, quer pelos pedestres, exigindo, assim, para sua efetivação, a observância de cautelas excepcionais por parte dos condutores'.

'A marcha à ré, como ensinam Bedour e seus colaboradores, constitui um modo de marcha absolutamente anormal, que é empregada por conta e risco do condutor (*Précis des Accidents d'Automobile*, pág. 85). Sendo manobra de exceção, a marcha à ré só deve ser realizada quando absolutamente necessária, em trechos curtos, com extraordinária diligência, principalmente quando efetuada em lugar público, com pedestres nas proximidades. As cautelas deverão ser maiores em se tratando de veículo de carga, em relação aos quais é escassa a visibilidade para trás, sendo insuficiente à segurança da manobra a orientação do piloto tão-somente pelos espelhos retrovisores, porque tais equipamentos não dão total visão da traseira de veículos de porte.

'Como o princípio a ser seguido é o de que quem efetua marcha à ré o faz por sua exclusiva conta e risco, impõe-se ao condutor a observância de todas as cautelas, mesmo as extraordinárias. A manobra só pode ser feita em marcha lenta e com sinais acústicos de advertência. Quando se tratar de veículos pesados e de grande porte, recomenda a cautela que o motorista seja auxiliado por pessoa a pé, fora do veículo, pois somente pode ser levada a cabo quando o condutor tem certeza de efetivá-la sem risco'" (Arnaldo Rizzardo. Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro. São Paulo: RT, 1998, págs. 532/533).

De acordo com o depoimento do próprio preposto, este conduziu o caminhão da 1ª apelante por, praticamente, oitocentos a mil metros (fl. 182) até o momento em que atingiu as vítimas. Além de estar cometendo infração à norma de trânsito, o preposto colocava, inegavelmente, em risco a segurança daqueles que pela servidão passavam.

A jurisprudência tem-se, reiteradamente, manifestado no sentido de exigir, do condutor do veículo, as cautelas necessárias:

"Reparação de danos. Acidente de trânsito. Atropelamento. Motorista de ônibus que, em manobra de marcha à ré, passa com o veículo por sobre o corpo da vítima. Culpa demonstrada. Seqüelas deformantes. Dano moral/estético. Indenização.

'Marcha à ré, sem as devidas cautelas. O Código Nacional de Trânsito, reconhecendo o perigo que a marcha à ré representa para terceiros, proíbe a conduta, salvo nas distâncias necessárias para pequenas manobras. Destarte, sendo manobra absolutamente anormal, ela é feita por conta e risco do piloto, respondendo este pelas conseqüências de sua imprudência, se empregada levemente' (Ap.Cív. n. 22.024, Itajaí, Des. Reynaldo Alves)" (Apelação Cível n. 98.000354-7, de São José do Cedro. Relator Des. Pedro Manoel Abreu).

Ou ainda:

"Responsabilidade civil — Reparação de danos — Acidente de trânsito — Marcha à ré — Manobra efetuada sem a cautela necessária — Imprudência demonstrada — Recurso desprovido.

'Em matéria de responsabilidade civil, ainda prevalece o brocardo *in lege*

aquila et levissima culpa venit. Assim acontece porque a responsabilidade civil flui do dever que têm todos os cidadãos de respeitar o direito alheio. Basta a culpa leve — levíssima para que o direito alheio fique lesionado' (A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência, Forense, pág. 270)" (Apelação Cível n. 98.001527-8, da Capital. Relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

Atendo-se aos fatos, percebe-se, nitidamente, que o preposto e motorista do caminhão agiu de forma imprudente. Talvez pelo fato de realizar a manobra duas vezes por semana, tornando-se já um hábito seu e dos moradores verem-no trafegando em marcha à ré, como tanto insiste a 1ª apelante, tenha o motorista relaxado dos deveres de cautela necessários.

O atropelamento, nas circunstâncias havidas (veículo trafegando em marcha à ré), deixa claras a culpa e a responsabilidade do condutor. Pode-se estabelecer uma premissa básica: o condutor, no momento do acidente, estava a cometer infração de trânsito. O fato de a servidão não permitir que o caminhão retorne de outra forma, a não ser em marcha à ré, não retira o caráter ilícito da conduta, pois, se não há outro meio lícito de manobra, resta claro que o tráfego de caminhões, naquela servidão, não pode ser permitido ou, sendo indispensável, ocorra com a adoção de extremada cautela.

A proibição de tráfego de caminhão na servidão, embora não haja como se saber se havia essa sinalização na entrada da servidão, é implícita. Ora, se o motorista teve que conduzir o veículo em marcha à ré por, no mínimo, 1 km, a fim de retornar à via principal, cometendo, assim, infração, resta como

corolário lógico a proibição do tráfego de caminhões naquela servidão, ou a indispensabilidade de cuidados excepcionais. Se era "fato comum" caminhões trafegando em marcha à ré, em função do comércio local ou qualquer outro motivo, agia-se em desrespeito à lei, negligenciando as autoridades de trânsito em atuar para impedir tais infrações. O acidente que ora se discute, por si só, demonstra o risco em que eram colocados os moradores e transeuntes da servidão, provavelmente diariamente.

A vedação do Código de Trânsito ao tráfego em marcha à ré nada mais é do que a constatação do perigo e dos riscos que tal manobra acarreta. Como outras infrações de trânsito, a marcha à ré não pode ser utilizada, salvo para pequenas manobras, o que, claramente, não foi o que fez o motorista do caminhão da 1ª apelante. O fato de ter atropelado duas pessoas, quando agia em desrespeito à norma de trânsito, praticando conduta que esta define como causadora de riscos à segurança, torna a culpa do motorista do caminhão incontestável.

Soma-se a isso o fato de o ajudante do motorista nem ao menos ter saído do veículo para verificar se, ao proceder àquela longa manobra, não haveria, no trajeto do caminhão, por exemplo, crianças jogando futebol, soltando pipa etc. Tal atitude só vem a somar o grau de culpa atribuído ao motorista. A visão que alegou ter da calçada lateral, pelo espelho retrovisor, era limitadíssima em relação à extensão que percorreu para retornar à via principal. A excepcionalidade da manobra estava a exigir, obrigatoriamente, viesse a se fazer da contribuição de seu ajudante, a fim de que exercesse função de colaborador, não se restringin-

do ela apenas à carga/descarga de bebidas. Se, até mesmo, para sair de um estacionamento com veículo de passeio, muitas vezes, necessita-se da ajuda de terceiros, nem se diga de manobrar caminhão em marcha à ré.

As apelantes procuram atribuir a culpa pelo acidente às vítimas alegando, entre outros fatores, o dever de diligência destas em prevenir-se de "eventualidades danosas", como, no caso, caminhando na calçada. Evidente que cabe a todo pedestre diligenciar ao transitar pelas ruas, avenidas etc. As normas de trânsito dirigem-se, também, aos pedestres.

Ocorre que o fato deu-se em via urbana, onde a *obligatio ad diligentiam* era e é do condutor de veículo automotor, o que está reafirmado pela realidade fática do presente caso, o que exclui as vítimas de qualquer grau de culpa, ainda que concorrente, pelo evento danoso.

Infere-se dos autos — depoimento pessoal — que o motorista do caminhão parou o veículo apenas quando escutou um "estouro". Tal pancada, conforme disse, era resultante do "esmagamento" do pai da menor. Também estava embaixo do caminhão, vindo a ser socorrida por pessoa ali próxima, a própria autora e vítima. Ora, o sujeito que, ao conduzir o caminhão em marcha à ré, atropela criança que atravessa a rua, bem como seu pai que salta para salvá-la, vindo a parar somente após esmagá-lo com o veículo, evidentemente não agiu com o mínimo de cautela que se poderia esperar.

Não é pelo fato de haver calçada lateral, vindo o atropelamento a ocorrer no meio da rua, que estaria o motorista eximido de qualquer culpa. No caso, fora

criança de apenas 4 anos de idade que adentrou na rua, não havendo como se esperar que discernisse entre calçada lateral e meio da rua. O pai, que tinha o dever de zelar e diligenciar por ela, fez o mínimo que se poderia esperar, obtendo êxito em salvar a sua vida. Não poderia esperar, contudo, que o veículo continuasse a proceder à manobra, parando somente após esmagá-lo.

O conhecimento das mais singelas noções de direção defensiva, que deve ter todo motorista, evitaria, sem dúvida, o acidente, ou pelo menos seu desfecho mais trágico. São cautelas que se exigem em qualquer situação, ainda mais quando se procede a manobra em marcha à ré. Procurar justificar a inevitabilidade do ocorrido, em razão da repentina projeção da criança ao meio da rua, sem que seu pai a tivesse contido, é olvidar os primários conceitos de direção defensiva. Impossível, pois, falar em caso fortuito, já que, ausente o evento imprevisível, pelo contrário, era absolutamente fácil prever que pudesse, numa servidão, alguma criança, ocasionalmente, atravessar a rua.

No que tange à absolvição do motorista na esfera criminal, ao que consta dos autos, deu-se por falta de provas, nos termos do art. 386, VI, do CPP. Sobre a matéria, já tive a oportunidade de afirmar:

"A decisão criminal, seja qual for, traz consigo diversas conseqüências.

"Sendo condenatória, além das apenações respectivas, restará o acusado obrigado a indenizar civilmente os danos produzidos, sendo vedada a discussão do fato no juízo cível, no

qual se poderá divergir unicamente no que se relaciona ao *quantum*.

"Tratando de absolvição, com o reconhecimento da inexistência de prova do fato, da não participação do agente na infração penal, ou que tenha o agente agido ao abrigo da excludentes de antijuridicidade (art. 386, incisos I, II, IV e V, respectivamente), a repercussão é a não aplicação de penas e a impossibilidade de se voltar a tratar da matéria civilmente, estando ele isento do pagamento de qualquer indenização.

"Diversamente, sendo a absolvição fundada em não ser o fato ilícito penal, tratar-se de agente isento de pena — quando o responsável legal assume o ônus — ou por insuficiência probatória (art. 386, incisos II, V e VI), viável o litígio cível a respeito do dever de ressarcir os prejuízos" (Jorge Henrique Schaefer Martins. Prova Criminal — Modalidades, Valoração. Curitiba: Juruá, 1996, pág. 111).

Presentes, portanto, as condições para que se prove a responsabilidade civil do agente causador do ilícito, nada impede que se propugne a ação civil de reparação de dano, independentemente da absolvição em âmbito criminal, uma vez havida por falta de provas, até porque a prova penal possui requisitos diversos.

Em decisão recente, este Tribunal manifestou-se acerca de controvérsia semelhante:

"Responsabilidade civil. Acidente automobilístico. Preposto. Absolvição da instância criminal. Irrelevância. Manobra de marcha à ré. Não esgotamento das cautelas necessárias. Culpa cível demonstrada. Seqüelas comprovadamente vinculadas ao evento.

Dever de indenizar. Sentença confirmada. Apelo desprovido.

"A absolvição do condutor de veículo atropelante na esfera criminal, por insuficiência de provas, não inibe a perquirição de sua culpa no cível. Não negados, no juízo repressivo, os fatos, na sua materialidade e autoria, autorizada fica a reabertura do debate na órbita cível, acerca das implicações indenizatórias decorrentes do evento, já que no cível — e isso sem que ocorra qualquer antinomia — a culpa, mesmo que levíssima e sem força para justificar a imposição de pena, pode evidenciar-se suficiente para determinar o ressarcimento.

"A marcha à ré, como manobra anômala que é, deve ser cercada de redobrados cuidados, já que efetuada por conta e risco exclusivos daquele que a empreende. Assim, o condutor de veículo pesado que o manobrando no pátio de sua empregadora, pátio esse não isolado da via pública por cercas ou muros, vem a colher menor que pelo acostamento transitava, atua com indistigável culpa. Não pode ele isentar-se de responsabilidade, ao argumento de que a menor colocava-se à traseira do caminhão, sem propiciar-lhe condições de percebê-la. Nessa hipótese, não tendo ele plena visibilidade do que ocorria da traseira do veículo por si guiado, deveria ele valer-se do auxílio de alguém que fiscalizasse o sucesso da manobra. Se assim não agiu, insito é o dever de indenizar.

"Defluindo da prova pericial que as seqüelas e problemas ostentados pela menor atropelada são decorrências do sinistro automobilístico havido, senão na sua eclosão, mas, quando menos, no agravamento do estado mórbido preexistente, iniludivelmente

delineado estará o liame causal autorizador do reconhecimento da obrigação indenizatória" (Apelação Cível n. 97.008260-6, de Itajaí. Relator Des. Trindade dos Santos).

Referentemente ao *quantum* da condenação, considerações não de ser feitas.

Inicialmente estabelecer que, apesar de o *decisum* haver prescrito como condenação a fixação de danos materiais e morais, a irresignação limita-se aos danos morais, entendendo a 1ª apelante deverem as quantificações ficar no patamar de 100 (cem) salários mínimos em favor de cada autora.

Improcede a pretensão.

Não há proceder à mensuração da dor havida pela morte de um ente querido, ainda mais quando o óbito não é esperado. Da mesma forma ocorre quando uma criança de tenra idade sofre lesões oftalmológicas.

O dano moral tem a seguinte conotação:

"Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valorização da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)" (Carlos Alberto Bittar. *Reparação Civil por Danos Morais*, 2ª ed., São Paulo : RT, 1994, pág. 43).

O seu reconhecimento pode advir da prática de ato ilícito como o cuidado nos presentes autos, atribuin-

do-se um valor indenizatório, com o seguinte propósito:

"A indenização do dano moral tem por fim ministrar uma saudação para a violação de um direito que não tem denominador econômico. Não é possível a sua avaliação em dinheiro, pois não há equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. Quando se condena a reparar o dano moral, usa-se de um processo imperfeito, mas o único realizável, para que o ofendido não fique sem uma satisfação" (acórdão do STF, de 20/8/19, Revista do STF, vol. 22, pág. 39).

Entender-se que pela circunstância de a jurisprudência pretensamente fixar um patamar deva ele prevalecer é buscar solução absolutamente inviável. Não é verdadeiro que se tenha um valor fixo como parâmetro, uma vez que na solução do valor do dano moral levam-se em consideração aspectos diversos, os quais variam de pessoa para pessoa, determinando que o caso concreto venha a estabelecê-los.

Considera-se o evento, o sofrimento dele advindo, a condição pessoal dos beneficiários, a condição econômico-financeira do obrigado, tudo de molde a não permitir o enriquecimento ilícito, como afastar a condenação irrisória, e, mais ainda, buscando-se a atribuição de quantia que possa vir a ser suportada por quem vier a ser condenado.

Foi o que ocorreu no presente caso, quando a Togada fixou em 150 (cento e cinquenta) salários mínimos a indenização por dano moral em favor da viúva e da filha do extinto (Maria Terezinha e Graziela), e em 250 (duzentos e cinquenta) salários míni-

mos em favor da outra vítima (Juliane), com parcimônia e equilíbrio.

Não há razão para alterar a decisão nesse particular.

Igualmente não há qualquer reparo a ser feito na parte dispositiva da sentença no que tange à 2ª apelante, em face da relação estabelecida entre ela e as autoras e a ré no processo. Não é parte principal, figurando como interveniente no processo em decorrência da relação contratual havida com a ré. Nessa conformidade, não tem relação direta com as autoras, mas com a ré, devendo limitar-se o ato decisório a declarar sua obrigação para com ela, a ser executada nos próprios autos.

Esta é a orientação jurisprudencial:

"39.645. A denunciação da lide importa na inserção de outra demanda na demanda principal. Nesta, contendem o autor e o réu. Naquela, são partes o denunciante, como autor, e o denunciado, que assume a posição de réu, ou de litisconsorte, podendo a sentença dar pela procedência da ação e pela improcedência da denunciação ou pela procedência de ambas. O que não se admite é o juiz condenar o litisdenuciado a satisfazer o autor, pela simples razão de que entre eles não havia relação alguma. A sentença tem que se pronunciar sobre as duas questões, isto é, a ação e a denunciação, pois em ambas são diferentes as partes e a causa de pedir. Se não o fizer, estará incompleta a prestação jurisdicional (Ac. unân. da 3ª Câm. do TJSC, de 7/4/87, na Ap. n. 26.449, rel. Des. Norberto Ungaretti; Jurisprudência Catarinense, vol. 56, pág. 244; Adcoas, 1987, n. 115960)" (Alexandre de Paula. O Processo Civil à Luz da

Jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1996, pág. 566, vol. 1 — novo suplemento).

Ou ainda:

"39.652. Se o réu denunciante sair vencido em confrontação com o autor da demanda — lide principal — caberá ao juiz da causa definir a existência do direito de regresso daquele contra o denunciado — lide secundária — sob pena de nulidade da sentença (Ac. unân. da 1ª Câm. do TAPR de 12/5/87, na Ap. n. 463/87, rel. juiz Ivan Righi; Rev. Trim. Jurisp. dos Estados, vol. 46, pág. 105; Adcoas, 1988, n. 116.977)" (Alexandre de Paula, *op. cit.*, pág. 568).

Sobre o tema, colhe-se da doutrina:

"Na hipótese de aceitação e vencido o denunciante, o juiz declarará, na mesma sentença, a responsabilidade do denunciado, valendo como título executivo. Tal responsabilidade compreende o prejuízo pela privação do bem litigioso transferido pelo denunciado, se for o caso, ou perdas e danos, se o denunciante estiver em juízo como responsável pessoal por fato do primeiro. Compreende, ainda as despesas judiciais do denunciante, bem como aquelas que for condenado a indenizar. A sentença será objeto de liquidação, se não fixar uma

quantia certa" (Milton Flaks. Denúnciação da Lide, Rio de Janeiro: Forense, 1984, pág. 242).

Assim, houve-se bem a autoridade judiciária de primeiro grau ao estabelecer a condenação da companhia seguradora a pagar à empresa ré, a quem deverá ressarcir os valores nos limites contratados.

Portanto, imperiosa a manutenção da decisão vergastada.

É o meu voto.

III — Decisão

Ante o exposto, negou-se provimento às apelações interpostas por Koerich Distribuidora de Bebidas Ltda. e Bradesco Seguros S.A.

Participou do julgamento com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferrreira, emitindo parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 25 de abril de 2002.

Anselmo Cerello,

Presidente, com voto;

Jorge Schaefer Martins,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.010289-0, DE URUSSANGA

Relator: Des. Newton Janke

Embargos de terceiro. Herdeiros do devedor. Ilegitimidade ativa.

Da interpretação conjugada dos arts. 43, 568, inc. III, e 1.046 do CPC, resulta que, estando em curso a execução ao tempo do óbito

do devedor, o espólio ou os herdeiros tomarão o seu lugar por substituição ou sucessão processual, o que retira a um e outros a legitimidade ativa para a propositura de embargos de terceiro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.010289-0, da comarca de Urussanga, em que são apelantes Laércio Laudi Felisbino e Rita Elizabete Felisbino, sendo apelado Banco do Brasil S.A.:

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

Custas de lei.

Trata-se de apelação interposta por Laércio Laudi Felisbino e Rita Elizabete Felisbino contra sentença que, em ação de embargos de terceiro movida contra o Banco do Brasil S.A., julgou extinto o processo sem exame do mérito pela ilegitimidade ativa do casal requerente.

No propósito de reverter o julgado monocrático reiteram que, na condição de herdeiros de Lady Felisbino, avalista do crédito executado, detêm legitimidade para o manejo da ação de embargos de terceiro objetivando ver reconhecida a impenhorabilidade de imóveis alcançados pela proteção da Lei n. 8.009/90.

Ao responder, o apelado, após informar que o inventário da devedora já foi aberto, encampou os fundamentos da sentença apelada, propugnando pela sua manutenção.

É o relatório.

Na execução intentada pelo banco apelado foram penhorados um imóvel pertencente à empresa Suely Etagro Pecuária S.A. e três imóveis

que pertenciam à co-devedora, Lady Felisbino, mãe e sogra dos apelantes, falecida em 18/2/97 (fl. 42).

Nos termos do art. 43 do Código de Processo Civil, ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores.

Por outro lado, o inc. II do art. 568, do mesmo diploma legal, incluiu entre os sujeitos passivos da execução "o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor".

Da conjugação, destes preceptivos, resulta que, estando em curso a execução ao tempo do óbito do devedor, o espólio ou os herdeiros tomarão o seu lugar por substituição ou sucessão processual, o que retira a um e outros a legitimidade ativa para a propositura da ação de embargos de terceiro porque terceiros não os são. São partes do processo de execução.

O impedimento decorre da interpretação do art. 1.046 do Código de Processo Civil, que prevê a oposição dos embargos de terceiro somente por quem não integra o processo em que se operou a ofensa à posse ou à propriedade.

Para Araken de Assis, em comentário ao artigo, "encontra-se na singular posição de terceiro, no que tange ao processo executivo, quem, cumulativamente: a) não estiver no título executivo; b) não se sujeitar aos efeitos do título; e c) não integrar a relação processual executiva" (*in* Manual de Execução, 7ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2001, págs. 1.190/1.191).

Sendo herdeiros da executada e não havendo notícias da homologação da partilha, os apelantes participam do processo executivo como herdeiros ou sucessores da devedora Lady, sendo-lhes, assim, lícito deduzir qualquer tipo de defesa no âmbito do processo executivo.

Analisando caso semelhante, o Superior Tribunal de Justiça, em voto de lavra do Min. Carlos Alberto Menezes Direito, assim se posicionou:

"É claro que como herdeiros podem requerer o benefício da Lei n. 8.009/90. Mas, aqui não se trata da qualidade de herdeiros, nem, tampouco, da oportunidade para ajuizar os embargos de terceiro. Se são partes na execução, litisconsortes, devidamente habilitados, na minha compreensão, não podem ajuizar os embargos de terceiro. E esta Corte, no que se refere à aplicação do § 2º do art. 1.046 do Código de Processo Civil, já decidiu, com a relatoria do Senhor Ministro Costa Leite, que a 'impenhorabilidade do bem, em face da Lei n. 8.009/90 é tema estranho à equiparação legal (§ 2º do art. 1.046 do CPC)' (REsp n. 57.364/MG, DJ de 13/11/95).

"É certo que a mulher e os filhos têm legitimidade para interpor embargos de terceiro para defender bem de família (REsp n. 64.021/SP, relator o Senhor Ministro José Arnaldo, DJ de 11/11/96). Mas, não é possível que tal ocorra quando a mulher e os filhos já integram o processo como partes executadas, segundo a sentença. Se são partes não podem nem ingressar com os embargos que pertencem aos terceiros nem, segundo precedente da Turma, pretender a equiparação do art. 1.046, § 2º, do Código de Processo Civil" (REsp n. 220.731/SP, DJ 1º/8/00, pág. 266, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15/5/00, Terceira Turma).

Com essas considerações, nega-se provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 6 de junho de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente, com voto;
Newton Janke,
Relator.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.001608-0, DE TUBARÃO

Relator: Des. João Martins

Agravo de instrumento — Guarda dos netos deferida a avó (servidora pública estadual inativa) — Pedido de inscrição daqueles

como dependentes no Ipsc - Indeferimento administrativo — Falecimento — Ajuizamento de ação de pensão previdenciária por morte — Tutela antecipada concedida — Impossibilidade de deferimento — Indícios de fraude na constituição da guarda — Desvio de finalidade do disposto no § 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente — Guarda deferida a pessoa acometida de câncer em estado terminal — Falecimento quatro meses após o deferimento da guarda — Ausência de prova inequívoca acerca da verosimilhança da alegação — Requisito exigido pelo art. 273 do CPC — Decisão reformada — Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.001608-0, da comarca de Tubarão, em que é agravante o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina — Ipsc, e agravados Augusto Minatto e Otávio Minatto, representados por sua mãe, Evelise Mendonça dos Santos:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina — Ipsc, qualificado nos autos, contra decisão que, nos autos da ação ordinária de pensão previdenciária por morte ajuizada por Augusto Minatto e Otávio Minatto, regularmente representados por sua mãe, Evelise Mendonça dos Santos, igualmente qualificados, deferiu a tutela antecipada pretendida, determinando ao agravante o imediato pagamento da pensão previdenciária por morte da segu-

rada Heliege Mendonça dos Santos em favor dos seus netos, ora agravados.

Sustenta, inicialmente, ser inadmissível a concessão de tutela antecipada quando figurar no pólo passivo da relação processual qualquer ente de direito público, pois a sentença somente produzirá efeito depois de confirmada pelo tribunal, a teor do art. 475, II, do CPC.

Aduz, também, que os agravados não foram inscritos como beneficiários do Ipsc, sendo dependentes de sua avó para fins de tratamento médico, exclusivamente, conforme o cadastro do Plam — Ipsc/Unimed. Salieta que a inscrição no Plam — Ipsc/Unimed é absolutamente independente do cadastro de beneficiários do Ipsc, pois são regidos por legislações diversas.

Alega, ainda, que a jurisprudência não tem admitido a inscrição de netos dos associados no cadastro de beneficiários do Ipsc, na condição de menores sob guarda, assim como não admite o pagamento de pensão por morte dos avós.

Afirma, por fim, que o pedido de inscrição dos agravados como dependentes de sua avó, formulado na esfera administrativa (IP n. 1441/009), res-

tou indeferido nos termos do parecer anexo (fls. 22/24).

Requeru a concessão de efeito suspensivo ao agravo e, ao final, o seu provimento.

O efeito suspensivo foi negado (fls. 28/29).

Contraminuta às fls. 34/38, pela manutenção da decisão.

Instada a manifestar-se, a doutra Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 46/54).

II — Voto

1. No tocante à concessão de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, esta Câmara, até então, vinha reiteradamente negando sua possibilidade, admitindo-a somente em casos excepcionais, conforme se observa:

"Agravo de instrumento — Tutela antecipada contra a Fazenda Pública — Impossibilidade, salvo em casos excepcionais — Precedente — Agravo não provido" (AI n. 00.018945-6, da Capital, deste Relator).

Ainda:

"Agravo de instrumento — Antecipação de tutela — Fazenda Pública — Admissibilidade — Excepcionalidade — Portador de HIV — Medicamento imprescindível à manutenção da vida — Concessão devida — Recurso provido" (AI n. 2000.001854-6, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar).

Também:

"Antecipação de tutela em face de pessoa jurídica de direito público

— Inadmissibilidade — Interpretação sistemática — Inteligência do art. 475, II, CPC — Obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição.

"Ao contrário das cautelares que visam, tão-somente, à garantia processual do resultado útil da *sentença*, a tutela antecipada, como o próprio nome sugere, antecipa os efeitos da decisão final no todo ou em parte, produzindo, portanto, os efeitos reservados à sentença transitada em julgado ou cujo recurso careça de efeito suspensivo.

"A natureza jurídica da antecipação da tutela esbarra com o disposto no art. 475 do *Codex Instrumentalis*, que exige o reexame das decisões proferidas contra as pessoas jurídicas de direito público enumerados no inciso II do referido artigo" (AI n. 2000.020316-5, da Capital, rel. Des. Volnei Carlin, j. 7/6/2001).

Todavia, este relator, no AI n. 2001.009777-0, da Capital, reviu seu posicionamento externado nos votos acima citados, pelos seguintes motivos:

"Disciplinando sobre a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, existe a Lei Federal n. 9.494/97, cujo art. 1º manda aplicar à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil as restrições previstas nas Leis ns. 4.348/64, 5.021/66 e 8.437/92. Tais restrições referem-se, basicamente, à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens a eles relacionados.

"Por sua vez, o art. 1º da Lei n. 8.437/92 prevê que não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou

em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal, o que não ocorre no caso dos autos.

"Registre-se, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4, em que foi relator o Ministro Sydney Sanches, deferiu medida cautelar para 'suspender, *ex nunc*, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494, de 10/9/97, sustando-se, igualmente *ex nunc*, os efeitos futuros das decisões'.

"Como se vê, a Excelsa Corte não desautorizou a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública; apenas tornou defesa qualquer manifestação acerca da constitucionalidade, ou não, de sua concessão.

"Também não tem guarida o argumento de que a concessão da tutela antecipada contraria o princípio do reexame necessário disposto no art. 475, II, do CPC. É que sendo a Lei Federal n. 9.494/97 norma especial e posterior ao Código de Processo Civil, torna-se evidente a intenção do legislador em afastar o princípio da remessa oficial das hipóteses de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública.

"Posto isto, vê-se que, em regra, é permitida antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, sendo exceções as restrições impostas pela Lei n. 9.494/97.

"Este é o entendimento que emana do Superior Tribunal de Justiça:

'Processual civil — Medida cautelar — Recurso especial contra acórdão em agravo de instrumento — Tutela antecipada contra a Fazenda Pública — Artigo 273 do CPC e Lei n. 9.494/97 — Sentença definitiva prolatada — Plausibilidade do bom direito e perigo da demora preenchidos — Cautelar procedente com processamento imediato do recurso especial.

'Afora a exceção restritiva prevista na Lei n. 9.494, de 10/9/97, é admissível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, circunstância que demonstra a presente o *fumus boni iuris*' (MC n. 1794/PE, DJU 27/3/2000, rel. Min. Franciulli Netto).

"Nesta Corte, a Sexta Câmara Civil vem decidindo também neste sentido, como se observa:

'Viável se mostra a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública nos casos em que, além dos requisitos que a autorizam, não implique burla ao real sentido da regra estatuída no artigo 475 do CPC, e não represente a antecipação de dispêndios de caráter patrimonial que somente poderiam ser obtidos após o regular processamento do precatório previsto no art. 100 da Carta Magna' (AI n. 2000.023314-5, de Lages, rel. Des. Luiz César Medeiros)".

2. Visto ser possível a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, mister se faz apreciar a possibilidade de aplicação desse instituto ao caso concreto.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o magistrado *a quo* deferiu a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelos agravados, determi-

nando ao Ipesc que procedesse ao pagamento da pensão previdenciária pela morte de Heliege Mendonça dos Santos, servidora pública estadual inativa, que era avó e guardiã dos agravados (Termo de Guarda e Responsabilidade — fl. 39).

Com efeito, sabe-se que esse tipo de provimento jurisdicional excepcionalíssimo caracteriza-se pela antecipação dos efeitos da sentença de mérito com o objetivo de entregar ao autor a própria pretensão deduzida em juízo.

Ensina Nelson Nery Júnior:

"A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273, I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor)" (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 546, n. 3).

Dispõe o art. 273 do Código de Processo Civil, *verbis*:

"O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo

prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

"I — haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

"II — fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu".

Denota-se, portanto, pela simples leitura do referido artigo de lei, que é próprio da antecipação dos efeitos da tutela que a prova exigida seja de tal ordem que convença o juiz do direito alegado e desde que, ao mesmo tempo, haja a coexistência de um dos requisitos previstos nos incisos do art. 273, supramencionados.

Assinala Cândido Rangel Dinamarco:

"O art. 273 condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz 'se convença da verossimilhança da alegação'. A dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança. Convencer-se da verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor.

"Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de

determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Mala-testa). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar.

"O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência da prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar" (A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, 1996, 3ª ed., pág. 145).

Antônio Cláudio da Costa Machado ensina:

"Prova inequívoca, como verdade processual, não existe, porque toda e qualquer prova depende de valoração judicial para ser reconhecida como boa, ou má, em face do princípio do livre convencimento (art. 131). Logo, por 'prova inequívoca' só pode o intérprete entender 'prova literal', locução já empregada pelo CPC nos arts. 814, I, e 902, como sinônima de prova documental. Tanto parece exata a colocação que o art. 273 em nenhuma de suas previsões sequer alude à possibilidade de audiência de justificação, o que exclui a admissibilidade de qualquer forma de prova oral"

(A Reforma do Processo Civil Interpretada, Saraiva, 1996, 2ª ed., pág. 24).

Na espécie, a prova colacionada não se revela inequívoca a ensejar a antecipação de tutela pretendida pelos agravados.

Para Luiz Fux, "a 'prova inequívoca', para a concessão de tutela antecipada, é alma gêmea da prova do direito líquido e certo para a concessão do *mandamus*. É a prova estreme de dúvidas, aquela cuja proporção não deixa ao juízo outra alternativa senão a concessão da tutela antecipada" (Tutela Antecipada e Locações, Rio de Janeiro, Destaques, 1995).

E nesta Corte, já se decidiu:

"Mandado de segurança - Menor — Guarda — Fins previdenciários — Direito líquido e certo inexistente" (ACMS n. 99.006653-3, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 22/6/99).

Ademais, pelos documentos existentes nos autos (Termo de Guarda e Responsabilidade — fl. 39, e Certidão de Óbito — fl. 40), nota-se que há indícios de que a guarda dos agravados pode ter sido constituída somente com vistas à percepção do benefício previdenciário, num notável desvio da finalidade da lei, seja da que regula o sistema de previdência, seja da que protege a criança e o adolescente. É que a guarda dos agravados foi deferida a Heliege em 13/7/2000, ou seja, quando já se encontrava com a saúde debilitada, com câncer em estado terminal, tanto é que, pouco mais de quatro meses após, ela veio a falecer — 25/11/2000, tendo como *causa mortis* "metástase pulmonar e hepática", entre outras, conforme se vê da Certidão de Óbito.

Também não há notícia nos autos acerca da situação econômica dos pais dos agravados. Não se sabe, ao menos, a profissão da mãe, que os representa judicialmente, em face da omissão contida nestes autos, inclusive na procuração de fl. 18.

Depreende-se, assim, que o agravante pode, na ação em que foi proferida a decisão agravada, em face desses fatos, tentar desconstituir eventual fraude na constituição da guarda judicial dos agravados, situação geradora da dependência e, portanto, da inscrição como dependentes no cadastros de beneficiários do Ipsc.

Da jurisprudência desta Corte, colhe-se:

"Menor — Guarda — Pedido formulado pelo avô — Efeitos — Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 33, § 2º) — Fins previdenciários — Pensão.

"Não deve ser deferida a guarda de menor a terceiro, ainda que parente próximo, se evidenciado que o pedido tem por escopo tão-somente assegurar-lhe, no futuro, a percepção de pensão previdenciária.

"O § 2º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente não pode servir de estímulo ou de cobertura à fraude" (Apelação Cível n. 98.003289-0, de Laguna, relator Des. Newton Trisotto, j. em 18/8/98).

No mesmo sentido:

"Pedido de guarda de menor formulado pela avó. Fins previdenciários. Art. 33, § 2º, do Estatuto da Criança

e do Adolescente. Impossibilidade. Recurso desprovido. Inteligência da Lei n. 9.528/97.

"A despeito da redação contida no art. 33, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é impossível o deferimento da guarda de menor à avó, com fins previdenciários, ainda que existente o consentimento dos pais" (Ap. Cível n. 99.018464-1, de Urusanga, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 18/11/99).

Assim, não havendo nos autos prova inequívoca para que haja um convencimento acerca da verossimilhança da alegação dos agravados, requisito indispensável previsto no art. 273 do CPC, não há como manter-se a tutela antecipada deferida pela decisão recorrida.

Por essas razões, dá-se provimento ao recurso, reformando-se, em consequência, a decisão agravada.

III — Decisão

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

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Volnei Carlin e Vanderlei Romer. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 18 de abril de 2002.

João Martins,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.005071-7, DE BLUMENAU**Relator: Des. Anselmo Cerello**

Agravo de instrumento — Ação de despejo — Conexão com ação ordinária e ação de consignação — Interposição de apelação — Efeito expressamente estabelecido por lei especial — Devolutivo — Impossibilidade de concessão do efeito suspensivo — Violação contratual — Falta de pagamento — Inteligência do art. 58, V, da Lei n. 8.245/91 - Agravo desprovido.

"Ainda que haja pensamento de consignatória e ação de despejo por falta de pagamento, cumulada com cobrança de alugueres, o recurso contra sentença que julga simultaneamente referidos feitos terá efeito somente devolutivo" (RT 707/118).

"Todas as apelações das sentenças, nas diversas causas relacionadas à locação, serão recebidas apenas no efeito devolutivo, de modo que, com isso, se acrescentou mais uma série de ações, no restrito rol daquelas cujas apelações têm apenas esse efeito" (in Locação e Despejo, Des. Gildo dos Santos, Ed. RT, 1992).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.005071-7, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que são agravantes J. H. Lee Comércio de Alimentos Ltda. e outro, sendo agravada McDonald's Comércio de Alimentos Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso, cassando-se a liminar.

Custas legais.

J. H. Lee Comércio de Alimentos Ltda. e outro interpuseram recurso de agravo de instrumento contra decisão do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Blumenau que, nos autos da ação de despejo, conexas as ações de rescisão contratual e consignatória, recebeu as apelações contra sentenças proferidas nas

ações em que contendem contra McDonald's Comércio de Alimentos Ltda. houve por bem conceder efeito suspensivo apenas àquelas de consignação e ordinária, deferindo somente o efeito devolutivo às ações de despejo propostas pela agravada.

Sustentam que propuseram uma ação consignatória e uma ação ordinária com referência à loja franqueada denominada BLU, enquanto a agravada ajuizou ação de despejo para cada uma das lojas, BLU e BBS, postulando a rescisão dos contratos de franquia. Apresentou, ainda, a primeira agravante reconvenções ao pedido de despejo de uma das lojas (BBS) e à ação ordinária de rescisão contratual.

Sendo todas conexas, somente uma foi a sentença, que julgou impro-

cedentes as ações consignatórias, ordinária e as reconvenções ofertadas.

Interposta a apelação, foi recebida em efeitos distintos: no devolutivo e suspensivo, com relação às ações propostas pela agravante; e, somente no devolutivo, no que toca às ações de despejo.

Após discorrerem sobre os fatos e o direito, citando doutrina e jurisprudência, pediram a concessão do efeito suspensivo, para que se atribua tal efeito à apelação interposta, em razão do prejuízo iminente, posto que já expedidos os mandados de despejo.

Em memorial antecipado ofertado, a agravada, recapitulando os fatos e sustentando que o prejuízo é exclusivamente seu, colacionando também doutrina e jurisprudência, pede o indeferimento do efeito suspensivo pleiteado pela agravante.

Ao relatório da r. decisão de fls. 530/533 do Exmo. Sr. Des. Victor Ferreira, acrescento que concedeu "o efeito suspensivo almejado, para atribuir idêntico efeito à apelação por estes interposta".

Houve pedido de reconsideração e apresentação de contra-razões por parte da agravada, pleiteando, neste último, o desprovemento do recurso.

É o necessário relatório.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento em que os agravantes buscam a reforma da r. decisão que concedeu apenas efeito devolutivo à apelação por eles interposta nos autos da ação de despejo.

Inicialmente, cumpre-me esclarecer que na presente via recursal do agravo de instrumento caberá apenas

discussões concernentes à decisão agravada, não sendo possível quaisquer elucidações quanto ao mérito em litígio, bem como com relação ao efeito dado aos demais apelos.

Tecido este breve intróito, esclareço que os processos que envolvem pacto locatício são regidos pela Lei n. 8.245, de 18/10/91, sendo, assim, lei especial em relação ao Código de Processo Civil, motivo pelo qual deve ser aplicada, e, na sua não-diplomação ou lacuna, o estatuto processual é aplicado subsidiariamente.

Dispõe o art. 58, V, da Lei de Locações:

"Ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art. 1º, nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação, observar-se-á o seguinte: os recursos interpostos contra as sentenças terão efeito somente devolutivo".

Conforme transcrito, o nosso sistema legislativo é cristalino, em casos como o presente — ação de despejo, e até mesmo consignação de aluguéis — somente cabe efeito devolutivo ao apelo.

A Lei de Locações, diploma legal posterior ao Código de Processo Civil, quando editada, teve o claro e visível intuito de modificar o entendimento que vinha sendo dado nos processos locatícios, em que muitas vezes os inquilinos recorriam das decisões para protelar o desfecho da causa, posto que, com o conferimento do efeito suspensivo, não podiam ser desapossados do imóvel, restando ao locador a busca constante ao Judiciário, por meio de petições da celeridade

processual, posto que não podia fruir o imóvel, já que o locatário que lá estava não lhe trazia benefício algum.

Assim, o advento da Lei de Locações, em especial do disposto no art. 58, V, serviu para conferir maior celeridade ao desfecho desses pactos, não deixando as partes desamparadas diante da possibilidade de os meios recursais serem utilizados na proteção da decisão.

Nesse norte, colaciono da jurisprudência pátria:

"Despejo — Falta de pagamento de aluguel — Cumulação com pedido de cobrança — Apensamento de ação consignatória — Julgamento simultâneo — Recurso — Recebimento apenas no efeito devolutivo.

"Ainda que haja apensamento de consignatória e ação de despejo por falta de pagamento, cumulada com cobrança de alugueres, o recurso contra sentença que julga simultaneamente referidos feitos terá efeito somente devolutivo" (AI n. 404.573-00/9, 7ª C., julg. 10/5/94, rel. Juiz Demóstenes Braga, RT 707/118).

Do corpo do v. aresto:

"2. Desmerece acolhimento o recurso do inquilino.

"A atribuição de efeito apenas devolutivo aos recursos disciplinados pela Lei n. 8.245/91 foi opção do legislador, cujo dispositivo expresso traduziu inquestionável deliberação de afastar a suspensividade ocorrente sob o império da Lei n. 6.649/79, nas hipóteses de apensamento de feitos onde um deles admitia recurso sem restrições.

"Assim é o ensinamento do Prof. e Des. Gildo dos Santos, na obra

Locação e Despejo, Ed. RT, 1992, *in verbis*: 'todas as apelações das sentenças, nas diversas causas relacionadas à locação, serão recebidas apenas no efeito devolutivo, de modo que, com isso, se acrescentou mais uma série de ações, no restrito rol daquelas cujas apelações têm apenas esse efeito'.

"Maria Helena Diniz, no trabalho (Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada, Saraiva, 1992, pág. 234) pensa do mesmo modo: 'Os recursos que, porventura, forem interpostos contra as sentenças terão efeito devolutivo, e não suspensivo. Pela atual sistemática introduzida pela nova lei inquilinária, os recursos terão efeito devolutivo, ensejando desde já o cumprimento da sentença, o que não impedirá a concretização dos feitos decorrentes da sentença recorrida. Os recursos somente serão recebidos no efeito devolutivo, trasladando-se, para o juízo *ad quem*, o conhecimento da matéria decidida no juízo *quo*, qualquer que ela seja'.

"Poder-se-á dizer que a nova interpretação contrariou a jurisprudência anteriormente pacificada na vigência da Lei n. 6.649/79, entretanto a circunstância resulta das inovações estabelecidas pelo legislador, que deu nova feição à consignatória e ao despejo por falta de pagamento, onde, independentemente do valor depositado, é lícito ao locador levantar a quantia depositada pelo inquilino.

"Assim, ainda que haja apensamento de consignatória e ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de alugueres, o recurso contra sentença que julga simultaneamente referidos feitos terá efeito so-

mente devolutivo, tal como decidido pela criteriosa sentenciante, Dra. Márcia Regina Dalla Déa Barone.

"3. Pelo exposto, o voto nega provimento ao recurso".

Logo, "a apelação da sentença que julga simultaneamente despejo por falta de pagamento, cumulado com cobrança de aluguéis, e consignação de aluguéis, deve ser recebida apenas no efeito devolutivo" (RSTJ 132/527 — STJ — 6ª T., REsp n. 280.201/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 6/2/01).

Ainda, nesse sentido: Lex JTA 157/477, 173/326; STJ — REsp n. 127.708, rel. Min. Juiz Vicente Cernicchiaro, julg. 1º/10/97; REsp n. 80.169/SP, rel. Min. William Patterson, julg. 6/2/96; REsp n. 61.609-3/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 23/4/96; REsp n. 81.077/SP, rel. Min. Barros Monteiro, julg. 26/6/96; TJSC, AI n. 97.000406-0, rel. Des. Carlos Prudêncio, julg. 4/3/97; AI n. 97.009452-3, rel. Des. Trindade dos Santos, julg. 4/11/97.

Diante desse contexto, nego provimento ao agravo revogando a liminar anteriormente concedida.

Cumpr-me ainda salientar que, a teor do art. 64 da Lei n. 8.245/91, não cabe a exigência de caução para a execução provisória da sentença, haja vista que se trata de violação de obrigação contratual, não sendo protegida pela lei.

Portanto, "o *caput* do art. 64 da Lei n. 8.245/91 não ressalvou o inciso III do art. 9º. No entanto, dentre as obrigações do locatário consta, em primeiro lugar, a de pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação (inciso I do art. 23). Então, a fal-

ta de pagamento do aluguel implica, necessariamente, ocorrência de infração de obrigação legal (inciso II do art. 9º) e, nessa hipótese, dispensa-se a caução para a execução provisória do despejo" (STJ, 6ª T., RMS n. 3.289/SP, rel. Min. Adhemar Maciel, julg. 13/6/95, negaram provimento, DJU 9/10/95, pág. 33.615).

"No despejo por falta de pagamento, em razão da violação contratual e legal, a execução provisória dispensa a caução. Exegese dos arts. 9º, II, e 64 da Lei n. 8.245/91" (RT 788/319).

Da fundamentação lançada no v. aresto:

"De conformidade com o art. 64 da Lei n. 8.245, de 1991, a execução provisória do despejo dependerá de caução, podendo ser real ou fidejussória. Contudo, em se tratando de execução provisória de sentença de procedência proferida em ação de despejo por falta de pagamento, esta Câmara, apreciando casos parelhos, já teve oportunidade de decidir que: 'A falta de pagamento, pois, se revelaria em verdadeira violação à obrigação legal e contratual, motivo pelo qual, nos termos do inc. II do art. 9º da Lei n. 8.245/91, referida hipótese está dispensada de caução, conforme se verifica da redação indubitosa do art. 64 da Lei do Inquilinato, o que deve ser observado no presente caso' (ED n. 533906-1/5 — rel. Juiz Melo Bueno).

"No mesmo sentido, precedentes desta Corte:

'Despejo — Falta de pagamento — Execução provisória — Caução — Desnecessidade. A execução provisória, independentemente de caução, é direito do autor.

'Não gera direito a indenizações' (Ap. n. 359.269 — 4ª Câ. — rel. Juiz Antônio Vilenilson — j. 10/5/1994).

'Despejo — Falta de pagamento — Execução provisória — Caução — Desnecessidade. Não resulta lógico impor-se caução a locador, no caso de despejo por falta de pagamento, eis que não incluída nas exceções do art. 9º, por equivar ou agravar — em absurdo raciocínio — recebimento do recurso no efeito suspensivo. Assim, a caução revelar-se-ia como punição do vencedor e intromissão indevida no seu direito de propriedade' (Ap. n. 378.105 — 6ª C. — rel. Juiz Lagrasta Neto — j. 23/2/1994)".

Por fim, caso venha a entender o Magistrado *a quo* que é necessária a fixação de caução, veja-se "na ação de despejo por falta de pagamento o

juiz pode substituir a caução fixada na sentença pela dos aluguéis em atraso, desde que, evidentemente, seja suficiente para garantir a reposição no *status quo ante*? O STJ entendeu que sim (RSTJ 54/401)" (Theotonio Negrão, *in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 33ª ed., Saraiva, 2002, pág. 1.618 — art. 63:8b).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira e Monteiro Rocha.

Florianópolis, 6 de junho de 2002.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.003872-2, DE CORREIA PINTO

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Bem de família. Lei n. 8.009/90. Antena parabólica. Impenhorabilidade.

A Lei n. 8.009/90 põe a salvo de penhora não só o imóvel residencial da entidade familiar, mas também os móveis que o garantem.

"A lei específica não reclama a indispensabilidade do bem ao lar para escudá-lo da constrição judicial. Excetua-se do benefício apenas veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. Interpretação diversa é manifestamente contra legem, por instituir exceção à impenhorabilidade sem previsão legal" (AI n. 2001.002975-3, de Lages).

A antena parabólica, mormente nos rincões mais distantes, é fundamental à captação dos sinais das estações retransmissoras, não se equiparando a adorno suntuoso. Sem ela, não raras vezes, o

aparelho de TV resta inutilizado, o que implica sonegar os direitos à cultura, à informação e ao lazer, assegurados pela Carta Política.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.003872-2, da comarca de Correia Pinto, em que é agravante Luiz Cesar Pessoa Schneider e Cia. Ltda., sendo agravado Mauro Luiz Ribeiro:

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

Custas de lei.

1. Luiz Cesar Schneider e Cia. Ltda. interpôs agravo de instrumento contra decisão que, em sede de execução movida em face de Mauro Luiz Ribeiro, reconheceu a impenhorabilidade de antena parabólica instalada na residência do agravado, com espeque na Lei n. 8.009/90.

A agravante enfatizou tratar-se de bem supérfluo, destinado exclusivamente ao lazer, requerendo, ao final, o provimento do recurso para que se efetue a constrição.

Não houve contraminuta.

2. Desprovê-se o agravo.

Com a edição da Lei n. 8.009/90, a par do bem de família previsto pelo Código Civil (art. 70), dito convencional, estabeleceu-se outro, cuja nota principal é a impenhorabilidade *ex lege* da residência da entidade familiar. Abrange, também, os móveis que guarnecem a casa, excetuando-se os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos (*vide* Ap. Cív. n. 97.009749-2, de Criciúma, relatado pelo signatário). Aliás, a Lei do Bem de Família sequer reclama a indispensa-

bilidade da coisa ao lar para escudá-la da constrição judicial.

Carlos Gonçalves preconiza ser "equivocada a opinião daqueles que pretendem seja interpretada restritivamente a impenhorabilidade relativa aos móveis, porque a lei não cuida da penhorabilidade de determinados bens, e da impossibilidade de sofrerem constrição judicial aqueles erigidos à condição de bens de família, de sorte dever ser esta entendida como a regra, isto é, só não serão impenhoráveis os bens expressamente ressalvados: obras de arte, adornos suntuosos e veículos de transporte. Tudo o mais que guarnece o imóvel residencial é impenhorável.

"A Lei n. 8.009/90 à medida que estabelece as exceções torna evidente que a regra é a impenhorabilidade" (Impenhorabilidade do bem de família: Lei n. 8.009/90, desfazimento das penhoras, arrematações e adjudicações anteriores, embargos de terceiro, 4ª ed., Porto Alegre, Síntese, 1998, pág. 170).

É de conhecimento ordinário que nos rincões mais distantes a antena parabólica é fundamental à captação dos sinais das teledifusoras. Sem ela, não raras vezes, o aparelho de TV resta inutilizado, o que implica sonegar os direitos à cultura, à informação e ao lazer, assegurados pela Carta Política.

Há arestos do Superior Tribunal de Justiça que, embora tratem de outros bens, são prestadios a destrinçar o litígio:

"Processual civil — Embargos à execução — Impenhorabilidade dos bens móveis e utensílios que guarne-

cem a residência, incluindo computador e impressora — Precedentes — Piano considerado, *in casu*, adorno suntuoso (art. 2º, da Lei n. 8.009/90).

"I — A Lei n. 8.009/90 fez impenhoráveis, além do imóvel residencial próprio da entidade familiar, os equipamentos e móveis que o guarneçam, excluindo veículos de transporte, objetos de arte e adornos suntuosos. O favor compreende o que usualmente se mantém em uma residência e não apenas o indispensável para fazê-la habitável.

"Devem, pois, em regra, ser reputados insusceptíveis de penhora aparelhos de televisão e de som, microondas e videocassete, bem como o computador e a impressora, que, hoje em dia, são largamente adquiridos como veículos de informação, trabalho, pesquisa e lazer" (STJ, REsp n. 198370/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 5/2/2001).

"Processual civil. Execução. Vídeocassete. Televisões. Aparelho de som. Teclado. Lavadora. Bens de família. Penhora. Descabimento. Lei n. 8.009/90.

"I. Em face de sua essencialidade para a vida familiar, os bens tidos como integrantes da residência são insusceptíveis de penhora. Precedentes do STJ" (STJ, REsp n. 284445/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 7/12/2000).

"Bem de família. Televisão, aparelho de som, videocassete, microondas e máquina de lavar roupa. Precedente.

"1. Na esteira de precedente da corte, o favor legal alcança todos os equipamentos que 'usualmente se mantêm em uma residência e não apenas o indispensável para fazê-la habitá-

vel', excluído o supérfluo. Assim, os equipamentos penhorados, efetivamente, não são supérfluos e encontram-se entre aqueles usualmente mantidos nas residências.

"2. Recurso especial não conhecido" (REsp n. 131645/MG, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 12/5/98).

Na mesma senda, esta Câmara proclamou:

"Bem de família. Lei n. 8.009/90. Aparelho de som. Impenhorabilidade.

"A Lei n. 8.009/90 põe a salvo de penhora não só o imóvel residencial da entidade familiar, mas também os móveis que guarnecem a casa, como o aparelho de som.

"A lei específica não reclama a indispensabilidade do bem ao lar para escudá-lo da constrição judicial. Exceutam-se do benefício apenas veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. Interpretação diversa é manifestamente *contra legem*, por instituir exceção à impenhorabilidade sem previsão legal" (AI n. 2001.002975-3, de Lages, relatado pelo Subscritor, j. 1º/11/01).

Em julgado de todo aplicável ao caso sob comentário registrou-se:

"Processual civil. Execução fiscal. Antena parabólica para recepção de imagem de TV. Bem de família. Penhora. Descabimento. Lei n. 8.009/90.

"I. O aparelho televisor, por viabilizar o fácil e gratuito acesso à diversão, lazer, cultura, educação e, sobretudo, informação, constitui peça há muito tempo essencial à vida familiar contemporânea, é parte integrante da residência e, portanto, insusceptível de

penhora, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.009/90.

"II. Em conseqüência, se para a captação das imagens em regiões distantes, o usuário tem de se valer de antena parabólica, a proteção a ela se estende, sob pena de se frustrar, na prática, o objetivo da lei.

"III. Recurso especial não conhecido" (2ª T., REsp n. 161262/RS, rel. para o acórdão, Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 24/11/98).

Extrai-se do corpo do acórdão:

"Há muito se vem entendendo que o aparelho televisor é impenhorável, por constituir peça essencial à vida familiar, especialmente importante até para as famílias de menor renda, que não dispõem de educação, cultura ou recursos suficientes para encontrarem prazer, diversão e informação proporcionados por outros meios de comunicação e expressão artística.

"Sabe-se, por outro lado, que em inúmeras localidades brasileiras a recepção de som e imagens televisivas é precaríssima, somente se tornando possível mediante a utilização de antenas parabólicas, que proporcionam o acesso direto à transmissão via satélite. Até prefeituras do interior possuem parabólicas comunitárias.

"Assim, de nada adianta proteger-se o aparelho de televisão da penhora e, de outro lado, contraditoriamente, permitir-se a penhora da antena parabólica que viabiliza a utilidade do primeiro.

"Uma coisa está umbilicalmente ligada à outra".

Também decidiu-se pela impenhorabilidade de antena parabólica

em acórdão deste sodalício, assim ementado:

"Agravado de instrumento. Execução. Penhora. Bens móveis que são inerentes à dignidade da vida, ainda que dispensáveis para a sobrevivência. Impenhorabilidade. Lei n. 8.009/90. Recurso provido.

'A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados' (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.009/90).

'A impenhorabilidade é oponível em qualquer fase do processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza...' (art. 3º da Lei n. 8.009/90).

'Impenhoráveis são os móveis cuja ausência impliquem numa degradação, sobretudo moral, do devedor e sua família perante a vizinhança e a comunidade próxima. Móveis e utensílios são impenhoráveis na medida em que permitam ao devedor e sua família, não apenas a sobrevivência, mas a convivência digna no meio em que se inserem' (Rainer Czajkowski, *in* A Impenhorabilidade do Bem de Família, Juruá Editora, 1992, pág. 65)" (AI n. 10.603, de Papanduva, rel. Des. Wilson Guarany, j. 30/4/96).

In casu, o agravado reside em Correia Pinto, município de pequeno porte (*vide* <http://citybrazil.com.br/sc>), sem condições de captar satisfatoriamente os sinais retransmitidos pelas estações repetidoras da região.

Nessa contextura, a parabólica não pode ser tida como uma extravagância, mas um meio de exercício dos

direitos constitucionais já declinados. Interpretação diversa é manifestamente *contra legem* por instituir exceção à impenhorabilidade sem previsão legal.

3. Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Trindade dos Santos e Cerato Padilha.

Florianópolis, 20 de junho de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.022726-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Trindade dos Santos

Leasing financeiro — Cobrança antecipada do valor residual — Demudação em operação de compra e venda a prazo — Ação de rescisão contratual — Tutela antecipada para a imediata recuperação do bem — Obtenção, por via indireta, de liminar de reintegração de posse — Inadmissibilidade — Antecipação indeferida — Decisão correta — Agravo de instrumento desatendido.

Em contrato de arrendamento mercantil, a demudação em transação de compra e venda mercantil, mercê da cobrança antecipada do valor residual, inibe a arrendante de, em ação ordinária de rescisão contratual, obter a tutela antecipatória para, já no limiar do feito, recuperar a posse do bem arrendado. Admitir-se a antecipação dos efeitos do provimento jurisdicional para tal finalidade equivaleria a permitir-se, por via oblíqua, a concessão de uma verdadeira reintegração de posse initio litis, quando não detém e jamais deteve a vendedora sequer a posse indireta do bem.

Demais disso, juridicamente insustentável é antecipar-se os efeitos de um provimento jurisdicional de índole constitutiva negativa, como sói ser a ação de rescisão contratual, quando a sua eficácia está jungida, acima de tudo, à prévia desconstituição da relação negocial ainda em vigor.

Mercantil, sendo agravada Patrícia Stefani:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.022726-6, da comarca da Capital (1ª Vara Cível), em que é agravante Pontual Leasing S.A. Arrendamento

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

Custas de lei.

I — Relatório

Inconformada com a decisão que, nos autos da ação de rescisão contratual c/c perdas e danos e pedido de antecipação de tutela por si ajuizada contra Patrícia Stefani, indeferiu a antecipação de tutela formulada e pela qual visava a recorrente a apreensão do veículo objeto do Contrato de Arrendamento Mercantil n. 016.434.259-8, celebrado em 3/6/98, Pontual *Leasing* S.A. Arrendamento Mercantil ingressou com agravo de instrumento.

Expôs a insurgente haver a arrendatária recebido o bem contratado em perfeitas condições, obrigando-se a pagar as contraprestações pactuadas em 36 parcelas mensais. Contudo, deixou ela de cumprir com as obrigações assumidas em maio de 2000, caracterizando-se, com isso, a sua inadimplência, impondo-se a rescisão do contrato e a retomada do bem arrendado, nos termos da cláusula 24^a e seus itens do ajuste pactuado.

Enfatizou, então, ser, nesse contexto, totalmente possível a antecipação da tutela, já que presentes os pressupostos do art. 273 do Código de Processo Civil, tendo a arrendadora direito de ver rescindido o contrato no caso de inadimplemento das prestações, bem como obter a restituição da posse do bem arrendado.

Sustentou, mais, que a cláusula resolutória em caso de inadimplência produz efeitos de pleno direito, consoante prevê o art. 119 do Código Civil, sendo que, entretanto, com a finalidade de positivar cabal e inequivocamente a inadimplência e

mora da recorrida, notificou-a extrajudicialmente para os efeitos legais.

Argumentou, de outro lado, que a antecipação da cobrança do Valor Residual Garantido não pode ser utilizada como fundamento para o indeferimento da liminar pleiteada, justificando seu posicionamento com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

E, em arremate, pugnou pela concessão do efeito suspensivo ativo, com o provimento, a final, da insurgência.

Pelo despacho de fls. 31 a 33, foi negado o reclamado efeito suspensivo.

Em resposta, a agravada clamou pela manutenção da interlocutória vergastada.

II — Voto

O inconformismo manifestado pela arrendadora recorrente não está a merecer acolhimento.

Inflète ela, resta ver, contra a decisão que, nos autos da ação da ação de rescisão contratual c/c perdas e danos e pedido de antecipação de tutela por si ajuizada, indeferiu o pedido de restituição liminar do bem arrendado, determinando continuasse ele sob a posse da recorrida.

E, ao contrário do entendimento esposado pela agravante, subsistente mostra-se a decisão hostilizada!

Ressalte-se, de início, ser hoje tranqüilo e incontroverso o entendimento jurisprudencial quanto à caracterização dos contratos de arrendamento mercantil, com a demodação em operação de compra e venda financiada, na hipótese de antecipação

da cobrança do Valor Residual Garantido, o que inviabiliza a recuperação imediata da posse do bem contratado, via interdito reintegratório.

In casu, não há deixar consignar que, conforme confessado pela agravante tanto na exordial do agravo como na petição inicial da ação originária, cobrava ela o Valor Residual Garantido diluído nas prestações mensais.

Ou seja, a arrendatária pagou, em conjunto com o valor da locação, parcelas destinadas à amortização do valor residual, havendo, em verdade, antecipado a diferença do preço de aquisição do bem.

Em sendo assim, constata-se que o pacto celebrado entre as litigantes constitui um verdadeiro contrato de compra e venda a prestações, eis que, ao final do negócio, a única opção da arrendatária não seria outra que não a aquisição do bem.

Nesse sentido expusemos:

"Os contratos de *leasing* ou arrendamento mercantil têm, como característica básica e essencial à sua própria conformação jurídica, a possibilidade pela arrendante, ao arrendatário, do exercício, ao término do período contratual, de uma das seguintes opções: a aquisição do bem pelo valor residual previamente estabelecido, a sua devolução ou a renovação do ajuste. Não ensejada ao arrendatário nenhuma dessas opções, as quais somente poderiam ser exercidas ao término do contrato, frustradas elas *ab initio*, pela cobrança antecipada e progressiva do valor residual garantido, diluídos esses valores nas parcelas mensais, a operação ajustada não é de arrendamento mercantil, mas sim de compra e venda a prestação. É o

que resulta da dicção do art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, bem como do art. 10 da Resolução n. 2.309/96" (Ap. Cív. n. 99.019645-3, de Lages).

Adotando o mesmo posicionamento decidiu este Pretório:

"O valor residual garantido representa o exercício da opção de compra do bem arrendado no término do prazo contratual, devendo ser exigido somente nessa ocasião.

"O seu pagamento instantâneo ou progressivo descaracteriza o contrato para uma compra e venda a prazo, não existindo razão para que seja considerado como uma garantia à instituição financeira arrendante caso o arrendatário opte pela não aquisição do bem no término do contrato" (Ap. Cív. n. 98.015941-5, de Gaspar, rel. Des. Silveira Lenzi).

"Arrendamento mercantil. Valor residual. Cobrança antecipada. Conseqüências.

"Findo o prazo do contrato de arrendamento, apresentam-se ao arrendante três opções: adquirir o bem, devolvê-lo, ou renovar o pacto. A oferta unilateral desta tríplice opção constitui característica essencial deste tipo de avença.

"Em sendo assim, a cobrança antecipada do valor residual descaracteriza o *leasing*, considerando-se que o contratante está, na verdade, pagando o preço de aquisição do bem parceladamente.

"Disso decorre a sua transmutação em contrato de compra e venda a prazo, sendo incabível" (Ap. Cív. n. 99.007656-3, de Piçarras, rel. Des. Vanderlei Romer).

Na mesma esteira tem expressado o colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*Leasing* financeiro. Valor residual. Pagamento antecipado. Juros. Limite.

"A opção de compra, com o pagamento do valor residual ao final, é uma característica essencial do contrato de *leasing*. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83), com desaparecimento da causa do contrato.

"Recurso conhecido em parte e nessa parte provido" (REsp n. 218.041/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 25/10/99, pág. 91).

Sepultando de vez qualquer controvérsia que a respeito pudesse pairar, a 2ª Seção do mesmo Superior Tribunal de Justiça, em sessão do último dia 8 de maio, fez editar a Súmula 263, em cuja dicção se lê:

"A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação" (DJU de 20/5/2002, pág. 188).

De outro lado, cumpre salientar que, tratando-se de rescisão contratual de arrendamento mercantil, em que a agravante pleiteia a anulação da negociação com o retorno da situação inicial, ou seja, a restituição do bem arrendado, não resta dúvida que, para o deferimento de tal medida, deve a credora proceder à devolução das quantias pagas, sob pena de locupletamento ilícito, vedado pelo art.

53 do Código de Defesa do Consumidor.

E foi justamente esse o fundamento da decisão do ilustre Des. Alcides Aguiar, quando analisou o pedido de efeito suspensivo ativo ao agravo, do qual se colhe importante ensinamento:

"Ressalta-se que a permanência do bem em seu poder, bem como das parcelas pagas pela agravada, vai de encontro ao princípio que veda o enriquecimento sem causa erigido pelo Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 53 torna defeso ao credor, nas compras a prazo, estipular cláusula que lhe permita pleitear a resolução do contrato com base em inadimplemento, retomando o bem e permanecendo com a totalidade dos valores pagos pelo devedor. Ora, se tal cláusula não é consentida pela legislação, malgrado não se possa inferir sua existência no contrato em tela porque não trazido aos autos, seus efeitos, como se fariam realizar pelo deferimento do provimento antecipado, também devem ser obstados.

"Destarte, sendo a antecipação da tutela uma prévia dos efeitos da decisão final, resultando esta na reposição do estado anterior ao contrato, não pode ser concedida sem a determinação de reciprocidade na restituição das contraprestações dos litigantes. Ou seja, à concessão da tutela antecipada se fazem imprescindíveis a verossimilhança das alegações e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Não se vislumbra no caso em foco o primeiro requisito, já que em sua inicial a agravante não fez menção ao *quantum* adimplido pelo recorrida ou sua intenção de restituí-la

para reaver o bem. Seu direito à restituição do veículo concedido em tutela antecipada, para que verossímeis sejam suas alegações, ficaria vinculado ao depósito prévio das quantias pagas pela devedora, já que, conforme suscitado, a rescisão do contrato resulta no retorno ao *statu quo ante*, implicando na devolução das prestações pelos contratantes. Verossímeis seriam, em princípio, as aduções que mencionassem a situação das parcelas pagas para que houvesse a restituição do bem, demonstrando, por meio de planilha, ou documento semelhante, os valores que entendesse devidos à agravada, ainda porque lhe socorre o direito à dedução em face à depreciação pelo uso do bem, efetuando-se o depósito pertinente" (fl. 33).

Ora, para que seja determinada a restituição do veículo à arrendante, em verdade vendedora, necessário que esta providencie, também, a restituição dos valores pagos pela arrendatária, posto que, descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil para compra e venda a prazo — eis que cobrado antecipadamente o Valor Residual Garantido, o que imporia à devedora a única opção de compra do automóvel —, defeso à credora ficar com o bem e todas as prestações pagas, o que, acaso admitido, implicaria em ostensivo enriquecimento ilícito.

Essa situação está perfeitamente esclarecida no Decreto n. 2.181/97, art. 22, inciso XVII, que, dispondo sobre o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, preceitua *in verbis*:

"Será aplicada multa ao fornecedor de produtos ou serviços que, direta ou indiretamente, inserir, fizer cir-

cular ou utilizar-se de cláusula abusiva, qualquer que seja a modalidade do contrato de consumo, inclusive nas operações securitárias, bancárias, de crédito direto ao consumidor, depósito, poupança, mútuo ou financiamento, e especialmente quando:

"XVII — determinar, nos contratos de compra e venda mediante pagamento em prestações, ou nas alienações fiduciárias em garantia, a perda total das prestações pagas, em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resilição do contrato e a retomada do produto alienado, ressalvada a cobrança judicial de perdas e danos comprovadamente sofridos".

A par disso, a Portaria n. 4/98, editada em razão das decisões terminativas dos diversos Procons e do Ministério Público, declarou como abusivas as cláusulas que:

"estabeleçam a perda total ou desproporcionada das prestações pagas pelo consumidor, em benefício do credor, que, em razão de desistência ou inadimplemento, pleitear a resilição ou resolução do contrato, ressalvada a cobrança judicial de perdas e danos comprovadamente sofridos".

Em total consonância com esse enunciado, sobreveio a Portaria n. 3 da Secretaria de Direito Econômico, datada de 19/3/1999, e que considera abusivas as cláusulas que:

"estabeleçam, em contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), a exigência do pagamento antecipado do Valor Residual Garantido (VRG), sem previsão de devolução desse montante, corrigido monetariamente, se não exercida a opção de compra do bem".

À oportunidade do julgamento da Apelação Cível n. 98.013688-1, de Blumenau, assim nos pronunciamos acerca da matéria:

"Nos contratos de *leasing*, conquanto a sua natureza mista de contrato de arrendamento e de financiamento do próprio bem arrendado, as contraprestações ajustadas, ainda nessa situação, mantêm o caráter de preço locativo. Rescindido o contrato, com a devolução do bem à arrendadora, a responsabilidade do arrendatário pelas contraprestações ajustadas termina com a efetiva devolução do bem lisado, não sendo jurídica a pretensão da credora de havê-las até o término do período contratado. O que lhe facultava a lei, nesse contexto, é apenas e somente a percepção de perdas e danos, acaso implementados os pressupostos para tanto, perdas e danos esses que, no entanto, devem ser buscados em ação própria".

O mesmo entendimento colhe-se do acórdão a seguir transcrito:

"Arrendamento mercantil — *Leasing* — Inadimplemento do arrendatário — Retomada do bem e indenização limitada ao valor das prestações que não foram pagas durante o período fértil do contrato — Admissibilidade.

"Inadimplidas as cláusulas de contrato de *leasing*, cabe a retomada do bem arrendado, sem modificação das regras econômicas livremente pactuadas, assim como eventual indenização expedida em favor do arrendador, limitada ao valor das prestações que não foram pagas durante o período fértil do contrato, como meio de evitar o enriquecimento ilícito do arrendatário" (TJSP, 3a Câ., Ap.

Cív. n. 43.443-4/0, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 24/6/97).

E, ainda:

"Direito do consumidor. Revisional. *Leasing*. Antecipação do VRG. Descaracterização. Princípio da intangibilidade contratual. Resolução do contrato. Exigência das prestações vencidas. Inadmissibilidade. Perda das quantias pagas. Inadmissibilidade. Repetição de indébito.

"O princípio da intangibilidade contratual não é absoluto. Na sociedade de massa, o postulado é mitigado para se permitir uma maior intervenção do Estado, acentuando o dirigismo contratual e inibindo os detentores do poder econômico de levarem a cabo injustiças.

"São abusivas as cláusulas contratuais que estabeleçam o vencimento antecipado das prestações vencidas e a perda das quantias pagas, após operada a resolução do pacto e a tomada do bem, por infringência ao princípio da boa-fé.

"Resolvido o contrato de *leasing*, as partes voltam ao *statu quo ante*. O fornecedor devolve as parcelas pagas, ressalvado o efetivo prejuízo, e o consumidor devolve o bem" (Ap. Cív. n. 99.008016-1, de Jaguaruna, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Em seus precisos comentários a respeito da pretensão à concessão da tutela antecipada em situações como a espelhada nestes autos, o magistrado catarinense Joel Dias Figueira Júnior, com a precisão e o brilhantismo que lhe são inerentes, expõe:

"Entre as avalanches de demandas que os foros absorveram nos últimos anos encontram-se as reintegrató-

rias de posse (rito especial) de bem móvel com pedido liminar (art. 499, CC, e arts. 927/928, CPC) ajuizadas pelas instituições financeiras contra os consumidores, fundadas em inadimplemento contratual de 'arrendamento mercantil' tendo por objeto veículos automotores de procedência nacional ou estrangeira. Custou um pouco para que a jurisprudência se apercebesse, o que de plano já nos parecia óbvio, ou seja, que as ditas instituições efetuavam (e ainda efetuam), em grande escala, contratos simplesmente rotulados como arrendamento mercantil quando, na verdade, não passavam de uma verdadeira compra e venda de automóvel, em prestações, com parte do pagamento efetuado no início da negociação e/ou embutidas as parcelas de forma agregada e diluída no VRG.

"Finalmente, colocou o STJ de maneira precisa e acertada pá-de-cal nessas questões, ao assinalar que, em se tratando de compra e venda a prazo ou prestações, a instituição financeira alienante deixara de ser possuidora e, por conseguinte, despida de legitimidade *ativa ad causam* para postular a tutela interdital de força nova (rito especial) ou mesmo de força velha (art. 523, CC), porquanto fundadas no *ius possessionis*. Por conseguinte, as iniciais passaram a ser indeferidas de plano e as ações em tramitação extintas, sem julgamento de mérito, por carência de ação (art. 267, VI, CPC)".

E prossegue o culto autor:

"Insatisfeitas e inconformadas com a inadmissibilidade da tutela possessória específica capaz de cancelar a liminar interdital de plano ou após a justificação prévia com base apenas no que a doutrina milenarmente deno-

mina de *commoda possessionis*, essas mesmas instituições financeiras passaram a criar uma nova e curiosa tese (ao nosso entender insustentável juridicamente), desta feita ancorada em pretensão desconstitutiva obrigacional, onde o pedido de rescisão contratual (natureza constitutiva negativa) é somado a antecipação de tutela (liminar) de recuperação do automóvel objeto do malsinado contrato de *leasing*.

"Em outras palavras, essas instituições financeiras estão procurando obter, por vias transversas, diante da vedação da utilização dos interditos possessórios de rito especial, tutela liminar recuperatória em ação de rescisão contratual (considerado agora como compra e venda ou 'quase-arrendamento' mercantil ou 'falso *leasing*')" (Tutela Antecipada nas Ações de Rescisão Contratual por Inadimplemento em Relações de Consumo, Informativo Incijur, ano 2, n. 17, dezembro de 2000, págs. 1 e 2).

Linhas adiante, conclui:

"Ora, se o pedido principal antecedente é a desconstituição do contrato e a pretensão cumulativa acessória consequente é a recuperação do veículo, esta última é lógica e absolutamente dependente do acolhimento da primeira pretensão de natureza desconstitutiva (constitutiva negativa)".

E não há ponderar que a antecipação de tutela estaria autorizada *in specie*, em razão de conter o contrato ajustado cláusula resolutória expressa, a tornar rescindido de plano o pacto, a teor do que dispõe o art. 119, parágrafo único, do Código Civil.

Na verdade não é bem assim, pois para obter a resolução do contrato não é suficiente ao vendedor notifi-

car o comprador, manifestando a sua opção pela rescisão contratual!

Não, ao contrário, optando pela rescisão, terá o vendedor de pedir ao juiz que:

"declare rescindido o contrato, apreciando se houve ou não uma das causas de rescisão" (Serpa Lopes. Curso de Direito Civil. 4ª ed., vol. I, pág. 496).

No mesmo sentido, deixou ainda registrado o exímio jurista:

"O pacto comissório tácito, alegado pelo credor, tem que ser apurado pelo juiz. Decretará este a resolução do contrato, se positivado o inadimplemento imputado ao devedor. Ao credor cabe optar entre pedir a execução da obrigação ou demandar a resolução tácita" (*op. cit.*, vol. III, pág. 202).

Manifestando-se a respeito, Zeno Veloso ensina:

"Seguindo o sistema francês e apartando-se do germânico, o nosso Direito não determina a resolução do contrato de, pleno direito, por implemento da cláusula resolutiva tácita (CC, art. 119, *in fine*, c/c o art. 1.092, parágrafo único). A resolução com perdas e danos tem que ser requerida judicialmente, só operando através de sentença. Sem a intervenção judicial, sem que seja intentada a devida ação, a cláusula resolutiva tácita não se concretiza" (Condição, Termo e Encargo. São Paulo : Malheiros Editores, 1997, pág. 54).

Considerando isso é que, em hipótese bastante assemelhada a destes autos, decidiu o egrégio 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

"Compra e venda mercantil — Ação possessória — Reintegração de

posse — Ação interposta pelo vendedor visando a recuperação do bem objeto do ajuste — Inadmissibilidade se, anteriormente, não houve demanda resolutiva do contrato.

"Na compra e venda mercantil, não pode o vendedor ajuizar ação possessória de reintegração de posse do bem objeto do ajuste, sem antes manejar demanda resolutiva do contrato" (Ap. n. 831.112-4, da comarca de São Paulo, 7ª Câm., rel. Juiz Ariovaldo Santini Teodoro, j. 14/8/2001).

E, em caso totalmente idêntico ao aqui sob exame, proclamou o colendo Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

"Arrendamento mercantil — *Leasing* — Transmutação em compra e venda a prazo — Tutela antecipatória — Pedido de antecipação do julgado feito pelo vendedor, visando à obtenção, por via oblíqua, de liminar de reintegração de posse — Inadmissibilidade, pois, em tal hipótese, não detém a posse indireta do bem objeto do litígio.

"Não pode o vendedor, em contrato de *leasing* transmutado em compra e venda a prazo, pleitear a antecipação da tutela para obter, por via oblíqua, a liminar de reintegração de posse, já que, em tal caso, não detém a posse indireta do bem objeto do litígio" (Agl n. 327.109-8, de Sabará, 2ª Câm. Civ., rel. Juiz Delmival Almeida Campos, j. 6/3/2001, DOMG de 15/12/2001).

Ademais, como com total propriedade frisou o ilustre julgador singular, na decisão invectivada — a de fls. 23 e 24 — "Na hipótese dos autos, a soma dos valores pagos a título de VRG (22 x R\$ 162,42 = R\$ 3.573,24)

cobre tranqüilamente o restante das contraprestações em aberto, que são em número de treze, conforme notificação de fl. 16 (13 x R\$ 169,41 = R\$ 2.202,33).

(...)

"Contabilmente, pelo que foi pago até aqui, o valor das contraprestações está coberto pela cobrança antecipada do VRG, o que afasta o *fumus boni juris* para o deferimento da antecipação da tutela, porque ao final do contrato a ré pode pretender a devolução do bem e ainda ter saldo a receber".

Destarte, totalmente correta a decisão proferida no juízo *a quo*, pois não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada

pleiteada, notadamente a verossimilhança das alegações da agravante.

III — Decisão

À vista do exposto, nega-se provimento ao agravo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cercato Padilha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 23 de maio de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente;

Trindade dos Santos,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.000240-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Trindade dos Santos

Ação cominatória — Abstenção do uso de nome comercial — Tutela antecipatória concedida — Insubsistência da decisão — Agravo de instrumento acolhido.

Insubsistente é a decisão concessiva de tutela antecipada em ação de preceito cominatório que versa sobre a abstenção do uso de nome comercial, quando a parte contra a qual foi ela deferida foi regularmente constituída bem antes do registro da autora na Junta Comercial do Estado e quando detém a acionada registro da marca que utiliza no INPI com precedência à constituição da autora.

Utilizando as litigantes da mesma expressão — "Casa da Praia" — em sua denominação comercial e social, não é lógico nem prudente que, já no preâmbulo de ação cominatória, imponha-se àquela que, por ter sido constituída precedentemente e por ter a marca registrada em seu nome no órgão competente, tem o direito a seu favor, que abdique desse uso em prol de quem passou da expressão a utilizar-se mais recentemente.

O registro regular no órgão federal competente — o INPI — prevalece em hipóteses tais, em razão de lhe ser conferida, pela lei de regência, eficácia de âmbito nacional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.000240-2, da comarca da Capital (5ª Vara), em que é agravante Casa da Praia Shopping do Imóvel, sendo agravada Casa da Praia Comércio de Imóveis Ltda.:

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

Custas de lei.

I — Relatório

Em ataque à decisão que, nos autos da ação ordinária de preceito cominatório de abstenção de uso de nome comercial c/c indenização por danos morais e pedido de antecipação de tutela aforada por Casa da Praia Comércio de Imóveis Ltda., determinou-lhe a abstenção do uso da expressão "Casa da Praia" em seu estabelecimento comercial, bem como em quaisquer meios de divulgação, assinado o prazo de 72 horas para a tomada das providências necessárias a tanto, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), Casa da Praia Shopping do Imóvel interpôs agravo de instrumento.

Em suas razões recursais, alegou a insurgente haver a agravada agido com dolosa omissão, deixando de noticiar a preexistência da marca "Casa da Praia" no Estado do Rio Grande do Sul, de propriedade da agra-

vante, induzindo a erro, em sendo assim, o magistrado singular.

Expôs ser ela sociedade civil destinada à comercialização de imóveis, datando a sua constituição de 31/12/89, com seus atos sendo registrados no Ofício de Registros Públicos em 25/7/90, nos termos do disposto no art. 1.364 do Código Civil (fls. 94 e 95v.), a par de estar devidamente registrada no CRECI desde 2/7/91, sob o n. 21.293 (fl. 96).

Argüiu, ainda, que não obstante a anterioridade de seu nome comercial (25/7/90), já que a agravada somente teve seu registro efetuado em abril de 1998 na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, a recorrente também obteve, em 3/1/94, o registro de sua marca no INPI — Instituto Nacional da Propriedade Industrial, em registro que levou o n. 817615890 (fl. 97). Destacou, mais, que a recorrida tentou registrar a mesma marca no INPI, pretensão essa à qual ofertou a postulante recursal a necessária oposição (fls. 100 a 106).

Sustentou ser uma sociedade que vem destacando-se no mercado imobiliário, inicialmente no município litorâneo de Capão da Canoa, atualmente expandindo-se para todo o Estado, inclusive a Capital, por intermédio de franquias, culminando por iniciar atuação na cidade de Florianópolis, mais especificamente na praia de Jurerê. Nesse particular, informou que a franquia fora concedida à empresa EFB Imobiliária S/C Ltda.

Aduziu estar fazendo pesados investimentos em sua marca desde

sua fundação, sendo considerada sinônimo de imobiliária no litoral gaúcho há vários anos, realidade essa dolosamente omitida pela agravada, induzindo o magistrado singular em equívoco.

Enfatizou que jamais pretendeu locupletar-se às custas da recorrida, pois os fatos estão a evidenciar que ocorre justamente o contrário, posto que os sócios da empresa agravada — todos oriundos do Rio Grande do Sul — trouxeram para Santa Catarina, sem qualquer anuência de sua parte, a marca já sedimentada pela agravante, beneficiando-se da confusão produzida.

Teceu comentários acerca da empresa agravada e seus sócios com o intuito de evidenciar inverdades e omissões praticadas quando do ingresso em juízo com a inicial da ação cominatória, além de demonstrar, com suficiência, ter tentado persuadir a recorrida a suspender o uso indevido de sua marca, no que não obteve sucesso, procedendo, então, à sua notificação para que se abstinhasse do uso da marca "Casa da Praia", notificação essa que, no entanto, não surtiu qualquer efeito.

Argumentou que, na verdade, os sócios da autora/gravada apropriaram-se deliberadamente da marca da agravante, pois tinham conhecimento dessa marca e dos investimentos por si feitos em *marketing*, comportamento esse que configura o fato típico previsto no art. 195 da Lei n. 9.276/96.

Concluindo, pugnou pela concessão de efeito suspensivo à decisão guerreada, sendo considerado como fundamento a anterioridade do registro da empresa agravante (25/7/90) sobre

o da agravada (1998), pena de ser violada a garantia constitucional contida no art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal.

Pelo despacho de fls. 308 a 310 restou deferida a eficácia suspensiva requerida.

Em resposta, a agravada defendeu a prevalência do seu direito ao uso da marca "Casa da Praia", propugnando, pela manutenção da decisão espancada.

II — Voto

A irresignação recursalmente deduzida pela agravante impõe-se acolhida!

É desiderato da postulante recursal, reafirme-se, a reforma da decisão que, nos autos da ação cominatória intentada pela agravada, concedeu liminarmente a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, determinando que a recorrente, no prazo de 72 horas, se abstinhasse de utilizar a expressão "Casa da Praia" em seu estabelecimento, bem como em quaisquer meios de divulgação, pena de incidir em multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Embora à primeira vista estivesse satisfeita a condição de verossimilhança das alegações trazidas à baila pela autora da ação cominatória — a aqui agravada —, a partir da análise dos argumentos sustentados pela agravante, confortados pelos documentos anexados à inicial da modalidade recursal em apreciação, constata-se que, na verdade, a razão está com a recorrente, impondo-se a revogação da decisão guerreada.

Esclareça-se que a tutela antecipatória representou, a par de uma importante inovação no ordenamento processual civil pátrio, um notável avanço para a imediata eficácia da ação jurisdicional, propiciando ao julgador a antecipação dos efeitos fáticos daquilo que às vezes somente anos após iria ser concretizado. Possibilita ela, antes de tudo, que a eficácia do provimento judicial a ser, a final, editado, não fique, na sua efetividade, adstrita a manobras procrastinatórias da parte contrária ao interesse defendido pelo autor.

Assim, nos termos do art. 273 do CPC, com a nova redação imprimida pela Lei n. 8.952, de 13/12/94, tem-se que:

"O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

"I — haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou:

"II — fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu".

Lecionando a respeito, enfatiza o brilhante Cândido Rangel Dinamarco:

"Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equívale, *mutatis mutandis*, à procedência

da demanda inicial — com a diferença fundamental da provisoriedade" (Reforma do Código de Processo Civil. 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, págs. 139 e 140).

Observa, na mesma senda, Sérgio Bermudes:

"Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no *caput* do artigo, nos seus dois incisos e no seu parágrafo segundo, o Juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos" (Reforma do Código de Processo Civil, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 28).

Dessa forma, no provimento antecipado de que se trata, apenas provisoriamente são antecipados os efeitos fáticos da prestação jurisdicional a serem, pela sentença, outorgados em definitivo.

Assinala, outrossim, Francisco Barros Dias, no estudo "Processo de Conhecimento e Acesso à Justiça" (Tutela Antecipatória):

"...a lei fala em antecipar (...) os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial', no pressuposto conceitual de que a tutela seja o próprio provimento a ser emitido pelo juiz. Antecipar os efeitos da tutela seria antecipar os efeitos do provimento, ou da sentença que no futuro se espera. Na realidade, tutela jurisdicional é a proteção em si mes-

ma e consiste nos resultados que o processo projeta para fora de si e sobre a vida dos sujeitos que litigam. Ela coincide com os efeitos dos provimentos emitidos pelo juiz. Beneficiar-se de efeitos antecipados como está na letra do art. 273, é precisamente beneficiar-se da tutela antecipada" (Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. 138, pág. 50).

Observa-se, de todo o exposto, que, na hipótese específica do inciso I do art. 273 do CPC, nos deparamos com uma tutela antecipatória urgente, tutela essa que, antes da inovação introduzida com a reforma, sempre foi prestada sob o manto protetor da tutela acautelatória.

Cuida-se, é de se ver, de provimento tendente a realizar antecipadamente o direito afirmado pela parte autora, ou simplesmente antecipar parcialmente os efeitos da tutela final em virtude do perigo decorrente na demora da prestação jurisdicional definitiva buscada.

A tutela de antecipação em referência, sustente-se, é satisfativa no plano fático, posto que realiza o direito já no limiar da ação.

Não há confundi-la com tutela cautelar, uma vez que esta restringe-se a assegurar a viabilidade da realização futura do direito afirmado, sendo-lhe inerente a referibilidade a um direito acautelado.

Ao contrário, na tutela antecipatória o cunho é de satisfatividade do direito. Nela, nenhum direito é protegido ou acautelado. E sim, apenas e somente, antecipado.

De outro lado, não é demais ponderar-se que:

"Tendo em vista que a medida foi criada apenas em benefício do autor, com a finalidade de agilizar a entrega da prestação jurisdicional, deve ser concedida com parcimônia, de sorte a garantir a obediência ao princípio constitucional da igualdade de tratamento das partes" (Donaldo Armeilin, Tutela Jurisdicional Diferenciada, pág. 46).

Precedentemente ao enfrentamento do mérito da questão aqui em debate, imperioso se faz esclarecer os conceitos de nome comercial e marca, a fim de que, acerca deles, não seja feita confusão.

Enfatiza Bento Faria, citado por José Carlos Tinoco Soares:

"Vulgarmente, porém, o nome comercial é aquele sob o qual um estabelecimento comercial ou industrial é conhecido do público e especialmente da clientela" (Marca vs. Nome Comercial - Conflitos, São Paulo, Jurídica Brasileira, 2000, pág. 162).

E concluindo:

"O nome comercial não exprime de modo algum a personalidade de quem o possui, mas, unicamente, indica o complexo do estabelecimento comercial" (*ob. cit.*, pág. 162).

Do Recurso Especial n. 9.142-0/SP, citado por Tavares Paes, extrata-se:

"Anotada a observação, cumpro estabelecer, como fez o Sr. Min. Athos Carneiro, quando do julgamento do REsp n. 6.169 — AM, distinção entre marca, nome comercial e título de estabelecimento (no mesmo sentido, REsp n. 3.230 — DF, desta 4ª Turma, de que fui relator — DJU 1º/10/90).

'A primeira é o sinal distintivo de produto, mercadoria ou serviço, classificando-se, respectivamente, segundo a finalidade a que se destina, em de indústria, de comércio e de serviço (art. 61 da Lei n. 5.772/71).

'O nome comercial, por seu turno, identifica a própria empresa, podendo consistir em firma individual, firma social ou denominação.

'Finalmente, o título de estabelecimento, segundo Rubens Requião, é o 'local onde o empresário expõe as suas mercadorias e se encontra com a sua clientela' (Curso de Direito Comercial, vol. 1/219, Saraiva, 19ª ed., 1989, n. 16). Destina-se pois a individualizar a loja, a casa comercial, consistindo, em suma, nos dizeres constantes do letreiro" (Nova Lei da Propriedade Industrial, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, pág. 93).

Do corpo do acórdão proferido no REsp n. 3.230/DF, do eminente relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, colhemos o seguinte ensinamento:

"Em primeiro lugar, é de salientar-se que não se confundem, no plano teórico, nome comercial, nome de estabelecimento (ou nome de fantasia) e marca.

"Nome comercial, segundo o magistério de João Eunápio Borges ('Curso', n. 169/170), mestre notável pela autoridade e pela clareza de exposição, é o gênero de que são espécie a firma (ou razão social) e a denominação, sendo esta o nome da sociedade, enquanto aquela é nome e assinatura.

"Diverso, porém, é o conceito de marca, a merecer especial proteção do legislador, que atinge um raio

de ação mais amplo, dado que o resguardo da marca interessa mais de perto à própria comunidade, por proteger o grande público, o consumidor, o tomador de serviços, o usuário, o povo em geral, que melhores elementos terá na aferição da origem do produto e do serviço prestado.

"O que importa ressaltar é que, no estágio atual da evolução social, a proteção do nome comercial e da marca não se limita apenas a assegurar direitos e interesses meramente individuais" (Ozéias J. Santos, Marcas e Patentes — Propriedade Industrial, São Paulo, Lex, 2000, pág. 334).

Dessa diferenciação resulta mais claro, aliás reluzentemente claro, que concordar-se com a pretensão da agravada, determinando liminarmente que a insurgente abstenha-se de utilizar a expressão "Casa da Praia" em seu estabelecimento comercial, bem como em quaisquer meios de divulgação implicaria em, sem qualquer sombra de dúvida, ignorar-se a anterioridade do direito à utilização da marca em litígio — Casa da Praia — pela demandante recursal.

Perseguiu a agravada pela medida obtida, imperioso é concluir-se, uma vedação judicial a inibir que a recorrente use um nome comercial e uma marca por ela utilizados há mais de dez anos, pelo que, confirmar-se a decisão angustiada, dificultaria sobremaneira a reversão da tutela antecipada, acarretando à agravante uma onerosidade excessiva, já que teria ela, primeiramente, de deixar de usar o nome que vinha regularmente usando, alterando todos os seus registros e providenciando a comunicação do ato para todos os seus clientes, além

de arcar com gastos com divulgação para, acaso no final da ação seja considerado improcedente o pedido da autora, retornar ao ponto de partida, renovar todas aquelas providências, informando aos terceiros interessados ter passado a reutilizar o nome comercial e a marca que anteriormente já lhe pertenciam.

Isso sim, realmente, representaria um disparate jurídico.

E não é dado olvidar que, para a concessão antecipada dos efeitos da tutela definitiva, de mister é que co-exista, em favor daquele que a pretende — no caso a autora da ação — a fumaça do bom direito, ou seja, a possibilidade de êxito na obtenção, a final, da tutela cujos efeitos são antecipados. E essa circunstância, como ressalta da documentação acostada aos autos, não se revela favorável à recorrida.

Conquanto tenha a agravada providenciado o registro do seu nome comercial na Junta Comercial deste Estado, o que ocorreu em abril de 1998, verifica-se que a recorrente, além de ter sido constituída em 31/12/89, conforme atos registrados no Ofício dos Registros Públicos em 25/7/90, eis que representa uma sociedade civil, obteve o registro da marca "Casa da Praia" no INPI em 30/1/96, o que revela a precedência do uso, por ela, dos bens jurídicos informados pela litigiosidade decorrente da ação deflagrada pela recorrida.

Não bastasse isso, de importância, faz-se acrescentar que os autos irradiam fortes elementos indicativos de que a autora tinha total conhecimento da preexistência da imobiliária "Casa da Praia Shopping do Imóvel", posto

que seus sócios eram domiciliados e anteriormente exerciam suas atividades no litoral gaúcho, coincidentemente ou não, nas mesmas praias onde a agravante tem sua imobiliária. Apenas mais tarde migraram eles para esta Capital, onde formaram a imobiliária de que são titulares.

Com suficiência, os documentos de fls. 107 a 119 atestam essa situação.

Desse modo, determinar liminarmente, em sede de tutela antecipada, que a agravante deixe de utilizar o nome comercial e marca (uma vez que esses, na presente hipótese se confundem, já que as empresas empregam o mesmo termo no nome comercial e marca) que vem fazendo uso desde sua constituição — ou seja, mais de 10 anos antes da existência da empresa agravada, o que demonstra a precedência do uso por parte da insurgente —, não guarda perfeita adequação com a finalidade específica da antecipação da tutela, já que estar-se-ia condenando a agravante a arcar com prejuízos desnecessários e ilegais.

O próprio certificado de registro da marca no INPI e a comprovação de que o nome da empresa da agravante restou devidamente registrado no Ofício de Registros Públicos (fls. 94 e 95v.) evidenciam a verossimilhança de seu direito, não sendo demais destacar que ambos efetivaram-se antes de a agravada registrar o nome de sua empresa na Junta Comercial deste Estado.

Importante faz-se acrescentar, outrossim, o destaque feito pelo doutrinador Tavares Paes, quando transcreveu em sua obra o voto do Des. César

Peluso, na Apelação n. 82.301 da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde está exposto:

"Não é só, porém. A lide figura ainda conflito entre marca de indústria e comércio e nome comercial, o qual não pode resolver-se em prejuízo da indiscriminada tutela constitucional que, para a correspondente propriedade, nasce do registro da marca. A lei é clara neste passo. Cuida-se de uso em título de estabelecimento, insígnias, papéis ou nome comercial, é ato ilícito tipificador de crime de contrafação, reproduzir, no todo ou em parte, marca alheia registrada (art. 128 do Código da Propriedade Industrial, c/c o art. 179 do Decreto-Lei n. 7.903, de 27/8/45), já se advertiu (RSTJSP 88/229, Ap. Cível n. 36.169-1, rel. Freitas Camargo). E, se o reproduz, não se arquivam nem registra nome comercial de qualquer tipo de sociedade até que se junte certidão negativa no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, ou se solucione a dúvida em juízo (art. 49 da Lei n. 4.726/65); donde se tira a grosseira irregularidade do arquivamento dos atos constitutivos da ré, cuja denominação social contém retratação servil de marca alheia de há muito registrada.

"Em suma, a exclusividade de uso da marca, conseqüente ao registro, importa proibição de uso de marca idêntica, semelhante, afim, ou suscetível, de qualquer modo, de induzir em erro ou confusão, seja como marca propriamente dita, título de estabelecimento, papel, insígnia ou nome comercial, por parte de terceiro não autorizado (cf. Carlos Henrique C. Froes, 'Nome Comercial', verbete *in* Enciclopédia Saraiva do Direito, São Paulo,

Saraiva, 1977, vol. 54/323). Até por que, do contrário, como marca perderia a distinguibilidade (cf. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, São Paulo, Ed., RT, 4ª ed., 1977, t. XVII, § 2.009, n. 3)" (ob. cit., págs. 89 e90).

E, mais adiante:

"Não há negar que marca e nome comercial são coisas distintas, mas, dada a relação existente entre elas no universo mercantil, perfeitamente viável em nosso ordenamento jurídico a pretensão de abstenção de uso da expressão designativa da marca em nome comercial, gozando aquela de proteção não só em razão da Convenção da União de Paris como pela anterioridade do registro no INPI" (ob. cit., pág. 90).

Destarte, mesmo sendo conferido tratamento diferenciado para o nome comercial e a marca distintiva do produto, não há como ignorar que, no presente caso, ambas resumem-se no mesmo termo — "Casa da Praia" — já que as duas pessoas jurídicas utilizam a expressão tanto para denominar o título do estabelecimento como para evidenciar a marca do produto que comerciam.

Ademais, como já exposto de modo exauriente, não há como ser concedida a antecipação de tutela pleiteada pela agravada quando não se vislumbra o preenchimento dos requisitos mínimos para que esta tenha a proteção que persegue, ou seja, a verossimilhança das alegações, em face da anterioridade comprovada da utilização feita pela empresa agravante.

Os precedentes inscritos nos anais jurisprudenciais desta Corte não deixam dúvidas de que, em hipóteses

como a dos autos, deva ser concedida a prevalência à empresa que obteve anteriormente o registro no órgão federal — INPI.

Anote-se:

"Marca industrial e nome comercial — Registro anterior da marca — Prevalência — Autorização verbal de uso revogada — Possibilidade — Desprovisionamento do recurso — Precedentes jurisprudenciais.

"A lei garante a propriedade e o uso exclusivo de marca àquele que a registrou no órgão federal.

"Entre o registro do nome na Junta de Comércio e o registro da marca no Instituto Nacional, prevalece este último.

"A autorização para o uso de marca pode ser revogada" (Ap. Cív. n. 39.069, de Criciúma, rel. Des. Amaral e Silva, j. 26/5/92).

"Marca. Código da Propriedade Industrial.

"Direito de propriedade. Proteção e uso exclusivo de quem obteve o registro federal. Eficácia em todo o território nacional. Prevalência sobre o simples registro do comércio. Repressão à concorrência desleal.

"A lei garante no território nacional a propriedade e uso exclusivo da marca àquele que obteve o registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, para distinguir seus produtos, mercadorias ou serviços, de outros idênticos ou semelhantes, na classe correspondente à sua atividade.

"Apesar da anterioridade do registro na Junta Comercial, a denominação e a marca usadas cedem vez às da firma mais nova que as registrou regularmente, no órgão federal

de expressão maior, pois a eficácia do registro no órgão federal afasta a do registro local.

"Proibindo a concorrência desleal, evita-se que o consumidor seja levado a erro ou confusão" (JC 64/112).

"Nome comercial e marca — Registro na Junta Comercial e no INPI respectivamente — Prevalência.

"O registro do nome comercial na Junta Comercial do Estado, onde há expressão da marca utilizada pela firma, não prevalece sobre o registro da denominação e marca no Instituto Nacional de Propriedade Industrial, deferido à firma mais nova (que adquiriu o estabelecimento daquela sem inclusão ou reserva da marca), porque tem eficácia nacional" (Ap. Cív. n. 98.006683-2, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 22/9/98).

"Propriedade industrial — Denominações de empresas suscetíveis de acarretar confusão no mercado — Utilização de nome de cidade sem referência à origem da empresa ou a seus produtos — Prevalência da anterioridade do registro da denominação no INPI — Apelo desprovido.

"A empresa que insere em sua denominação, ou como nome de fantasia, expressão peculiar consistente em nome de cidade, não indicativo da origem da empresa ou de seus produtos, passa, a partir do registro respectivo, a ter legitimidade para adotar referida expressão como sinal externo distintivo e característico e impedir que outra empresa que atue no mesmo ramo comercial, como tal, a utilize" (Ap. Cív. n. 96.009346-0, de Mafra, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 18/9/97).

Mesmo sendo cediço a diferença de tratamento e proteção a ser con-

cedida ao nome comercial e a marca, pois configuram institutos diversos, incertezas não há quanto ao fato de que a agravante detém a anterioridade do uso tanto do nome comercial, como da marca "Casa da Praia", não obstante constar do Certificado de Registro de Marca no INPI que a agravante não tem "direito ao uso exclusivo dos elementos nominativos" (fl. 97).

Ora, resta evidente a possibilidade de prática de concorrência desleal, como mencionado pela própria autora da ação originária, quando duas empresas que exploram a mesma atividade mercantil utilizam o mesmo nome comercial, sendo fácil concluir que, no contexto social em que vivemos, fácil é perceber a importância que tem uma marca ou nome comercial para o sucesso do produto colocado à disposição do consumidor, mormente quando aliado às fortes e poderosas propagandas que são veiculadas pelos meios de comunicação de massa.

Sob esse vértice, percebe-se o quão importante é para uma empresa que tem sua marca consolidada no tempo que o ordenamento jurídico vigente proteja seu império, evitando que outros, com raposia, consigam confundir o consumidor e aproveitar-se do sucesso alheio.

Mas não há ignorar a anterioridade de uso da marca e nome comercial por parte da agravante o que está mais que evidente simplesmente para dar realce ao argumento de que, por terem o nome comercial e a marca tratamento legislativo diferenciado, teria a agravada o direito de usar o mesmo nome que a agravante vem usando por ter obtido isso posteriormente um registro na Junta Comercial.

À vista disso, em havendo concorrência desleal entre essas duas pessoas jurídicas com o mesmo nome e agindo elas no mesmo ramo, correto não seria impor à que passou a existir posteriormente a condição de deixar de utilizar o nome comercial e marca perentórias à que primeiro se originou?

Deve ser também acrescentado que, por constituir a empresa agravante uma sociedade civil, em momento algum de sua existência teria ela a obrigação de obter um registro na Junta Comercial, em qualquer unidade da Federação, razão pela qual não há sobrepujar tão-somente essa circunstância em favor da agravada, concedendo a essa uma proteção em detrimento do conjunto de provas formado nos autos.

Por conseguinte, dúvidas não restam quanto à necessidade de revogação da concessão antecipada da tutela, reconhecendo-se em favor da postulante recursal o direito de utilizar normalmente seu nome comercial e marca até julgamento final da lide principal.

Nesse sentido, já disse o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"Comercial. Confronto entre marca e nome comercial. Tutela antecipada inadmissível.

"1. É inadmissível a antecipação da tutela (CPC, art. 273), proibido desde logo o uso do nome e da marca, se há prova do registro anterior do nome do arquivo do comércio. Precedente do STJ.

"2. Agravo de instrumento provido" (AI n. 597137645, 4ª Câ. Cív., rel. Des. Araken de Assis, j. 18/3/98).

"Agravo de instrumento. Propriedade industrial. Uso indevido de mar-

ca. Pedido de antecipação de tutela. Não cabimento. Necessidade de produção de prova.

"Embora a existência de semelhança entre as marcas utilizadas pelas partes, a questão depende de ulterior exame de prova, uma vez que ambas as empresas possuem o registro de suas marcas, não cabendo a antecipação pleiteada, por falta de prova inequívoca da verossimilhança (art. 273, *caput*, do Código de Processo Civil).

"Agravado não provido" (AI n. 70000807099, 6ª Câmara Cív., rel. Des. João Pedro Pires Freire, j. 19/4/00).

"Propriedade industrial. Depósito de modelos de calçados junto ao INPI. Fabricação de modelos semelhantes por fabricante diverso. Deferimento de tutela antecipada, com proibição de comercialização dos calçados. Descabimento.

"1. A produção de calçados segue uma tendência da moda constatada tanto em nível nacional quanto internacional. A simples semelhança dos modelos produzidos por fabricantes diversos, cada um fazendo inscrever neles a própria marca registrada, circunstância a afastar possível confusão quanto aos modelos produzidos por um e outro, além de vir o pedido calcado em perícia unilateralmente realizada, desserve aos exigíveis requisitos da existência de prova inequívoca e da verossimilhança do direito invocado (art. 273, CPC), desautorizando, assim, a antecipação da tutela. Em casos como este, o cuidado quanto a antecipar os efeitos da tutela final deve ser redobrado, por capaz de afetar a saúde econômica e financeira da empresa produtora que, com a impos-

sibilidade de comercializar seus produtos, fica na iminência de se ver às portas da falência, efeitos que não poderão ser corrigidos ante eventual improcedência do pedido no final.

"2. Agravo de instrumento provido, com desconstituição da tutela antecipada" (AI n. 597073147, 3ª Câmara Cív., rel. Des. Moacir Adiers, j. 14/8/97).

"Denominação social de sociedade civil e marca. Mesmo vocábulo. Direito ao uso exclusivo. Registro no cartório de registro especial e INPI. Critério da anterioridade.

"A anterioridade do registro comprovada pelo arquivamento dos atos constitutivos de sociedade civil no registro cartorário assegura ao titular da denominação social proteção e exclusividade de seu uso e impede que terceiros procedam a idêntico registro no INPI.

"Apelo desprovido" (Ap. Cív. n. 596044487, 6ª Câmara Cív., rel. Des. Jorge Alcibiades Perrone de Oliveira, j. 7/5/96).

De outros Tribunais colhem-se os seguintes arestos:

"Processo civil. Antecipação de tutela. Inteligência do art. 273 do Código de Processo Civil.

"Se a antecipação da tutela traz consigo a marca da irreversibilidade, é quanto basta para que seja indeferida. E, antes de ouvir a parte ré, não há como se falar em procrastinação da defesa a justificar a medida em apreço.

"Agravado de instrumento conhecido e provido" (TJDF, AI n. 1998.0020005534, rel. Des. Romão C. Oliveira, j. 7/5/98).

"Agravado de Instrumento. Marca. Registro junto ao INPI. Falta de pressuposto legal para concessão de tutela antecipada.

"I — Considerando que a agravante tentou efetuar o depósito da marca Barrichelo na classe 30.10 e a agravada da marca Barrichelo Racing em diversas classes, dentre elas a classe 35.10, e considerando que o INPI assinala serem produtos do mesmo segmento mercadológico, deve prevalecer a marca que depositou primeiro o seu registro, no caso dos autos, a agravada.

"II — Agravado de Instrumento a que se nega provimento" (TRF 2ª Região, AI n. 99.02.29590-8, rela. Juíza Virgínia Procópio de Oliveira Silva, DJU de 29/3/01).

"Suspensão de registro de marca de produto — Pedido de antecipação de tutela — Marca de produto estrangeiro registrada no país de origem — Marca de produto nacional registrada no INPI — Ausência de comprovação de notoriedade da marca alienígena — Inaplicabilidade do artigo 6 bis da convenção da União de Paris — Presunção de legitimidade em favor da marca regularmente registrada no INPI.

"1. Em matéria de registro de marca de produtos, prevalece o princípio da territorialidade (artigo 59 do ainda vigente Código de Propriedade Industrial). A exceção a esse princípio é válida, para os países subscritores da convenção da União de Paris, em relação aos produtos cujas marcas sejam notoriamente conhecidas como marca de pessoa amparada pela convenção (art. 6 bis).

"2. A notoriedade da marca estrangeira, no caso presente, e a even-

tual má-fé da empresa nacional ao registrar a mesma marca no INPI, só poderão ser apuradas em regular instrução, já que não comprovadas de pronto.

"3. Impossibilidade de concessão da tutela antecipada requerida, pois não elidida a presunção em favor da empresa que registrou primeiramente a marca do INPI.

"4. Agravado improvido" (TRF 3ª Região, AI n. 96.03.085441-7, rela. Juíza Sílvia Steiner, DJU de 16/4/98, pág. 24.423).

"Propriedade industrial. Pedido de registro de marca. Ação de nulidade. Antecipação da tutela. Lei n. 9.279, de 1996.

"1. O uso da mesma marca por duas empresas concorrentes acarreta não apenas prejuízos àquela que seja legítima titular do direito de propriedade industrial, como também aos consumidores, que ficam sujeitos à natural e inevitável confusão decorrente da identidade de marca para atividades comerciais semelhantes desenvolvidas na mesma região por pessoas jurídicas distintas.

"2. É cabível, em situações dessa natureza, a outorga de tutela jurisdicional, ainda que provisoriamente, em favor daquela demandante cuja posição jurídica guardar grau mais elevado de verossimilhança. Trata-se de providência cabível genericamente no procedimento comum (CPC, art. 273) e que tem igualmente provisão específica para a proteção do direito de propriedade industrial, inclusive nas ações de nulidade de registro de marca (Lei n. 9.279, de 1996, art. 173, parágrafo único).

"3. No caso, é a autora quem ostenta posição jurídica mais verossí-

mil. A expressão 'via porto' integra a sua denominação social (Via Porto Veículos Ltda.). Razão pela qual, à primeira vista, não pode ser registrada como marca por outra pessoa, ainda mais por empresa concorrente, conforme prevê o artigo 124, V, da Lei n. 9.279, de 1996" (TRF 4ª Região, AI n. 2000.04.01.102408-2, rel. Juiz Teori Albino Zavascki, j. 15/5/01).

E, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se:

"Marca. Registro promovido junto ao INPI. Prevalência sobre a 'utilização prolongada', decorrente da adoção do nome comercial. Marca e nome submetidos a regimes jurídicos diversos.

"— Marca e nome comercial não se confundem. 'A primeira, cujo registro é feito junto ao INPI, destina-se a identificar produtos, mercadorias e serviços. O nome comercial, por seu turno, identifica a própria empresa, sendo bastante para legitimá-lo e protegê-lo, em âmbito nacional e internacional, o arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio' (REsp n. 9.142—SP).

"— Pelo sistema adotado pela legislação brasileira, afastou-se o prevailecimento do regime da 'ocupação' ou da 'utilização prolongada' como meio aquisitivo de propriedade da marca. O registro no INPI é quem confere eficácia *erga omnes*, atribuindo àquele que o promoveu a propriedade e o uso exclusivo da marca. Precedentes do STJ.

"Recurso especial conhecido e provido parcialmente" (REsp n. 52.106 — SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 17/8/99).

"Nome comercial. Marca. Registros na Junta Comercial e no INPI.

"1. Tanto o nome comercial quanto a marca, devidamente registrados, nos termos da legislação aplicável, devem ser protegidos. Se o pedido alcança, apenas, a vedação do uso da marca, admitido nas instâncias ordinárias que o registro de marca da autora está vigente e o da ré foi indeferido, e, ainda, que o nome comercial da ré é registrado com anterioridade, defere-se a vedação para o uso da marca, não afetando, pois, o nome comercial da empresa ré.

"2. Recurso especial conhecido, em parte, e nessa parte provido" (REsp n. 77.549—MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17/6/97).

"A jurisprudência do STJ acolheu a tese de que, no advento de norma própria, nos afastamos do sistema de utilização prolongada, como meio aquisitivo da propriedade da marca. Assim, vigente lei especial, o registro no INPI atribui validade *erga omnes* da propriedade" (REsp n. 32.612—RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 20/4/93).

"Comercial — Marca — Nome comercial — INPI — Junta Comercial.

"I — segundo a jurisprudência do STJ, quanto ao meio que gerava a aquisição da propriedade da marca, nos afastamos do sistema que atribuí sua ocupação ou utilização prolongada. Assim vigente lei especial, o INPI é o órgão onde, registrada a marca, se lhe atribui validade *erga omnes* da propriedade. Quanto ao nome comercial, sua validade e publicidade são requisitos conferidos pela Junta Comercial, por isso que ambos os titulares (marca e nome comercial) têm legitimidade, cada qual no seu campo específico de atividade, para utilizá-los, evitando que o nome comercial

resulte em instrumento de captação de clientela.

"II — recurso não conhecido" (REsp n. 37.373—SP, rel. Min. Walde-mar Zveiter, j. 9/11/93).

"Comercial — Registro de marca — Nome comercial.

"I — Com o advento de norma que rege a matéria, nos afastamos do sistema que atribuía a ocupação (utilização prolongada), meio que gerava a aquisição da propriedade da marca. Assim, vigente lei especial, o INPI é o órgão onde, registrada a marca, se lhe atribui validade *erga omnes* da propriedade. Quanto ao nome comercial, sua validade e publicidade são requisitos conferidos pela junta comercial, por isso que ambos os titulares (marca e nome comercial) têm legitimidade, cada qual no seu campo específico de atividade, para utilizá-los, evitando que o nome comercial resulte em instrumento de captação de clientela, deslealmente aplicado no ramo explorado pela marca.

"II — Recurso não conhecido" (REsp n. 12.694—SP, rel. Min. Walde-mar Zveiter, j. 22/10/91).

"Comercial e processual civil — Marca — Registro — Carência da ação.

"I — A marca regularmente registrada no INPI, sem que contra a mesma se tenha levantado impugnações, confere a seu titular a propriedade e uso, eis que tem validade *erga omnes*. Assim, enquanto persistir o seu registro, tem-se como carente de ação, a ajuizada contra o seu legítimo detentor.

"II — Recurso não conhecido" (REsp n. 9.415 — SP, rel. Min. Walde-mar Zveiter, j. 4/6/91).

Em sua obra "Marcas e Patentes — Propriedade Industrial", Ozéias J. Santos faz menção em sua obra a julgamentos que se relacionam com a questão estampada no presente agravo, expondo:

"Marca registrada — Uso indevido em nome comercial por terceiro — Atividades relacionadas com computadores e informática — Possibilidade de serem confundidas — Irrelevância de uma ser empresa comercial e a outra de prestação de serviços — Ação procedente — Recurso especial conhecido e provido. Recurso Especial n. 4.352 — Ceará (JSTJ e TRF, vol. 23, pág. 152).

"Ementa: — Marca registrada. Uso indevido em nome comercial por terceiro. Atividade no mesmo campo.

"Titular de marca registrada pode impedir o seu uso em nome comercial por empresa com atividade relacionada com a informática, ainda que esta seja empresa comercial e aquelas de prestação de serviços" (ob. cit., págs. 360/361).

"Nome comercial — Proteção — Emprego de denominação 'Global' no nome de duas empresas prestadoras de serviços de administração de recursos humanos — Palavra de uso relativamente comum que, contudo, pode gerar confusão entre a clientela por se situarem ambas na Grande São Paulo — Ação procedente — Recurso especial não conhecido. Recurso Especial n. 9.841 — São Paulo (JSTJ e TRF, vol. 32, pág. 249).

"Ementa: — Nome comercial. Direito à exclusividade. Emprego da denominação 'Global' no nome comercial de duas empresas prestadoras de

serviços de administração de recursos humanos.

"Embora a palavra 'Global' seja de uso relativamente comum, não é dado incluí-la na denominação social de uma empresa em detrimento aos interesses de outra que, com prioridade, a colocou em sua própria denominação, considerando-se a possibilidade de confusão da clientela, por se situarem ambas na Grande São Paulo e terem o mesmo objeto social" (ob. cit., pág. 390).

"Concorrência desleal — Desnecessidade de sua ocorrência para a proteção de marca ou nome comercial — Simples confusão que autoriza o amparo legal — Recurso não provido. Apelação Cível 258.955-1 — São Paulo (JTJ, vol. 192, pág. 141)" (ob. cit., pág. 481).

"Nome comercial — Proteção — Anterioridade de registro na junta comercial — Irrelevância — Eficácia do registro da firma mais nova no órgão federal, que afasta a do órgão local — Recurso provido. Apelação Cível n. 254.213-1 — Diadema (JTJ, vol. 177, pág. 115)" (ob. cit., pág. 592).

"Nome comercial — Proteção — 'Cetenco e Cetelco' — Empresas que exercem atividades afins — Possibilidade de gerar confusão ao consumidor — Abstenção do uso determinada — Artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição da República — Recurso não provido. Apelação Cível n. 121.908-1 — São Paulo (JTJ, vol. 129, pág. 225)" (ob. cit., pág. 596).

"Nome comercial — Proteção — Denominações semelhantes — Afinidade dos serviços prestados — Possibilidade de confusão — Anterioridade de uso decorrente até mesmo

do registro de marca nominativo — Abstenção ordenada sob pena de multa cominada — Perdas e danos a serem apurados em execução, mediante arbitramento — Ação procedente — Recurso provido. Apelação Cível n. 263.084-1 — São Paulo (JTJ, vol. 191, pág. 172)" (ob. cit., pág. 600).

E, no corpo do acórdão por último transcrito, coleta-se a seguinte e importante passagem:

"E a razão é que assim seja, porque, visando à lei a discernir, umas das outras, as firmas e denominações comerciais, a fim de evitar confusões, o princípio 'tem inteira aplicação, ainda que diversifique o gênero de atividade das sociedades, porque a proteção das denominações sociais não pressupõe necessariamente o elemento concorrência, circunstância que apenas influi para agravar a possibilidade de confusão' (Gama Cerqueira, já no parecer *in* RT, vol. 249/37, e no *op. ult. cit.*, pág. 321). Este é o substrato da interdição das homônimas (homografias e homofonias), cujas conseqüências danosas transitam da possibilidade imediata de estorvo no relacionamento mercantil, até aos riscos prováveis de desvio de clientela e de grave promiscuidade dos conceitos públicos. Ninguém ignora a força atrativa ou repulsiva — hoje potenciada pelos veículos de comunicação de massa — exercida por termo preponderante de difundido nome comercial. 'Basta pensar-se em que muitos artigos são preferidos, não pela marca da fábrica, ou por algum outro sinal distintivo, inclusive o título de estabelecimento, mas pelo nome do comerciante individual, ou da pessoa jurídica' (Pontes de Miranda, 'Tratado de Direito Privado

do', t. XVI/231, § 1.907, n. 2, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., 1977). Concorrência desleal é só consequência extrema da confundibilidade" (ob. cit., pág. 604).

"Nome comercial — Proteção — Denominações semelhantes — Empresas formadas por pessoas integrantes de uma mesma família — Anterioridade do registro da autora junto ao INPI — Hipótese de atividades similares — Possibilidade de gerar confusão — Abstenção de uso — Ação procedente — Recurso não provido. Apelação Cível n. 129.412-1 — Americana (JTJ, vol. 130, pág. 249)" (ob. cit., pág. 607).

"Nome comercial — Semelhança — Abstenção de uso — Empresas que exercem a mesma atividade — Possibilidade de desvio de clientela — Aplicação do artigo 38, inciso IX, da Lei Federal n. 4.726, de 1965 — Recurso provido. Apelação Cível n. 206.219-1 —

Santo André (JTJ, vol. 162, pág. 124)" (ob. cit., pág. 641).

III — Decisão

À vista do exposto, apresenta-se agasalhamento ao presente agravo de instrumento, com a consequente revogação da decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela pretendida nos autos da ação proposta pela agravada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. CERCATO PADILHA.

Florianópolis, 29 de maio de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 88.081658-6, DE JOINVILLE

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Agravo de instrumento — Autofalência — Decisão determinando a restituição de títulos de crédito recebidos em garantia — Endosso-caução — Cauçionamento de financiamento no termo legal da quebra — Ineficácia absoluta (art. 52, III, da LF) — Penhor — Direito real de garantia — Sujeição aos efeitos da falência — Privilegios sobre os quirografários — Inexistência de ofensa ao direito de propriedade — Impossibilidade de conhecer do pedido de compensação neste grau de jurisdição — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 88.081658-6, da comarca de Joinville, em que é agravante Banco Rural S.A. e

agravados Malharia Nerisi Ltda. e Síndico da Massa Falida de Malharia Nerisi Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Agravo de instrumento interposto por Banco Rural S.A., contra a decisão proferida pela Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Joinville que, nos autos do pedido de autofalência (363/93) formulado por Malharia Nerisi Ltda., declarou ineficaz em relação à massa a caução concedida pela agravada aos credores dentro do termo legal da falência, para garantia de dívidas contraídas antes daquele período, determinando, em consequência, a arrecadação dos títulos caucionados, bem como dos valores recebidos, devidamente corrigidos.

Defende, na condição de credora da massa falida, a compensação dos créditos decorrentes da cobrança dos títulos caucionados que estão em seu poder com os débitos originários dos contratos de mútuo contraídos pela falida, na forma do art. 46 do Decreto-Lei n. 7.661/45. Alega que a partir do momento em que os títulos foram endossados deixam de compor o patrimônio da falida. Sustenta que, no procedimento falimentar, o crédito resultante do contrato de financiamento com caução de duplicatas é direito real de garantia — penhor, portanto, não está sujeito aos efeitos da falência. Afirma que detém direito líquido e certo de permanecer na posse das duplicatas, receber os respectivos valores e imputá-los a crédito da obrigação.

Juntou documentos (fls. 21/120).

Contra-arrazoaram a massa falida e o síndico, pugnando pela manutenção da decisão agravada.

Após a manifestação ministerial, o Juiz de Direito manteve a decisão atacada, encaminhando os autos a este Tribunal, e, aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. José Antônio Salvadori, opinou pelo desprovimento do recurso.

II — Voto

A insurgência do agravante baseia-se fundamentalmente no fato de que a Magistrada declarou ineficazes os atos praticados no termo legal em relação à massa, ou, mais especificamente, o caucionamento, pela falida, de créditos constituídos anteriormente à quebra.

Compulsando os autos depreende-se que o agravante recebeu os títulos de crédito por endosso-caução, como garantia aos contratos de mútuo, em 25/3/93, 5/4/93, 5/5/93, 4 e 21/6/93, 6/7/93, 6/8/93 e 8/10/93, ou seja, dentro do termo legal da falência que, no caso, foi fixado no sexagésimo dia anterior à data em que o protesto foi levado a efeito (24 de maio de 1993), a teor do art. 14, III, da Lei de Falências.

É indiscutível a ineficácia dos atos cometidos dentro do termo legal em relação à massa, inclusive os praticados em favor da agravante por manifesta e irrecusável incidência do artigo 52, III, da Lei de Falências:

"Art. 52 — Não produzem efeito relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

"III — a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal da falência, tratando-se de dívida contraída antes desse termo, se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada".

A propósito, Amador Paes de Almeida:

"Pode o devedor oferecer a um dos credores garantia real, tal como uma hipoteca, por exemplo, possibilitando-lhe nítida vantagem, já que, muito embora inferiorizado frente aos créditos trabalhistas e fiscal, goza o credor por direito real de privilégio:

"Art. 125. Vendidos os bens que constituam objeto da garantia real ou privilégio especial, e descontadas as custas e despesas da arrecadação, administração, venda, depósito e comissão do síndico, relativas aos mesmos bens, os respectivos credores receberão imediatamente a importância dos seus créditos..." (Lei de Falências).

"Note-se que a ineficácia só ocorre se constituída a hipoteca no prazo legal, como, aliás, já se acentuou, facultado ao credor hipotecário, neste caso, habilitar-se como credor quirografário, ou seja, credor que não goza de qualquer preferência, situado na última escala dos credores falidos" (*in* Curso de Falência e Concordata, Saraiva, 1997, pág. 214).

Da lição de Rubens Requião:

"Como se vê a lei impede que o credor obtenha do devedor, nas vésperas da falência, dentro de seu termo legal, vantagens para garantir a dívida contraída antes desse termo. As antigas dívidas quirografárias não pode-

rão ter o seu pagamento assegurado, à última hora, pela constituição de direito real de garantia. Esse pacto tardio quebraria o equilíbrio entre o direito dos credores, violando o princípio da par *condicio creditorum*, que a lei pretende seja fielmente mantido" (*in* Curso de Direito Falimentar, Saraiva, 1975, 1º vol., pág. 192).

A melhor interpretação desse dispositivo está com José da Silva Pacheco, que, em atenção ao princípio da instrumentalidade do processo, observa:

"Não obstante o alto respeito que devotamos aos ilustres juristas que tratam do assunto, parece-nos que um detido exame dos arts. 52 e 53 do Dec.-Lei n. 7.661/45, de 1945, só poderá levar à conclusão de que no caso do art. 52, a eficácia resulta da lei e pode ser declarada de ofício, incidentalmente ou mediante ação ou defesa" (*in* Processo de Falência e Concordata, 4ª ed., Editora Forense, pág. 419).

Colhe-se valiosa lição de aresto da lavra do Desembargador Francisco Borges: "a lei impede que o credor obtenha do devedor, nas vésperas da falência, dentro de seu termo legal, vantagens para garantir dívida contraída antes desse termo.

"A conjugação dos arts. 43 e 45 permite concluir que os títulos de crédito com vencimentos após a decretação da quebra são suscetíveis de arrecadação, desde que a detenção dos títulos pelos bancos seja resultado de operação de endosso-caução" (AI n. 9.087, de Blumenau, j. em 24/11/94).

É iterativa a jurisprudência deste Tribunal:

"Autofalência. Decisão determinando a restituição de títulos de crédito

to (duplicatas) recebidos em garantia, endosso-caução, a operações de crédito bancário.

"Direito real de garantia constituído durante o termo legal da falência. Aplicação do art. 52, inciso III, do Decreto-Lei n. 7.661/45.

"Art. 53 — Não produzem efeito relativa à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

'III — a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal da falência, tratando-se de dívida contraída antes desse termo, se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada'.

"Recurso desprovido" (AI n. 99.018243-6, de Blumenau, rel. Des. Silveira Lenzi).

"Agravado de instrumento — Falência — Alienação — Termo legal — Ineficácia — Recurso improvido.

"Há ineficácia absoluta em relação à massa do negócio jurídico realizado durante o termo legal da quebra" (AI n. 6.280, de Rio Negrinho, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

"Agravado de instrumento. Falência. Cauçionamento de título de crédito no termo legal da quebra. Ineficácia absoluta. Reconhecimento por despacho, nos próprios autos. Desnecessidade da ação revocatória. Recurso improvido.

"1 — 'Há ineficácia absoluta em relação à massa do negócio jurídico realizado durante o termo legal da quebra' (Agravado de Instrumento

n. 6.280, de Rio Negrinho, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

"2 — 'E, em sendo absoluta a ineficácia do caucionamento de título de crédito no termo legal da falência, ainda que constituído anteriormente à quebra, torna-se prescindível, via de consequência, a ação revocatória para assim declarar ineficaz o ato jurídico em relação à massa, podendo fazê-lo o Magistrado à vista do conhecimento que tenha dessa circunstância gravosa ao interesse dos demais credores (AI n. 9.818 (88.083840-0)", de Joinville, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

Por força do art. 790 do Código Civil, os títulos de crédito dados em garantia a uma obrigação principal equiparam-se, para todos os efeitos, ao penhor, ou seja: tal operação constitui um direito real de garantia em favor do credor da obrigação. Entretanto, não há cogitar que tais créditos não estivessem sujeitos aos efeitos da falência, visto que são arrecadados e vendidos pelo juízo universal na forma do art. 125 do Decreto-Lei n. 7.661/45, gozando de preferência absoluta, sobrepujando os demais credores.

Inconsistente o argumento de que com o endosso os títulos não compõem mais o patrimônio da falida, pois o endosso-caução não transfere o domínio dos títulos ao endossatário, mas, tão-somente, a posse das cambiais.

A respeito do conceito de endosso-caução ou endosso pignoratício, o escólio de Maria Helena Diniz:

"Aquele que contém cláusula 'valor em penhor' ou 'valor em caução', e por meio do qual o endossante transfere tão-somente a posse do título cambial ao endossatário, que assu-

me o dever de não deixar perecer o direito nele contido. Tal transferência é feita apenas para garantia de uma obrigação do endossante para com o endossatário, obrigação que, se não for cumprida, operará, então, a transformação da posse daquele título de crédito endossado em propriedade (Mauro Grinberg)" (*in* Dicionário Jurídico, vol. II, Saraiva, 1998, pág. 329).

Portanto, não pode ser alegada ofensa ao direito de propriedade, uma vez que o endossatário somente se tornaria titular das duplicatas endossadas, caso a obrigação não fosse cumprida na data do vencimento. Assim, como o término do prazo para o resgate das cártulas se daria somente após a decretação da quebra, o agravante não teve qualquer direito de propriedade violado, posto que ainda não era proprietário dos títulos de crédito dados em garantia.

Por derradeiro, a compensação não pode ser conhecida neste grau de jurisdição, visto que não se opera de pleno direito, devendo o credor invocá-la perante o juízo da falência, pedindo sua declaração por sentença e após a arrecadação que obrigatoriamente deve ser efetuada, sob pena de supressão de instância.

III — Decisão

Posta a questão nesses termos, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Torres Marques.

Florianópolis, 26 de março de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.014531-6, DA CAPITAL/FÓRUM DISTRITAL DO ESTREITO

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Agravo de instrumento — Ação cautelar inominada — Decisões — Principal e conseqüente.

Primeiro interlocutório que deferiu a liminar, determinou a exibição de documentos, a retirada ou vedação da inserção dos nomes dos agravados nos órgãos de proteção ao crédito e o cancelamento ou envio da remessa dos títulos vinculados ao contrato a protesto sob pena de multa diária — Oposição de exceção de incompetência — Suspensão do processo até seu julgamento final — Recomendação da contagem do prazo recursal — Intempestividade comprovada — Matéria preclusa — Não conhecimento.

Atos praticados por juiz incompetente — Desnecessidade de ratificação expressa — Subdivisões territoriais da mesma comarca — Suficiência da determinação de prosseguimento do feito: ratificação tácita — Competência territorial, portanto, relativa — Anulação dos atos dependente da demonstração dos prejuízos — Circunstância não comprovada — Validade.

Falta de intimação do recebimento do feito no juízo competente — Desnecessidade — Intimação da remessa suficiente, e existência de documento que evidencia ter o banco conhecimento do recebimento.

Codecon — Aplicação aos contratos bancários — Questão já praticamente pacificada nos tribunais — Responsabilidade da instituição pela inclusão do nome dos devedores nos cadastros de inadimplentes — Coincidência entre a execução proposta e o valor da causa em relação à efetuada no Serasa — Falta de comprovação de não ter sido o responsável pela medida — Ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito.

Segunda decisão que majorou a multa diária e determinou o seu imediato pagamento sob pena de prisão — Atos praticados depois do recebimento dos autos pelo juízo competente — Ausência de intimação do agravante — Inobservância do princípio do contraditório — Nulidade absoluta — Aumento exagerado da multa — Cálculo realizado em desacordo com o deferido na liminar — Equívoco caracterizado — Reconhecimento da nulidade dos atos praticados, inclusive o interlocutório agravado — Prisão civil — Questão subseqüente à decisão agravada e decidida em habeas corpus — Recurso conhecido e provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.014531-6, da comarca da Capital/Fórum Distrital do Estreito, em que é agravante Banco BMC S.A, e agravados Makenji Importação e Comércio Ltda., Mário Kenji Irie e Regina Celi Zaquine Irie:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer parcialmente do recurso e dar-lhe provimento parcial.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Banco BMC S.A. interpôs agravo de instrumento contra as decisões proferidas pelos Juízes de Direito da 3ª Vara Cível da Capital e da Vara de Exceção Cível do Fórum Distrital do Estreito, nos autos da ação cautelar inominada proposta por Makenji Importação e Comércio Ltda., Mário Kenji Irie e Regina Celi Zaquine Irie.

Informou que o primeiro interlocutório deferiu em parte a liminar para determinar a exibição dos documentos relativos aos contratos firmados, sob pena de busca e apreensão, vedar a prática de qualquer ato de restrição administrativa dos seus créditos, como lançamento de seu nome nos cadastros de inadimplentes (SPC, Serasa, Cadin) ou na Central de Risco do Banco do Brasil, e a remessa dos títulos vinculados ao contrato a protesto, fixando multa diária de três salários mínimos para o caso de descumprimento (fls. 104/106). O segundo, por sua vez, majorou a pena pecuniária imposta, fixando-a em R\$ 5.000,00, e determinou a expedição de carta precatória, tendo como objeto o imediato pagamento do montante relativo à multa decorrente do descumprimento da liminar, a ser calculada dos dias 31/8/2000 até o efetivo cumprimento do *decisum* (fls. 217/222).

Aduziu terem os agravados aforado ação cautelar inominada na comarca da Capital, na qual foi proferida a primeira decisão atacada, deferindo a liminar. Asseverou que, citado, apresentou contestação e opôs exceção de incompetência, acolhida parcialmente para se remeter o processo ao Fórum Distrital do Estreito.

Sustentou que oposta a exceção, os autos principais deveriam ter sido suspensos até o seu julgamento definitivo, o que foi inobservado, e os atos praticados na comarca da Capital ratificados quando do recebimento do processo no foro do Estreito, sob pena de nulidade.

Afirmou, ainda, que os procuradores do agravante, habilitados na revisional e na cautelar, foram intimados da

decisão que decidiu a exceção de incompetência, e depois não foram cientificados de quaisquer outros atos processuais realizados, dentre os quais, o de recebimento do incidente pelo Juízo competente (do Fórum do Estreito).

Pleiteou o reconhecimento da nulidade dos atos praticados por juiz incompetente e não ratificados.

Sustentou estar caracterizado o cerceamento de defesa decorrente da inobservância da obrigatoriedade da intimação sobre o recebimento dos autos pelo Juízo competente, e aduziu ter tomado ciência de tal fato quando do cumprimento da precatória remetida a Curitiba, que objetivava o cumprimento da segunda decisão agravada, ou seja, o imediato pagamento da multa estipulada pelo descumprimento da liminar. Asseverou, ainda, não ter sido intimado da juntada de vários documentos aos autos da cautelar enquanto tramitava no Fórum Distrital do Estreito.

Defendeu a ilegalidade do segundo interlocutório porquanto: a) cominou multa ao banco em virtude da manutenção do nome dos devedores nos cadastros de inadimplentes, sem estar comprovado que tal ato foi praticado pela instituição financeira; b) determinou o pagamento imediato das astreintes independente de processo de cobrança ou execução, exigindo seu pagamento em espécie; e c) decretou a prisão por crime de desobediência sem observar o devido processo legal.

Insurgiu-se contra o valor exigido a título de multa — R\$ 790.245,00 — sustentando que a multa diária foi calculada de forma cumulada para cada suposta inscrição, em desacordo com o determinado na primeira decisão, que

tinha cominado a multa diária de três salários mínimos para o caso de descumprimento da tutela cautelar como um todo.

Sustentou a inadmissibilidade de prisão civil por dívida, salvo nos casos constitucionalmente permitidos.

Disse não ter incluído o nome dos recorridos em qualquer órgão de proteção ao crédito desde a intimação da cautelar, em 31/8/2000, mas explicitou ser obrigatório aos bancos informar ao Bacen os clientes que estão com valores a pagar na instituição financeira, decisão confidencial, e acrescentou não possuir qualquer convênio com o SCI para tais fins, nem ingerência para providenciar a retirada dos nomes dos agravados de referidos bancos de dados.

Ao final defendeu a tempestividade do agravo quanto à decisão proferida às fls. 104/106 e a legalidade da inscrição dos devedores nos cadastros de inadimplentes, em face do que requereu a reforma da primeira decisão, em conseqüência, o afastamento da multa e, alternativamente, a redução desta a valores razoáveis, com seu cômputo inicial contado na data do trânsito em julgado da decisão deste recurso.

Postulou a concessão do efeito suspensivo (fls. 2/35).

Antes da análise do pedido, os agravados protocolaram petição insurgindo-se contra a suspensão dos efeitos da decisão objurgada (fls. 267/268).

Em despacho proferido às fls. 290/295 foi concedida a carga de suspensividade.

Os recorridos vieram novamente aos autos pleiteando o cumprimento da liminar para se determinar a vedação da inscrição bem como a retirada de seus nomes dos cadastros de restrição ao crédito. Requereram, ainda, fosse negado o efeito suspensivo e desprovido o recurso pois o agravante não teria recorrido da decisão concessiva da liminar na oportunidade própria, transitando em julgado (fls. 304/305).

Os agravados opuseram embargos de declaração do despacho do então relator aduzindo ser a decisão contraditória ao basear-se no art. 306 do CPC e ao não considerar a data da decisão definitiva da exceção de incompetência como marco inicial para reabertura dos prazos processuais iniciados na data da citação. Defenderam que proposto o incidente, os prazos automaticamente suspendem-se e recomeçam a contar quando do trânsito em julgado da decisão definitiva da exceção. Insurgiram-se, ainda, contra a afirmação de que as partes devem ser intimadas da chegada dos autos ao juízo competente (fls. 309/314).

Os embargos foram rejeitados às fls. 336/340.

II — Voto

Depreende-se dos autos que, proposta cautelar inominada na comarca da Capital em 2/8/2000 (fls. 38/54), foi distribuída à 3ª Vara Cível. Em 7/8/2000 (fls. 104/106) foi concedida a liminar, restando o procurador do banco intimado da referida decisão por ofício com aviso de recebimento juntado aos autos em 31/8/2000 (fl. 107v.).

Em 5/9/2000 o Banco BMC S.A. apresentou contestação (fls. 109/127) e exceção de incompetência (fls. 226/230), sendo notório que a oposição da exceção acarreta a suspensão automática do curso do processo até a sua decisão final.

Dispõe o art. 306 do Código de Processo Civil: "Recebida a exceção, o processo ficará suspenso (art. 265, III), até que seja definitivamente julgada".

A respeito, lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

"A simples oposição da exceção é causa de suspensão do processo (CPC 265 III). Basta, portanto, que seja protocolizada ou despachada pelo juiz para que se considere suspenso o processo. Não há necessidade de decisão expressa do juiz recebendo a exceção para que o processo seja suspenso. Tendo em vista que o juiz excepto é réu no incidente, não pode ele negar seguimento à exceção, ainda que intempestiva, pois isto caracteriza decisão e o juiz não pode decidir o incidente de que é parte interessada (art. 134, I)" (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, pág. 785).

Nesses termos, tendo sido a exceção oposta no quinto dia do prazo, suspendeu-o nesta oportunidade, recomeçando a contar quando da data em que foi julgada definitivamente, ou seja, em 19/12/2000 (fls. 237/238), quando o incidente foi acolhido em parte para afastar a comarca de São Paulo e considerar competente a Vara de Exceção Cível do Fórum Distrital do Estreito.

Sobre o conteúdo de mencionada *decisum* as partes foram intimadas

por publicação no Diário de Justiça em 3/1/2001, tendo sido o feito remetido ao Juízo competente em 15/5/2001 (fl. 241v.). Mediante pesquisa efetuada no Saj -- Sistema de Automação do Judiciário, denota-se a não interposição de recurso contra essa decisão. Muito embora não tenha sido certificado o trânsito em julgado nos autos, este efetivou-se em 15/2/2001.

O prazo para a interposição do agravo de instrumento, consoante o disposto no art. 522 do Código de Processo Civil, é de 10 dias.

Tendo começado a contar, relativamente ao despacho de fls. 104/106, em 31/8/2000 e suspenso em 5/9/2000 (tendo transcorrido cinco dias), recomeçou em 15/2/2001 (restando mais cinco), expirando em 20/1/2001.

O presente recurso foi interposto tão-somente em 6/8/2001 (fl. 2), do que se vislumbra sua intempestividade em relação à primeira decisão, que determinou a exibição de documentos, vedou a remessa dos nomes dos agravados aos bancos de inadimplentes e a remessa dos títulos a protesto, fixando multa diária de três salários mínimos para o caso de descumprimento.

Não tendo o recorrente se insurgido, operou-se o efeito da preclusão, pelo que não pode pretender re-discuti-las no presente recurso.

É o que dispõe o art. 473 do Código de Processo Civil:

"É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão".

A respeito, leciona Theotonio Negrão que as questões anteriormente decididas e das quais não foi inter-

posto recurso "não poderiam constituir objeto de agravo. Se foram decididas anteriormente, este deve ser interposto, pena de preclusão, salvo o disposto no art. 267, § 3º" (*in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 530, nota ao art. 516).

Todavia, nada obsta que se façam digressões sobre o caso, até porque, pelas alegações da inicial, as questões se entrelaçam.

O recorrente aduziu não terem sido ratificados os atos realizados pelo Juízo incompetente, não ter sido intimado do recebimento dos autos no Fórum Distrital do Estreito e só ter tomado conhecimento dos atos praticados posteriormente, no Juízo competente, quando da expedição de carta precatória à comarca de Curitiba para o cumprimento do pagamento da multa.

Pleiteou, assim, o reconhecimento da nulidade dos atos praticados pelo Juízo da 3ª Vara Cível e da Vara de Exceção Cível.

Cumprime primeiramente relembrar que o feito tramitava na 3ª Vara Cível da Capital e, diante do acolhimento parcial da exceção de incompetência, foi remetido à Vara de Exceção Cível do Fórum Distrital do Estreito. Tratando-se de subdivisões territoriais da mesma comarca, conclui-se pela desnecessidade da ratificação dos atos praticados no primeiro, quando do recebimento pelo segundo.

Ademais, mencionada ratificação pode dar-se de forma tácita, consubstanciada pela determinação do prosseguimento do feito, sendo desnecessária a sua ratificação expressa.

Pontes de Miranda, ao tratar do assunto, assevera: "(...)Trata-se de

suspensão que foi para se decidir quanto à incompetência. Tal providência extraordinária fica dependente de ratificação pelo juiz a que se remeteu os autos, que pode ser tácita, se o juiz competente prossegue no processo sem nenhuma manifestação escrita" (Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IV, arts. 282 a 443, 3ª ed., 1996, pág. 155).

Acresça-se que tão-somente a incompetência absoluta acarreta a nulidade dos atos decisórios praticados, a teor do art. 113, § 2º, do CPC. No caso, cuidando-se de competência territorial e, logo, relativa, os atos praticados pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Capital não são nulos, mas sim anuláveis, fazendo-se necessária a comprovação do efetivo prejuízo às partes, o que restou indemonstrado.

Enquanto o feito tramitava na 3ª Vara Cível o agravante foi devidamente intimado de todos os atos processuais, da decisão que concedeu a liminar, do seu julgamento, bem como da remessa ao Juízo competente. Foi-lhe oportunizado manifestar-se em todas as ocasiões, juntar documentos e requerer o que de direito. Não foi prejudicado, portanto, em nenhuma oportunidade.

Com a remessa ao Juízo competente, ocorrida em 15/5/2001, iniciaram-se os problemas. Verídica a alegação de que a instituição financeira não foi intimada do recebimento dos autos. No entanto, do agravo de instrumento interposto pelo banco na comarca de São Paulo, em 2/5/2001, infere-se que tinha conhecimento de que os autos já tramitavam no Foro Distrital do Estreito (fl. 328). Desarrazoada, portanto, sua pretensão.

Quanto à alegada inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, resta despicienda, diante das posições adotadas por praticamente remansosa jurisprudência dos Tribunais, emanada originariamente do Superior Tribunal de Justiça (*vide* AGRESP n. 237788/RS, Terceira Turma, rel. Min. Castro Filho, publ. em 18/2/2002).

No que diz respeito à inserção do nome dos agravados nos organismos de proteção ao crédito, não obstante, como já se disse, ser matéria preclusa, vale ressaltar que, sem dúvida alguma, foi o agravante quem deu causa ao fato.

Os litigantes firmaram contrato de mútuo de n. 00001293/99, em 2/3/2000 (fls. 65/66), a ser pago em doze prestações, em virtude do qual foi emitida a nota promissória acostada à fl. 141.

Em 5/6/2001, diante da inadimplência dos devedores, o banco aforou execução (fls. 189/192), valorando a causa em R\$ 548.063,23.

Das certidões apresentadas pelo Serasa vislumbra-se que os recorridos tiveram seus nomes inscritos naquele banco de dados em fevereiro de 2001, em face de uma execução proposta na comarca de São Paulo, no valor de R\$ 54.806,31 (fls. 187/188).

Confrontando os dados apresentados deduz-se ter havido equívoco na certidão, porquanto, acrescentado um zero ao valor ali constante, igualar-se-ia ao valor da execucional proposta pela instituição financeira, e a proximidade da data da inscrição e da propositura da demanda evidencia ser o agravante o responsável por tal ato.

Nesses termos, considerando ter a decisão determinado que o banco providenciasse a retirada, bem como não mais inserisse o nome dos agravados em tais registros, caracterizado ficou o descumprimento da ordem.

Se o recorrente pretendia comprovar não ter sido o responsável pela inscrição dos nomes dos devedores nos bancos de restrição ao crédito, dentre os quais o Serasa, deveria ter solicitado a estes certidão em tal sentido.

Diante da máxima de que o ônus da prova cabe ao agravante, quanto ao fato constitutivo de seu direito, ônus que lhe incumbia no presente feito (art. 333 do Código de Processo Civil), não pode ser acolhida mencionada alegação.

A respeito do ônus da prova, impende ainda reproduzir excerto do acórdão da lavra do Des. Trindade dos Santos, que exemplarmente analisou a matéria, *verbis*:

"Conforme acentua o emérito Humberto Theodoro Júnior:

'Não há um dever de provar, nem à parte assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente' (Curso de Direito Processual Civil, Forense, 1994, 12ª ed., vol. I, pág. 411).

"(...) Por igual, anotam os brilhantes Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

'Art. 333, I: Regra geral. Segundo a regra instituída por Paulo, compilada por Justiniano, a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato (Dig. XXII, 3, 2). O autor precisa demonstrar em Juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador do seu direito' (Código de Processo Civil Comentado, RT, 1994, pág. 516).

"Na mesma esteira, tem dito este Tribunal:

'O art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, dispõe que compete ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito, de sorte que, ausente essa prova, impõe-se o não acolhimento do pleito, ainda mais quando o requerido oferece prova de melhor qualidade' (Ap. Cív. n. 34.138, de Palmitos, rel. Des. Gaspar Rubik).

"Sustentando-se o direito em fatos, aquele que invoca, arca com o ônus de prová-los. Faltando consistência objetiva ao pedido do autor, inarredável é a improcedência da prestação jurisdicional' (Ap. Cív. n. 44.087, de Campo Erê, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

"O autor precisa demonstrar em Juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador do seu direito, sob pena de, não o fazendo, ver inacolhida a sua pretensão' (Ap. Cív. n. 96.000425-4, da Capital, rel. Des. Eder Graf)" (in Ap. Cív. n. 96.003229-0, de Itapiranga).

O agravo deve ser limitado, então, à segunda decisão proferida, qual seja, a que majorou a multa diária para R\$ 5.000,00 e determinou o imediato pagamento do montante relativo pelo descumprimento da liminar (fls. 217/222).

O interlocutório é nulo, porquanto teratológico.

Ficou evidenciado, no agravo, que depois da remessa dos autos ao Juízo competente (Fórum Distrital do Estreito) foram praticados vários atos e protocoladas várias petições, relativamente aos quais o banco não foi intimado em nenhuma oportunidade.

Por iniciativa dos agravados, que informavam o descumprimento da liminar e requeriam a sua satisfação, o Magistrado proferiu a decisão recorrida, sem ouvir a parte contrária.

Não foram sequer intimados dos termos do interlocutório que decidiu a questão (fls. 217/222), não lhes sendo oportunizada a impugnação dos valores da multa, só tomando conhecimento do *decisum* quando da expedição e cumprimento da precatória na comarca de Curitiba, desencadeando a prisão do gerente regional do recorrente (30/7/01).

Diante desse contexto, os atos de conteúdo decisório praticados após a remessa para o Foro Distrital foram nulos, não pela essência do despacho do Juízo da 3ª Vara Cível, mas sim pela quebra do princípio do contraditório, que consiste em garantia constitucional apta a assegurar às partes a isonomia processual, ou seja, a igualdade de condições, garantindo-lhes o pleno direito de defesa e de pronunciamento quanto aos atos processuais praticados.

Devem ser intimadas de praticamente tudo que diga respeito a elas ou dos documentos juntados, para, querendo, manifestar-se. A inobservância de tal regra ocasiona a

nulidade dos atos, restabelecendo-se a ordem processual.

A respeito, Humberto Theodoro Júnior enuncia:

"(...) o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo. Não há privilégios, de qualquer sorte.

"Embora os princípios processuais possam admitir exceções, o do contraditório é absoluto, e deve sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo. A ele se submetem tanto as partes como o próprio juiz, que haverá de respeitá-lo mesmo naquelas hipóteses em que procede a exame e deliberação de ofício acerca de certas questões que envolvem matéria de ordem pública.

"(...) O princípio do contraditório reclama, outrossim, que se dê oportunidade à parte não só de falar sobre as alegações do outro litigante, como também de fazer a prova contrária. A não ser assim, cair-se-ia no vazio. E, por isso, nega-se o princípio e comete-se cerceamento de defesa quando se assegura a audiência da parte adversária, mas não se lhe faculta a contraprova" (Curso de Direito Processual Civil, 31ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, pág. 24).

Ainda quanto ao interlocutório objurgado, a majoração da multa de três salários mínimos para R\$ 5.000,00 mostra-se exacerbada, pois calcada simplesmente em parâmetros fora da realidade.

Some-se a isso o fato de o cálculo ter sido efetuado de forma equivocada. No período da suspensão do processo não se pode computar a multa pelo descumprimento da decisão, diante do sobrestamento do feito que obsta a prática de quaisquer atos processuais.

O primeiro despacho agravado, registre-se, transitado em julgado, foi claro ao explicitar que para a "hipótese de descumprimento da tutela cautelar do item c, arbitro a multa diária de 3 (três) salários mínimos" (fl. 6).

Referida tutela cautelar pretendia fosse vedado o banco de incluir o nome dos autores da medida nos cadastros de proteção ou de restrição ao crédito (SPC, Serasa, Cadin e Central de Riscos do Banco Central etc.) pelas respectivas dívidas, bem como evitar a remessa e determinar o cancelamento dos títulos levados a protesto, sob pena de cominação de multa diária (fl. 53).

Por óbvio a multa diária fixada refere-se ao descumprimento da tutela como um todo, e não pode ser cobrada por inscrição de cada um dos devedores efetuada ou mantida incorretamente. Foi este o cálculo efetuado pelo Magistrado que desencadeou um montante absurdo, diante do contexto dos autos.

Erro de tal monta teve o condão de desvirtuar o objeto do feito, no qual os agravados visavam a outras medidas. Diante do desenrolar dos fatos, passaram a discutir o cálculo equivocado da multa, a determinação de seu imediato pagamento e a prisão civil do gerente regional do agravante, afastando-se do pedido inicial e norteador da tutela jurisdicional buscada.

As insurgências apresentadas relativamente ao decreto de prisão civil não podem ser analisadas no presente recurso, pois a segregação foi determinada em decisão subsequente à agravada, e esta Câmara já se pronunciou a respeito quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 2001.013851-4.

Recomenda-se, por fim, ao Juízo de origem que, reabrindo a discussão acerca do pagamento da multa, evite sua interferência quanto ao mérito da lide cautelar, que deverá ser decidida com a brevidade que o caso requer.

Ademais, deverá, caso a parte não o faça espontaneamente — e independentemente da multa já aplicada —, expedir ofício ou mandado ao Serasa e afins, para que excluam os nomes dos agravados dos cadastros no que tange ao débito *sub judice*.

III — Decisão

Diante do exposto, a Câmara conhece do recurso tão-somente em relação à segunda decisão e dá a ele provimento parcial para anular os atos decisórios praticados no Foro Distrital do Estreito, dos quais as partes não foram intimadas, dentre os quais o segundo despacho agravado, ou seja, aquele estampado às fls. 180/185 dos autos principais, e, obviamente, as suas conseqüências já mencionadas.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Fernando Carioni.

Florianópolis, 9 de abril de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.024523-0, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Newton Trisotto

Tributário — Débito fiscal — Parcelamento — Número de prestações — Lei n. 5.983/81 — Orientação interna SEF/DIAT n. 5/99 — Processual — Mandado de segurança — Prova pré-constituída — Ausência — Inexistência de indeferimento liminar da petição inicial — Pronunciamento pelo Tribunal

1. Direito líquido e certo, "para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante" (Hely Lopes Meirelles).

O contribuinte não tem direito, menos ainda líquido e certo, ao parcelamento do débito tributário em prestações que excedem o número previsto no regulamento da lei que autorizou a sua

concessão (Lei n. 5.983/81, com a redação da Lei n. 9.941/95).

2. Não havendo prova pré-constituída do direito invocado ou se evidente que não se reveste das características de liquidez e certeza, deve o juiz indeferir, liminarmente, a petição inicial do mandado de segurança, extinguindo o processo, pois lhe faltará um dos requisitos de admissibilidade (Lei n. 1.533/51, art. 8º). Se não o fizer, poderá fazê-lo o órgão fracionário do Tribunal ao julgar recurso interposto de decisão denegatória ou deferitória da liminar (CPC, art. 267, § 3º).

Os princípios da economia e da instrumentalidade do processo autorizam essa solução. É justo o anseio da sociedade por uma célere prestação jurisdicional; não é razoável, lógico e sensato que seja denegada a liminar porque inexistente direito com as características de liquidez e certeza e se permita o prosseguimento do feito, onerando a sociedade com os custos de um processo que desde logo se evidencia impróprio para a solução do litígio, retardando a tramitação de outras demandas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n.º 2001.024523-0, da comarca de Balneário Camboriú (Vara da Fazenda Pública, Executivos Fiscais, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que é agravante Janaina Monise Kuhn — ME e agravado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, extinguir, de ofício, o processo relativo ao mandado de segurança, prejudicado o recurso.

Custas na forma da lei, pela agravante.

I — Relatório

Janaina Monise Kuhn — ME impetrou mandado de segurança contra o Gerente Regional da Fazenda Estadual de Itajaí, que teria denegado

pedido de parcelamento de débito relativo ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Pelas razões que se seguem, a liminar foi denegada:

"Deixo de conceder a liminar porque, numa análise superficial como a fase processual exige, sopesando os argumentos expendidos pela impetrante com os apresentados pelo impetrado, não considero caracterizado o *fumus boni iuris*, principalmente quanto a insurgência da negativa de parcelamento em sessenta prestações, dada a previsão legal em contrário" (fl. 14).

Dessa decisão a impetrante interpôs tempestivo agravo de instrumento.

Respondido o recurso (fls. 116/118) — ao qual não foi atribuído efeito suspensivo (fls. 109/110) —, manifestou-se a Procuradoria-Geral

de Justiça pela confirmação do veredicto (fls. 122/125).

Havendo questão prejudicial, limito o relatório ao exposto.

II — Voto

1. Quando do julgamento do Mandado de Segurança n. 2000.020270-3, decidiu o Grupo de Câmaras de Direito Público:

"Direito líquido e certo, 'para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante' (Hely Lopes Meirelles).

"O contribuinte não tem direito, menos ainda líquido e certo, ao parcelamento do débito tributário em prestações que excedam o número previsto no regulamento (Orientação Interna SEF/DIAT n. 5/99) da lei que autorizou a sua concessão (Lei n. 5.983/81, com a redação da Lei n. 9.941/95)".

Do acórdão, da minha lavra, transcrevo o excerto que segue:

"1. Não se presta o mandado de segurança à defesa de qualquer direito, mas tão-somente daquele que se revestir das características de liquidez e certeza (CF, art. 5º, LXIX; Lei n. 1.533/51, art. 1º). No expressivo dizer de Celso Agrícola Barbi, 'enquanto, para as ações em geral, a primeira condição para a sentença favorável é a existência da vontade da lei cuja atuação se reclama, no mandado de segurança isto é insuficiente; é preciso não apenas que haja o direito alegado, mas também que ele seja líquido e certo. Se ele existir, mas sem essas características, ensejará o exercício da ação por outros ritos, mas não pelo

específico do mandado de segurança' (Do mandado de segurança, Forense, 2000, 9ª ed., pág. 48).

"Direito líquido e certo, na consagrada lição de Hely Lopes Meirelles, 'é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante' (Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, *habeas data*, Malheiros, 1991, 14ª ed., págs. 25/6 — promovi o destaque).

"Salvo quando especificamente prevista em lei a sua aplicação, não há falar em direito líquido e certo com fundamento no princípio da isonomia ou da equidade. A respeito da *quaestio*, anota Francisco Antônio de Oliveira:

"Tem-se pelo texto legal e constitucional que a segurança é permitida contra o ato viciado por ilegalidade ou por abuso de poder.

'Preleciona Milton Flaks (Mandado, cit., pág. 82) que 'Doutrina e jurisprudência convergem em traduzir a expressão por ilegitimidade, no sentido que lhe emprestam os autores italianos: desconformidade com o direito positivo apurado segundo critérios exclusivamente jurídicos (cf. Seabra Fagundes, O Controle, págs. 150/151)'.

'Prossegue o autor: 'Pressupondo o mandado de segurança uma ilegitimidade, aferida segundo critérios exclusivamente jurídicos, disso resulta não se lhe serem aplicáveis dois institutos de larga utilização do direito pri-

vado: a analogia e a equidade. Importaria a analogia em criar norma de Direito Público, através da decisão judicial, em conflito evidente com os princípios da legalidade e da separação de funções. Equidade, por seu turno, traduz justeza, quando já demonstrado que é interdito ao Poder Judiciário apreciar merecimento da lei ou do ato administrativo'.

'O uso da analogia e da equidade não tem sede em mandado de segurança, posto em que o julgador estará preso à causa de pedir e ao direito indicado pela parte com respectivo fundamento legal, não se aplicando para a espécie o princípio *jura novit curia*. Nesse sentido é a orientação jurisprudencial: 'Em mandado de segurança não cabe a concessão com alteração da fundamentação de direito que o embasar, sendo-lhe inaplicável o princípio *jura novit curia*' (RTJ 63/784, 85/314; RJTJESP 45/137, 68/286)' (Mandado de segurança e controle jurisdicional, RT, 1992, págs. 171/2).

"Milton Flaks, referido por Francisco Antônio de Oliveira, assim discorre sobre o tema:

'§ 32. Conceituação atual.

'130. Em face da imprecisão do texto, os autores procuraram explicar, mas reconhecem a dificuldade em definir o que seja direito líquido e certo.

'Colhe-se da doutrina e jurisprudência amplamente majoritárias, variando a ênfase, apenas, neste ou naquele aspecto, que a certeza e liquidez do direito, em tema de mandado de segurança, pressupõem:

'a) apoio em norma legal expressa ou em garantias individuais claramente implícitas na Lei Maior (*infra*, § 33);

'b) suporte fático indubitável, comprovado de plano (*infra*, § 35);

'c) direito subjetivo próprio (*infra*, § 36) e delimitado pelo objeto do pedido (*infra*, § 38);

'd) inexistência de condições suspensivas ou óbices ao seu exercício (*infra*, § 39);

'§ 33. Certeza jurídica.

'131. Demonstrou-se (...) que a jurisprudência, em regra, não acolhe o mandado, quando o impetrante invoca analogia, equidade, princípios gerais do Direito ou, de modo vago, o espírito da Constituição. O entendimento dominante é o de que inexistirá certeza do direito se não tem como supedâneo uma norma expressa, cujo descumprimento configura a lesão que se pretende corrigir.

'Essa formulação, entretanto, como toda regra, comporta exceções, porém em casos muito particulares. Consoante já se decidiu, 'o direito que resulta, não da letra da lei, mas do seu espírito, exurgindo implicitamente do texto, também pode apresentar a liquidez e a certeza que se exigem para a concessão do mandado de segurança' (Mandado de segurança — pressupostos da impetração, Forense, 1980, págs. 114/6).

"2. Quanto ao parcelamento dos débitos tributários, dispõe a Lei Estadual n. 5.983/81, com a redação da Lei n. 9.941/95:

'Art. 70. Os créditos tributários vencidos poderão ser pagos parceladamente, mediante despacho da autoridade competente:

'I — em até 12 (doze) prestações, na denúncia espontânea;

'II — em até 60 (sessenta) prestações, quando exigido por notificação fiscal'.

"O Regulamento do ICMS repe- te, em seu artigo 63, o dispositivo le- gal reproduzido.

"A impetrante obteve parcela- mento de seus débitos para com a Fa- zenda em duas (fls. 22 e 26) e seis (fl. 35) prestações. Reclama o parcela- mento em doze prestações. Repito, estatui a lei que os créditos vencidos 'poderão ser pagos parceladamente (...) em até 12 (doze) prestações, na denúncia espontânea'. Não há direito, menos ainda líquido e certo, ao parce- lamento. Compete à Fazenda Pública deferi-lo e fixar o número de presta- ções.

"O art. 73 da Lei n. 5.983/81 dispõe que 'as condições e garantias do parcelamento serão estabelecidas no Regulamento'.

"Autorizado por essa delega- ção, o Diretor de Administração Tribu- tária, através da Orientação Interna SEF/DIAT n. 5/99, estabeleceu crité- rios razoavelmente objetivos para de- terminação do número de prestações de cada parcelamento:

'1. A determinação do número máximo de prestações a ser conce- dido nos pedidos de parcelamento de créditos tributários que tiverem vencimento em data posterior a 30 de novembro de 1998 (não alcança- dos, portanto, pelas disposições da Lei n. 11.072/99) deverá obedecer ao disposto na presente Orientação Interna.

'2. Na concessão de parcela- mento de créditos tributários, consti- tuídos de ofício ou denunciados es- pontaneamente, o número máximo de

parcelas a ser concedido será deter- minado com base no número de períodos de apuração em que ocorri- dos os fatos geradores do tributo a que se refere o respectivo crédito, na proporção máxima de 2 (duas) parce- las para cada período de apuração, obedecidos os limites fixados pelo art. 63 do RICMS, aprovado pelo Decreto n. 1.790/97, que dispõe:

'Art. 63. O crédito tributário de- corrente de ICMS vencido e não pago poderá ser parcelado:

'I — em até 12 (doze) presta- ções, quando denunciado espontanea- mente (Lei n. 9.941/95, art. 2º);

'II — em até 60 (sessenta) pres- tações, quando exigido por Notifica- ção Fiscal (Lei n. 9.941/95, art. 2º).

'§ 1º. São competentes para conceder o parcelamento:

'I — quando denunciado espon- taneamente:

'a) o Gerente Regional da Fa- zenda Estadual, em até 6 (seis) pres- tações;

'b) o Secretário de Estado da Fazenda, em até 12 (doze) presta- ções;

'II — quando exigido por Notifi- cação Fiscal:

'a) o Gerente Regional da Fa- zenda Estadual, em até 24 (vinte e quatro) prestações;

'b) o Diretor de Administração Tributária, em até 42 (quarenta e duas) prestações;

'c) o Secretário de Estado da Fazenda, em até 60 (sessenta) pres- tações.

(...)

'§ 5º. Em qualquer caso, não será concedido parcelamento que implique prestação de valor inferior a 200 (duzentas) Unidades Fiscais de Referência — UFIR'.

'3. Dessa forma, quando o crédito tributário referir-se a fatos geradores ocorridos em apenas um período de apuração, o parcelamento poderá ser concedido em, no máximo, duas parcelas; referindo-se a fatos geradores ocorridos em dois períodos de apuração, o número máximo de parcelas será quatro, e assim sucessivamente, até os limites do já citado art. 63 do RICMS.

'4. Os créditos tributários relativos a fatos geradores ocorridos em mais de 12 (doze) períodos de apuração deverão ser parcelados, preferencialmente, em até 24 (vinte e quatro) prestações, reservando-se a possibilidade de parcelamento em maior número de prestações a casos particularmente excepcionais'.

"Conforme esse regulamento, quando o crédito tributário referir-se a apenas um período de apuração, como ocorre *in casu*, o parcelamento não poderá exceder a duas prestações".

A *quaestio juris* retratada nos autos assemelha-se àquela que deu origem ao acórdão acima transcrito. A toda evidência, não tem a impetrante direito líquido e certo ao parcelamento nos termos do seu pedido.

2. Prescreve o art. 8º da Lei n. 1.533/51: "A inicial será desde logo indeferida quando não for caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta lei".

A lei, repetindo norma constitucional (art. 5º, LXIX), dispõe que "conceder-se-á mandado de segurança pa-

ra proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça". Conforme a doutrina (Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança; ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, *habeas data*, RT, 9ª ed., pág. 11; Castro Nunes, do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público, Forense, 1987, 9ª ed., pág. 56; Carlos Alberto Menezes Direito, Manual Do mandado de segurança, Renovar, 1999, 3ª ed., pág. 62), e a jurisprudência, "a ausência de prova pré-constituída do direito líquido e certo inviabiliza a utilização do *mandamus*" (ACMS n. 5.755, Des. Eder Graf; MS n. 88.063149-0, Des. Trindade dos Santos).

No expressivo dizer de Celso Agrícola Barbi, "enquanto, para as ações em geral, a primeira condição para a sentença favorável é a existência da vontade da lei cuja atuação se reclama, no mandado de segurança isto é insuficiente; é preciso não apenas que haja o direito alegado, mas também que ele seja líquido e certo. Se ele existir, mas sem essas características, ensejará o exercício da ação por outros ritos, mas não pelo específico do mandado de segurança" (Do mandado de segurança, Forense, 2000, 9ª ed., pág. 48).

A prova do direito líquido e certo invocado constitui requisito de admissibilidade do mandado de segurança.

E cumpre ao juiz o controle da admissibilidade de qualquer ação. A respeito, ensina Pontes de Miranda:

"Quando o autor erra na escolha do tipo de procedimento, tem o juiz de indeferir a petição inicial. Não tem eficácia acordo explícito ou implícito que permite ou mesmo que impõe determinado tipo, ou rito processual. O assunto é de direito processual. Se se trata de espécie da ação (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva) e, no direito material, há pretensão e as ações que são separáveis, não há óbice" (Comentários ao código de processo civil, Forense, 1996, 3ª ed., pág. 94).

Se evidente que o direito do impetrante não é líquido e certo pode e deve o juiz indeferir, *in limine*, a petição inicial do mandado de segurança (Lei n. 1.533/51, art. 8º). Se não o fizer, poderá fazê-lo o órgão fracionário do Tribunal ao julgar recurso de decisão denegatória ou deferitória da liminar (CPC, art. 267, § 3º).

Os princípios da economia e da instrumentalidade do processo autorizam essa solução. É justo o anseio da sociedade por uma célere prestação jurisdicional; não é razoável, lógico e sensato que seja denegada a liminar porque inexistente direito com as características de liquidez e certeza e se permita o prosseguimento do feito, onerando a sociedade com os custos de um processo que desde logo se evidencia impróprio para a solução do litígio, retardando a tramitação de outras demandas.

É certo que, em princípio, não pode ser indeferida a petição inicial por fundamento relacionado com o mérito da causa. Com apoio na doutrina e na jurisprudência, tenho sustentado que "é inadmissível a extinção do processo, liminarmente, por funda-

mento relacionado com o próprio mérito da causa (RMS n. 6.063, Min. Ari Pargendler)" (AC n. 1998.014789-1). Há julgados, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido:

"Mandado de segurança. Denegação liminar pelo Relator, com exame do mérito da ação mandamental. Confirmação pelo acórdão proferido no agravo regimental interposto pelo impetrante.

"É nulo o acórdão que, sem observar o devido processo legal, decide o mérito do mandado de segurança. No caso, o aresto foi proferido sem que antes tenha sido notificada a autoridade impetrada para prestar informações e de manifestação do Ministério Público" (RMS n. 1.221, Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

"— O indeferimento liminar do mandado de segurança somente é possível quando a falta das condições da ação estiver evidente (Lei n. 1.533/51, art. 8º).

"— Não é lícito ao Relator, substituindo-se ao colegiado competente para o julgamento do pedido de segurança, apreciar-lhe o mérito, para em atividade que não deve ultrapassar a prelibação, denegar de plano a pretensão" (RMS n. 1.458, Min. Humberto Gomes de Barros).

"Indeferimento liminar. Ilegalidade quando a decisão se respalde em razões de mérito, não compreendidas na relação constante do art. 8º da Lei n. 1.533/51" (RMS n. 5.852, Min. José Dantas).

Porém, apoiado em lição de Teori Albino Zavascki, igualmente tenho afirmado que "em direito não há lugar para absolutos" (Antecipação da tutela, Saraiva, 2ª ed., 1999, pág.

152). Pode ser indeferida a petição inicial e, por via de consequência, extinto o processo quando o demandante for carecedor da ação, o que ocorre, em relação ao mandado de segurança, quando o direito invocado não se revestir de liquidez e certeza. A extinção do processo, nesses casos, não obstará o ajuizamento de ação de outra natureza para satisfação da pretensão resistida.

3. Em face do exposto, de ofício, julgo extinto o processo relativo ao mandado de segurança, prejudicando o recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, de ofício, extinguiram o processo

relativo ao mandado de segurança, prejudicado o recurso.

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

Florianópolis, 25 de março de 2002.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;

Newton Trisotto,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.017020-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

Agravo. Ação cautelar preparatória. Retenção ou desconto dos vencimentos creditados em conta corrente. Débito automático de valores correspondentes às prestações derivadas de instrumento particular de contrato de abertura de crédito, com reconhecimento e confissão de dívidas e outras avenças em conta corrente. Inadmissibilidade. Constituição da República, art. 7º, inc. X. CPC, art. 649, inc. IV. Recurso desprovido.

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

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.017020-5, da comarca da Capital, em que é agravante Banco do Estado de Santa Catarina S.A. - Besc e agravado Milton Santangelo Souza:

Custas na forma da lei.

Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc opôs agravo contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca da Capital proferida em ação cautelar prepara-

tória promovida por Milton Santangelo Souza.

A decisão agravada concedeu medida liminar no sentido de impedir a transferência ou débitos dos proventos de aposentadoria da conta corrente do autor agravado e determinou a devolução das quantias retidas.

O banco agravante aduziu que: I) a decisão é *ultra petita*, pois não foi requerida a devolução de todas as quantias retidas, mas apenas dos meses de junho, julho e agosto de 2001; II) a concessão da medida liminar caracteriza antecipação de tutela, que é matéria estranha ao procedimento cautelar; III) os débitos efetuados decorrentes do contrato são legais, pois foram realizados por autorização expressa da agravada; IV) a inaplicabilidade das disposições dos arts. 7º, inc. X, da Constituição da República, e 649, inc. IV, do CPC; V) a Lei n. 6.745/1985 autoriza o desconto em folha de pagamento referente à consignação de prestações; VI) o ajuizamento de demanda judicial em que se impugna o *quantum* contratado, não constitui óbice ao não cumprimento do avençado.

O Relator originário concedeu parcialmente o efeito suspensivo ao agravo.

O agravado não apresentou resposta.

É o relatório.

I. O banco apontou a ocorrência de julgamento *ultra petita*, pois a decisão determinou que todas as quantias pertencentes ao autor agravado fossem estornadas, enquanto o autor requereu apenas a devolução das quantias referentes aos meses de junho, julho e agosto de 2001.

Afasta-se a alegação de julgamento *ultra petita*, pois o Magistrado, ao fundamentar sua decisão na impenhorabilidade de proventos de aposentadoria e na incidência do Código de Defesa do Consumidor, aplicou teses que tratam de matéria de ordem pública e que podem ser conhecidas de ofício.

O art. 1º da Lei n. 8.078/1990 prescreve:

"O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e artigo 48 de suas Disposições Transitórias".

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery em Código de Processo Civil comentado, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág. 436:

"3. Princípio dispositivo e ordem pública. As questões de ordem pública devem ser conhecidas *ex officio* (v.g., CPC, 267, § 3º, 301, § 4º), independentemente de pedido da parte ou interessado. As questões de direito indisponível (...), podem ser investigadas no processo de ofício. O juiz, por exemplo, pode declarar nula determinada cláusula contratual, mesmo sem requisição da parte, e até contra sua vontade, porque o vício de nulidade é proclamável de ofício. As questões de ordem pública podem ser consideradas, do ponto de vista prático, incluídas implicitamente no pedido (...)".

Ademais, sobre as normas de ordem pública leciona Eduardo Gabriel Saad em Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Lei n. 8.078, de 11/9/90, 3ª ed., São Paulo: LTR, 1998, págs. 57/58:

"O art. 1º do Código e aqui sob comento diz — de modo a não deixar subsistir qualquer dúvida — que suas disposições são de ordem pública de interesse social.

"Em decorrência dessa regra, sobre ela — em nenhuma hipótese — poderá prevalecer a vontade das partes na formação dos numerosos contratos que emergem das relações de consumo.

"Nessa ótica, conclui-se que o consumidor está impedido de renunciar a quaisquer direitos que o Código lhe outorga como também o fornecedor não pode furtar-se ou exonerar-se de qualquer responsabilidade que o Código lhe atribui por meio de eventuais cláusulas contratuais (...).

"A par disso, é sabido quão difícil é definir-se o que seja norma de ordem pública (...).

"Clóvis Beviláqua definiu as normas de ordem pública como 'as que, em um Estado, estabelecem princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito' (...).

"Passando em revista as opiniões dos mais doutos sobre o assunto, verifica-se que todos reconhecem serem características fundamentais da norma de ordem pública: a) a sua importância para as estruturas sociais e b) a impossibilidade de ser ela derogada por ato de iniciativa do interessado".

Clóvis Beviláqua em Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, edição histórica, vol. I, 5ª tiragem, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980, págs. 154/155, comenta:

"A noção de ordem pública é uma das mais inconsistentes do direito. Mas o senso jurídico percebe-a, sem dificuldade, no momento, em que ella deve reagir contra o elemento, que a perturba. É que ella se estende, tutelar, sobre toda a vida organica do Estado, e, por isso mesmo, variam, consideravelmente, as possibilidades de offendel-a. Intervindo os exageros de sensibilidade de um lado e as tendencias invasoras de outro, faz-se a perturbação nos espiritos. Por isso o Instituto de direito internacional, ha annos, fazia votos para que, em cada Estado, se definisse o que se devia entender por ordem publica (*Revue de droit int. et lég. comp.*, 1810, pág. 334).

"Leis de ordem publica são aquellas que, em um Estado, estabelecem os principios, cuja manutenção se considera indispensavel á organização da vida social, segundo os preceitos do direito...".

São colacionados precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

1) Agravo de Instrumento n. 98.016669-1, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, Quarta Câmara Civil, j. 4/5/2000:

"Rescisão contratual. Aquisição de sala comercial. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Reconhecimento de ofício. Possibilidade. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do Codecon. Verossimilhança dos fatos argüidos. Decisão correta. Agravo de instrumento desprovido.

"*Ex vi* do disposto no art. 1º do Código de Defesa do Consumidor, as matérias nele tratadas são de ordem pública, de sorte que ao magistrado é dado reconhecer essa incidência de

ofício, aplicando as disposições protetivas no caso concreto, ainda que a parte interessada tenha-se omitido a respeito (...)"

2) Agravo de Instrumento n. 20000.017418-1, de Itajaí, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 20/11/2000:

"Código de Defesa do Consumidor. Aplicação às instituições financeiras. Inversão do ônus da prova. Possibilidade.

"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.

"Em face do caráter de ordem pública das normas de direito do consumidor, pode-se operar, ainda que de ofício, a inversão do ônus da prova. Exegese do art. 6º, inc. VIII, c/c art. 1º, do CDC".

Nesse sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery em Código de Processo Civil comentado, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág. 853, nota 2:

"Impenhorabilidade do crédito trabalhista. O CPC, 649, II a IX estatui o *beneficium competentiae*, ou seja, a impenhorabilidade processual absoluta dos bens ali enumerados. É norma de ordem pública, das quais as partes não podem dispor, pouco importando haja a própria executada os oferecido. Os direitos da executada provenientes de reclamação trabalhista são impenhoráveis pois decorrem de remuneração, salário a qualquer tí-

tulo (1º TACivSP, AI n. 536051, rel. Rodrigo de Carvalho, j. 7/4/1993)".

A teor do disposto no art. 290 do CPC, as obrigações que consistem em prestações periódicas consideram-se incluídas no pedido.

José Joaquim Calmon de Passos, em Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, arts. 270 a 331, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, págs. 193/194, anota:

"Quando, pois, a obrigação inclui prestações periódicas, por conseguinte, nas ações que tendam ao cumprimento de obrigações por trato sucessivo, diz o artigo que elas serão incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor.

"Cuida-se, na espécie, de um dos tipos de pedidos implícitos.

"(...) O art. 290 é aplicável quando a obrigação consiste em prestações periódicas. Pedindo-se o adimplemento da obrigação, necessariamente se está pedindo o cumprimento das prestações. Ainda quando não mencionadas expressamente, elas se contêm no pedido".

Ademais, o juiz limita-se à descrição fática do conflito de interesses e não a qualificação jurídica apresentada pelo autor, conforme ensina Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso em Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. 11., São Paulo: Saraiva, 1999, Coleção Sinopse Jurídica, págs. 37/38:

"Nosso sistema processual optou pela adoção da teoria da substanciação da causa de pedir, na qual se releva a descrição fática para a análise da identidade de ações, ao contrário do direito italiano, em que se adota a

teoria da individualização (relevância da causa de pedir jurídica ou próxima). Por essa adoção, possibilita-se ao juiz dar uma qualificação jurídica aos fatos constitutivos do autor diversa daquela narrada na petição inicial ('narra-me os fatos que te darei o direito').

"Como exemplo podemos mencionar um acidente de trânsito, no qual o autor entende ter o requerido agido com imperícia. O juiz não se vincula a essa qualificação jurídica dos fatos constitutivos do direito do autor, podendo acolher a demanda através de outra fundamentação legal, ou seja, mediante o reconhecimento de que os fatos narrados na inicial não caracterizam a imperícia do réu, mas sim a imprudência.

"(...) Daí por que a relevância da correta descrição fática dos motivos que levam o interessado a provocar a jurisdição, pois são esses os dados que limitarão o conhecimento do juiz quando do proferimento da sentença de mérito, sendo irrelevante a divergência entre a qualificação jurídica dada pelo autor aos fatos e aquela afirmada pelo prolator da decisão".

II. Observa-se que o agravado promoveu ação cautelar preparatória para a suspensão e o estorno dos débitos em conta corrente.

Não há dúvida que o tipo de pretensão apresentada pelo agravado pode ser objeto de pedido de tutela antecipada em ação de conhecimento, pois a suspensão e o estorno dos débitos da aposentadoria do agravado em conta corrente correspondem à antecipação de efeitos de sentença.

Mesmo que a medida ora analisada tenha cunho satisfativo, impõe-se a utilização do princípio da ins-

trumentalidade do processo para que o sistema seja capaz de produzir os resultados satisfatórios e alcançar os seus escopos não apenas jurídicos, mas também políticos e sociais.

O processo não é um fim em si mesmo e, na aplicação das normas processuais, a forma deve estar a serviço do direito material.

A doutrina processual há muito consagra o entendimento acima preconizado, conforme se constata nas obras de destacados processualistas como, por exemplo, Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Guilherme Marinoni, Kazuo Watanabe e José Carlos Barbosa Moreira.

O tema, aliás, mereceu tratamento específico com a mais recente reforma do CPC por meio da Lei n. 10.444, de 7/5/2002, que inseriu o § 7º ao art. 273 para definir que a medida urgente pode ser deferida sem a necessidade de se manejar o provimento específico.

Não se olvide, por outro lado, da redação do art. 798 do CPC que confere ao juiz o poder geral de cautela, autorizando-o a determinar as medidas provisórias adequadas desde que presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Diante dessas circunstâncias, observa-se que o agravado demonstrou a presença desses pressupostos: a) *fumus boni iuris*, pela alegação de que a instituição bancária vem praticando a apropriação indevida da aposentadoria; b) *periculum in mora*, para que o autor possa dispor dos valores para a manutenção das necessidades básicas.

A prova inequívoca de que trata o art. 273 do CPC é aquela suficiente

para a formação do juízo de verossimilhança, pois que de juízo de certeza não se trata quando se cogita de tutela sumária de urgência.

Por outro lado, recorde-se que, como se trata de relação de consumo, aplica-se a regra do art. 6º, inc. VIII, da Lei n. 8.078/1990 que prevê a possibilidade da inversão do ônus da prova em favor da parte hipossuficiente.

III. O banco alega que os débitos efetuados foram expressamente autorizados pelo agravado.

Observa-se que o extrato de fl. 35 comprova que o banco realizava débitos relativos a seus vencimentos. Ocorre que, em 4/6/2001, o extrato aponta "proventos R\$ 2.356,71" e na mesma data consigna "liquidação parcela LCG R\$ 3.281,31".

O instrumento particular de contrato de abertura de crédito, com reconhecimento e confissão de dívidas e outras avenças — tabela price celebrado entre as partes, na cláusula sétima (contrato fl. 31), autoriza o banco a verdadeiro confisco, pois o agravante em vez de utilizar-se do processo executivo em face da inadimplência, aproveita-se da circunstância de que o depósito mensal dos vencimentos do servidor público aposentado se faz em conta corrente e procede ao desconto automático valendo-se de cláusula abusiva.

Ora, os vencimentos de servidor público não podem ser objeto de penhora (RT 618/198 e 719/209).

Theotonio Negrão em Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 33ª ed., 2002, pág. 715 (art. 649:25) traz os seguintes precedentes:

"Art. 649:23a É inadmissível a penhora mediante desconto parcelado, em folha de pagamento, dos vencimentos do funcionário (RT 711/133).

"Art. 649:23b. 'Proventos de aposentadoria não podem ser objeto de penhora, ainda que a requerimento do devedor, em razão do princípio da impenhorabilidade absoluta, que por ser de ordem pública é irrenunciável' (RT 719/209)".

Logo, mesmo que o agravado tenha autorizado o desconto diretamente da sua conta corrente, o fato é que o banco não pode apropriar-se dos valores correspondentes aos seus proventos, indispensáveis para a sua manutenção e de sua família.

Nesse sentido, precedente em Agravo de Instrumento n. 99.017295-3, de Dionísio Cerqueira, rel. Des. Carlos Prudêncio, Primeira Câmara Civil, j.10/2/2000:

"Agravo de instrumento. Desconto automático de conta corrente, do depósito mensal de aposentadoria, a título de saldo devedor de empréstimo. Impossibilidade.

"(...) São absolutamente impenhoráveis, *ex vi* do art. 649, IV, do CPC, proventos de aposentadoria depositados mensalmente em conta corrente e indispensáveis ao sustento familiar.

"O seu desconto automático em conta corrente bancária apresenta-se eivado de ilegalidade, pois se nem mesmo o juízo está autorizado a proceder tal apreensão, muito menos o está uma instituição financeira.

"Eventual cláusula contratual autorizativa de tal proceder encontra-se inevitavelmente atacada por ví-

cio de ilegalidade, pois a impossibilidade de bloqueio de verbas salariais constitui-se em norma cogente que não pode ser arcada por convenção das partes (...).

Na mesma direção, Agravos ns. 2000.015147-5 da Capital e 2000.015918-2 de Pinhalzinho, Quarta Câmara Civil, Relator o signatário.

IV. O agravante reclama da inaplicabilidade do disposto nos arts. 7º, inc. X, da Constituição da República, e 649, inc. IV, do CPC.

O grande Rui Barbosa, em Comentários à Constituição Federal Brasileira, vol. II, São Paulo, 1933, pág. 489, refere que não há em uma constituição cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras ditadas pela soberania nacional.

Celso Ribeiro Bastos em Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, São Paulo: Saraiva, 1989, págs. 440/441, registra:

"(...) Isto, contudo, não impede constatar que a própria Constituição já tome uma série de medidas normativas no sentido de proteger o salário do empregado.

"(...) A proteção abrange também a intangibilidade do salário relativamente a atos de apreensão de terceiros, que vão desde a sua impenhorabilidade até o seu enquadramento jurídico como crédito privilegiado na falência.

"O inciso sob comento, na qualidade de princípio, é suscetível de uma concretização crescente, cujos parâmetros máximos são, a rigor, impossíveis de previsão. De outra parte cumpre notar que a Consolidação das

Leis do Trabalho já contém diversas normas com finalidade protetora.

"(...) Encontramos ainda uma proteção jurídica aos salários no Código de Processo Civil. Seu art. 649, inc. IV, determina a impenhorabilidade das quantias recebidas a título de salário, salvo a hipótese de pagamento de pensão alimentícia (...).

José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 20ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002, págs. 293/294, ensina:

"Quanto à proteção do salário, consta agora explicitamente da Constituição. (...) Mas dois preceitos são específicos nesse sentido: o do art. 7º, VI, segundo o qual o salário é irreduzível, que, no entanto, não é rígido, pois a Constituição permitiu que possa ser reduzido por cláusula de convenção ou acordo coletivo; e o do inciso X do mesmo artigo, que prevê a proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; a lei é que indica a forma dessa proteção, e já o faz de vários modos: 'contra o empregador, contra os credores do empregador, contra o empregado e contra os credores do empregado'; por isso é que, além de irreduzíveis, os salários são impenhoráveis, irrenunciáveis e constituem créditos privilegiados na falência e na concordata do empregador. A segunda parte do dispositivo já define como crime retenção dolosa do salário, o que, nos termos da legislação penal vigente, caracteriza apropriação indébita".

Nesse sentido, precedente em Agravo de Instrumento n. 2000.017786-3, de Orleans, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 3/5/2001:

"Direito bancário. Cautelar inominada. Funcionário público aposentado. Proventos de aposentadoria. Impenhorabilidade. Conta corrente. Desconto de saldo devedor. Exercício arbitrário das próprias razões.

"Não é permitido aos bancos solucionarem seus conflitos pela própria força, suprimindo os direitos constitucionais dos cidadãos (art. 5º, inc. LIV, e art. 7º, inc. X) e afrontando ao próprio Estado de Direito, pois a autotutela foi abolida há muito tempo como forma de solução dos conflitos, cabendo ao Estado, através do Poder Judiciário, a prestação da jurisdição' (AI n. 99.016712-7, da Capital, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 7/12/1999).

"A teor do art. 649, inc. IV, do Código de Processo Civil, os venci-

mentos dos funcionários públicos são insuscetíveis de penhora, sendo defeito ao credor proceder ao desconto do saldo que entende devido junto à conta corrente do devedor, em conduta equiparada ao exercício arbitrário das próprias razões".

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cernato Padilha.

Florianópolis, 15 de agosto de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente, com voto;

Nelson Schaefer Martins,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.020064-3, DE IÇARA

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

Agravo. Ação de rescisão contratual. Liminar de tutela antecipada. Tese de nulidade da decisão por ausência de fundamentação afastada. CPC, art. 165. Pagamento de valor residual garantido — VRG — Antecipadamente. Descaracterização do contrato de arrendamento mercantil. Transfiguração para contrato de compra e venda em prestação. Código de Defesa do Consumidor, arts. 3º, § 2º, e 53. Interdito para retomada do bem dependente de análise: I) da licitude das cláusulas contratuais e da eventual caracterização da mora; II) da oferta de oportunidade para a purgação da mora; e III) da prévia devolução das parcelas pagas. Recurso provido.

A ausência de posse ou propriedade do bem por parte da companhia de arrendamento mercantil ante a transferência de fato e de direito ao adquirente por força de contrato de compra e venda em prestação inviabiliza a concessão de liminar possessória.

O pedido de rescisão de contrato de leasing e a retomada do bem é juridicamente possível. O que não se vislumbra como passível de obtenção é a liminar por antecipação de tutela para a imissão na posse ou apreensão do bem, sem que: I) se cogite da licitude ou ilicitude da inadimplência (e conseqüente análise da validade das cláusulas e encargos); II) se ofereça oportunidade ao devedor para a purgação da mora; III) se determine a prévia devolução das parcelas pagas nos termos do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.020064-3, da comarca de Içara, em que é agravante Everson Lobo Franco & Cia. Ltda. e agravada Safra Leasing S.A. Arrendamento Mercantil:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, afastar a preliminar, e quanto ao mérito dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Everson Lobo Franco & Cia. Ltda. opôs agravo contra decisão do Dr. Juiz de Direito da comarca de Içara que em ação declaratória de rescisão contratual movida por Safra Leasing S.A. Arrendamento Mercantil deferiu a tutela antecipada para a apreensão do veículo e respectivo depósito do bem com a agravada.

Apontou a nulidade da decisão agravada por deficiência de fundamentação, ausência dos requisitos da tutela antecipada e inexistência de contraditório.

Asseverou que a agravada promoveu a ação de rescisão contratual sob o argumento de que a agravante deixou de efetuar o pagamento de uma parcela do contrato de arrendamento mercantil.

Ocorre que o contrato, ao prever a cobrança antecipada do Valor Residual Garantido (VRG) desde seu início, descaracterizou-se como *leasing* para transfigurar-se em contrato de compra e venda. Por conseqüência, argumentou que a liminar não possessória não seria admitida, permitida apenas a penhora para garantia de execução do contrato.

Informou que o veículo tem seguro total e advertiu que o bem sofrerá depreciação se mantido na posse da agravada. Indicou a circunstância da indispensabilidade do veículo para o funcionamento da empresa.

O eminente relator originário Des. Jaime Ramos não deferiu o efeito suspensivo.

A agravada apresentou contra-razões.

O agravo é tempestivo, encontra-se preparado e contém os pressupostos de admissibilidade.

É o relatório.

I. Afasta-se a tese de nulidade da decisão agravada, eis que apesar de concisa, encontra-se suficientemente fundamentada, a teor do art. 165 do CPC.

A decisão impugnada (fl. 11, agravo, fl. 29, autos originais) refere-se: I) à propositura de ação de res-

cisão contratual; II) à pretensão da arrendadora no sentido da apreensão e entrega do bem; III) à permanência do veículo na posse da agravante; IV) à persistência da propriedade do utilitário por parte da companhia de arrendamento mercantil; V) à mora do agravante devidamente notificada; VI) à caracterização do esbulho possessório.

Quanto ao mérito, a decisão pode conter equívoco (*error in iudicando*).

Quanto à forma, porém, a "sentença liminar", para utilizar a expressão de Ovídio Baptista da Silva, em Curso de Processo Civil: processo cautelar, tutela de urgência, vol. III, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pág. 20, contém os requisitos indispensáveis à sua validade, pois revela a convicção do julgador acerca do juízo de verossimilhança.

A propósito, decidi a Quarta Câmara Civil em Agravo n. 2000.012636-5, de Chapecó, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 17/5/2001:

"O que informa a nulidade das decisões judiciais não é, de forma alguma, a escassez da fundamentação que lhe é emprestada, mas a absoluta ausência de fundamentação. Existente motivação, ainda que sucinta, ela existe, não restando autorizado o reconhecimento de sua nulidade".

II. Assiste razão à agravante na sua advertência a respeito da descaracterização do contrato de arrendamento mercantil e a sua transformação em contrato de compra e venda em prestações

Verifica-se pelo documento de fl. 18 que o valor residual garantido é cobrado antecipadamente: "011-5 (va-

lor residual) vencida(s) em 31/5/2001, valor corrigido até esta data R\$ 899,00", cumulativamente com as parcelas correspondentes à locação do bem, circunstância aliás confirmada pela agravada (fl. 20, item 3).

Logo, o contrato de *leasing* desvirtuado convolou-se em compra e venda em prestação. Nesse caso, torna-se inviabilizada a pretensão possessória e a correspondente apreensão e devolução do bem à agravada.

Apesar de ter-se intitulado a ação como "rescisão contratual", o fato é que o pedido contém pretensão equivalente à reintegração de posse prevista no art. 926 e seguintes do CPC.

O contrato em análise é típico contrato simulado de *leasing* financeiro, e por esta razão o colendo Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 181.095/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 18/3/1999, decidiu:

"*Leasing*. Financeiro. Valor residual. Pagamento antecipado. TR. Juros. Limite. A opção de compra, com o pagamento do valor residual ao final do contrato, é uma característica essencial do *leasing*. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099 de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83), com desaparecimento da causa do contrato e prejuízo ao arrendatário. Aplicação da Súmula 596/STF para a limitação da taxa de juros em operações das instituições financeiras. Matéria não prequestionada sobre a Lei n. 9.069/95 (TR). Re-

curso conhecido em parte (Súmula 596/STF) e nessa parte provido".

No mesmo sentido, REsp n. 213.850/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 10/8/1999, e esta Quarta Câmara Civil do TJSC em Apelação Cível n. 96.007266-7, de Taió, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 8/2/2001; Apelação Cível n. 99.005373-3, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 7/12/2000; Apelação Cível n. 99.019645-3, de Lages, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 10/8/2000.

Logo, tem-se que o contrato de arrendamento mercantil perdeu algumas características essenciais como por exemplo: a) a aquisição do bem, a final, pelo pagamento do valor residual adredemente determinado; b) a devolução do bem no término do contrato, ou c) a renovação do contrato.

A agravada, conhecedora da tendência jurisprudencial no sentido de não se deferir liminar possessória em situações como a que se analisa, optou por promover um outro tipo de ação — de rescisão de contrato, que, apesar de sua classificação preponderantemente constitutiva, admitiria também, em tese, efeito executivo *lato sensu*, a saber, a apreensão, retomada e imissão na posse do bem. Isso é tão verdadeiro, que o pedido de tutela antecipada contempla esta perspectiva (fl. 21, alínea a).

Esta Quarta Câmara Civil, em Agravo de Instrumento n. 2001.015642-3, de São Bento do Sul, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 23/5/2002, apreciou tema semelhante, em que se tratou de ação de rescisão de contrato de arrendamento mercantil e antecipação de tutela:

"Não cabe antecipação de tutela em ação de rescisão contratual, com efeito de reintegração de posse, quando descaracterizado o *leasing* para compra e venda em prestações.

"Se a rescisão é antecedente lógico da reintegração, esta não pode ser concedida em antecipação de tutela, mas tão-somente no provimento final".

A decisão está estruturada nas seguintes diretrizes:

a) a rescisão contratual é antecedente lógico do interdito;

b) a ausência de posse ou propriedade do bem por parte da companhia de arrendamento mercantil, ante a transferência de fato e de direito ao adquirente por força de contrato de compra e venda em prestações, inviabiliza a concessão de liminar possessória;

c) a invalidade de cláusulas abusivas e extorsivas contidas no contrato de adesão implica na licitude da inadimplência por parte da agravante;

d) a autoridade judicial não ofereceu oportunidade ao devedor para a purgação da mora e deferiu a liminar *inaudita altera pars*.

Observe-se que os aspectos apontados no acórdão comentado estão em sintonia com os fatos observados no caso que ora se examina. Acrescente-se ainda um outro argumento relevante, que diz respeito à norma do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê que são nulas as cláusulas contratuais que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento,

pleitear a resolução do contrato e a retomada do bem.

A teor do disposto no art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.078/1990, considera-se a atividade bancária, aí incluído o arrendamento mercantil, alcançada pelas normas do Código de Defesa de Consumidor.

No caso em exame, constata-se que, na inicial da ação declaratória de rescisão contratual, a autora arrendadora mencionou que o arrendatário obrigou-se a pagar o bem em 36 prestações mensais, vencendo a primeira em 31/8/2000, todas acrescidas do valor residual garantido (item 3, fl. 20).

Asseverou que a arrendatária "deixou de efetuar o resgate da(s) contraprestação(ões) vencida(s) em 30/4/01, dando margem à rescisão contratual, pois, consoante o avençado no contrato, o não-pagamento de qualquer das contraprestações ou prestações do resíduo, no respectivo vencimento, dá à arrendadora, ora autora, o direito de considerá-lo rescindido" (fl. 20).

De fato, o disposto no art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil de 1916 autoriza a parte lesada pelo inadimplemento a requerer a rescisão do contrato com perdas e danos.

Washington de Barros Monteiro em Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 1ª parte, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1982, pág. 329, leciona:

"1. Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos. Assim dispõe o Código Civil no art. 1.056.

"Duas situações diferentes são previstas nesse dispositivo legal: a) o devedor não cumpre a obrigação; b) o devedor deixa de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos. Em ambas a sanção é a mesma, o devedor responde por perdas e danos, cujo pagamento se destina a recompor a situação patrimonial do credor, lesada pelo inadimplemento.

"Esse pagamento deve restringir-se ao *tantundem*, isto é, ao equivalente. As perdas e danos não devem corresponder a um enriquecimento por parte do devedor. Se completa a inexecução, completo será o ressarcimento; se parcial, porém, a responsabilidade se tornará naturalmente proporcional ao prejuízo experimentado pelo credor.

"Se não ocorre inadimplemento, total ou parcial, mas mora apenas, responderá o devedor nos precisos termos dos arts. 955 a 963, como anteriormente se viu.

"Saliente-se para logo que a responsabilidade a que se refere o art. 1.056 tem como pressuposto a culpa do devedor, em qualquer das suas modalidades (art. 159). É o que se depreende das expressões legais: não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos".

No entanto, há perquirir acerca de eventual culpa do devedor em qualquer das suas modalidades (art. 159), no que tange à inadimplência (cláusulas abusivas, encargos excessivos), matéria que será definida no julgamento da ação principal.

O pedido de rescisão de contrato e a retomada do bem é juridicamente possível. O que não se vislumbra como passível de obtenção é a liminar

por antecipação de tutela para a imissão na posse ou apreensão do bem, sem que: I) se cogite da licitude ou ilicitude da inadimplência (e conseqüente análise da validade das cláusulas e encargos); II) se ofereça oportunidade ao devedor para a purgação da mora; III) se determine a devolução das parcelas pagas nos termos do art. 53 do CDC.

É evidente que na apuração do valor de que trata o dispositivo apontado do CDC serão considerados a locação e a depreciação.

Sobre o tema, Nelson Nery Júnior em Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, pág. 547, leciona:

"Perda total das prestações pagas — O que está vedado pelo dispositivo é estabelecer-se contratualmente a perda total das prestações pagas, o que configuraria vantagem exagerada atribuída ao fornecedor, em detrimento do consumidor. É permitido, contudo, o estabelecimento de

pena para o descumprimento da obrigação pelo consumidor".

Nesse sentido, precedente em Apelação Cível n. 97.014809-7, de Joinville, rel. Des. Anselmo Cerello, Segunda Câmara Civil, j. 30/4/1998, que recomenda, em tema de contrato de *leasing* ou arrendamento mercantil e reintegração de posse do bem arrendado, o pagamento ao arrendatário do valor das parcelas pagas reajustadas e acrescidas dos juros de mora.

Isso posto, afasta-se a preliminar, e quanto ao mérito dá-se provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 3 de maio de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente, com voto;

Nelson Schaefer Martins,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.000006-0, DE LAGES

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

Agravo de instrumento. Contrato de Locação. Execução. Aluguéis. Sócios de empresa locatária que figuram também como fiadores. Bem de família. Penhorabilidade. Exceção do art. 82 da Lei n. 8.245, de 18/10/1991. Exclusão do benefício de impenhorabilidade. Lei n. 8.009, de 29/3/1990, art. 3º, inciso VII. Recurso desprovido.

"(...) A impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90 não se estende aos débitos de responsabilidade dos fiadores em contrato de locação, eis que a exclusão deles do âmbito do diploma legal em questão está expressamente contemplada no inciso VII do art. 3º, in-

roduzido pelo art. 82 do Estatuto do Inquilinato" (AI n. 98.015583-5, de Lages, rel. Des. Trindade dos Santos, Primeira Câmara Civil, j. 30/3/1999).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.000006-0, da comarca de Lages (1ª Vara), em que são agravantes Mário Hoeller de Souza e Rosi Maria Rodrigues de Souza e agravada Bolsa Lageana de Assessoria Imobiliária Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

Mário Hoeller de Souza e Rosi Maria Rodrigues de Souza opuseram o agravo contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Lages proferida em ação de execução por quantia certa contra devedor solvente promovida por Bolsa Lageana de Assessoria Imobiliária Ltda.

A interlocutória determinou a penhora do único bem dos agravantes.

Os agravantes aduziram que: I) a execução proposta pela agravada tem como fundamento a inadimplência dos aluguéis relativos a contrato de locação predial urbana firmado com a agravada, garantido por fiança; II) citados, na condição de sócios da empresa Distribuidora Alfa Ltda., ofereceram como bem à penhora um caminhão frigorífico, marca Volkswagen, modelo 6.90, ano 1986, placa RW 2070, o qual foi rejeitado pela agravada sob a alegação de intempestividade da nomeação e sua anterior constrição judicial em outro processo de execução, requerendo que a penhora

fosse efetivada sobre o imóvel constante da Matrícula n. 13.294, registrado no 1º Ofício de Registros de Imóveis da comarca de Lages; III) a rejeição da nomeação à penhora foi acolhida pelo Juízo *a quo*, razão pela qual ingressaram com o recurso de Agravo de Instrumento n. 98.014862-6, que foi provido, culminando com a nulidade da decisão de primeira instância por falta de fundamentação; IV) o bem anteriormente nomeado à penhora pelos agravantes e não aceito pela agravada fora vendido, posteriormente, para o pagamento de outros débitos; V) o Dr. Juiz entendeu que a penhora realizada sobre o imóvel — matriculado sob o n. 13.294 — não foi anulada pela decisão proferida no agravo de instrumento; VI) o bem imóvel em que se insiste manter a penhora, já anulada, é impenhorável, mesmo diante de fiança concedida em contrato de locação, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pois trata-se do único bem de moradia dos agravantes e de seus dois filhos.

Requereram a concessão do efeito suspensivo e o provimento do recurso para a reforma da decisão agravada, diante da impenhorabilidade do bem de família.

O Relator originário negou o efeito suspensivo almejado.

O agravado apresentou resposta.

É o relatório.

Insurgem-se os agravantes contra decisão interlocutória que determinou a penhora de bem imóvel de

sua propriedade, sob a alegação de que se trata de único bem de moradia e, portanto, impenhorável por ser bem de família, incidindo, pois, na benesse do art. 1º da Lei n. 8.009/90.

A pretensão dos agravantes não deve ser acolhida.

Conforme afirmado pelos próprios agravantes (fl. 5), são fiadores em Contrato de Locação Predial Urbana e de Fiança firmado com a agravada, na condição de sócios da empresa locatária — Distribuidora Alfa Ltda.

Aduzem que a impenhorabilidade do bem de família ocorre "(...) mesmo tendo a penhora se originado de fiança locatícia, pois o bem não perde a sua função familiar ou deixa de ser bem de família, em face da situação" (fl. 5).

Ocorre que a Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, — Lei das Locações —, em seu art. 82, acrescentou o inciso VII ao art. 3º da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família:

"Art. 3º. A impenhorabilidade é oponible em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido".

(...)

"VII — por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação".

Logo, a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação passou a ser mais uma exceção à impenhorabilidade do bem de família.

O art. 82 da Lei n. 8.245/91 e, por conseqüência, o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/90, aplicam-se ao caso em análise, eis que o Contrato de Locação Predial Urbana e de Fiança foi firmado em 18/8/1994, conforme certidão fornecida pela escrivã da 1ª Vara Cível da comarca de Lages, e o ato constitutivo da penhora operou-se no dia 29/9/1998 (fl. 29), portanto, ambos posteriormente à vigência da Lei n. 8.245, de 18/10/1991.

Ademais, a ação de execução foi proposta na vigência da Lei n. 8.245/91, tornando válida a penhora efetuada do bem de família dos agravantes.

Nessa direção, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

1) REsp n. 76354/SP, rel. Min. William Patterson, 6ª Turma, j. 25/3/1996:

"Locação. Fiança. Imóvel. Penhora. Admissão por lei nova. Alcance. Alterando a Lei n. 8.245, de 1991, a Lei n. 8.009, de 1990, para admitir a penhora de imóvel residencial de fiadores, forçoso é reconhecer o seu alcance se os atos constitutivos tenham sido realizados na vigência do primeiro diploma (Lei n. 8.245/91). Recurso especial não conhecido".

2) REsp n. 195529/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 18/2/1999:

"Locação. Cerceamento de defesa. Provas não especificadas. Fiança. Penhora. Bem de família. Prequestionamento.

(...)

"— Sendo proposta a ação na vigência da Lei n. 8.245/91, válida é a penhora que obedece seus termos, excluindo o fiador em contrato locatí-

cio da impenhorabilidade do bem de família".

3) REsp n. 173601/DF, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, j. 8/9/1998:

"REsp — Civil — Bem de família — Fiador — Penhorabilidade — A relação jurídica tem o fato histórico como causa, na hipótese a celebração da avença. Conseqüentemente, naquela data definem-se os direitos e deveres relativamente ao bem de família. Constituída a relação já na vigência da Lei n. 8.245/91, o único imóvel residencial do fiador e de sua família é penhorável".

4) REsp n. 83608/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma, j. 26/8/1997:

"Locação. Fiança. Penhora. Bem de família. Lei nova.

"1 — O art. 82 da Lei n. 8.245/1991, que exclui a impenhorabilidade do bem de família em processo de execução, decorrente de fiança concedida em contrato de locação, se aplica às ações ajuizadas após o advento do citado diploma legal, não importando em violação ao ato jurídico perfeito".

O fato é que os agravantes são fiadores em contrato de locação e estão sendo executados pela agravante.

Não há cogitar de impenhorabilidade o bem constritado (auto de penhora e depósito de fl. 29), mesmo que se trate de único bem de moradia, pois, como resta claro, esta não pode ser oponível, em se tratando de execução contra fiador de contrato locatício.

Adotam-se os argumentos enunciados em Agravo de Instrumento n. 99.011856-8, da Capital, rel. Des.

Solon d'Eça Neves, Quarta Câmara Civil, j. 15/6/2000:

"Execução de sentença. Ação de despejo por falta de pagamento. Sócio de empresa locatária que figura também como fiador. Notificação do garantidor acerca da demanda. Penhorabilidade do imóvel de sua propriedade. Inaplicabilidade do art. 596 do CPC e da Lei n. 8.009/90. Exclusão do benefício concedido pela lei de impenhorabilidade (art. 82 da Lei n. 8.245/91). Recurso provido".

Trecho do v. acórdão:

"De outra banda, bem de família de propriedade do fiador não é impenhorável, posto que a incidência da Lei n. 8.009/90 é excluída peremptoriamente pelo art. 82 da Lei do Inquilinato, o qual acrescentou ao art. 3º daquele diploma legal o inciso VII, que reza:

"A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

(...)

"VII — por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação".

No mesmo diapasão, esta Corte assentou:

"Em execução decorrente de fiança prestada em contrato de locação, não há lugar para a oponibilidade ao credor, pelo fiador executado, da impenhorabilidade referida na Lei n. 8.009/90, impenhorabilidade esta arredada pela exceção apontada no art. 3º, inciso VII, do mesmo diploma" (Ap. Cív. n. 98.010968-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos).

"A impenhorabilidade do bem de família não pode ser oposta, conforme expressa disposição legal, quando a obrigação for decorrente de fiança concedida em contrato de locação" (AI n. 98.018002-3, de Chapecó, rel. Des. Silveira Lenzi).

Sobre o assunto, Theotônio Negrão em Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 33ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 1.168, nota ao art. 3º: 5:

"Com a promulgação da Lei n. 8.245/91, mais especificamente seu art. 82, que acrescentou o inciso VII ao art. 3º da Lei n. 8.009/90, o imóvel do fiador, apesar de único, responde pelas dívidas advindas da fiança prestada em contrato de locação" (RT 750/325)".

Nessa direção, precedentes abaixo colacionados do Superior Tribunal de Justiça:

1) REsp n. 302603/SP, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 6/4/2001:

"Processual civil. Locação. Embargos à execução. Redução da penhora. Momento da alegação. Art. 685, I e II, do CPC. Imóvel caracterizado como bem de família. Penhora. Cabimento. Art. 82 da Lei n. 8.245/91, inc. VII, arts. 1º e 3º da Lei n. 8.009/90. (...) Recurso especial conhecido e desprovido.

(...)

"II — A Lei n. 8.245/91, ao inserir o inciso VII no art. 3º da Lei n. 8.009/90, autorizou expressamente a penhora do bem de família para garantir débitos decorrentes de fiança locatícia".

2) REsp n. 63864/PR, rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, j. 3/2/1998:

"Processual civil. Locação. Execução. Aluguéis. Contrato prorrogado. Prazo indeterminado. Fiança. Bem familiar. Lei n. 8.009/90. Penhora. Possibilidade. Superveniência da Lei n. 8.245/91.

(...)

"— A nova lei do inquilinato restringiu o alcance do regime de impenhorabilidade dos bens patrimoniais residenciais consagrado no bojo da Lei n. 8.009/90, considerando passível de constrição judicial o bem familiar dado em garantia por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato locatício".

Colhe-se, ainda, de precedente do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

"Bem de família. Dívida resultante de fiança em contrato de locação. Imóvel hipotecado. 1. A Lei n. 8.009/90 que instruiu a impenhorabilidade do bem de família foi modificada em parte pela Lei n. 8.245/91 para excluir do privilégio os casos em que a obrigação decorra de fiança concedida em contrato de locação (art. 3º, VII)" (Ap. Civ. n. 4748198/DF, 1ª Turma Cível, rel. Des. Waldir Leôncio Júnior).

São reproduzidos precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

1) Agravo de Instrumento n. 98.015583-5, de Lages, rel. Des. Trindade dos Santos, Primeira Câmara Cível, j. 30/3/1999:

"Execução de sentença. Ação de despejo por falta de pagamento. Cientificação do fiador acerca da demanda. Responsabilidade do mesmo pelo ônus da sucumbência. Bem de família. Penhorabilidade. Exceção do art.

82 da Lei de Locações. Agravo provido. Decisão reformada.

(...)

"— A impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90 não se estende aos débitos de responsabilidade dos fiadores em contrato de locação, eis que a exclusão deles do âmbito do diploma legal em questão está expressamente contemplada no inciso VII do art. 3º, introduzido pelo art. 82 do Estatuto do Inquilinato".

2) Ap. Cív. n. 98.005553-9, de São José, rel. Des. Cesar Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 1º/10/1998:

"Penhora — Bem hipotecado — Viabilidade — Residência familiar —

Invocação da Lei n. 8.009/90 — Execução do fiador — Impenhorabilidade afastada — Recurso improvido".

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 23 de maio de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente, com voto;

Nelson Schaefer Martins,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.003496-7, DE BLUMENAU

Relator: Des. José Volpato de Souza

Agravo de instrumento — Inventário — Bens trazidos à colação — Fixação do valor considerando a época da liberalidade — Garantia da igualdade patrimonial entre os herdeiros — Recurso desprovido.

Cabe ao intérprete determinar o sentido vigente da norma, considerando os fatos sociais envolvidos, os interesses que o legislador visa a tutelar, as particularidades de cada caso e, sobretudo, a igualdade patrimonial entre os herdeiros.

Tendo em vista as particularidades do caso concreto, em que a doação envolve cotas de empresas comerciais, a única solução justa é a de exigir que a colação seja feita pelo valor atribuído ao tempo da liberalidade, com o acréscimo da correção monetária do período.

"Em que pese o Código Civil determinar, como regra, que a colação de bens objeto de adiantamento de legítima se proceda em substância, trazendo-se a própria coisa, tal norma não mais se consoa com a complexidade da vida moderna, notadamente nas relações sociais, somados à velocidade das transações negociais do

mundo contemporâneo, as colações tendem a dar-se pelo valor do bem ao tempo da liberalidade" (in Agravos de Instrumento ns. 00.021044-7, 00.021043-9 e 00.020964-3, da lavra do Des. Pedro Manoel Abreu).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.003496-7, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é agravante Cornélia Conrad Lowndes e agravada Tânia Conrad Fritzsche:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cornélia Conrad Lowndes ingressou com o presente agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo contra a decisão do Togado de primeiro grau que determinou que a avaliação dos bens, doados a título de antecipação da legítima, tivessem seus valores considerados à época em que ocorreu a liberalidade.

Sustenta a agravante que a decisão do juiz monocrático contrariou o disposto no art. 1.014, parágrafo único, do CPC, que determina que a avaliação dos bens trazidos à colação deve basear-se nos valores da época da abertura da sucessão; que o próprio magistrado já promoveu a avaliação e atualização das cotas dos bens doados, substituindo-se ao trabalho do perito; que estes valores, unilateralmente arbitrados pela autoridade judiciária, é que serão utilizados para efeito do cálculo de igualdade das legítimas; que a perícia não deve ser realizada em razão de seu alto custo financeiro; que já

foi realizada a avaliação dos bens do espólio, razão pela qual a nova avaliação feita pela perícia é desnecessária.

Ademais, pugnou pela concessão do efeito suspensivo ao presente recurso, pela determinação de uma avaliação apenas dos bens existentes quando da abertura da sucessão, excluindo-se os bens doados às herdeiras, para que estes sejam avaliados após o julgamento deste agravo, quando serão definidos os critérios desta apreciação. Por fim, rogou pelo provimento do recurso.

O eminente relator, Juiz Nilton Macedo Machado, denegou o efeito suspensivo almejado.

A agravada apresentou contra-razões, pelas quais aduziu que a decisão hostilizada refere-se apenas à nomeação do perito para avaliar os bens existentes à época da abertura da sucessão, e não aos bens doados, que serão atualizados pelo contador do Juízo; que o Magistrado prolatou sua decisão diante das peculiaridades do caso concreto; que à época da liberalidade os doadores atribuíram valor certo às cotas sociais doadas, sendo que as donatárias não se insurgiram; que a avaliação elaborada pela Simonson Associados não deve ser observada porque não se revestiu dos requisitos necessários, já que não se trata de avaliação judicial; que a agravada Tânia manifestou-se contrária à dita avaliação, por uma contranotificação extrajudicial; que a decisão guerreada não merece reparos, visto que consi-

derou, para efeito da colação, o valor dos bens doados à época da liberalidade, apenas corrigidos monetariamente. Pugnou pela manutenção da decisão profligada.

II — Voto

Preambularmente, analisando a pretensão da agravante no que diz respeito ao valor dos bens doados a título de antecipação da legítima, para efeito da colação, verifica-se que não pode subsistir o entendimento da corrente.

Indubitavelmente, a questão suscitada no caso vertente demanda reflexão, especialmente pelo que dispõe o Código de Processo Civil, mais precisamente no parágrafo único do art. 1.014, que assevera que "os bens que devem ser conferidos na partilha, assim como as acessões e as benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão".

Todavia, o cerne da presente *quaestio* reside no instituto da colação no Direito Brasileiro, que consiste numa espécie de conferência dos bens doados a título de antecipação da legítima, com vistas a promover a igualdade patrimonial entre os herdeiros.

In casu, a decisão hostilizada determinou providências relacionadas a duas massas de bens, quais sejam: 1) a dos bens doados às herdeiras Tânia e Cornélia, que figuram como antecipação da legítima, devendo, por esta razão, ser trazidos à colação; e 2) a massa de bens existente no momento do falecimento de Carl e Erica, ou seja, ao tempo da abertura da sucessão.

O Magistrado *a quo* à luz da legislação atinente à matéria, mas sobretudo atendendo às peculiaridades do caso concreto, determinou que o critério de verificação do valor da massa dos bens trazidos à colação não deve ser fixo, mas deve também "espelhar, com a maior exatidão possível, a situação existente no momento da liberalidade, devidamente atualizada, para efeito de cálculo, no momento da abertura da sucessão" (fl. 17).

Não obstante, o ilustre Magistrado sustenta no *decisum* que "em algumas situações será a avaliação pura e simples, em outras será a atualização do valor mencionado no momento da liberalidade, e tantas outras formas podem surgir, sendo todas válidas, eis que não afrontam diretamente o artigo 1.014, parágrafo único, do CPC, que outra coisa não deseja, a não ser manter o princípio embasador do instituto da colação, qual seja, a busca pela igualdade na distribuição do patrimônio" (fl.17).

A análise dos autos permite inferir que de fato houve a antecipação da legítima, devendo os quinhões ser igualados, com vistas a promover a justa divisão da herança entre as descendentes, Tânia e Cornélia.

Caso sejam aplicadas as disposições do art. 1.014 do CPC, que determina que os bens trazidos à colação devem ser avaliados à época da abertura da sucessão, indubitavelmente a decisão hostilizada comportaria a pleiteada reforma. Entretanto, cabe ao intérprete determinar o sentido vigente da norma, considerando os fatos sociais envolvidos, os interesses que o legislador visa a tutelar

e sobretudo as particularidades do caso concreto.

A respeito da matéria, o eminente Des. Pedro Manoel Abreu leciona, em acórdão n. 00.021044-7, proferido em 10/5/2001: "Ocorre que mesmo o preceito do Código de Processo Civil não tem mais razão de existir na sociedade de massa contemporânea. Tais regras foram elaboradas numa época em que não havia inflação nem correção monetária, em que sequer se cogitava da palavra 'globalização' e onde as antecipações de legítima normalmente se davam por doações de imóveis, jóias, metais preciosos; em suma, a circulação de bens era mais lenta, o que justificava a colação em substância, pois difícil seria a desvalorização de uma fazenda, de um anel de ouro e até mesmo do dinheiro. A colação pelo valor da doação não era importante, porque a velocidade das transações era menor" (fl. 15).

O próprio jurista Sílvio Rodrigues já reviu seu posicionamento quanto à avaliação dos bens trazidos à colação, ao mencionar que: "evolui, neste ponto, para me convencer de que a única solução justa, num país de inflação, é a de exigir que a colação seja feita pelo valor da liberalidade, à época em que foi feita, acrescido da correção monetária" (Direito Civil, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, vol. 7, págs. 262/267).

No caso dos autos, cada herdeira recebeu, como adiantamento da legítima, as cotas sociais de duas empresas comerciais. Diante desse contexto podemos elaborar uma hipótese em que a aplicação do disposto no art. 1.014 do CPC configuraria enorme desequilíbrio. Se cada uma das herdeiras

recebeu uma empresa como adiantamento da legítima, poderia ocorrer de uma delas dilapidar o patrimônio, enquanto que a outra poderia realizar empreendimentos capazes de triplicar este montante. Destarte, a avaliação dos bens à época da abertura da sucessão denotaria uma injustiça, visto que acalenta o possível emprego de má-fé na conduta dos herdeiros.

Demais disso, a não aplicabilidade da disciplina contida no Código Buzaidiano encontra arrimo inclusive no novo Código Civil, que entrará em vigor em 2003:

"O valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade.

"§ 1º Se do ato de doação não constar valor certo, nem houver estimação feita naquela época, os bens são conferidos na partilha pelo que então se calcular valessem ao tempo da liberalidade" (art. 2.004).

Diante disso, resta claro que a intenção do legislador do Novo Código é adequar o instituto da colação e os critérios para avaliação dos bens à nova ordem econômica em que vivemos, considerando as oscilações do capital e as mudanças estruturais que se desenharam ao longo das últimas décadas.

Ademais, o inconformismo da agravante fundamenta-se no conteúdo da decisão proferida pelo Juízo *a quo* no tocante à fixação dos critérios de avaliação dos bens doados.

Entretanto, cumpre registrar que o pedido formulado pela recorrente pela exclusão dos bens doados é manifestamente descabido, na medida em que a nomeação do perito destina-se apenas a avaliar os bens existentes à época da

abertura da sucessão. Quanto aos bens doados, é inequívoca a determinação judicial pela avaliação de seu valor ao tempo da liberalidade, devidamente atualizado.

Retira-se da decisão agravada, *ipsis litteris*: "Para efeito de avaliação dos bens existentes no momento do falecimento de Carl e Erica, nomeio Paulo Pizzolatti Neto que deverá ser intimado para apresentar proposta de honorários. (...) A avaliação, portanto, abrangerá os demais bens, como automóveis, o Haras, os móveis e as jóias existentes na própria casa entre outros que são indicados pelo inventarian-te..."(fl. 18).

Ante o conteúdo desta decisão, resta evidente que a perícia determinada pelo Magistrado refere-se apenas aos bens existentes ao tempo do falecimento de Carl e Erica, não atingindo de forma alguma os bens doados a título de antecipação da legítima, razão pela qual a manutenção da decisão hostilizada é medida que se impõe.

Diante do exposto, o recurso merece ser conhecido e desprovido.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por maioria de votos, conheceram do recurso para negar-lhe provimento.

Vencido o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, que votou pela aplicabilidade do art. 1.014 do CPC por entender que as empresas deveriam ser avaliadas pelo seu valor à época da abertura da sucessão, sustentando, ainda, que se houvesse prova da má administração de uma delas esta deveria ser apurada pelas perdas e danos.

Participou ainda do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 20 de agosto de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto vencido;
José Volpato de Souza,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.020058-9, DE IÇARA

Relator: Des. Monteiro Rocha

Agravo de instrumento — Indenização por dano moral — Lei de Imprensa — Arguição de decadência, inépcia da inicial e ilegitimidade passiva ad causam afastadas — Despacho saneador mantido — Recurso desprovido.

"Às ações em que se pretende a indenização por danos morais não se aplica o prazo decadencial previsto no art. 56 da Lei n. 5.250/67, por não ter sido recepcionado pela Constituição Federal

de 1988" (AGRESP n. 281344/MG, rela. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 19/4/01).

O juiz não pode extinguir o processo por inépcia da inicial quando não for aberto prazo para o autor emendá-la. Se a juntada de documentos se deu a posteriori, desde que ouvida a parte contrária, e não havendo intuito de ocultação ou o propósito de surpresa, podem os documentos ser juntados a qualquer tempo.

Possui também legitimidade passiva ad causam, em ação indenizatória por danos morais, fundamentada na Lei de Imprensa, a emissora de rádio que propaga em programa radiofônico suposto ilícito por danos morais, conforme a Lei n. 5.250/67 e a Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.020058-9, da comarca de Içara, em que é agravante Rádio Difusora de Içara Ltda. e agravado Sérgio Martins:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Rádio Difusora de Içara Ltda. interpôs recurso de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da comarca de Içara, que saneou o feito de indenização por danos morais promovido pelo agravado Sérgio Martins em face da agravante, afastando as teses de decadência, inépcia da inicial e ilegitimidade passiva argüidas pela última na peça contestatória.

No tocante à alegação de decadência do direito do autor, entende a agravante que deve ser aplicado à es-

pécie o prazo de 3 meses da data da publicação ou transmissão do fato que deu causa à ação indenizatória, estipulado no art. 56 da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa), estando a referida lei em consonância com a nossa Constituição Federal.

Acerca da tese de inépcia da inicial, sustentou que a peça inaugural veio desacompanhada da notificação prevista no art. 57 da Lei de Imprensa, motivo pelo qual não seria correto prosseguir a *actio* em virtude de tratar-se de requisito indispensável a sua propositura.

Quanto à alegada ilegitimidade passiva da agravante, esta discorreu que juntou aos autos principais contrato estipulado com a empresa "Dante Publicidade e Promoções Ltda.", de propriedade do segundo requerido na demanda, Sr. Dante Bragatto Neto. Afirmou que a empresa citada é quem efetivamente explora toda a programação esportiva da agravante, não sendo, portanto, de sua responsabilidade as divulgações, notícias e matérias divulgadas em seu horário.

Postulou, destarte, a concessão de efeito suspensivo da decisão atacada e o provimento do presente agravo de instrumento, para, em conseqüência, pronunciar a decadência do direito do autor/agravado ou o acatamento das preliminares de inépcia da inicial e ilegitimidade passiva.

Com a minuta vieram os documentos indispensáveis para a propositura do recurso.

Denegado o pedido de efeito suspensivo do agravo à fl. 54, o agravado, às fls. 59/63, apresentou contraminuta rebatendo as teses levantadas pela agravante, e pugnou pela manutenção da decisão guerreada.

É, em suma, o relatório.

II — Voto

Primordialmente, é de se ressaltar que o presente agravo de instrumento é derivado de ação indenizatória por danos morais decorrentes de suposto ato ilícito praticado pela agravada no exercício de radiodifusão, pelo que a presente controvérsia deva ser regulada, também, pela Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa).

O *decisum* objurgado traz consigo, em síntese, o seguinte teor:

"Quanto à preliminar de decadência, não é de ser acolhida, pois após a edição da Carta de 1988, tornou-se pacífico o entendimento que o prazo de decadência previsto na lei de imprensa não foi recepcionado pela Constituição Federal, sendo revogado tacitamente o art. 56 da Lei n. 5.250/67.

(...)

"Tocante às preliminares de inépcia da inicial e de ilegitimidade

passiva da primeira demandada, igualmente não merecem melhor sorte.

"A petição inicial descreveu o fato e os fundamentos de seu pedido.

"A notificação de que trata o art. 57 da Lei de Imprensa acabou vindo aos autos na ocasião da réplica, não havendo motivos para repelir a junta em tal oportunidade.

"E isso porque só seria dado ao julgador extinguir o feito após a tomada da providência inculpada no art. 284 do CPC.

"Assim, mesmo que não apresentada com a inicial a notificação em questão, deveria o autor ser intimado para fazê-lo.

"Somente se não fosse atendida tal determinação é que o feito teria seu encerramento antecipado.

"Ademais, é evidente que não houve qualquer má-fé por parte do requerente em não juntar tal documento com a inicial. Até porque, certamente, já era de conhecimento dos réus.

(...)

"Por fim, com relação à ilegitimidade passiva da primeira requerida, é entendimento dominante que a empresa de radiodifusão é parte legítima, face ao preceito do art. 49, § 2º, da Lei de Imprensa.

(...)

"Estando, pois, as partes regularmente representadas, dou por saneado o feito, devendo o autor e requeridos indicar as provas que efetivamente pretendem produzir".

a) *Decadência:*

Com efeito, assiste razão ao Magistrado singular que afastou a preliminar de decadência do direito do autor.

Ocorre que a Constituição Federal de 1988, quando estabeleceu em seu art. 5º, *caput*, a igualdade de todos perante a lei e, no inciso X, fixou a inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas, também assegurou o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, igualando os dois efeitos, sem ressalvas, revogando implicitamente o prazo decadencial de 3 meses previsto no art. 56 da Lei de Imprensa.

Acerca da presente *quaestio*, traz-se à colação importante ensinamento do jurista Darcy Arruda Miranda, *in* Comentários à Lei de Imprensa, 2ª ed. rev. e atual., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, pág. 56:

"Nem seria compreensível um prazo tão restrito para um dado tão grave como é o dano moral em relação ao dano material que não tem prazo. Seria evidente 'cerceamento de defesa' uma tal disposição, pois o indivíduo ofendido que estivesse ausente do local na data da publicação da ofensa, em viagem, e voltasse após transitados os 3 meses, ficaria sem defesa, marcado pela ofensa à sua honra, só podendo reclamar dano material que venha a existir".

Desses entendimentos não discrepa o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"Lei de Imprensa. Decadência.

"— Não se aplica o prazo decadencial previsto na Lei de Imprensa depois da vigência da Constituição Federal de 1988. Precedentes.

"— Recurso conhecido em parte e provido" (REsp n. 244642/MG, rel. Min. Ruy Rosado De Aguiar, 4ª Turma, j. em 21/3/00).

Ainda:

"Agravos no recurso especial. Processual civil e civil. Imprensa. Dano moral. Decadência. Art. 56 da Lei n. 5.250/67. Inaplicabilidade.

"Às ações em que se pretende a indenização por danos morais não se aplica o prazo decadencial previsto no art. 56 da Lei n. 5.250/67, por não ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988" (AGREsp n. 281344/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 19/4/01).

Deste egrégio Sodalício extrai-se a seguinte decisão:

"Dano moral. Lei de imprensa. Decadência. Art. 56 da Lei Especial. Não recepção pela Carta Magna de 1988. Incidência das normas do Código Civil. Decisão confirmada. Insurgência recursal desacolhida.

"A Carta Federal de 1988, preservando a inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas e assegurando o direito à indenização dos danos materiais e morais resultantes de sua violação, fez ascender ao mesmo patamar jurídico essas duas modalidades de dano. Assegurando a *Lex Máxima*, de outro lado, em um dos seus princípios mais importantes, a absoluta igualdade de todos perante a lei, revogou, com isso, de forma implícita, o exíguo prazo decadencial de três meses apontado no art. 56 da Lei de Imprensa para o exercício da ação de indenização por danos morais cometidos através dos meios de comunicação. Refoge a qualquer compreensão jurídica que a Carta Política em vigor, após assegurar a igualdade de todos perante a lei, admita um dispar tratamento para o dano moral praticado através da imprensa e

aqueles praticados por outras formas, estes na maioria das vezes de efeitos bem menos drásticos. Bem como, e ainda, que, após erigir ambas as espécies de danos daí decorrentes — os materiais e os morais — a uma idêntica posição, admita a existência de uma *gritante diferenciação entre o prazo de postulação para os mesmos, admitindo que um desses danos — o moral — se sujeite a um prazo decadencial ínfimo em relação ao outro — dano material — cujo prazo de prescrição da respectiva ação é o ordinário previsto na lei civil*" (o grifo é meu), in Agravo de Instrumento n. 97.004828-9, de Videira, rel. Des. Trindade dos Santos, 4ª Câm. Civ., j. em 30/3/00.

Não bastasse isso, há o entendimento doutrinário de que os direitos morais — ou personalíssimos — possuem natureza constitucional e são de ordem pública, de interesse social, irrenunciáveis, indisponíveis, inderrogáveis e de caráter cogente.

Os direitos morais, embora o legislador tenha silenciado, possuem importância superior aos direitos econômicos, e, sendo aqueles anteriores à própria existência do Estado, são imprescritíveis. Não se admite que os direitos morais sejam tratados em situação de inferioridade em relação aos direitos econômicos, e se existe imprescritibilidade dos direitos morais não pode existir decadência desses direitos, por mais especial que seja a lei que trate sobre os direitos personalíssimos.

Inacolho a preliminar de decadência do hipotético direito do autor/agravado argüida pela ré/agravante.

b) *Inépcia da inicial:*

A agravante sustenta a tese de inépcia da inicial, em virtude de a peça inaugural não ter vindo acompanhada da notificação prevista no art. 57 da Lei de Imprensa, como também que a referida notificação não poderia ter sido juntada por ocasião da réplica à contestação.

Pois bem, dispõe o parágrafo único do art. 284 do CPC que se o autor, após determinação judicial, não cumprir a diligência para emendar a petição inicial em 10 dias, deverá o juiz indeferir-la.

Como no presente caso não foi aberto prazo para o autor emendar a inicial, nada mais justo que se pudesse juntar a notificação exaltada por ocasião da impugnação à contestação, mesmo porque não se vislumbra, *in casu*, má-fé por parte do agravado, até porque tal documento, certamente, já era conhecido pela agravante.

Ademais, verifica-se que o agravado não tinha o intuito de ocultar o documento ou surpreender a parte contrária com a sua juntada, pois o autor relatou na peça inicial a sua existência. Além disso, conforme se infere das fls. 46/47, a requerida/agravante impugnou os documentos juntados pelo autor/agravado com a sua réplica, não cabendo a tese de que sua defesa possa ter sido cerceada.

Assim sendo, possibilita-se a juntada de documentos *a posteriori*, segundo consta da decisão do nosso egrégio Tribunal de Justiça:

"Desde que ouvida a parte contrária, e não havendo qualquer intenção premeditada de ocultação de documentos, bem como propósito de surpresa para a parte, podem os mesmos ser juntados a qualquer tempo"

(Apelação Cível n. 50.821, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Carlos Prudêncio, DJ 2/5/96).

Inacolho a preliminar de inépcia da inicial, posto que não houve prejuízo para a defesa da ré/agravante.

c) Ilegitimidade passiva:

No tocante à suposta ilegitimidade passiva da ré/agravante para a ação de indenização por danos morais proposta pelo agravado, esta não merece melhor sorte que as outras preliminares supradecididas.

O § 2º do art. 49 da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa), ao tratar da responsabilidade civil, preceitua o seguinte:

"Se a violação de direito ou o prejuízo ocorre mediante publicação ou transmissão em jornal, periódico ou serviço de radiodifusão, ou de agência noticiosa, responde pela reparação do dano a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação (art. 50)".

A matéria em questão restou sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 221 — "São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação".

Estando evidenciado nos autos que a agravante é a proprietária do veí-

culo de divulgação em que foi noticiado o suposto ato ilícito, fica caracterizada a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda indenizatória.

O referido contrato particular de prestação de serviços de fls. 31/33, sobre o qual a agravante funda sua tese de ilegitimidade passiva *ad causam*, não pode contrariar o contido na Lei de Imprensa, de natureza pública e de interesse social.

Assim sendo, inacolho a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e com ela as demais argüidas pela agravante, impondo-se o desprovimento do presente agravo de instrumento, para, em consequência, manter inalterado o despacho saneador proferido pelo Togado singular.

III — Decisão

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

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Schaefer Martins e Mazoni Ferreira, tendo este presidido a sessão.

Florianópolis, 29 de maio de 2002.

Anselmo Cerello,
Presidente para o acórdão;

Monteiro Rocha,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.020934-9, DE SÃO JOAQUIM**Relator: Des. Monteiro Rocha**

Tutela antecipada — Código de Processo Civil — Tutela liminar — Código de Defesa do Consumidor — Diferença — Providência objetivando a baixa da negativação em cadastros restritivos e a evitação de protesto em ação de indenização securitária — Discussão sobre a dívida — Impossibilidade em sede de agravo de instrumento — Concessão da medida — Astreintes — Caráter inibitório e dissuasivo — Despacho confirmado — Reclamo desprovido.

A tutela liminar de que fala o § 3º do art. 84 do CDC não está sujeita aos mesmos pré-requisitos da tutela antecipatória do art. 273 do Código de Processo Civil. No Código de Defesa do Consumidor basta ser relevante o pedido do consumidor, e existir o fundado receio de ineficácia da provisão jurisdicional final para que a tutela liminar se revista de legalidade. A tutela liminar do CDC está mais para as medidas cautelares do que para a tutela antecipada.

Constitui constrangimento ilegal, rechaçado pelos pretórios pátrios, a inscrição dos devedores em órgãos controladores de crédito, revelando-se abusivo o protesto de títulos vinculados.

Fixada em patamar significativo, a multa desempenha adequadamente o mister dissuasivo para o qual foi erigida, revelando-se equânime, tendo em vista a capacidade econômica da instituição financeira agravante.

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por Banco do Estado de Santa Catarina — Besc, em face de

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.020934-9, da comarca de São Joaquim, em que é agravante Banco do Estado de Santa Catarina — Besc e agravados José Ataíde Pereira de Melo, José de Souza Godinho e Maria Benta Godinho:

José Ataíde Pereira de Melo, José de Souza Godinho e Maria Benta Godinho, objetivando a reforma de ato interlocutório proferido pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de São Joaquim, que concedeu aos agravados tutela antecipada para fins de exclusão de seus nomes dos cadastros restritivos do SPC, Serasa, SCI, Cadin, Banco Central e outros, bem como para que se abstenha do protesto de quaisquer títulos.

Sustentou que os agravados desencadearam ação de indenização objetivando o ressarcimento de verba de seguro vinculado a financiamento agrícola (Proagro), supostamente recusado pelo agravante.

Acrescentou que a indenização securitária não foi repassada, eis que indeferida pelo Ministério da Agricultura, sob o argumento de que o pacto fora entabulado fora do prazo adequado.

Argumentou, nesse contexto, que a negativação dos devedores inadimplentes reveste-se de total legalidade.

Adicionou, enfim, que a multa fixada em R\$ 5.000,00 é excessiva.

Com a minuta vieram as peças obrigatórias e numerosa documentação.

O efeito suspensivo almejado foi negado.

Em resposta, os agravados alegaram que a discussão judicial dos contratos inviabiliza a negativação e o protesto de qualquer título vinculado aos respectivos pactos.

É, em suma, o relatório.

II — Voto

O recurso desmerece prosperar.

O art. 84, § 3º, do CDC, determina que "sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu".

Por meio do provimento antecipatório do art. 273 do CPC, os agravados, na condição de autores, na ação ordinária de indenização por perdas e danos, requereram a exclusão dos seus nomes dos órgãos cadastrais do Serasa, SPC, SCI, Cadin, Banco Central e outros.

Entretanto, a tutela liminar tratada no § 3º do art. 84 do CDC — a presente matéria é de Direito do Consumidor — não está sujeita aos mesmos pré-requisitos da tutela antecipatória do art. 273 do Código de Processo Civil.

No Código de Defesa do Consumidor basta ser relevante o pedido do consumidor e existir o fundado receio de ineficácia da provisão jurisdicional para que a tutela liminar revista-se de legalidade.

Como a tutela liminar, prevista no CDC, está mais para as medidas cautelares do que para o instituto da tutela antecipada do CPC, aplica-se, por consequência, a tutela liminar prevista no CDC, até para melhor beneficiar o consumidor, com fundamento na interpretação teleológica do Direito do Consumidor.

Na hipótese focalizada nos autos, a existência do contrato de financiamento vinculado ao pacto securitário (Proagro) e a incontroversa ocorrência do risco revelam prova robusta em fa-

vor dos agravados e irrecusável plausibilidade das teses que esposaram.

A discussão sobre a indenização do seguro Proagro perpassa pelo exame dos pactos, contexto que torna temerária e indevida a negativação.

Sobre o tema, aliás, tem preconizado o Superior Tribunal de Justiça:

"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 (REsp n.170.281/SC, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 24/6/98).

E ainda:

"Ação revisional. Dívida em juízo. Cadastro de inadimplentes. Serasa. SPC. Cadin. Inscrição. Inadequação. Precedentes do tribunal. Recurso desacolhido.

"Nos termos da jurisprudência desta Corte, estando a dívida sob discussão em juízo, inadequada em princípio a inscrição do devedor nos órgãos controladores de crédito" (REsp n. 180.665/PE, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 3/11/98, pág. 172).

O mesmo se diga acerca de eventuais protestos a serem tirados no curso da demanda:

"Discutindo-se o serviço da dívida de vários contratos, mostra-se razoável determinar a evitação do protesto de cambiais e proibição de inscrição no SPC, Serasa, Cadin e ou-

tros" (Agravado de Instrumento n. 00.017697-4, de Joinville, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

No tocante à multa, da mesma forma, falece razão ao agravante.

O importe deve ser considerável a fim de inibir o descumprimento da ordem judicial.

Enfatiza Nelson Nery Júnior:

"Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista do seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor tem de sentir ser preferível cumprir a obrigação a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz" (Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª ed., RT, 1997, pág. 673, nota 15 ao art. 461 do CPC).

Fixa-se em R\$ 5.000,00 diários a multa, que desempenha adequadamente o mister dissuasivo para o qual foi erigida, revelando-se equânime, tendo em vista a capacidade econômica da instituição financeira agravante.

Ante o exposto, conheço do recurso, negando-lhe provimento.

III — Decisão

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

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Schaefer Martins e Mazoni Ferreira, tendo este presidido a sessão.

Florianópolis, 23 de maio de 2002.

Anselmo Cerello,
Presidente para o acórdão;
Monteiro Rocha;
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.018118-5, DE LEBON RÉGIS

Relator: Des. Jorge Schaefer Martins

Pedido de verificação de situação de risco de criança e adolescente proposto pelo Ministério Público. Deferimento de liminar de busca e apreensão por não constar o casal com quem estava a criança no cadastro de adoção da comarca.

Preliminar de ilegitimidade dos recorrentes. Inaceitação. Terceiros prejudicados, atingidos diretamente pelo decisum. Inteligência do art. 499 do CPC.

Casal cadastrado em comarca vizinha. Consentimento e intenção da genitora.

No Direito hodierno é defesa a adoção contratual, todavia não se pode negar à genitora, que reconhece a ausência de condições para criar seu filho, a possibilidade de entregá-lo a casal de sua confiança, que entende ter condições para tanto.

Deferimento de guarda provisória em pedido de adoção feito por outrem, pouco tempo após o cumprimento da busca e apreensão.

Improvemento do agravo. Prevalência do interesse da criança aplicável ao caso concreto. Mudanças constantes que prejudicam o pleno desenvolvimento psíquico.

Não se deve, em caso que envolva criança, raciocinar unicamente com base nos regramentos legais, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada situação, vislumbrando-se a intenção daqueles que se dispõem a recebê-la. A existência de cadastro aprovado judicialmente em comarca vizinha indica claramente a satisfação dos requisitos exigidos para que possa vir a eles ser entregue. Todavia, tendo a decisão judicial ganho novos contornos, com a entrega do infante a outro casal com quem já vem convivendo há mais de 6

(seis) meses, deve prevalecer o interesse da criança, representado pela permanência no lar onde já se encontra, ao qual, sem dúvida, já está adaptada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.018118-5, da comarca de Lebon Régis, em que são agravantes J. R. de G. e A. L. G., agravado o representante do Ministério Público e interessado G. A. P.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

J. R. de G. e A. L. G. interpuseram agravo de instrumento contra a decisão do Dr. Juiz de Direito que, nos autos de ação de verificação de situação irregular de menor que lhes move o representante do Ministério Público, deferiu pedido de busca e apreensão de menor, determinando sua entrega na casa-lar da comarca, mediante termo de guarda e responsabilidade provisória.

Sustentando que tomaram todas as providências necessárias para adotar o menor, postulam os agravantes o provimento do recurso a fim de ser-lhes concedido o direito de adoção.

Com as informações, foi pelo Des. Eládio Torret Rocha negado o efeito suspensivo, havendo a oferta da contraminuta, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade dos agravantes para a interposição do agravo e, à guisa de mérito, o desprovimento do recurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer da lavra do

Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros, opinou pelo provimento do agravo.

II — Voto

A primeira matéria a ser objeto de estudo refere-se à prefacial argüida pelo Ministério Público de primeiro grau, que levanta a ilegitimidade dos agravantes para a interposição do recurso.

Razão alguma lhe assiste, haja vista que o fato de os agravantes não fazerem parte da ação de verificação irregular de menor por si só não lhes retira o direito de recorrer como terceiros prejudicados, tendo em vista que a criança com eles estava convivendo por ocasião do cumprimento da liminar de busca e apreensão.

É o que diz a jurisprudência:

"Agravo de instrumento — Ação monitória — Embargos — Rito ordinário — Denúnciação da lide e assistência simples indeferidas — Legitimidade de terceiro prejudicado para recorrer — Pressupostos da assistência presentes — Recurso provido.

"O artigo 50 do Código de Processo Civil dispõe que somente o terceiro interessado juridicamente na vitória de uma das partes é que está legitimado a intervir em favor desta como assistente. Entende-se por interesse jurídico aquele que resultar de relação jurídica entre o assistente e o assistido ou entre o assistente e o adversário do assistido" (Agravo de Instrumento n. 01.001152-8, da comarca de Balneário

Camboriú, rel. Des. Ruy Pedro Schneider, Primeira Câmara Civil do TJSC, julgado em 3 de maio de 2001).

Rechaça-se, portanto, a proe-mial invocada.

No mérito o recurso está a me-recer percuciente estudo.

Todo o problema decorre da circunstância de que o casal que recebeu a criança, nascida em Lebon Régis, reside no município de Fraiburgo, comarca em que se encontrava cadastrado na lista de pretendentes à adoção, e lá, destarte, procurou regularizar a guarda.

Todavia, observando-se que o nascimento ocorreu na vizinha Lebon Régis, deu-se o deslocamento da competência, quando o Promotor de Justiça, alegando ausência dos preceitos legais e, principalmente, a falta do cadastramento em relação aos adotantes, buscou a regularização da situação, com a retirada da criança da posse dos agravantes, o que restou atendido pela autoridade judiciária.

Gize-se que a entrega da criança ocorreu por força de expressa anuência de sua genitora, circunstância demonstrada à saciedade nos autos.

A propósito, colhe-se do depoimento da mãe biológica realizado na presença da Dra. Juíza de Direito, bem como do Dr. Promotor de Justiça, o seguinte trecho:

"[...] Durante a gravidez não recebi visita do Conselho Tutelar e a Assistente Social do Fórum somente foi na minha casa dois dias após o G. ter nascido, só que naquele momento eu já tinha dado ele para o J. G. e para A. L. G.; Resolvi dar a criança para eles, por achar que eles dariam mais

carinho do que eu poderia e porque o G. teria mais conforto do que se fosse comigo; Depois que dei a criança para o casal, eu fui no Fórum juntamente com eles, para passar os papéis e para eu assinar a desistência do neném; Fui eu quem registrou o neném e essa informação foi passada para a Assistente Social de Fraiburgo, mas não foi a Assistente Social que me indicou o casal; Conheci o casal J. e A. G. aproximadamente um mês antes de eu ter o neném, através do meu cunhado que mora em Fraiburgo e que trabalha na Pomifrai, onde o J. é gerente; Num certa oportunidade, o J. G. me perguntou se eu já tinha feito o ultra-som, mas eu disse que não tinha feito e nem iria fazer; Estou consciente que não tenho condições de criar o meu filho e quero dá-lo em adoção; Só concordo em dar o meu filho em adoção para o J. e a A. G., porque quando entreguei a criança para eles, vi o carinho que eles dispensaram para o bebê; Não sei explicar por que não quero que o meu filho seja adotado por outro casal; Em momento algum recebi alguma coisa do J. e da A. em troca do meu filho; Se for para dar o meu filho em adoção para outro casal eu não aceito; (...) Não sei quem é o pai do meu filho G. e para mim isso não faz diferença; O neném nasceu numa sexta-feira e no sábado, após eu sair do hospital, eu liguei para o J. e no mesmo dia ele veio buscar o G., quando então fomos juntos para registrá-lo aqui em Lebon Régis; Em nenhum momento o J. ou a A. me ofereceram vantagem alguma".

Torna-se evidente, portanto, a permissão da genitora para que seu filho fosse adotado, condicionando sua anuência ao fato de que se reali-

zasse em favor dos agravantes, os quais, consoante o documento de fl. 64, estão cadastrados na lista de pretendentes à adoção na comarca de Fraiburgo.

Houve, de outra parte, a elaboração de estudo social, constante à fl. 29, no qual a assistente social aduziu:

"O casal está com a guarda de fato, desde 4 de setembro de 2001, após o casal levou a criança para consultar quando necessário. Por ser criança com boa saúde, e pediu que o casal o realizar-se (*sic*) alguns exames laboratoriais, e os quais foram realizados, e o resultado que é criança saudável.

"MMA. Juíza, entendemos que o casal tem grande afinidade (*sic*) relação a G., e nos disseram que é uma criança meiga e atenciosa com o casal e com pessoas que estão ao seu redor".

Outrossim, comentário feito à guisa de perfeito esclarecimento, não se trata da denominada adoção à brasileira, "casos em que o casal adota filhos alheios como seus" (Valdir Sznick. Adoção. 3ª ed. ver. e atual., São Paulo, Leud, 1999, pág. 451), eis que a criança foi registrada pela sua mãe biológica, tendo os ora agravantes intentado na comarca de Fraiburgo o pedido de adoção, o qual, após a homologação da declaração da genitora no sentido de que consentia com a adoção perseguida, restou remetido à comarca de Lebon Régis em face de informação prestada pela assistente social (v. documento de fl. 32).

Neste contexto, em que pese a violação no tocante à lista de espera existente na comarca de Lebon Régis, não se pode negar à genitora, que reconhece não ter condições morais e

financeiras de criar um filho, "(...) a possibilidade de entregá-lo em adoção ou tutela, a pessoas de sua confiança, que entenda, tenha condições para tanto".

Interessante mencionar a manifestação do ilustre representante do *Parquet* de segundo grau, que assim raciocinou:

"Não que eu pense que não se deveria respeitar os limites territoriais dos cadastros para a adoção, mesmo porque isto não atenderia a organização do procedimento de adoção. Mas penso que a decisão do magistrado não foi proporcional a pequena irregularidade. Ao se apegar a tal formalismo, ao invés de simplesmente sublimá-lo, o juiz deixou de atender, não só à felicidade do casal, mas principalmente ao interesse da criança (que também é o interesse da lei), que veria abreviado o caminho do ambiente inapropriado no qual nasceu, entre a miséria e a prostituição, para outro, dentro de uma família sólida.

"Contra tudo isto que defendi, poderia-se argumentar que a adoção pelos agravantes desrespeitaria a ordem da fila de adoção. Não é o que aconteceria. Na verdade, estaria-se simplesmente se atendendo ao legítimo desejo da mãe biológica de ver o seu filho com um casal no qual detinha confiança" (fl. 137).

No pertinente à ausência do casal na lista de pretendentes, já assentou esta Corte, *verbis*:

"Agravado de instrumento. Adoção. Posse de fato da criança por quatro meses com casal adotante. Busca e apreensão do menor indeferida. Estudo social favorável à manutenção

da criança com o casal adotante. Recurso desprovido.

"Não se deve afastar uma criança dos braços de quem a acolhe desde o nascimento, cujo requerimento de adoção já foi efetuado, a pretexto de inobservância cadastral de pretendentes à adoção, a não ser que se comprove de plano a inabilitação moral para o ato.

"Revelando o estudo social a boa índole da família adotante e o carinho e amor conferidos ao menor, é de indeferir-se pedido de busca e apreensão deste, requerido pelo Ministério Público, porquanto silogismos críticos, impostos à simples leitura de texto legal, não podem prevalecer sobre o bem-estar da criança" (Agravado de Instrumento n. 99.017563-4, da comarca de Pomerode, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 17/10/2000, grifo nosso).

O que se constata do exame dos autos é que o Dr. Juiz de Direito *a quo*, acatando pedido do representante do Ministério Público, suspendeu o pátrio poder da genitora, deferindo, posteriormente, a guarda provisória do infante a um dos casais cadastrados na lista de pretendentes à adoção daquela Comarca, sem que viesse a valorizar as peculiaridades do caso. Na hipótese, o interesse demonstrado pelo casal ora agravante.

Não se trata, por óbvio, de questão meramente de direito. Cuida-se de matéria que se refere a envolvimento emocional, disposição de acolher como sua criança estranha, buscar entregar amor, proteção, enfim, doar-se em prol de outrem, com o fito de proporcionar-lhe melhores condições de vida e expectativa de um futuro melhor.

Caso se passe a agir unicamente com base em regras — que por vezes efetivamente são necessárias —, desprezando-se as características próprias de cada caso concreto, haverá o cumprimento da lei, mas é discutível que se esteja distribuindo justiça, ou, o que é mais importante, fazendo com que o interesse da criança seja colocado em primeiro plano.

Não se tratava de casal que estivesse alheio aos regramentos estabelecidos para o processo de adoção. Ao contrário, estava cadastrado para receber uma criança. Houve o abreviamento da espera pela ocorrência de fato inesperado, e por essa razão deveriam ser punidos? A "escolha" feita pelas autoridades investidas do poder será sempre melhor que a realizada pela própria genitora?

Contudo, apesar do reconhecimento de que a medida possa não ter contado com a suficiente e necessária reflexão, há outro aspecto que deve ser obrigatoriamente sopesado.

A documentação que instrui o presente agravo dá conta de haver o Magistrado, após o deferimento da liminar atacada, concedido a guarda provisória da criança a um outro casal, por decisão datada de 20 de setembro de 2001 (fls. 108/112).

Por consequência, está a criança com outras pessoas também interessadas em acolhê-la como filho, dispensando amor e cuidados, por período de tempo superior a 6 (seis) meses. Na mesma linha de raciocínio empregada até este momento, deve-se privilegiar, acima de tudo, o interesse da criança, uma vez que a reformulação do direito da criança e do adolescente transmutou a doutrina da "situação irregular"

para a concepção da "proteção integral", impondo ao magistrado um novo enfoque no tocante aos direitos da criança e do adolescente, pois suas decisões devem, doravante, perseguir o interesse do menor, consoante preconiza o art. 6º do ECA.

Sobre o assunto, colhe-se da doutrina:

"O artigo em tela menciona a forma como se deve interpretar o Estatuto. O fim social é o de proteção integral da criança e do adolescente e o bem comum é o que atende aos interesses de toda a sociedade. Os direitos e deveres individuais e coletivos são os elencados no ECA, relativos à criança e ao adolescente.

"Entendemos que a 'condição peculiar da criança e do adolescente' deve ser o principal parâmetro na aplicação das medidas na Vara da Infância e Juventude. Obedecidos os critérios legais, as autoridades devem procurar as medidas mais adequadas à proteção da criança e do adolescente.

"Em caso específico de procedimento, os genitores pleitearam a busca e apreensão de seu filho que estava sob a guarda de tio do mesmo. O termo de guarda estava expirado, mas o menor estava há mais de dois anos sob os cuidados do tio. Assim, a interpretação literal levaria ao deferimento do pedido dos genitores. Contudo, uma análise à luz da norma levaria a outro entendimento, posto que, sob a vigência do Estatuto, prevalece a avaliação e a situação do menor e, conseqüentemente, a decisão deve ser balizada sempre em seu favor" (Válter Kenji Ishida. Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo, Atlas, 1998, pág. 28).

Ou ainda:

"Certamente, deve-se levar em conta o fato de que todas as decisões mais importantes são a cargo dos adultos. Mas reconhece-se formalmente que existe uma categoria de cidadãos — as crianças — que têm seus próprios interesses específicos, os quais nem sempre coincidem — e às vezes contrastam — com os dos adultos. Esta categoria não pode proteger-se por si mesma, não tem força contratual dentro da sociedade, não vota e não protesta. Por conseguinte, os adultos responsáveis — não só os pais, mas também, e sobretudo, aqueles que tomam decisões coletivas que envolvem milhões de crianças (administradores, políticos e aqueles que detêm o poder econômico) — são investidos da responsabilidade de exercitar os direitos fundamentais das crianças em seu lugar.

"O comportamento destes adultos deverá, portanto, ser avaliado, política mas também juridicamente, por sua conformidade aos verdadeiros interesses da criança, por sua adequação à função de representar aquela categoria especial de cidadãos.

"Esta também é uma declaração programática do Estatuto, a qual poderá e deverá ser levada em conta pelos operadores do Direito; talvez uma das mais importantes, se estes souberem fazer bom uso dela, na prática" (Munir Cury, Antonio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendes — coordenadores. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 3ª ed., 2ª tir., São Paulo, Malheiros, 2001, págs. 19/20).

Assim, apesar de entender que a medida não deveria ter sido adota-

da, as situações a ela posteriores recomendam sua manutenção, em benefício dos interesses da criança.

É como voto.

III — Decisão

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ma-

zoni Ferreira, emitindo parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 25 de abril de 2002.

Anselmo Cerello,

Presidente, com voto;

Jorge Schaefer Martins,

Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2000.010251-2, DE SÃO BENTO DO SUL

Relator: Des. Newton Janke

Tutela antecipada. Ação revisional de contrato bancário. Cancelamento de hipoteca. Ausência dos pressupostos legais.

O cancelamento de hipoteca constituída como obrigação acessória de contrato bancário somente é admissível, em sede de tutela antecipatória, perante prova consistente do pagamento da dívida, demonstração objetiva de dano de difícil ou incerta reparação e pela prestação de caução idônea apta a neutralizar os efeitos da irreversibilidade da medida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2000.010251-2, da comarca de São Bento do Sul (2ª Vara), em que é agravante Banco do Estado de Santa Catarina S.A., sendo agravado Ahrens & Cia. Ltda.:

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

Custas de lei.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Banco do Estado de Santa Catarina S.A. contra decisão que, em ação de revisão contratual

cumulada com repetição de indébito ajuizada por Ahrens & Cia. Ltda., deferiu medida de tutela antecipada consistente no cancelamento de hipoteca instituída em escritura pública de confissão e reconhecimento de dívida.

No propósito de reverter a decisão censurada, alega que a indigitada medida, por revestir-se de natureza marcadamente cautelar, não poderia ter sido cumulada na própria ação principal, enfatizando que são diversos os pressupostos da tutela cautelar e da tutela antecipatória, estes que, na espécie, não se fariam presentes.

Sustenta, ainda, que a decisão recorrida não atentou para a vedação

contida nos §§ 2º e 3º do art. 273 do CPC.

Negado o efeito suspensivo, a agravada ofereceu resposta acompanhada de documentos, enaltecendo o acerto da decisão combatida.

É o relatório.

Ao ensejo de escritura pública de confissão e de reconhecimento de dívida, tendo por objeto idêntica operação anterior, a agravada deu em hipoteca um imóvel de sua propriedade. Propôs ação revisional objetivando a revisão de todos os contratos que deram origem ao débito confessado, à consideração de que neles foram apurados e embutidos encargos indevidos que, uma vez expurgados, renderiam ensejo à repetição de indébito.

Não tem razão o agravante na tese de que a providência postulada — o cancelamento da hipoteca — estaria caracterizada por feição nitidamente cautelar, embora aqui, como em outras hipóteses, também possa tê-la.

Com efeito, se restar reconhecido pela sentença que a agravada nada mais deve ao agravante, a consequência natural daí decorrente é o cancelamento do gravame hipotecário, o que significa dizer que, na verdade, a medida postulada consiste na antecipação de um dos direitos postulados pela autora.

Sucede, entretanto, que a controversia posta em Juízo não permitia o deferimento da providência quer seja pela ausência de seus pressupostos, quer seja pelo perigo de sua irreversibilidade.

Ora, somente uma perícia judicial poderá concluir que a agravada nada deve ao banco agravante. A ne-

cessidade da produção dessa prova, por si só, compromete a existência do pressuposto central da tutela antecipada que requer prova documental pré-constituída da verossimilhança das alegações e do direito invocado pela autora.

Por outro lado, ainda quando se pensasse de modo diverso, a medida em questão constitui, *data venia*, verdadeira temeridade dada a sua irreversibilidade.

Uma vez cancelada a hipoteca, a devedora poderá constituir novo ônus da mesma espécie sobre o imóvel ou até mesmo aliená-lo e, então, já não mais será possível, diante de uma eventual improcedência da ação, ressuscitar a garantia de modo a que possa ser oposta a terceiros. Diante de tão grave perspectiva, a indigitada medida somente poderia ser deferida, *ad argumentandum*, se a autora prestasse caução idônea, por boa e prudente analogia com o que dispõe o art. 588, inc. II, do CPC, quando trata da hipótese de levantamento de dinheiro em sede de execução provisória da sentença.

Ao lado do ensinamento de Washington de Barros Monteiro, colacionado pelo agravante (fl. 9), não é demasiado agregar a lição de Orlando Gomes que, tratando didaticamente da extinção da garantia, assim pontifica:

"A extinção da hipoteca verifica-se por duas vias: a via de consequência e a via principal.

"Como direito acessório, que é, a hipoteca extingue-se por via de consequência quando desaparece a obrigação principal que garante.

"A obrigação principal desaparece ao ser cumprida. Diversos modos de extinção das obrigações determi-

nam a extinção da hipoteca: o pagamento, a compensação, a novação, a remissão, a confusão, a prescrição e a impossibilidade de execução. Outros modos extintivos das obrigações não produzem esse efeito: o pagamento com sub-rogação e o que é feito por consignação; este até que se torne efetivo. Para que o pagamento da dívida extinga a hipoteca, é necessário que seja integral. Se declarado nulo, não tem efeito extintivo.

"A hipoteca extingue-se por via principal quando deixa de existir por uma causa peculiar. Neste caso, a obrigação principal subsiste, mas o crédito passa a ser quirografário.

"São causas da extinção da garantia hipotecária: a destruição do bem; a renúncia do credor; a remissão; a prescrição; a consolidação; a resolução do domínio; a arrematação ou a adjudicação e a perempção legal" (Direitos Reais, Forense, 8ª ed., 1983, pág. 360).

O cancelamento da hipoteca tem como pressuposto a existência de

alguma causa extintiva, o que não se verifica no caso em exame.

O cancelamento do gravame, pela via judicial da tutela antecipada, somente seria admissível mediante a conjugação simultânea de alguns pressupostos indispensáveis, a saber: a) prova consistente do pagamento integral da dívida; b) demonstração da possibilidade da agravada experimentar dano de incerta ou difícil reparação; c) prestação de caução idônea apta a neutralizar os efeitos da irreversibilidade da medida.

Pelos fundamentos externados, dá-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 11 de abril de 2002.

Cercato Padilha,
Presidente com voto;
Newton Janke,
Relator.

AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.021690-6, DE JOAÇABA

Relator: Des. Vanderlei Romer

Agravo. Artigo 557, § 1º, do CPC. Universidade particular. Ato interna corporis. Competência da justiça estadual. Pedido de desistência deste pleito formulado pelo então presidente do diretório

central de estudantes, tendo em vista acordo com a parte ex adversa. Alegação de nulidade do referido pacto. Necessidade da propositura de ação própria para desconstituição da avença. Concessão de nova procuração pelo citado presidente a causídico que não atuava no feito. Possibilidade. Direito da parte. Revogação tácita do mandato anterior. Reclamo desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2001.021690-6, da comarca de Joaçaba, em que é agravante Diretório Central de Estudantes da Unoesc — Campus de Joaçaba, sendo agravada Fundação Educacional Unificada do Oeste de Santa Catarina — Unoesc:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Diretório Central de Estudantes da Unoesc — Campus Joaçaba — interpôs agravo previsto no artigo 557, § 1º, do CPC, contra decisão proferida à fl. 1.020, a qual entendeu prejudicado o agravo de instrumento em razão da desistência do reclamo.

Afirmou que o então Presidente do DCE, Valdecir dos Santos, e a Unoesc firmaram acordo nos autos da ação principal, sendo tal avença nula pelos seguintes motivos: o ex-Presidente não possuía poderes para celebrar qualquer ajuste, necessitando do *referendum* da assembleia-geral, o que não ocorreu no presente caso; o pacto não trouxe vantagens aos alunos, mas, tão-somente, à Unoesc, o que demonstra o enri-

quecimento sem causa desta com a apropriação do valor depositado em juízo mediante a expedição de alvará (R\$ 9.959.520,58); a procuradora representante do DCE no acordo entabulado em 25/4/02 foi a advogada Milena Quiliconi, o que infringe o artigo 11 do Código de Ética e Disciplina da OAB, visto que o presente signatário somente recebeu a notificação da revogação de seus poderes em 20/4/02; o Sr. Valdecir dos Santos renunciou ao mandato de Presidente do DCE dias após a desistência do pedido.

Pugnou, portanto, pela retratação do pedido de desistência, restabelecendo, de plano, a liminar deferida.

Juntou farta documentação.

É o relatório.

II — Voto

A irresignação do agravante não procede.

A dita avença eivada de vícios foi noticiada pelos litigantes nos autos da ação principal, tendo sido solicitada neste feito, tão-somente, a desistência do recurso de agravo de instrumento.

Questiona-se então: o que cabia examinar?

Somente um item: a formulação do pedido por parte legítima e devidamente representada.

In casu, com a apresentação do pedido de desistência foi juntada procuração outorgada à advogada Milena Quiliconi pelo Presidente do DCE, Valdecir dos Santos.

Assim, não há falar que, para este ato (desistência do pleito), o prefalado Presidente não possuía poderes.

Se o que se pretende é a confirmação que o então Presidente do DCE não tinha poderes para celebrar o acordo entabulado com a parte agravada nos autos principais — o que difere, totalmente, da desistência do reclamo — tal tese não pode ser analisada neste agravo de instrumento.

Os possíveis vícios na realização do acordo demandam esclarecimento em processo próprio, mesmo porque no presente recurso o que se estava pretendendo era o bloqueio do levantamento autorizado pelo juízo a quo dos valores atualizados.

A propósito, vale transcrever acórdão do excelso Superior Tribunal de Justiça:

"Locação residencial. Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de alugueres. Acordo homologado pelo Juiz, para pagamento parcelado da dívida, após sentença de mérito que julgara procedente a ação.

"Possibilidade, sem que isso implique afronta ao art. 471 do CPC. *Petição de acordo assinada pelo advogado do autor e pelo réu diretamente, sem a intervenção do advogado do último. Transação válida, em tese, que só poderá ser anulada em ação própria, provando-se a existência de vício que a torne nula ou anulável*" (sem grifo no original) (REsp n.

50.669-7/SP, relator Ministro Assis Toledo, DJU de 27/3/95).

E do corpo do aresto:

"A petição de acordo contém a assinatura de um advogado — advogado do autor — o que lhe dava acesso ao juízo. A assinatura do réu, desacompanhada de seu advogado, tem, no caso, o efeito de concordância e aperfeiçoamento da transação que, no caso, só poderá ser anulada em ação própria, com a comprovação da existência de algum vício que torne nulo ou anulável o negócio jurídico".

Por conseguinte, além de afastar-se a alegação de nulidade do pacto, igualmente deve-se rechaçar a assertiva de que o acordo foi oneroso apenas para os agravantes, uma vez que, neste feito, não existe a possibilidade de ingressar no mérito daquele para investigar a veracidade de tal afirmação.

Por outro lado, cai por terra o argumento de infringência ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, eis que o pedido de desistência foi assinado por outro causídico que não o signatário do presente recurso, o qual ainda era o procurador da causa.

Utilizando novamente julgados do Superior Tribunal de Justiça, vê-se que "a outorga de novo mandato, sem ressalva, faz presumir a revogação do anterior" (REsp n. 58.925/RJ, rel. Ministro Nilson Naves, DJU de 12/2/01).

E ainda: "(...) I — A outorga de nova procuração, sem reserva de poderes, indica a revogação de mandato anterior (...)" (REsp n. 222.215/PR, rel. Ministro Félix Fischer, DJU de 21/2/00).

Desse modo, a constituição de novo advogado nos autos, com a assi-

natura da procuração pela parte que devidamente representava o DCE, demonstra a legalidade do ato até prova em contrário, e autoriza, conseqüentemente, a realização do pedido formulado às fls. 1.015/1.016.

Não obstante, o fato de o então Presidente do Diretório Central de Estudantes da Unoesc ter renunciado ao cargo dias depois da desistência do pleito não influencia em nada na *quaestio juris*, uma vez que no momento do requerimento aquele se achava investido nos poderes que o mandato lhe conferia.

Conseqüentemente, a modificação do *decisum* objurgado é medida que não se coaduna com a situação em exame, estando correta a negativa

de seguimento ao reclamo ante a sua prejudicialidade.

Isso posto, nega-se provimento ao agravo.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu-se, por votação unânime, desprover o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin.

Florianópolis, 27 de junho de 2002.

João Martins,
Presidente, com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.002479-1, DE CAÇADOR

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Execução fiscal — Autarquia federal — Comarca que não é sede de vara do Juízo Federal — Competência delegada à justiça estadual — Ação cautelar visando a garantir o juízo — Dependência da ação de execução — Processo e julgamento no juízo estadual, com recurso ao Tribunal Regional Federal competente (CF, art. 109, §§ 3º, in fine, e 4º, art. 15, inciso I, da Lei n. 5.010/66).

A medida cautelar fiscal instaurada antes da propositura da ação de execução fiscal e visando a garantir o juízo antes mesmo da penhora, dela sendo "sempre dependente" (Lei n. 8.397/92, art. 1º), "será requerida ao juiz competente para a execução judicial da dívida ativa da Fazenda Pública" (art. 5º).

Por delegação constitucional, serão processadas e julgadas na justiça estadual da comarca, que não for sede de vara do juízo federal, as ações de execuções fiscais movidas pela União, suas autarquias e empresas públicas contra devedor residente na respecti-

va comarca (art. 109, § 3º, da CF, art. 15, I, da Lei n. 5.010/66 e Súmula 40 do extinto TFR), com recurso "para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau" (art. 109, § 4º, da CF).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2002.002479-1, da comarca de Caçador (1ª Vara), em que é agravante Reunidas Transportadora Rodoviária de Cargas S.A. e agravado o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer do recurso e dar provimento parcial para, reconhecendo a competência do juízo estadual da comarca de Caçador para processar e julgar a medida cautelar dependente da ação de execução fiscal, reformar a decisão do Relator que anulou a decisão de primeiro grau concessiva da liminar e, com fundamento no art. 109, § 3º, *in fine*, c/c § 4º, da CF, determinar a remessa destes autos de agravo ao colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Custas legais.

Na comarca de Caçador, Reunidas Transportadora Rodoviária de Cargas S.A., considerando inscrição em dívida ativa de crédito previdenciário reclamado pelo INSS, sem que houvesse sido proposta a ação de execução fiscal pertinente, justificando necessidade de obtenção de certidão positiva com efeito negativo de débito com a autarquia (CTN, art. 206) e visando a forrar-se em um de seus contratos de transporte com órgão público sob pena de rescisão, propôs ação cautelar para "oferecer bem em

caução, antecipando a garantia do juízo que seria obtida com a penhora de bem na futura execução fiscal a ser ajuizada pelo INSS".

O Dr. Juiz de Direito, fundado em precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 99.653/SP, 2ª T., j. 15/10/98, rel. Min. Ari Pargendler), concedeu a medida liminar e determinou "que, uma vez tomada por termo a caução oferecida, seja o requerido intimado a expedir, *incontinenti*, certidão positiva com efeito de negativa em favor da requerente, em relação aos débitos de números 35093072-4 e 35224634-0" (fl. 20).

O INSS interpôs, então, recurso de agravo de instrumento suscitando nulidade da decisão por incompetência absoluta da justiça estadual, porquanto a esta a delegação de competência refere-se apenas à execução fiscal; que a via processual eleita é inadequada, sendo inviável a concessão de liminar satisfativa; no mérito, que não há penhora regular e/ou suficiente, podendo a autoridade administrativa recusar o fornecimento de certidão negativa ou positiva.

Nesta Corte, o eminente Relator em exercício nesta Câmara Civil Especial, citando precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça, em ação de consignação em pagamento (CC n. 27977/SC, rel. Min. José Delgado, DJU de 9//10/2000, pág.118), desde logo deu provimento ao recurso após reconhecer a incompetência do juízo da justiça estadual para processar e julgar

a ação cautelar em exame e, conseqüentemente, anulou a decisão atacada e determinou a remessa dos autos à justiça federal.

Inconformada e com fundamento no art. 557, § 1º, do CPC, Reunidas Transportadora Rodoviária de Cargas S.A. interpôs o presente agravo inominado contra a decisão monocrática do Relator, argumentando com a competência da justiça comum estadual para processar e julgar a ação cautelar vinculada e dependente à respectiva execução fiscal que seria ajuizada, a qual, posteriormente, segundo documentos apresentados, foi mesmo aforada na justiça estadual da comarca de Caçador, onde não há vara da justiça federal. No mais, sustenta que o Relator não poderia dar provimento de plano ao recurso, por não dizer respeito a nenhuma das hipóteses previstas no art. 557, § 1º, do CPC, e reproduzindo as razões de mérito da ação cautelar requer o conhecimento e provimento do presente recurso para anular a decisão agravada e determinar a remessa dos autos à justiça federal, ou sejam devolvidos os autos ao juízo da comarca de Caçador para julgar a medida cautelar em decorrência do ajuizamento da execução fiscal, autuada sob o n. 012.02.000421-6.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido e provido, por fundamento distinto daquele sustentado pela agravante, pois o Dr. Juiz de Direito da comarca de Caçador ao decidir na ação cautelar estava investido de competência federal delegada, com supedâneo no art. 109, § 3º, *in fine*, da CRFB/88, em o qual se esteiam os arts. 15, I, da Lei n.

5.010/66 (recepcionado) e 5º, da Lei n. 8.397/92.

2. É que a Constituição da República delega à justiça estadual competência para processar e julgar as ações em que forem parte instituição de previdência social e segurado quando a comarca não for sede de vara do juízo federal (art. 109, § 3º), aduzindo a parte final do texto que, "se verificada essa condição, *a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual*".

Ora, a Lei n. 5.010/66, que dispõe sobre a organização da justiça federal de primeira instância e dá outras providências, estabelece no inciso I de seu art. 15 que "Nas comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (art. 12), os Juízes Estaduais são competentes para processar e julgar: I — os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizadas contra devedores domiciliados nas respectivas comarcas".

Esse texto legal foi recepcionado pela Constituição no preceito indicado, sucedido pelo verbete n. 40, da Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos, com a seguinte redação:

"A execução fiscal da Fazenda Pública Federal será proposta perante o Juiz de Direito da comarca do domicílio do devedor, desde que não seja ele sede de Vara da Justiça Federal".

Ora, se a execução fiscal da dívida ativa da União e suas autarquias deve ser proposta no foro do domicílio do devedor, resulta lógico que as ações cautelares que tenham por finalidade assegurar resultado útil à própria execução fiscal, dela sendo dependente, também deverá ser propos-

ta perante o mesmo juízo do foro do domicílio do devedor, seja federal por origem, seja o estadual em virtude da delegação de competência.

Esta afirmação foi elevada à lei ordinária, pois o art. 1º da Lei n. 8.397, de 6/1/1992, preceitua "o procedimento cautelar fiscal pode ser instaurado antes ou no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias e dessa execução é sempre dependente", esclarecendo o art. 5º que "A medida cautelar fiscal será requerida ao Juiz competente para a execução judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública".

Desse modo, tendo a ação cautelar inominada, proposta pela ora agravante, por finalidade precípua oferecer caução, "antecipando a garantia do juízo que seria obtida com a penhora de bem na futura Execução Fiscal a ser ajuizada pelo INSS" (fl. 27/TJSC), exsurge clara sua dependência à execução fiscal que deveria ser proposta naquele juízo da justiça comum estadual, a qual, aliás, foi ajuizada em 14/2/2002, perante a 2ª Vara Cível da comarca de Caçador (autos n. 012.02.000421-6 — fl. 95/TJSC, *in fine*), confirmando que a delegação de competência federal àquele juízo, com a ressalva expressa contida no § 4º do art. 109 da Constituição, vale dizer, os recursos cabíveis contra decisões do juiz estadual investido na jurisdição federal serão "sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau".

Este é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa dos seguintes julgados:

"Conflito de competência. Execução fiscal. Juízo de Direito de Nova Petrópolis/RS. Jurisdição federal delegada. Art. 109, § 3º, da Constituição Federal, art. 15, inciso I, da Lei n. 5.010/66 e Súmula 40 do extinto TFR.

"1. O Juízo de Direito, onde não for sede de Vara Federal, é o competente para processar e julgar execuções fiscais movidas pela União, suas autarquias e empresas públicas contra devedor residente na respectiva comarca (art. 109, § 3º, da Constituição Federal, art. 15, inciso I, da Lei n. 5.010/66 e Súmula 40 do extinto TFR).

"2. As Resoluções do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que determinam a integração do município de Nova Petrópolis à jurisdição territorial das Varas Federais de Caxias do Sul, restaram, naturalmente, sobrepujadas pela Lei Maior, vale dizer, inexistindo sede de Vara Federal em Nova Petrópolis, para as ações previdenciárias e execuções fiscais, continua o Juízo Estadual competente, exercendo a jurisdição federal delegada.

"3. Matéria pacificada pela eg. Primeira Seção.

"4. Competência do Juízo de Direito de Nova Petrópolis/RS, ora suscitado" (Primeira Seção, CC n. 31151/RS, rela. Min. Laurita Vaz, j. em 8/8/2001).

Ou:

"Conflito de competência. Execução fiscal proposta pela seccional da Ordem dos Advogados. Domicílio do devedor. Justiça estadual, na falta de vara federal.

"Compete à justiça do Estado processar execução fiscal promovida pela ordem dos advogados, quando a

comarca de domicílio do devedor não for sede de Vara da Justiça Federal" (CC n. 19525/PR, rel. Min. Hélio Mosimann, j. em 16/12/1997).

E mais:

"Processual civil. Conflito negativo de competência. Execução fiscal. Inexistência de vara federal na comarca. Constituição Federal, arts. 105, I, d, 106, I, e 109, I, da Lei n. 5.010/66, art. 15 - Súmula 3/STJ.

"1. Inexistindo vara federal na comarca e investido o juiz de direito de competência delegada para processar e julgar execuções fiscais, compete ao Tribunal Regional Federal dirimir o conflito, aplicando a Súmula 3/STJ.

"2. Remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região" (CC n. 15424/SP, rel. min. Milton Luiz Pereira, j. em 12/12/1995).

Resumindo: a medida cautelar fiscal instaurada antes da propositura da ação de execução fiscal e visando a garantir o juízo antes mesmo da penhora, dela sendo "sempre dependente" (Lei n. 8.397/92, art. 1º), "será requerida ao juiz competente para a execução judicial da dívida ativa da Fazenda Pública" (art. 5º).

Assim, por delegação constitucional, serão processadas e julgadas na justiça estadual da comarca, que não for sede de vara do juízo federal, as ações de execuções fiscais movidas pela União, suas autarquias e empresas públicas contra devedor residente na respectiva comarca (art. 109, § 3º, da CF, art. 15, I, da Lei n. 5.010/66 e Súmula 40 do extinto TFR), com recurso "para o Tribunal Regional Fede-

ral na área de jurisdição do juiz de primeiro grau" (art. 109, § 4º, da CF).

3. Não se discute aqui o mérito do recurso de agravo de instrumento, a partir da admissibilidade ou não da medida invocada e demais questionamentos, pois a matéria devolvida está restrita ao reconhecimento da competência e cassação da decisão que sobre ela decidiu, resultando que, diante do reconhecimento da competência federal delegada ao juiz comum estadual, as demais questões estão reservadas ao colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

4. Assim, conhece-se do presente recurso e dá-se-lhe provimento parcial para, reconhecendo a competência do juízo estadual da comarca de Caçador para processar e julgar a medida cautelar dependente da ação de execução fiscal (agora já lá proposta), reformar a decisão do Relator que anulou a decisão de primeiro grau concessiva da liminar e, com fundamento no art. 109, § 3º, *in fine*, c/c § 4º, da CF, determinar a remessa destes autos de agravo de instrumento ao colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jaime Ramos e Victor Ferreira, funcionando como Procurador de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 7 de março de 2002.

Silveira Lenzi,
Presidente;

Nilton Macedo Machado,
Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.004558-6, DE CHAPECÓ**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

Recurso cível — Agravo de instrumento — Seguimento negado, por ser manifestamente improcedente — Agravo inominado — Direito intertemporal — Pretendida aplicação do disposto no § 3º do art. 515 do CPC (acrescido pela Lei n. 10.352, de 26/12/2001) — Aplicação da lei vigente à época da publicação da sentença (Lei n. 6.835/80) — Norma de aplicação específica ao recurso de apelação — Agravo visando ao efeito suspensivo à apelação interposta contra sentença extintiva de mandado de segurança — Recurso não provido.

"A lei vigente à data da publicação da sentença é a que rege a interposição de recursos" (STJ).

"Não é possível conceder-se efeito suspensivo à apelação interposta de sentença que extinguiu o feito sem julgamento do mérito, uma vez que não há o que se suspender, pois nada de concreto foi reconhecido ou imposto às partes" (STJ, RMS n. 615/SP, 2ª T., rel. Min. José de Jesus Filho, j. em 27/11/1991).

Ao agravo de instrumento não se aplica o disposto no § 3º do art. 515 do CPC (acrescentado recentemente pela Lei n. 10.352/2001), por ser norma específica e restrita ao recurso de apelação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2002.004558-6, da comarca de Chapecó (Vara da Fazenda Pública), em que é agravante Banco Itaú S.A. e agravado o município de Chapecó:

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

Custas legais.

O Banco Itaú S.A. interpôs agravo inominado, com fulcro no art. 557, § 1º, do CPC, contra decisão monocrática do Relator que negou seguimento a agravo de instrumento manifestamente

improcedente, por ser inviável, em sede de agravo de instrumento, a concessão de efeito suspensivo "ativo" à apelação interposta contra sentença que indeferiu a petição inicial de mandado de segurança, com fundamento no art. 8º da Lei n. 1.533/51, e, em consequência, declarou extinto o processo, em que o agravante pretendia suspender a exigibilidade das penalidades aplicadas com supedâneo nas Leis Municipais ns. 3.975/99 e 4.222/99, em virtude de o atendimento bancário oferecido ao consumidor exceder os limites temporais fixados pelas referidas normas.

Sustenta, para obter o almejado efeito suspensivo ao recurso de apela-

ção via efeito ativo a agravo de instrumento, com o propósito de suspender a exigibilidade das multas e demais penalidades impostas, a incompetência do Município para legislar sobre as atividades das instituições bancárias, pois esta é privativa da União, pelo que deve prevalecer o disposto na Lei Federal n. 4.595/64; que deve ser aplicada à hipótese a norma contida no § 3º do art. 515 do CPC, introduzida com a Lei n. 10.352/2001, pois que "nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e se estiver em condições de imediato julgamento".

Requer a reforma da decisão para dar regular seguimento ao agravo de instrumento, julgando-se, desde logo, o mérito do pedido.

É o relatório.

O recurso é conhecido, mas não provido, porque:

1. Inicialmente se faz mister salientar que, à vista da interpretação lógico-sistêmica, o novel dispositivo, introduzido como § 3o do art. 515 do CPC por intermédio da Lei n. 10.352/2001, no Título X ("Dos Recursos"), mais especificamente no Capítulo II, que trata "Da Apelação", é de aplicação restrita ao recurso de apelação, não se estendendo ao agravo de instrumento, que está disciplinado no Capítulo III ("Do Agravo"); poder-se-ia dar interpretação diversa, se tal dispositivo estivesse inserido no capítulo "Das Disposições Gerais", do Título "Dos Recursos" (arts. 496 a 512 do CPC), pois que seria de aplicação a todas as espécies de recursos.

Dissertando sobre hermenêutica, R. Limongi França, citando Washington de Barros Monteiro, assevera que: "entre muitíssimas outras" as regras da jurisprudência coletadas foram as seguintes:

"f) Todas as leis excepcionais ou especiais devem ser interpretadas restritivamente.

(...)

"i) Deve ser considerado o lugar onde está colocado o dispositivo, cujo sentido deve ser fixado" (Hermenêutica Jurídica, 2ª ed., SP, Saraiva, 1988, pág. 49).

Ora, se o dispositivo não faz parte das disposições gerais mas apenas do procedimento específico do recurso de apelação, resulta evidente e lógico que sua aplicação é restrita, não se podendo estendê-lo aos demais recursos; assim o quisesse, o legislador poderia tê-lo feito. Na omissão, o juiz não pode substituí-lo, porque assim estaria ferindo direito da parte adversa à estabilidade das decisões.

De outra parte, sobre a pretendida ampliação da extensão do efeito devolutivo do recurso de apelação, José Rogério Cruz e Tucci leciona:

"Por paradoxal que possa parecer, argumentando simplesmente que o princípio do duplo grau de jurisdição não vem contemplado na Constituição Federal, o legislador da atual reforma altera a tradicional regra acima exposta (*tantum devolutum quantum appellatum*), ao autorizar que nas hipóteses de *sentença terminativa*, o tribunal possa passar ao julgamento do mérito, desde que se trate de questão exclusivamente de direito e que não demande ulterior instrução probatória.

"Dando ênfase à 'instrumentalidade' em detrimento da boa técnica processual, essa novidade amplia de modo substancial a extensão do efeito devolutivo da apelação, permitindo que o juízo recursal extravase o âmbito do dispositivo da *sentença de primeiro grau* e, por via de consequência, o objeto da impugnação.

"Com isso, a *apelação* deixa de ter natureza de *revisio prioris instantiae* e passa a ser concebida com um *novum iudicium*, no qual ao órgão jurisdicional superior é lícito o mais amplo reexame da causa, em todos os seus aspectos de fato e de direito, de modo a julgá-la *ex novo*: 'tem-se, então, na consagrada expressão de Binding, uma *Zweite Erstinstanz* (segunda primeira instância).

"Devolvida a cognição da controvérsia ao tribunal *ad quem*, a partir da vigência da lei agora promulgada, independe a *natureza da sentença* recorrida — terminativa ou definitiva —, visto que a causa poderá ser julgada pelo mérito em segundo grau. Bastará, para tanto, que o *thema decidendum* seja considerado exclusivamente de direito (*quaestio iuris*) e que — na dicção do texto legal — 'esteja em condições de imediato julgamento', isto é, não exija a produção de qualquer prova.

"O *recurso de apelação* perde, destarte, a sua função substitutiva, tendo-se em vista que agora nem sempre o novo julgamento se identificará com o objeto da sentença recorrida" (Lineamentos da nova reforma do CPC, SP: RT, 2002, págs. 57/58 — original sem grifos, mas com destaques).

2. Não fosse isso, é entendimento pacífico que a lei vigente à data

da publicação da decisão recorrida é a que rege a interposição de recursos.

Sendo assim, o disposto no § 3º do art. 515 do CPC, acrescido pela Lei Federal n. 10.352, de 26/12/2001, que entrou em vigor no último dia 27 de março (conforme art. 8o, § 1º, da LC n. 95, de 26/2/1998, com a redação dada pela LC n. 107, de 26/4/2001), só é aplicável às decisões recorridas prolatadas a partir de sua vigência, diversamente, portanto, do caso dos autos, pois que a decisão objeto do inconformismo foi proferida em 7 de fevereiro de 2002, não se podendo cogitar de sua incidência ao recurso de agravo de instrumento porque, além de se tratar de norma de aplicação restrita ao recurso de apelação, este foi interposto em 15 de março, antes da vigência da norma.

A propósito, colhe-se do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Processual civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Direito intertemporal. Lei vigente à época da publicação da sentença (Lei n. 6.835/80). Reexame necessário. Matéria de cunho constitucional. Ausência de prequestionamento.

"I — É entendimento pacífico nesta Corte que a lei vigente à data da publicação da sentença é a que rege a interposição de recursos.

"II — Quanto à alegação de que a matéria em debate é de cunho constitucional, a falta de prequestionamento torna inviável a apreciação do tema por esta Corte (Súmulas 282 e 356/STF).

"Agravo regimental a que se nega provimento" (Quinta Turma, AGRGA 391043, rel. Min. Félix Fischer, j. em 18/12/2001).

Nesse sentido também o entendimento deste Tribunal:

"Agravado de instrumento — Incidência de lei processual — Direito intertemporal — Recursos — Aplicação da lei vigente ao tempo da publicação da sentença — Agravado provido.

A lei vigente à época da publicação da sentença é que deve reger a matéria recursal, inclusive no que concerne ao preparo que é consequência do recurso" (AI n. 96.003442-0, de Paçoço, rel. Des. Anselmo Cerello).

Ou ainda:

"Agravado de instrumento — Recurso de apelação julgado deserto por ter sido interposto sem o respectivo preparo — Inocorrência — Direito intertemporal — Aplicação da lei vigente ao tempo da publicação da sentença — Precedente da Câmara — Agravado provido.

"Salvante nos casos de alteração de origem constitucional, o recurso rege-se pelas regras procedimentais vigentes ao tempo da publicação da decisão interlocutória ou da sentença" (AI n. 96.001578-7, da Capital, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

3. Quanto às razões recursais propriamente ditas, não assiste razão ao agravado, porquanto, consoante bem asseverado na decisão monocrática, não há conceder, por meio de efeito ativo a agravado de instrumento, efeito suspensivo à apelação para deferir medida liminar suspensiva de exigibilidade de penalidades aplicadas com base em Leis Municipais (ns. 3.975/1999 e 4.222/2000), que reputam inconstitucionais, por ferir a competência privativa da União, em face da extinção da ação mandamental porque, se caso isso fosse possível, es-

tar-se-ia suprimindo um grau de jurisdição, tendo em vista que o instrumento limita-se a averiguar o acerto ou desacerto do ato judicial atacado, vale dizer, na hipótese, se o recebimento do recurso de apelação contra sentença extintiva de mandado de segurança comporta ou não a concessão de efeito suspensivo.

Nesse sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu:

"Mandado de segurança — Efeito suspensivo pretendido à apelação — Recurso interposto de sentença que extinguiu o feito sem julgamento do mérito — Inadmissibilidade — Decisão na qual nada de concreto foi reconhecido ou imposto às partes, não havendo o que suspender.

"Ementa oficial: Processual civil. Mandado de segurança. Apelação. Efeito suspensivo.

"1. Não é possível conceder-se efeito suspensivo à apelação interposta de sentença que extinguiu o feito sem julgamento do mérito, uma vez que não há o que se suspender, pois nada de concreto foi reconhecido ou imposto às partes.

"2. Recurso desprovido" (RMS n. 615/SP, 2ª T., rel. Min. José de Jesus Filho, j. em 27/11/91).

Destarte, "quando se diz que o efeito dos recursos, em mandado de segurança, é somente o devolutivo porque o suspensivo seria contrário ao caráter urgente e auto-executório da decisão mandamental" (Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança etc., 12ª ed., SP, RT, pág. 70), evidentemente o que se tem em vista é a decisão concessiva da ordem e não a sentença denegatória, tendo em vista que

na decisão denegatória da segurança não há o que suspender.

De mais a mais, convém citar, a título de esclarecimento, acórdão da colenda Quinta Câmara Civil em recurso interposto pela Federação Nacional das Associações de Bancos — Febraban —, da qual o agravante faz parte, contra decisão proferida em mandado de segurança coletivo, que visava a suspender qualquer ato estribado nas Leis Municipais ns. 3.975/99 e 4.222/00 e Decreto n. 7.949/00, porque pertencente ao caso:

"Liminar em mandado de segurança coletivo e preventivo. Federação Brasileira das Associações de Bancos — Febraban. Lei municipal versando sobre tempo limite para atendimento do consumidor. Norma de interesse local. Ausência de *fumus boni juris*. Lesividade hipotética indemonstrada. Agravo desprovido. Interlocutório ratificado.

"A lei municipal editada com o fim de regular a prestação dos serviços

bancários, limitando o tempo de espera do consumidor na fila do caixa das agências bancárias, com vistas ao bem-estar deste e a melhor adequação do mercado de consumo, não avança a competência privativa da União estabelecida no art. 48, XIII, da CF/88 e está em consonância com o art. 30, I, da Magna Carta e art. 55, § 1º, do CDC" (AI n. 00.022021-3, de Chapecó, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

4. Diante do exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jaime Ramos e Victor Ferreira.

Florianópolis, 4 de abril de 2002.

Silveira Lenzi,
Presidente;

Nilton Macedo Machado,
Relator.

AGRAVO (ART. 527, II, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.009590-2, DE BLUMENAU

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Recurso cível — Agravo de instrumento — Efeito suspensivo negado — Conversão para agravo retido (CPC, art. 527, II) — Agravo inominado — Inexistência de urgência ou perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação — Recurso não provido.

Diante da nova redação dada ao inciso II do art. 527 do CPC pela Lei n. 10.352/2001, o relator do agravo de instrumento pode, desde logo, convertê-lo em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, o que não ocorre quando a funda-

mentação do agravante não é relevante e não se demonstra perigo de dano pela eventual demora no julgamento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo do art. 527, II, do CPC, no Agravo de Instrumento n. 2002.009590-2, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é agravante Shell do Brasil S.A. e agravado Posto Jóia da Vila Nova Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

A Shell do Brasil S.A. interpôs o agravo previsto no art. 527, II, do CPC, em que pese tê-lo fundamentado erroneamente no art. 557, § 1º, do CPC, e art. 195 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, contra decisão monocrática do relator que negou efeito suspensivo a agravo de instrumento e o converteu em agravo retido, diante da ausência de provisão jurisdicional de urgência em favor da instituição agravante, por se tratar de recurso interposto contra decisão prolatada pelo Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Blumenau que, nos autos da ação renovatória proposta por Posto Jóia da Vila Nova Ltda., fixou provisoriamente o aluguel no valor de R\$ 7.500,00 e nomeou perito para averiguação do valor real da locação, determinando a intimação das partes para apresentação de quesitos e indicação de assistentes técnicos.

Sustenta, primeiramente, que, pelo ineditismo da norma, deve ser aplicado o princípio da fungibilidade ao recurso; que o conhecimento do agravo

de instrumento impõe-se porque o eventual acolhimento de qualquer das preliminares nele suscitadas enseja a extinção da ação originária e conseqüente improcedência da pretensão à renovação do contrato de locação, sendo que a apreciação, se postergada, poderá acarretar-lhe prejuízos pelo eventual acolhimento do pedido; que a manutenção da decisão impedirá a apreciação do agravo de instrumento pela Câmara; que possui primordial interesse na manutenção de seu fundo de comércio, embora não tenha sido comprovado o pagamento de seguro contra incêndio, de onde também poderão redundar-lhe danos, já que o agravado apresenta intuito único de desvincular a agravante do contrato para se desobrigar de revender combustíveis com a bandeira exclusiva da Shell, contando com a renovação da sublocação prevista na Lei n. 8.245/91; que, por força do disposto na Portaria n. 116 da ANP, as distribuidoras de petróleo são proibidas de comercializar combustíveis, mas detêm direito sobre o fundo de comércio constituído pelo estabelecimento, pois são garantidoras da qualidade dos produtos; e segue reafirmando seu direito quanto à manutenção do ponto e fundo de comércio, construídos com o nome Shell.

É o relatório.

1. Da decisão que converte agravo de instrumento em agravo retido cabe recurso de agravo previsto no art. 527, II, do CPC, daí por que se conhece do recurso.

Ora, com o advento da Lei n. 10.352, de 26/12/2001, atribuindo nova

redação ao art. 527 do CPC, o inciso II passou a dispor que o relator:

"poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, *salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação*, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente".

A esse respeito, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier lecionam:

"O novo inciso II do art. 527 autoriza o relator a converter o agravo de instrumento em agravo retido. Essa autorização não incide (e a própria lei cuidou de abrir expressamente estas exceções) quando se tratar de provimento jurisdicional de urgência ou haja perigo de lesão grave e de difícil ou de incerta reparabilidade" (Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil, SP: RT, 2002, pág. 122).

A insurgência, dirigida contra decisão do Juízo *a quo* que afastou as preliminares suscitadas pela agravante e fixou provisoriamente o aluguel da renovatória em R\$ 7.500,00, não apresenta nenhum argumento a demonstrar a possibilidade de resultar prejuízo de incerta ou difícil reparação, pois que a renovatória segue entre o Posto Jóia da Vila Nova Ltda., sucessora do Posto Queops II Ltda., e Fritz Schulz e sua mulher, Ingeborg Schulz, sendo a Shell Brasil S.A. chamada a integrar a lide na qualidade de sublocadora, já que os sublocatários discutem direito a renovação do contrato de locação diretamente com os locadores/proprietários do imóvel em questão.

A questão de mérito, quanto à suscitada manutenção do fundo de comércio com a bandeira da Shell, deverá ser apreciada em momento oportuno, no julgamento final da demanda, ou em processo próprio, porque uma coisa é a apreciação da possibilidade de renovação do contrato de locação entre os locadores e os sublocatários e outra é a obrigatoriedade de manutenção do contrato de exclusividade de revenda dos combustíveis logomarca Shell pelo Posto Jóia da Vila Nova Ltda.

2. De mais a mais, a pessoa jurídica recorrente não obteve êxito na demonstração do perigo de dano pela eventual demora já na interposição do agravo de instrumento, requisito imprescindível à concessão do efeito suspensivo lá almejado, o que se repete neste recurso de agravo (CPC, art. 527, II), em que se limitou a reiterar as razões recursais anteriores e enumerar possíveis prejuízos advindos da renovação do contrato de aluguel e a posterior revogação do contrato de exclusividade de revenda de combustíveis Shell, meras suposições, apresentadas como matéria de mérito a ser apreciada em ação própria.

Assim, a conversão do agravo de instrumento em agravo retido surgiu como consequência lógica da inexistência de razões hábeis à concessão do efeito suspensivo.

Não se tratando, pois, de provimento jurisdicional de urgência nem havendo risco efetivo de lesão de difícil ou incerta reparação à parte, já que os alugueiros estão sendo pagos, embora pendam discussão sobre seu valor, não há falar em reconsideração da decisão que converteu o agravo de instrumento em agravo retido, porquanto amparada em norma vigente (art. 527, II, do CPC, 1ª

parte, com a nova redação dada pela Lei n. 10.352, de 26/12/2001) e destinada a desafogar os tribunais com recursos desnecessários.

3. Assim, diante do exposto, conhece-se do recurso previsto no art. 527, II, do CPC, e nega-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs.

Des. Jaime Ramos e Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 20 de junho de 2002.

Silveira Lenzi,

Presidente;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.008876-0, DE TURVO

Relator: Des. Jaime Ramos

Agravo do art. 557, § 1º, do CPC — Seguimento negado a agravo de instrumento por ser incompleta a certidão de intimação da decisão agravada — Aposição de assinatura do Procurador do Estado declarando-se ciente da decisão recorrida — Insuficiência como prova da tempestividade — Recurso não provido.

A certidão que não informa a data em que o patrono do agravante foi efetivamente intimado da decisão recorrida impossibilita a aferição da tempestividade do recurso, conduzindo à negativa de seguimento do agravo de instrumento, por falta de um dos pressupostos de sua admissibilidade, que é o da regularidade formal.

Por tratar-se de prova produzida unilateralmente, a simples aposição da assinatura do patrono da parte, declarando-se ciente da decisão recorrida, com a respectiva data, não é suficiente para comprovar a tempestividade do recurso, eis que não afasta a exigência de juntada da certidão completa sobre a intimação da decisão recorrida, expedida pelo escrivão judicial.

Ao agravante compete o ônus de instruir o agravo com todas as peças obrigatórias (art. 525, I, do CPC), e diligenciar para que todas elas estejam completas, sob pena de não conhecimento, eis que não cabe baixar os autos em diligência para completar o instrumento, nem é possível a juntada posterior.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, em Agravo de Instrumento n. 2002.008876-0, da comarca de Turvo, em que é agravante o Estado de Santa Catarina, sendo agravado Sílvio José Bom — ME:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por maioria de votos, negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O Estado de Santa Catarina interpôs agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo, da decisão do Juízo *a quo* que, na execução fiscal movida contra Sílvio José Bom — ME, determinou o recolhimento dos valores relativos às diligências do Oficial de Justiça.

Este Relator, em decisão monocrática, negou seguimento ao agravo de instrumento, porque a certidão de intimação do agravante, sobre a decisão agravada, não era completa, eis que dela não constava a data.

Inconformado, o agravante interpôs o presente agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, sustentando que juntou cópia integral do processo executivo; que, se as práticas judiciárias não são perfeitas e se a certidão de intimação não contém informações que possam afastar qualquer dúvida sobre o conteúdo da intimação, a responsabilidade não é do agravante e, por isso, não pode ser penalizado; que o documento de fl. 28 do agravo não é uma certidão, mas a própria intimação, e a data que dela

consta foi lançada na presença do serventuário, não sendo razoável imaginar que este haja procedido com desídia, ou que o Procurador do Estado esteja de má-fé; que a data lançada, 9/5/2002, é efetivamente a data da intimação, não se podendo presumir que tenha havido intimação anterior, posto que o agravo de instrumento foi instruído com cópia integral da execução, e não existe registro de intimação anterior; que o despacho recorrido está numa folha dos autos e a intimação na folha seguinte, em seqüência; que deve prevalecer o princípio da boa-fé, e se o agravante tivesse a intenção de enganar o Tribunal, isso deveria ser comprovado, não se podendo penalizar a Fazenda Pública pela falta de preenchimento completo da certidão de intimação pelo próprio serventuário; que, nas execuções fiscais, a intimação do representante da Fazenda Pública, nos termos do art. 25 da Lei n. 6.830/80, deve ser pessoal; que no caso dos autos ocorreu a intimação com carga, e o serventuário aceitou a data lançada na sua presença no mesmo dia em que ocorreu, 9/5/2002.

Não houve retratação da decisão impugnada.

II — Voto

Da decisão que nega seguimento a agravo de instrumento, considerado manifestamente inadmissível, cabe o agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil. Foram satisfeitos os demais pressupostos de admissibilidade. Conheço, pois, do recurso seqüencial.

Todavia, o inconformismo não merece ser acolhido porque a certidão de intimação da decisão agravada, que

instruiu o agravo de instrumento, por ocasião de sua interposição, realmente está incompleta, haja vista que dela não se fez constar a data em que o Dr. Procurador do Estado foi efetivamente intimado sobre a decisão hostilizada, não sendo, por essa razão, suficiente para comprovar a tempestividade do reclamo.

O art. 525 do Código de Processo Civil estabelece quais as peças do processo, em que foi proferida a decisão agravada, que o agravante deve juntar no Agravo de Instrumento. *Verbis*:

"Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída:

"I — obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, *da certidão da respectiva intimação* e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

"II — facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis".

Portanto, como se vê, é obrigatória e não apenas facultativa a juntada, no agravo de instrumento, da certidão de intimação sobre a decisão agravada.

Tem-se, então, que a certidão comprovando a intimação da decisão agravada é indispensável, e há de ser completa, contendo todos os elementos necessários à aferição da tempestividade do recurso.

A partir da vigência da Lei n. 9.139, de 30/11/1995, que introduziu no Código de Processo Civil uma nova sistemática para o processamento do agravo, é do agravante o ônus da formação regular do instrumento, com a juntada das peças obrigatórias, compe-

tindo-lhe verificar e sanar eventuais irregularidades, para que a interposição não deixe qualquer margem de dúvida quanto à satisfação dos pressupostos gerais e específicos de admissibilidade do recurso, entre os quais o requisito objetivo da tempestividade.

Até então a formação do instrumento do agravo era de responsabilidade do escrivão judicial, e a malformação implicava na baixa dos autos em diligência, para o suprimento, como recomendava a redação antiga do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, que a Lei n. 9.139/95 modificou justamente para excluir a possibilidade da realização dessa diligência, que agora não mais se justifica.

Portanto, descabe realizar qualquer diligência para suprir a malformação do instrumento do agravo, dada a inteira responsabilidade que a nova Lei atribuiu ao agravante, no tocante à juntada das peças essenciais para o conhecimento e a análise do recurso.

A respeito leciona Athos Gusmão Carneiro:

"O art. 557 não mais alude à conversão do agravo em diligência, quando 'insuficientemente instruído', e isso pelo motivo bastante de que a instrumentação é *agora*, tarefa e ônus exclusivo do recorrente. Agravo que não contenha as peças processuais obrigatórias será, pois, via de regra, indeferido liminarmente pelo relator (art. 527)" (O Novo Recurso de Agravo e outros estudos, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 80).

Sérgio Bermudes não discrepa:

"É o próprio agravante quem instrui a petição do agravo, não mais havendo a indicação de peças para traslado, prevista no ab-rogado art.

523, III, (...). Acompanham a petição do agravo, obrigatoriamente, sob pena de não ser ele conhecido (ou melhor de não ser ele admitido), cópia da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação (ou certidão de que ela ainda não ocorreu) e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado" (Sérgio Bermudes, Reforma do Código de Processo Civil, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, págs. 88/9).

De idêntico teor é a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 768):

"Destinatário da norma. Na redação revogada (ex-CPC 523 parágrafo único), o destinatário daquela norma era o serventuário, de modo que o agravante não poderia ser apenado pelo traslado defeituoso, quando faltasse peça obrigatória ao instrumento. Hoje, entretanto, a norma tem como destinatário o próprio agravante, já que a ele compete instruir a petição de interposição do agravo com as peças obrigatórias e as facultativas. Assim, faltando uma das peças obrigatórias, o agravo não poderá ser conhecido por não preencher o pressuposto de admissibilidade da regularidade formal".

Mais adiante, na mesma página, ressaltam:

"Falta de peças obrigatórias. Se do instrumento faltar peça essencial, o tribunal não mais poderá converter o julgamento em diligência para completá-lo. Na hipótese de não se poder extrair perfeita compreensão do caso concreto, pela falha na documentação constante do instrumento, o tribunal

deverá decidir em desfavor do agravante".

E arrematam:

"Formação deficiente (...) Não mais é dada ao tribunal a faculdade de converter o julgamento em diligência para melhor instruir o agravo, como se previa na redação revogada ao CPC 557. Alterado este dispositivo sem repetir a possibilidade de conversão em diligência, não mais se admite esse expediente".

O Cetars (Centro de Estudos do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul) chegou à mesma conclusão e enunciou:

"É ônus do agravante a formação do instrumento. Estando este incompleto, por ausência de alguma das peças obrigatórias, deverá o relator negar-lhe seguimento" (*apud* Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 557).

Compete ao agravante o ônus de instruir o agravo com toda a documentação pertinente. Cabe-lhe também diligência para verificar se a certidão fornecida pelo Cartório atende à finalidade a que se destina, pois não se atribui ao Relator tomar providências que incumbem às partes.

Tem-se decidido nesta Corte de Justiça:

"Ao agravante compete instruir o agravo com todas as peças obrigatórias (art. 525, I, do CPC), e a ausência da certidão de intimação da decisão agravada, ou da inexistência do ato intimativo, conduz à negativa de seguimento por falta de um dos pressupostos de admissibilidade" (AAI n. 2000.023568-7, de

Timbó, relatado por este Subscritor, *in* DJ de 23/4/2001, pág. 41).

As Câmaras Civas deste Sodalício, aliás, sequer conhecem do agravo malformado:

"Agravo de instrumento. Ausência de certidão de intimação da decisão agravada. Peça obrigatória. Art. 525, I, do Código de Processo Civil. Não conhecimento do recurso.

"Ausente a certidão de intimação da decisão agravada, peça obrigatória, à luz do preceituado no art. 525, I, do CPC, e necessária à aferição da tempestividade, não se conhece do agravo" (AI n. 99.004159-0, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Paladino).

"Agravo no agravo de instrumento. Negativa de seguimento ao recurso por falta de documento essencial. Pedido de relevação da irregularidade, em sede de agravo. Desprovimento.

"Segundo a nova sistemática do agravo de instrumento adotada pelo *codex* instrumental, compete ao recorrente instruir corretamente o recurso.

"Assim, faltando uma das peças obrigatórias, o agravo não poderá ser conhecido por não preencher o pressuposto de admissibilidade da regularidade formal, ainda que relevante o fundamento da irresignação" (AAI n. 97.009269-5, de Timbó, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ de 7/10/97).

Nem é possível a juntada posterior da certidão completa:

"Agravo de instrumento — Ausência de peça instrutória obrigatória — Seguimento negado — Juntada posterior — Inadmissibilidade. A instrução documental no agravo, de acordo com a nova disciplina instituída pela Lei n. 9.139/95, cabe ao próprio agravante, a

quem incumbe o dever de vigilância quanto à correta formação do instrumento. A ausência de peça obrigatória (CPC, art. 525, I), quando da protocolização, acarreta inexoravelmente a negativa de seguimento do recurso, porquanto é *inadmissível a sua juntada posterior*" (AAI n. 99.005528-0, da Capital, j. em 4/5/1999, 3ª Câm. Cív., rel. Des. Eder Graf — o grifo não é do original).

Embora seja verdadeira a afirmação de que a intimação do Procurador do Estado deve ser pessoal, o fato de ele ter-se declarado ciente da decisão recorrida, em 9/5/2002, aponto sua assinatura logo abaixo da certidão incompleta que juntou, não comprova, absolutamente, tenha sido intimado nessa data, até porque essa sua declaração unilateral é imprestável como prova da tempestividade do agravo, não podendo, por isso, substituir a certidão completa que deveria ter sido expedida pelo escrivão judicial.

A esse respeito já se decidiu:

"A data da intimação certificada pelo escrivão prepondera sobre a lançada nos autos pelo advogado, ao apor seu ciente" (RF 251/330, RJTAMG 18/181, *apud* Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 296).

Ou ainda, neste Tribunal:

"Agravo do art. 557, § 1º, do CPC Certidão de intimação da decisão agravada incompleta — Aposição de assinatura do advogado declarando-se ciente da decisão recorrida — Insuficiência como prova da tempestividade — Seguimento negado — Agravo não provido.

"Por se tratar de prova produzida unilateralmente, a simples aposi-

ção da assinatura do advogado, declarando-se ciente da decisão recorrida, não é suficiente para comprovar a tempestividade do recurso, por isso que não afasta a exigência de juntada da certidão completa sobre a intimação da decisão recorrida, expedida pelo escrivão judicial" (Agravado do art. 557, § 1º, do CPC em Agravo de Instrumento n. 2001.021376-1, de Curitiba, deste Relator).

O agravante alega que juntou cópia de todo o processo da execução fiscal. Não foram anexadas, contudo, cópias dos versos das folhas que compõem o processado, nos quais, como é cediço, são produzidos atos judiciais, como os despachos e as certidões, além de cotas das partes. Dessa forma, não é de todo descartado que entre a decisão agravada e a folha em que o douto Procurador do Estado declara ter tomado ciência daquela possa haver eventual intimação ou mesmo prova de ciência inequívoca anterior, o que já seria suficiente para inquinar a tempestividade do recurso, que há de ser comprovada de modo incontroverso, pela parte recorrente. Não se trata de atribuir má-fé a quem quer que seja. Trata-se de aferir a tempestividade do agravo, com toda a segurança, porque a falta de sua prova atribui o direito, à parte recorrida, de obter o reconhecimento da intempestividade e a negativa de seguimento ao recurso assim malformado.

Ausente um dos pressupostos gerais, objetivos, de admissibilidade do recurso, qual seja a da regularidade formal, cabia mesmo invocar o art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, pa-

ra negar seguimento ao agravo de instrumento, como se fez.

Assim, voto pelo desprovimento deste agravo.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por maioria de votos, negou provimento ao agravo do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Jorge Schaefer Martins, com voto vencido, e Carstens Köhler, com voto vencedor. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 6 de junho de 2002.

Silveira Lenzi,
Presidente;
Jaime Ramos,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins:

Dissenti da douta maioria ao argumento de que o agravante não pode ser prejudicado em decorrência de falha do servidor que, ao certificar a intimação do despacho agravado, não indicou a data da certidão, devendo ser considerada válida, para fins de se verificar a tempestividade do recurso, aquela aduzida pelo patrono ao exarar seu ciente.

A par disso, pelo meu voto, dava provimento ao recurso.

Jorge Schaefer Martins

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.010158-9, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Jaime Ramos

Agravo do art. 39 da Lei n. 8.038/90 contra despacho que concede efeito suspensivo a agravo de instrumento. Recurso inadequado e incabível. Não conhecimento.

O agravo a que se refere o art. 39 da Lei n. 8.038/90 circunscreve-se apenas ao âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Em face do princípio da unicidade do recurso, não é adequado para atacar decisão monocrática proferida no Tribunal de Justiça Estadual.

O processamento célere do agravo de instrumento, imposto pela Lei n. 9.139/95, não admite o manejo de qualquer recurso, nem mesmo o agravo regimental previsto no art. 195 do Regimento Interno deste Tribunal, contra despacho do relator que nega ou concede efeito suspensivo ou ativo àquele.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2002.010158-9, da comarca de Balneário Camboriú, em que agravante Aducci Correia, sendo agravados Rogéria Heringer e Patrícia Schneider:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, não conhecer do agravo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Rogéria Heringer e Patrícia Schneider interpuseram Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, da decisão que, na ação de reintegração de posse que lhes move Aducci Correia, deferiu a liminar postulada, a fim de reintegrar o

agravado na posse do imóvel objeto da demanda.

Este Relator, em despacho preliminar, houve por bem conceder efeito suspensivo ao agravo de instrumento até o pronunciamento da Câmara Civil definitiva, por entender que existe relação locatícia entre as partes, e, nesse caso, a ação possessória é inadequada para a solução da *quaestio*, de modo que ao autor falta o interesse processual correspondente.

Inconformado com o despacho do Relator, o agravado Aducci Correia interpôs o Agravo previsto no art. 39 da Lei n. 8.038/90, buscando a reforma daquele ato jurisdicional, sob os fundamentos de que as agravadas tomaram posse do imóvel com a intenção de locá-lo, mas o vínculo locatício não foi estabelecido e os aluguéis não foram pagos; que a locação não passou de uma proposição, por meio da qual o

agravante permitiu o ingresso das agravadas para que, depois de satisfeitos os requisitos essenciais, fosse formalizada a locação, mas as agravadas não finalizaram o contrato; que o agravante permitiu a permanência das agravadas no imóvel pelo período de seis meses no total, e quatro depois da entrega final, acreditando que pagariam os aluguéis e celebrariam o contrato; que as agravadas não pagaram qualquer valor a título de aluguel e não comprovaram terem ajuizado ação de consignação em pagamento; que se não houve relação locatícia foi por culpa exclusiva das agravadas; que a existência de locação depende da vontade das partes e do pagamento dos aluguéis, pelo locatário, pouco importando se a locação é verbal ou escrita; que mesmo existindo locação verbal as agravadas deveriam pagar os aluguéis, mas não o fizeram; que os depoimentos das testemunhas confirmam que o agravante permitiu o ingresso das agravadas no imóvel, para que depois fosse lavrado o contrato, o que não ocorreu; que não há perigo de demora para as agravadas, porque são proprietárias de outras agências de turismo com outros nomes; que o agravante é pessoa idosa (setenta anos) e tem nos aluguéis do imóvel sua fonte de renda.

Em preliminar, sustentou o cabimento do agravo previsto no art. 39 da Lei n. 8.038/90 que entende aplicável também aos Tribunais de Justiça dos Estados.

A decisão impugnada foi mantida.

II — Voto

O agravo não merece ser conhecido, seja por estar baseado no art. 39 da Lei n. 8.038/90, inaplicável ao caso, seja porque da decisão que nega ou concede efeito suspensivo a agravo de instrumento não cabe recurso algum, nem mesmo aquele previsto no art. 195 do Regimento Interno desta Corte de Justiça.

Reza o art. 39 da Lei n. 8.038 de 28/5/1990:

"Da decisão do presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de 5 (cinco) dias".

Contudo, a ementa da Lei n. 8.038 de 28/5/1990 é bastante explícita ao afirmar que o mencionado texto legislativo "institui normas procedimentais para os processos que especifica, *perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal*".

Vale dizer, suas disposições circunscrevem-se apenas ao âmbito das decisões proferidas nos Tribunais que indica (STJ e STF), não se podendo estendê-las aos Tribunais de Justiça dos Estados.

Somente no que tange ao procedimento das ações penais originárias, e exclusivamente em relação a tal parte, é que as disposições dos arts. 1º a 12 foram estendidas aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos do Distrito Federal, bem como aos Tribunais Regionais Federais, por determinação expressa da Lei n. 8.658/93, a qual, por se referir apenas ao procedimento criminal, não admite interpretação extensiva que pudesse abranger recur-

sos de caráter eminentemente processual civil, como o discutido nestes autos.

A regra do art. 39 da Lei n. 8.038/90 não se aplica, portanto, aos Tribunais de Justiça dos Estados, quanto ao agravo ali previsto, na área processual civil, como é o caso aqui tratado.

Pelo mesmo motivo, também, não é adequado para objurgar decisão monocrática oriunda dos Tribunais de Justiça dos Estados, o agravo identicamente previsto no art. 545 do Código de Processo Civil (com a redação dada pela Lei n. 9.756/98) que de igual forma se dirige à hipótese de o Relator, Ministro do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, individualmente, não admitir o agravo de instrumento interposto contra a denegação de recurso extraordinário ou recurso especial, negar-lhe provimento ou reformar o acórdão recorrido.

Tratam-se de recursos inadequados e incabíveis para atacarem a decisão monocrática do Relator, Desembargador de Tribunal de Justiça Estadual, ante o princípio da unicidade do recurso, e em face da exigência do pressuposto de admissibilidade concernente à adequação.

José Carlos Barbosa Moreira (Comentários ao Código de Processo Civil, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, vol. V, pág. 284) explica no que consiste o princípio da unicidade do recurso:

"Tanto no direito anterior como no vigente, porém, a regra geral era e continua a ser a de que, para cada caso, há um recurso adequado, e somente um. É o que se denomina princípio da unicidade do recurso.

"Ele se manifesta, em primeiro lugar, pela impossibilidade de interpor-se mais de um recurso contra a mesma decisão (*lato sensu*) (...).

"Ulterior manifestação do princípio consiste em tornar inadmissível o recurso porventura interposto no lugar de outro. Quem queira recorrer, *há de usar a figura recursal apontada pela lei para o caso; não pode substituí-la por figura diversa*" (grifos apostos).

Sobre o *pressuposto de admissibilidade* concernente à *adequação* e ao *cabimento* do recurso, é Vicente Greco Filho (Direito Processual Civil Brasileiro, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, vol. 2, pág. 273) quem esclarece:

"O cabimento do recurso significa a existência no sistema processual brasileiro do tipo de recurso que se pretende utilizar e a sua adequação, ou seja, a sua aplicabilidade à reforma da decisão impugnada, e também que a decisão seja recorrível. Assim, além de existir no sistema processual brasileiro como possível para determinada decisão, o recurso deve ser o próprio para atacar a decisão que gerou o gravame. Dois princípios norteiam o problema da adequação: o da unirecorribilidade e o da fungibilidade dos recursos. O princípio da unirecorribilidade esclarece que para cada decisão há apenas um recurso, cabendo à parte escolher o correto quando aparentemente há dúvida quanto ao cabimento. Não é possível a interposição de dois recursos concomitantemente contra a mesma decisão, salvo o caso especial do art. 498 que adiante será comentado".

Nem o *princípio da fungibilidade recursal* é capaz de deslocar o agravo do art. 39 da Lei n. 8.038/90 do Supe-

rior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal para o âmbito dos Tribunais de Justiça Estaduais ou dos Tribunais Federais de Recursos, porque a fungibilidade admissível é aquela relacionada com a dúvida jurídica, objetiva e fundada, sobre qual o recurso cabível para atacar determinada decisão, entre aqueles previstos no ordenamento jurídico, cabíveis para ascensão a uma mesma instância recursal e não entre recursos interponíveis a instâncias distintas.

A lei processual disciplina que cada recurso dirige-se a um determinado Tribunal ou Órgão Julgador *ad quem*, nela expressamente designado, de modo que a outro não pode dirigir-se o recorrente. Em consequência, não dá para admitir a interposição de embargos de divergência nos Tribunais de Justiça se tal recurso ali não tem aplicação; mas podem ser interpostos no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal de Justiça. Nessa esteira ninguém interporia Recurso de Revista de uma decisão colegiada de Tribunal de Justiça Estadual, porque cabível apenas no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho. E assim por diante.

Há quem prefira apoiar-se no art. 195 do Regimento Interno desta Corte de Justiça para, com a interposição do chamado agravo regimental, opor-se ao despacho monocrático do Relator que nega ou concede efeito suspensivo ou ativo a agravo de instrumento.

Afirma tal dispositivo: "Art. 195. A parte que se considerar prejudicada por decisão do presidente, ou do relator, poderá dela agravar, conforme o caso, para o Tribunal Pleno, para a Câ-

mara competente ou para as Câmaras Cíveis Reunidas, no prazo de quarenta e oito horas, contado da intimação, salvo disposição em contrário".

O Código de Processo Civil, no entanto, tacitamente afastou a possibilidade de manejar qualquer espécie de recurso contra a decisão do Relator que nega ou concede o pleiteado efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Efetivamente, o art. 558, do referido Estatuto Processual, com a redação dada pela Lei n. 9.139, de 30/11/1995, ao facultar ao Relator suspender, até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara, os efeitos da decisão atacada por agravo de instrumento, se dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, não autorizou a interposição de qualquer recurso contra a decisão que nega ou defere tal efeito suspensivo.

Aliás, se quisesse a lei processual estabelecer um recurso para verberar a decisão monocrática que nega ou concede efeito suspensivo ao agravo de instrumento, tê-lo-ia feito agora, na modificação que introduziu pela Lei n. 10.352, de 16/12/01, em vigor desde 27 de março de 2002, no art. 527, do Código de Processo Civil, em que chegou a prever um recurso de agravo da decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido (inciso II), mas não o fez quanto àquela, embora a tenha descrito no inciso III.

Da decisão monocrática do Relator, portanto, só cabem os agravos previstos nos arts. 527, inciso II, e 557, § 1º, do Estatuto Processual, quando ele desde logo converte em

retido o agravo de instrumento, ou imediatamente nega-lhe seguimento por ser manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a súmula ou com a jurisprudência dominante do mesmo Tribunal, do Pretório Excelso ou de Tribunal Superior; ou dá provimento a recurso contra decisão que estiver em manifesto confronto com a súmula ou com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (§ 1º-A); o que não é a hipótese aqui tratada.

Não é possível, no caso, dar interpretação extensiva ou analógica à lei processual para estender os agravos contidos nesses dispositivos ou em qualquer outro, à hipótese de denegação ou concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento, sob pena de estar-se criando um recurso, a mais, que a lei não criou.

O agravo de instrumento, sob a nova sistemática introduzida pela Lei n. 9.139, de 30/11/1995, é recurso de tramitação e julgamento extremamente rápidos (pauta em prazo não superior a trinta dias após a contraminuta, conforme o art. 528 do multicitado Código). Por isso, a concessão ou a denegação do efeito suspensivo ao agravo não traz conseqüência muito duradoura para qualquer das partes.

Por outro lado, não cabe ao Tribunal instituir recurso à margem do sistema processual brasileiro e ao arrepio da competência federal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988) ou estadual supletiva (art. 24, inciso XI).

Sem embargo da opinião de Carreira Alvim, que entende ser uma "temeridade" sujeitar o direito do agra-

vante "ao arbítrio de um órgão singular"; e de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, que admitem o cabimento do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, no caso de negativa ou concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, que se deu por decisão interlocutória (*in* Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 801), é francamente majoritário o entendimento doutrinário no sentido do descabimento de qualquer recurso, mesmo o agravo regimental, contra tal decisão do relator.

Assim, José Carlos Barbosa Moreira:

"A lei não obriga o juiz de primeiro grau nem o relator a deferir o requerimento de suspensão. Tampouco estabelece pressupostos quer do deferimento, quer do indeferimento. Fica, por conseguinte, à discricção do juiz ou do relator suspender ou não a medida — o que, *de lege ferenda*, não seria aconselhável. Não há direito do agravante à suspensão; há poder discricionário do juiz ou do relator. Se o juiz indeferir o requerimento, a *decisão é irrecorrível*, apesar da letra do art. 522, *caput*" (Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1993, vol. V, pág. 594).

Teresa Arruda Alvim Wambier, até a 2ª edição de sua Obra O Novo Regime do Agravo (São Paulo : RT, 1996, pág. 196), também negava cabimento ao agravo regimental, no caso, sustentando adequadamente:

"Da decisão do relator, indeferindo o requerimento da parte, no sentido de suspender a eficácia da decisão impugnada, caberia o recurso

previsto no art. 557, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

"O legislador só faz menção, no art. 557, parágrafo único, a que o recurso ali referido tem cabimento contra decisão denegatória do recurso, a que o *caput* deste mesmo dispositivo diz respeito. Poder-se-ia sustentar que o legislador teria dito menos do que queria. Assim, nesse diapasão, sustentar-se-ia que o recurso do parágrafo único do art. 557 também poderia ser interposto contra o ato do relator que, embora admita o agravo, não lhe dê efeito suspensivo (art. 527, II).

"Não nos parece ser esta a interpretação correta. Da decisão do juiz ou do relator que indeferia o requerimento da parte com base no art. 558 revogado não cabia recurso, embora a letra do art. 522 sugerisse o contrário. A interposição de outro agravo seria inútil, porque manifestamente inoperativa.

"Em nosso entender, continua sendo esta, pelas mesmas razões, a melhor interpretação".

José Carlos Teixeira Giorgis, Juiz do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, no artigo "Notas sobre o Agravo", publicado na Revista dos Tribunais n. 734, págs. 129/151:

"Indaga-se a espécie de recurso que pode atacar a decisão concessiva. A resposta pode ser encontrada no mandado de segurança, do qual se disse, e com saciedade, ser espelho do novo modelo de agravo.

"Os regimentos internos das Cortes costumam receitar o agravo regimental para a decisão do relator que conceda ou denegue liminar em mandado de segurança, mesmo que

se reitere inexistir previsão legal no diploma que o disciplina.

"Entretanto, é pacífica a jurisprudência da Suprema Corte em rechaçar recurso contra decisão concessiva ou denegatória de liminar pelo relator (STF, Pleno, MS n. 21.276-4/DF — Ag. Reg., rel. Min. Paulo Brossard, DJU 21/6/1991).

"A razão teleológica também afasta a cogitação de recurso, na procura de procedimento célere que quebre a higidez das rotinas existentes, culpadas no tribunal das opiniões.

"Aponte-se, finalmente, que haveria um aumento desnecessário de pronunciamentos do colegiado, quando a própria norma já anuncia que a suspensão se manterá até o pronunciamento da turma ou câmara, que deve reunir-se em curto prazo.

"Tais subsídios desaconselham debate da decisão do relator".

O Professor e Desembargador Araken de Assis, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, deitou amplas luzes acerca do tema, na exposição de seu voto, no acórdão publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul n. 176, pág. 398, como adiante se transcreve:

"A decisão que outorga efeito suspensivo ao agravo de instrumento (CPC, art. 527, II), porque relevante a fundamentação e possível lesão grave e de difícil reparação (CPC, art. 558), não comporta qualquer recurso, mesmo o agravo regimental, até o pronunciamento definitivo da Câmara ou Turma.

(...)

"E, com efeito, esta parece ser a solução correta. Em primeiro lugar, o legislador concedeu agravo contra ato do

Relator que julga inadmissível ou improcedente o agravo (art. 557, *caput*). Omitiu-se quanto à recorribilidade do ato que outorga efeito suspensivo. Trata-se, a meu juízo, do chamado silêncio eloqüente.

"É que o efeito suspensivo, de caráter excepcional, perdurará até o pronunciamento definitivo da Câmara, segundo a parte final do art. 558. Ora, o pronunciamento definitivo, aí referido, não pode ser o julgamento de outro recurso, no caso de fonte regimental, porque ele não seria definitivo. Definitivo, ao menos no órgão fracionário competente do Tribunal, é o julgamento do próprio agravo de instrumento. Caso contrário, a parte final do art. 558 passaria a contemplar uma possibilidade nela, explicitamente, não prevista: a manutenção do efeito suspensivo até o julgamento do agravo regimental ou do próprio agravo. Fácil se mostra conceber, ainda, divergência entre tais julgamentos — provimento do agravo regimental, seja qual tenha sido o sentido da decisão do Relator, e julgamento do próprio agravo, em sentido contrário —, gerando uma instabilidade imprópria e contradições inconvenientes. Na realidade, o rito célere, agora imprimido ao agravo de instrumento, repele a possibilidade de outro agravo, agora regimental, contra o ato do Relator (art. 527, II). O recurso será julgado em trinta dias (art. 528), após a manifestação do agravado, e, neste interregno, subsistirá o eventual efeito suspensivo.

"Por outro lado, não cabe aos tribunais legislar sobre procedimento. Isto é concedido, em caráter supletivo, aos Estados (art. 24, XI, da CF/88). E o art. 232 do nosso Regimento não é lei, formal ou material.

"Além disto, é duvidoso que a criação de recurso seja matéria de procedimento e, de qualquer sorte, que o Estado pudesse criar recurso onde a lei federal não prevê.

"Essas considerações, em matéria nova, me conduzem à inadmissibilidade do agravo regimental. Não é possível que, ao invés de eliminarmos recursos, venhamos aumentar o seu número, impedindo a eficácia imediata das resoluções judiciais".

Essa orientação foi aplaudida por Athos Gusmão Carneiro (*in* O novo recurso de agravo, 2ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1997, págs. 76/77):

"Interessante perquirir se, dessas decisões proferidas nos termos do art. 558, é cabível a interposição do agravo por petição (ou agravo interno, no dizer de Carreira Alvim), a símile do previsto no parágrafo único do art. 557.

(...)

"Parece-nos assiste razão a Araken de Assis, não apenas pelo argumento jurídico relativo ao 'silêncio eloqüente', como pela consideração de que 'o rito célere, agora imprimido ao agravo de instrumento, repele a possibilidade de outro agravo, agora regimental, contra o ato do Relator' (artigo doutrinário publicado na *Ajuris*, vol. 66, págs. 158/159). Além disso, é de ponderar o descabimento da criação, para a hipótese, de 'agravo regimental', pois não cabe aos tribunais legislar sobre procedimento, criando recursos onde a lei federal (ou estadual supletiva, CF, art. 24, XI) não os criou".

A partir desses escólios, o tema acabou sendo objeto da 6ª conclusão do CETARGS (Centro de Estudos do Tribunal de Alçada do Rio Grande do

Sul), sob a coordenação do Juiz Alcindo Gomes Bittencourt:

"Não cabe agravo regimental das decisões atinentes à agregação de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, bem como daquelas em que o Relator deferir antecipação de tutela ou tutela cautelar". Justificativa: "A lei, quando desejou prever recurso, o fez expressamente" (art. 557, parágrafo único, do CPC) e considerou a maior gravidade da decisão de "negativa de seguimento".

No Sodalício Catarinense firmou-se jurisprudência no sentido do não conhecimento do agravo regimental contra a decisão do Relator que denega ou concede o efeito suspensivo ao agravo de instrumento:

"Recurso. Decisões do relator que, em agravo de instrumento, negam ou concedem carga suspensiva ao recurso. Irrecorribilidade. Agravo regimental. Descabimento. Na atual feição emprestada ao agravo de instrumento, mercê dos ditames da Lei n. 9.139/95, especificadas encontram-se, no art. 557, parágrafo único, do Estatuto Processual Civil, as decisões que, prolatadas pelo Relator, comportam novo agravo. Tal ocorre, somente, quando o Relator julga, por ato monocrático, inadmissível ou manifestamente imprecendente o agravo de instrumento, obtendo-lhe, pois, o seguimento. Em sendo assim, irrecorríveis são os despachos exarados pelo Relator, concedendo ou negando carga suspensiva a agravo de instrumento, posto que os dispositivos de lei que versam especificamente acerca dessa modalidade recursal são totalmente silentes a respeito. Esse silêncio equipara-se à não admissibilidade de qualquer ataque re-

cursal aos despachos negatórios ou concessivos de efeito suspensivo, uma vez que à lei processual, na hipótese, não se pode conferir uma interpretação analógica ou extensiva" (TJSC — Ag. Reg. no AI n. 96.010055-5, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, em 25/3/1997).

"Processo civil. Decisão que outorga ou denega efeito suspensivo a agravo de instrumento. Interposição de agravo regimental. Inadmissibilidade. Não conhecimento. Ainda que o Regimento Interno do Tribunal, em seu art. 195, possibilite que as decisões do relator sejam revistas em sede de agravo regimental, todavia, em face do novo regime do agravo, pelo tratamento específico dado à matéria, descabe tal recurso, consoante, aliás, o pensamento mais consistente da doutrina e da jurisprudência" (TJSC — Ag. Reg. no AI n. 97.000721-3, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, em 6/3/1997).

"Processual — Agravo regimental — Agravo de instrumento — Efeito suspensivo — Denegação — Irrecorribilidade. Não cabe agravo regimental da decisão do relator que nega efeito suspensivo a agravo de instrumento" (TJSC — Ag. Reg. no AI n. 98.007135-6, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, em 11/9/1998).

"Agravo de instrumento — Decisão que nega ou concede efeito suspensivo — Irrecorribilidade — Agravo regimental — Descabimento. Em face do advento da Lei n. 9.139/95, a decisão que nega ou concede efeito suspensivo ao agravo de instrumento é irrecorrível, não comportando sequer agravo regimental (RITJSC, art. 195)" (TJSC — Ag. Reg. no AI n. 99.019635-6,

de Tubarão, rel. Des. Eder Graf, em 30/11/1999).

"Conforme a disciplina ditada para o novo agravo de instrumento (art. 557 e seu parágrafo único), mercê da Lei n. 9.139, de 30/11/95, não é possível interpor outro agravo senão o inominado e diante apenas do despacho que nega seguimento ao recurso. O rito célere agora imposto ao agravo de instrumento repele a possibilidade de agravo regimental" (TJSC — Ag. Reg. no AI n. 97.011461-3, rel. Des. Alcides Aguiar).

"Agravo regimental em agravo de instrumento. Decisão que nega pedido de efeito suspensivo ao recurso. Não conhecimento. Em face do novo regime do agravo de instrumento, não cabe agravo regimental das decisões concessivas ou denegatórias de efeito suspensivo ao recurso, por ausência de previsão legal" (TJSC — Ag. Reg. no AI n. 00.017856-0, de La-

ges, rel. Des. Francisco Borges, em 26/10/2000).

Não há pois, admitir-se a interposição de agravo algum contra a decisão que concede ou nega efeito suspensivo a agravo de instrumento.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, não se conhece do agravo.

Participaram do julgamento, com voto vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Schaefer Martins e Carstens Köhler.

Florianópolis, 20 de junho de 2002.

Silveira Lenzi,
Presidente;

Jaime Ramos,
Relator.

AÇÃO RESCISÓRIA

AÇÃO RESCISÓRIA N. 1988.035338-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Volnei Carlin

Ação rescisória — Juntada de documento novo — Pressupostos de admissibilidade não demonstrados — Inteligência do art. 485, VII, do Código de Processo Civil.

O documento novo capaz de ensejar a rescisão do acórdão é compreendido como sendo aquele cuja existência era desconhecida pela parte ou que esta, embora o conhecendo, comprove que a ele não teve acesso no momento oportuno.

Tratando-se de documento público, que já se encontrava à disposição dos autores quando do ajuizamento da actio, não pode ser considerado como novo, para efeitos de aplicação do inciso VII do art. 485 do CPC.

Ainda que tenha havido eventual injustiça no julgamento ou má apreciação da prova, este fato, por si só, não autoriza a rescisão do decisum, que está restrita às hipóteses do art. 485 do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 1988.035338-8, da comarca da Capital, em que são autores Pedro Emídio da Silva e sua esposa, sendo réu o município do Florianópolis:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, à unanimidade, julgar improcedente o pedido e condenar os autores ao pagamento de custas judiciais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 300,00 (trezentos reais), de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC, revertendo-se em favor do réu o depósito realizado (CPC, art. 494).

Custas legais.

II — Relatório

Pedro Emídio da Silva e Normira Deolinda da Silva ajuizaram ação rescisória contra o município de Florianópolis, objetivando desconstituir acórdão de anterior ação rescisória que julgou improcedente o pedido de usucapião, alegando, em suma, que na ação originária o feito foi contestado pela Prefeitura de Florianópolis, que por sua vez sustentou ter desapropriado o imóvel com caráter de urgência, o qual teria como proprietária Mitra Diocesana de Florianópolis, requerendo, então, que a decisão seja

declarada nula, haja vista que infringiu o art. 485, VIII e IX, do CPC.

Inconformados com a prestação jurisdicional monocrática, os autores ingressaram inexitosamente com ação rescisória pretendendo desconstituir o acórdão que manteve o resultado da ação de usucapião. Agora, pretendem ver rescindido o aresto proferido pela Terceira Câmara Civil, Rescisória de n. 566, com fundamento no art. 485, VII, do CPC, sustentando, em suma, que o imóvel registrado ainda encontra-se em nome de Mitra Diocesana, sob o n. 6.189, fl. 12, do Livro n. 3, do 1º Ofício de Registros de Imóveis (fls. 88/89). Assim, afirmam, a Prefeitura Municipal de Florianópolis não possui título de domínio do imóvel, podendo este ser usucapido, pois não pertence ao domínio público, e, conseqüentemente, também não possui legitimidade para contestar o feito.

Devidamente citada, a ré apresentou resposta em forma de contestação, sustentando que o documento invocado para desconstituir o acórdão é inválido, pois este já era de conhecimento dos autores, eis que já havia servido de prova nos autos de usucapião (fls. 114/117).

O representante do Ministério Público se manifestou-se pelo desprovemento do pedido (fls. 175/176).

O processo encontrava-se em pauta para julgamento quando, em 8/11/93, os autores juntaram novos documentos, aduzindo serem essenciais para a solução do litígio.

Intimada para se manifestar sobre os novos documentos, a Municipalidade deixou transcorrer *in albis* o prazo que lhe foi assinalado, tendo, a seguir, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pela improcedência do pedido.

II — Voto

Segundo se infere dos autos, a ação de usucapião foi julgada improcedente pelo fato de não possuírem os autores o imóvel com *animus domini*, uma vez que exerciam a função de caseiros, em cuja condição não poderiam alegar em seu favor a prescrição aquisitiva da área em litígio (fls. 14/18).

A presente ação rescisória foi aforada com o objetivo de juntar novos documentos que comprovam, segundo afirmam os demandantes, que o terreno não pertence ao município de Florianópolis, que contestou a ação, mas sim à Mitra Arquidiocesana da Capital.

Dispõe o art. 485, VII, do Código de Processo Civil:

"Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

"VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável".

Segundo ensina Barbosa Moreira:

"Por 'documento novo' não se deve entender aqui o constituído posteriormente. O adjetivo 'novo' expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se.

(...)

"Fosse qual fosse o motivo da impossibilidade de utilização, é necessário que haja sido estranho à vontade da parte. Esta deve ter-se visto impossibilitada, sem culpa sua, de usar o documento, *v.g.*, porque lhe fora furtado, ou porque estava em lugar inacessível, ou porque não se pôde encontrar o terceiro que o guardava, e assim por diante" (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 5, Rio de Janeiro: Forense, 1998, págs. 135/136).

Pontes de Miranda, por sua vez, afirma:

"O art. 485, VII, faz pressuposto suficiente para a propositura da ação rescisória por ter o autor obtido documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, se tal documento é suficiente para que a sentença lhe fosse favorável. Ou ele prova a ignorância ao propor a ação, ou já em momento do processo em que não poderia apresentar, ou prova que o conhecia, mas dele não podia aproveitar-se..." (Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo VI, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, pág. 244).

Logo, o documento novo capaz de ensejar a rescisão do acórdão é compreendido como sendo aquele cuja existência era desconhecida para a parte ou que esta, embora o conhecendo, comprove que a ele não teve acesso no momento oportuno.

Ora, *in casu*, o documento trazido como novo aos presentes autos está acostado à fl. 88, representado pela

Certidão do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis, que afirma que o imóvel em questão é de propriedade da Mitra Arquidiocesana de Florianópolis. Trata-se, portanto, de documento público, que já se encontrava à disposição dos autores quando do ajuizamento da *actio*, de modo que não pode ser considerado como documento novo, para efeitos de aplicação do inciso VII do art. 485 do CPC.

Outrossim, o mencionado documento, ainda que fosse considerado como novo, não serviria para desconstituir o acórdão rescindendo, uma vez que a ação foi julgada improcedente por falta de comprovação do *animus domini* na posse dos autores, sendo irrelevante, portanto, saber a quem pertencia o domínio do imóvel.

É da jurisprudência:

"Ação rescisória — Documento novo — Art. 485, VII, do CPC — Escritura pública — Descaracterização — Improcedência.

"Para os fins do art. 485, VII, do CPC, considera-se 'novo' o documento anteriormente produzido cuja existência era ignorada ou de impossível obtenção pela parte, capaz de, por si só, assegurar-lhe um pronunciamento favorável.

"Assim, não se caracteriza como documento novo, nos termos do mencionado dispositivo legal, a escritura pública de cessão de direitos de posse que poderia, sem qualquer dificuldade, ter sido obtida pelos autores da rescisória no curso da ação precedente" (Ação Rescisória n. 98.012061-6, da Capital, rel. Des. Eder Graf, j. 11/10/99).

"Ação rescisória de acórdão — Usucapião — Pedido formulado com base no artigo 485, inc. VII, do CPC —

Inocorrência — Rescisória improcedente.

— 'A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando, depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável' (art. 485, inc. VII, do CPC).

"— Não evidenciados os permissivos acima apontados, a improcedência da ação é medida que se impõe" (Ação Rescisória n. 96.005956-3, de Criciúma, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 12/6/00).

"Por documento novo deve-se entender aquele já constituído ao tempo da sentença rescindenda, cuja existência o autor da ação rescisória ignorava ou do qual não pôde fazer uso no curso da ação originária" (Ação Rescisória n. 96.006243-2, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 20/12/01).

"Documento novo. Autor que alega ter o réu agido com dolo, porquanto omitiu a existência de planta de loteamento. Inocorrência.

'O documento novo que ensejaria rescisão de sentença é aquele que, ainda que produzido anteriormente não pode ser obtido pela parte, por ignorar a sua existência e, além de tudo, quando, por si só, pudesse ensejar pronunciamento favorável a quem o produz. Descaracterizado como tal o documento extraído de assentos públicos' (REsp n. 9.188/PR, rel. Min. Dias Trindade, DJU de 10/6/91).

'Não se pode atribuir dolo processual quando o documento que se firmou novo não tinha importância decisória para a ação possessória e, por

outro lado, já se encontrava em repar-tição pública à disposição das partes' (JTARGS 101/180)" (Ação Rescisória n. 885 (88.091530-1), de Joinville, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 10/11/99).

"Ação rescisória. Documento novo (CPC, art. 485, VII). Descaracterização.

"Não se entende por documento novo aquele que deixou de ser produzido na ação principal por desídia da parte em obtê-lo ou apresentá-lo, não ignorando a sua existência" (STJ, AR n. 680/SP, Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 28/6/99, pág. 47).

Gize-se, por derradeiro, que a juntada posterior de novas provas documentais, além de ser inaceitável no momento processual em que ocorreu, mostra-se igualmente imprestável para dar efeito modificativo ao *decisum*.

Conforme já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"Processual civil. Prova documental. Momento de produção. Juntada posterior.

"Na sistemática do Código de Processo Civil, a prova documental é produzida no momento próprio, seja, com a inicial e com a contestação, admitindo-se a juntada de documento em fase posterior na hipótese da necessidade de se demonstrar fatos novos, ocorridos depois dos articulados, ou ainda para contrapor a documentos já acostados ao processo.

"Inteligência dos arts. 396 e 397 do CPC.

"Recurso especial não conhecido" (REsp n. 44.521/MG, 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, j. 8/4/96, DJ de 20/5/96, pág. 16.744).

E mais:

"Recurso especial (...) Documentos novos apresentados em memorial. Art. 398 do CPC (...).

"Em se tratando de matéria, exclusivamente, de direito e não tendo a documentação nova acostada aos memoriais influenciado o resultado do julgamento da apelação, não há falar em prejuízo ou nulidade por desrespeito ao art. 398 do CPC (...)" (REsp n. 58.283/RS, 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 12/12/96, DJ de 10/3/97, pág. 05964).

Nesse passo, tem a parte o dever de demonstrar que a finalidade da juntada visa a contrapor um documento a outro, ou a fato ou alegação surgida no curso do processo e depois da última oportunidade de falar nos autos, o que não ocorreu, *in casu*.

Ressalte-se, por fim, que "ainda que tenha havido eventual injustiça no julgamento ou má apreciação da prova, este fato, por si só, não autoriza a rescisão do *decisum*, que está restrita às hipóteses do art. 485 do CPC" (Ação Rescisória n. 88.033835-4 (686), de Bom Retiro, rel. Des. Volnei Carlin).

Assim, não logrando os autores êxito em comprovar a ignorância a respeito dos documentos, no momento da propositura da ação ou durante todo o seu transcurso, ou, ainda, a impossibilidade de apresentação destes no momento oportuno, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

Destarte, mesmo que se admitisse o reconhecimento dos documentos apresentados pelos autores, repita-se, não teriam estes o efeito de ensejar a procedência do pedido, haja vista que, no processo originário de usucapião, restou demonstrado que

os demandantes não detinham o imóvel como donos, e sim como meros caseiros, o que afasta a possibilidade de êxito do reconhecimento da prescrição aquisitiva.

Diante de todo o exposto, julga-se improcedente o pedido, condenando-se os autores ao pagamento de custas judiciais e de honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 300,00 (trezentos reais), de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC, revertendo em favor do réu o depósito realizado (CPC, art. 494).

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide o Grupo, à unanimidade, julgar improcedente o pedido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Newton Trisotto e Vanderlei Romer. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz César Medeiros.

Florianópolis, 12 de junho de 2002.

João Martins,
Presidente, com voto;

Volnei Carlin,
Relator.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS AO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.022659-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Embargos de declaração — Efeito infringente — Omissão e contradição no acórdão inocorrentes — Rejeição.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração opostos por Darcy Pedrosa Di Pompo, ao acórdão da Apelação Cível n. 2001.022659-6, da comarca da Capital (6ª Vara), em que é apelante BB Administradora de Cartões de Crédito

S.A., sendo apelado Darcy Pedrosa Di Pompo:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar os embargos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Embargos de declaração opostos por Darcy Pedrosa Di Pompo ao acórdão proferido na Apelação Cível n. 01.022659-6, da Capital, com a seguinte ementa:

"Ação monitória — Discussão sobre contrato de emissão e utilização dos cartões de crédito Ourocard e Classcard — Possibilidade de dirimir a questão através dela — Matéria já sumulada pelo STJ (Súmula 247) — Utilização dos créditos e falta de pagamento — Obrigação irretorquível de cumprir a avença — Excesso de onerosidade todavia — Comissão de permanência — Potestatividade — Recurso provido para anular a sentença e julgar procedente em parte a ação monitória.

— "*Mutatis mutandis*, 'o contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória (Súmula 247 do STJ)'.

— "A cláusula contratual que determina a apuração da comissão de permanência às taxas de mercado, sem qualquer indicação a respeito, deixando ao arbítrio do credor a sua fixação, configura, sem dúvida, condição potestativa, devendo, portanto, ser declarada nula de pleno direito".

Alega omissão no acórdão por não ter manifestado a respeito da pretendida "exclusão de todos os valores referentes a débitos não comprovados pela autora", que, por ser matéria tipicamente de fato, os autos deveriam ser remetidos à comarca de origem. Asseverou que houve infração ao art. 398 do CPC, por não lhe ter sido oportunizada a manifestação sobre a junta-

da de documentos quando da modificação do pedido da autora. Disse, ainda, da contradição existente, pelo fato de que, tendo o acórdão determinado a exclusão da comissão de permanência, e bem assim de juros superiores a 1% a.m., a "condenação do vencido ao pagamento de honorários" era medida que se impunha. Requereu o acolhimento dos embargos a fim de lhe conferir efeito infringente.

II — Voto

Os embargos são conhecidos, porque próprios e tempestivos; no entanto, devem ser rejeitados. É cediço que "embora os embargos de declaração tenham por escopo expungir do julgamento obscuridades ou contradições, ou suprir omissão sobre tema de pronunciamento obrigatório pelo Tribunal, segundo o comando expresso no art. 535 do CPC, a tal recurso é possível conferir-se efeito modificativo ou infringente, desde que a alteração do julgamento decorra da correção daqueles citados defeitos" (EDMS n. 5.372/DF, rel. Min. Vicente Leal, in DJU do dia 23/11/98, pág. 115).

E no caso dos autos incorre a aventada omissão e contradição, dada a clareza com que se revestiu o acórdão quando da apreciação de matérias ali ventiladas, o que se constata, inclusive, com o teor de sua ementa. Na verdade, a pretensão do embargante é rediscutir a lide, debatendo questões já suficientemente esclarecidas e irrelevantes para modificar o rumo trilhado, enfim, como dito: prequestionar os artigos ali declinados "para fins de manejo de recurso especial e extraordinário".

A propósito "os embargos de declaração têm por finalidade a eliminação de obscuridade, omissão, dúvida ou contradição. Se o acórdão não está eivado de nenhum desses vícios, os embargos não podem ser recebidos, sob pena de ofender o art. 535 do CPC" (RSTJ 59/170).

III — Decisão

Isso posto, rejeitam-se os embargos.
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.005543-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Jaime Ramos

Embargos de declaração — Efeitos infringentes — Obscuridade e contradição inexistentes. Rejeição.

Entre os vícios da decisão, corrigíveis por meio de embargos de declaração, estão a obscuridade e a contradição contidas no próprio texto. Obscura é a decisão cuja redação a torna ininteligível ou de difícil compreensão, seja na fundamentação ou na conclusão. Contraditória é a decisão em que aparecem afirmações incompatíveis entre si, na fundamentação, no dispositivo, ou entre este e aquela.

Não se verificando os alegados defeitos de obscuridade e contradição, no despacho objurgado, nada há que ser aclarado, harmonizado ou modificado, e, por isso, os embargos declaratórios com efeitos infringentes merecem ser rejeitados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração opostos ao Agravo de Instrumento n. 2002.005543-9, da comarca da Capital, em que é embargante Abrahão & Cia. Ltda., sendo embargada Shell Brasil S.A.:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, rejeitar os embargos de declaração.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Torres Marques.

Florianópolis, 6 de agosto de 2002.

*Cláudio Barreto Dutra,
 Presidente e Relator.*

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Shell Brasil S.A. interpôs Agravo de Instrumento, com pedido da concessão de efeito suspensivo, contra a decisão do Juízo a quo, que, na Ação Cautelar Inominada Incidental movida por Abrahão & Cia. Ltda., deferiu a liminar postulada, para autorizar a agravada a adquirir combustível

e outros derivados de petróleo de qualquer distribuidora, desde que o estabelecimento (posto de gasolina) fosse descaracterizado no que diz respeito à marca Shell.

Este Relator, com fundamento no art. 267, inciso VI, c/c seu § 3º, do Código de Processo Civil, julgou extinto o processo da ação cautelar dada a sua inadequação para a tutela a que visava, por tratar-se de medida satisfativa, que antecipava os efeitos da tutela jurisdicional de mérito, e, em conseqüência, condenou a agravada a pagar honorários advocatícios ao agravante, no valor de R\$ 1.000,00, conforme o art. 20, § 4º, do mesmo Estatuto Processual.

Contra essa decisão, a agravada Abrahão & Cia. Ltda. opôs estes embargos de declaração, aos quais pretende sejam atribuídos efeitos infringentes, com fulcro no art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, sustentando que na referida decisão há contradição e obscuridade, porque na ação de revisão contratual c/c indenização há pedido para declarar nula a cláusula que obriga a embargante/agravada a adquirir os produtos e derivados de petróleo exclusivamente da embargada; que, além desse pedido, contudo, a agravada requereu também, como matéria de fundo, a condenação para se ver ressarcida dos danos materiais sofridos em decorrência da ação ou omissão da agravante/embargada, bem como para que a SHELL seja condenada a "equiparar as condições negociais junto ao autor, a todas as vantagens competitivas, quais sejam, menor preço e maior prazo de pagamento praticados em sua rede de revenda no Estado de Santa Catarina, ou na região da grande Florianópolis"; que propôs a

medida cautelar nominada incidental para conseguir a liberdade de compra dos produtos derivados de petróleo, a fim de manter sua atividade comercial que emprega atualmente dez pessoas; que, sendo assim, não se pode entender a existência de confusão entre a matéria de fundo da ação cautelar incidental com a ação revisional c/c indenização; que a decisão do Relator é obscura ou contraditória porque o pedido formulado na ação cautelar não é satisfativo, haja vista que apenas pretende resguardar o resultado útil do processo principal.

II — Voto

O art. 535, incisos I e II, autoriza a oposição de embargos de declaração sempre que a sentença ou o acórdão, e, por extensão doutrinária, qualquer decisão interlocutória, contiver defeito de obscuridade, contradição ou omissão.

A embargante alegou que a decisão monocrática do Relator contém os vícios da obscuridade e da contradição.

Seus embargos declaratórios, no entanto, devem ser rejeitados, porque não se vislumbra qualquer obscuridade ou contradição que mereçam ser esclarecidas ou harmonizadas, seja para modificação e infringência do julgado, ou apenas para a integração consentânea de seu conteúdo. Muito ao contrário, o despacho embargado mostra-se extremamente claro e coerente, tanto que a embargante bem entendeu sua fundamentação e seu dispositivo. O que quer, na verdade, é discutir o mérito da decisão, com a qual não concorda, utilizando-se destes embargos de declaração que,

portanto, revelam-se completamente impróprios para o seu desígnio.

Sobre o que significam obscuridade e contradição passíveis de esclarecimento por meio de embargos de declaração, discorrem os processualistas:

Moacyr Amaral Santos (Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, vol. IV, pág. 450):

"A sentença deve ser clara, isto é, inteligível. Por isso se lhe recomenda o uso de estilo simples, de vocabulário adequado, de modo a facilmente ser interpretada e compreendida. Outrossim, a sentença, como ato de inteligência do juiz, deverá conter os raciocínios lógicos de que se utilizou para chegar à conclusão. Quando, por falta de clareza ou por deficiência de raciocínios lógicos, a sentença não se achar suficientemente inteligível em algum ponto, diz-se que num ou em mais pontos é obscura.

"Contraditória é a sentença que faz, na fundamentação, afirmações inconciliáveis, ou quando daquela não podia logicamente chegar ao dispositivo, v. g.: o juiz admite a validade de um recibo de quitação, mas o repele, sob a alegação de que o pagamento não foi feito".

José Carlos Barbosa Moreira (Comentários ao Código de Processo Civil, 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1978, vol. V):

"Obscuridade — A falta de clareza é defeito capital em qualquer decisão. E bem se compreende que o seja, visto que é função precípua do pronunciamento judicial, exatamente, fixar a certeza jurídica a respeito da lide ou da questão decidida (...).

"A obscuridade tanto pode situar-se na fundamentação do acórdão quanto no *decisum* propriamente dito. Pode acontecer que falte clareza na exposição das razões de decidir, que em acórdão bem redigido devem ser enunciadas em termos nítidos e ordenadas em seqüência lógicas, compondo um todo sistemático e coerente; e pode acontecer que falte na própria parte decisória ('dispositivo', conforme a dicção do art. 458, n. III, aplicável aos acórdãos por força do art. 165). Essa será a mais grave modalidade do defeito, pois o que antes de tudo se precisa saber, com absoluta certeza, é o sentido em que se pronuncia o órgão judicial, ao resolver a questão ou ao julgar a lide.

"Há, naturalmente, graus na obscuridade, desde a simples ambigüidade, que pode resultar do emprego de palavras de acepção dupla ou múltipla — sem que do contexto ressalte a verdadeira no caso —, ou de construções anfibológicas, até a completa ininteligibilidade da decisão (...)" (pág. 618).

"Contradição — Verifica-se quando no acórdão se incluem proposições entre si inconciliáveis. Pode haver contradição entre proposições da parte decisória, isto é, incompatibilidade entre capítulos do acórdão; v. g., (...) declara-se inexistente a relação jurídica prejudicial (deduzida em reconvenção ou em ação declaratória incidental), mas condena-se o réu a cumprir obrigação que dela necessariamente dependia; e assim por diante. Também pode ocorrer contradição entre proposição enunciada nas razões de decidir e a própria decisão: por exemplo, se na motivação se reconhece como fundada alguma

defesa bastante para tolher a pretensão do autor, e no entanto se julga procedente o pedido.

"É ainda concebível a ocorrência de contradição entre a ementa e o corpo do acórdão, ou entre o teor deste e aquilo que resultara da votação, apurável pela minuta do julgamento, pela ata ou por outros elementos" (págs. 620/621).

Por fim, Vicente Greco Filho (Direito Processual Civil Brasileiro, 12ª ed. São Paulo, Saraiva, vol. 2):

"A obscuridade é o defeito consistente na difícil compreensão do texto da sentença e pode decorrer de simples defeito redacional ou mesmo de má formulação de conceitos. Há obscuridade quando a sentença está incompreensível no comando que impõe e na manifestação de conhecimento e vontade do juiz. A obscuridade da sentença como os demais defeitos corrigíveis por meio de embargos de declaração prejudicando a inteligência da sentença prejudicarão a sua futura execução" (pág. 241).

"Contradição é a afirmação conflitante, quer na fundamentação, quer entre a fundamentação e a conclusão. Nesses casos, a correção da sentença em princípio não levaria a uma verdadeira modificação da sentença, mas apenas a um esclarecimento de seu conteúdo. Todavia, a conta de esclarecer, eliminar uma dúvida, obscuridade ou contradição, já tem havido casos de serem proferidas novas sentenças. De fato, se a contradição é essencial, ao se eliminar a contradição praticamente se está proferindo uma nova decisão" (pág. 242).

Como se vê, a obscuridade e a contradição são defeitos que se en-

contram dentro da própria decisão e não externamente a ela. Portanto, obscuro é o *decisum* ininteligível, cuja redação impede o leitor de compreender o que o julgador pretendeu expor, seja na fundamentação ou na própria conclusão do ato jurisdicional. Contraditória é a decisão que contém afirmações conflitantes entre si, no desenvolvimento da fundamentação ou na parte dispositiva, bem como aquela em que não há coerência ou decorrência lógica entre a fundamentação e o dispositivo.

Não se pode falar em obscuridade ou contradição do comando jurisdicional concatenado, lógico, perfeito e inteligível, com a pretensão da parte ou do interessado. A divergência só pode ser natural, em relação a uma das partes, quando o Julgador acolhe o pleito da outra. São incabíveis os embargos de declaração até mesmo no caso da chamada contradição externa, que é aquela que se trava entre a decisão embargada e o *decisum* anterior divergente, no mesmo processo ou em outro, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "Não enseja embargos de declaração a existência eventual de contradição externa, senão a que se acha no próprio acórdão embargado" (STJ — 4ª T., EDAGRGAg 27417-7/RJ, rel. Min. Dias Trindade, DJU de 21/2/1994, pág. 2.171).

Na hipótese dos autos, a decisão monocrática do Relator é perfeitamente inteligível, tanto que foi bem entendida, e repreendida com todo o vigor, pela embargante, nestes embargos declaratórios. E nela não se verifica contradição alguma, seja na fundamentação, no dispositivo ou entre este e aquela.

Para demonstrar-se a veracidade dessa assertiva, transcreve-se toda a motivação e a conclusão do referido julgado:

"A agravante tem razão no que tange à falta de interesse processual para a ação cautelar, dado que esta, no caso dos autos, revela-se satisfativa do direito material da agravada, de modo que a liminar deferida se constituiu em verdadeira antecipação de efeitos da tutela jurisdicional, sem que os requisitos atinentes a esta, que são mais restritivos que os daquela, tenham sido examinados.

"Com efeito, na ação cautelar a agravada requereu a concessão de liminar, a ser confirmada ao final, para que fosse 'autorizada a exercer livremente o direito de liberdade de comércio, e adquirir de qualquer outra distribuidora, à sua escolha, os produtos de sua comercialização, notadamente, combustíveis e outros derivados do petróleo' (fl. 66, do Agravo).

"Na Ação de Revisão de Cláusulas Contratuais c/c Indenização, a agravante pleiteia que o Juízo declare 'nula de pleno direito ou alternativamente inexigível, retroativamente, a contar de 20/9/00, data do ingresso dos atuais sócios na sociedade, as cláusulas contratuais que obrigam a autora a adquirir os produtos e derivados do petróleo exclusivamente da ré e quota mínima de aquisição de combustíveis da ré pelo autor' (fl. 323, do Agravo).

"Vale dizer: a medida cautelar liminarmente concedida, no fundo, antecipou a tutela do mérito da ação principal, concernente à declaração de nulidade das cláusulas do contrato firmado entre as partes, que impõem

a exclusividade na aquisição dos produtos e derivados de petróleo distribuídos pela agravante, porque garantiu à agravada o direito de desconsiderar essas cláusulas desde já.

"Sabe-se que a ação cautelar será preparatória ou incidental, mas nunca satisfativa, salvo nas hipóteses expressamente previstas em lei, como ocorre na produção antecipada de prova, na exibição de documentos, na justificação judicial, no protesto, na notificação, na interpelação e demais casos.

"Sua função é apenas a de garantir o resultado útil do processo de conhecimento, jamais antecipar a tutela de mérito ou seus efeitos.

"Nesse sentido é a lição de Hamilton de Moraes e Barros (Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no Código de Processo Civil de 1973, Revista Forense, 263/202):

'Visa a garantir o resultado útil do processo principal.

'Surge a ação cautelar com uma finalidade exclusiva e essencialmente processual, qual seja a de assegurar a execução futura, evitando os riscos e os inconvenientes do tempo na marcha do processo, pois que visa a destruir todas as possíveis maquinações de quem pretenda frustrar a vitória vislumbrada do titular do direito que a sentença final irá reconhecer, ou seja, visa a assegurar, se houver, o recebimento da pretensão que se contém na pretensão e que a sentença acabaria por dar.

'Assim sendo, o processo cautelar não tem por fim direto e imediato a satisfação do direito subjetivo. Serve, apenas, indireta e imediatamente, ao

processo principal, preservando situações, garantindo-lhe o resultado útil.

'É por isso que se diz que as medidas cautelares não são satisfativas; resguardam apenas pessoas e coisas para a execução'.

"Da mesma forma se manifesta Humberto Theodoro Júnior:

'Não se pode, evidentemente, entender o processo cautelar senão ligado a um outro processo, posto que as medidas preventivas não são satisfativas, mas apenas preservativas de situações necessárias para que o processo principal alcance resultado realmente útil. É instrumental a função cautelar, porque não se liga à declaração de direito, nem promove a eventual realização dele: (...) (Curso de Direito Processual Civil, Forense, 16ª ed., vol. II, pág. 363).

"Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery esclarecem, em sua obra Código de Processo Civil Comentado (3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 546), acerca das diferenças entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar:

'A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273 I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resulta-

do útil do processo de conhecimento ou de execução ou ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor)'.
'A orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça não é discrepante:

"A orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça não é discrepante:

'As medidas cautelares atípicas têm apenas caráter conservativo, não podendo, por isso mesmo, ter carga de satisfatividade, já que o seu conteúdo não pode ser igual ao da prestação a que corresponde a realização do próprio direito subjetivo que se discute na lide. É exatamente nisso que as cautelares se distinguem da tutela antecipatória. Com aquelas não se obtém uma antecipação da decisão de mérito, nem se procede a uma execução provisória do direito substancial do demandante' (TJSC — AI n. 9.902, de Tubarão, rel. Des. Pedro Manoel Abreu; *idem* AI n. 96.010053-9, da Capital, unân., rel. Des. Trindade dos Santos, em 3/6/1997; Ap. Cív. n. 88.085912-7, de Ituporanga, rel. Des. Eládio Torret Rocha, em 14/6/2000; Ap. Cív. n. 46.135, de Criciúma, rel. Des. Nilton de Macedo Machado; Ap. Cív. n. 48.184, de Ituporanga, rel. Des. Francisco Borges).

"De idêntico teor é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

'A medida cautelar tem caráter nitidamente assecuratório, visando a resguardar o perecimento do direito pelo decurso do tempo, sob pena de torná-lo inócuo; somente em casos excepcionais, a jurisprudência reconhece o caráter satisfativo da Medida Cautelar' (STJ — REsp n. 210664/CE, 5ª T., rel. Min. Edson Vidigal, j. em 2/9/1999, DJU 27/9/1999, pág. 113).

"Assim, cabe a extinção da ação cautelar, por falta do interesse

jurídico-processual de agir que lhe é inerente.

"Dispõe o art. 267, § 3º, do su-
pracitado Pergaminho Instrumental:
'O juiz conhecerá de ofício, em qual-
quer tempo e grau de jurisdição, en-
quanto 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, respon-
derá pelas custas de retardamento'.

"III — Ante o exposto, com ful-
cro no art. 267, inciso VI, c/c seu § 3º,
do Código de Processo Civil, julgo ex-
tinto o processo da ação cautelar da-
da a sua inadequação para a tutela
antecipada a que visa.

"Condeno a agravada a pagar
honorários advocatícios ao agravante,
no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais),
nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

"Comunique-se, por fax, ao Juí-
zo *a quo*".

Como se observa, está bem cla-
ro no decisum que a concessão da li-
minar, garantindo à embargante/agra-
vada o direito de adquirir e comerciali-
zar combustíveis e outros derivados de
petróleo de qualquer distribuidora, na-
da mais significou senão antecipar os
efeitos da declaração da nulidade das
cláusulas do contrato firmado entre as
partes, que impunham a obrigatorieda-
de/exclusividade de a embargante ad-
quirir da embargada os produtos e de-
rivados de petróleo, ou seja, houve
verdadeira antecipação da tutela do
mérito da ação principal, no que tange
ao pedido correspondente, por isso
que a cautelar deve ser considerada
satisfativa do direito do autor, e, em fa-
ce disso, incabível na espécie, de mo-

do que a extinção da ação cautelar se
impunha.

Se a embargante discorda des-
sa fundamentação e dessa conclusão,
outro deve ser o recurso cabível; nun-
ca os embargos de declaração, que
têm motivação restrita às hipóteses do
art. 535 do Diploma Processual.

Nesse sentido já decidiu este
Sodalício, porque, conforme a orienta-
ção do Superior Tribunal de Justiça,
os embargos de declaração não são
próprios para revolver a discussão da
matéria decidida:

"Embargos de declaração —
Omissão e contradição não caracteri-
zadas — Impossibilidade de rediscus-
são da matéria — Rejeição dos em-
bargos. 'Rediscutir, pois, as questões
apreciadas, com o reforço ou inova-
ção argumentativa, constitui delírio na
via processual declaratória. A motiva-
ção do convencimento do Juiz não im-
põe que expresse razões versando to-
dos os argumentos delineados pelas
partes, por mais importantes possam
lhes parecer' (Superior Tribunal de
Justiça, Embargos de Declaração no
Recurso Especial n. 38344, Relator
Min. Milton Luiz Pereira). Se a parte
dissente dos fundamentos esposados
no aresto embargado, cumpre-lhe
questioná-los na via recursal própria,
não se prestando os embargos decla-
ratórios para rediscussão da matéria
objeto da lide" (TJSC - 6ª Câm. Civ.,
EDAgRg n. 1999.013600-0, da Capi-
tal, unân., rel. Des. Luiz César Medei-
ros, em 19/6/2001).

Theotonio Negrão (Código de
Processo Civil e legislação processual
em vigor, 33ª ed., São Paulo, Saraiva,
2002, pág. 597), com supedâneo na
orientação do Excelso Pretório, esclai-

rece sobre a impossibilidade de o embargante atacar a decisão embargada também sob nova discussão: "São incabíveis embargos de declaração utilizados 'com a indevida finalidade de instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada' pelo julgador (RTJ 164/793)".

O fato de na ação revisional c/c indenização ter sido postulada (a) a nulidade da cláusula contratual de exclusividade (objeto da medida cautelar); (b) a condenação ao ressarcimento de danos materiais; e (c) a equiparação das condições negociais (idêntico tratamento atribuído aos demais postos da rede), não afasta o caráter satisfativo da medida cautelar, porque a liminar concedida provocou o esgotamento do mérito da ação principal, haja vista que os requerimentos *b* e *c* nada mais são do que conseqüências da eventual procedência do item *a*, como o seria a permissão para que a embargante passe a adquirir combustível e outros derivados de petróleo de qualquer distribuidora, porque desconsiderada

a cláusula de exclusividade de aquisição, encartada no contrato que mantém com a Shell.

A ação cautelar é satisfativa e sua liminar antecipa os efeitos da tutela jurisdicional, portanto, no que tange a um dos pedidos feitos na ação revisional.

À vista do exposto, rejeito os embargos de declaração.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, foram rejeitados os embargos de declaração.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Victor Ferreira e Carstens Köhler.

Florianópolis, 25 de abril de 2002.

Silveira Lenzi,
Presidente;
Jaime Ramos,
Relator.

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.005889-8, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Newton Trisotto

Tributário — Execução fiscal - Notificação do lançamento tributário — Exibição determinada pelo juiz, de ofício — Uniformização de jurisprudência — Súmula.

Não constituindo documento essencial à propositura da execução fiscal (CPC, art. 283; Lei n. 6.830/80, art. 6º, § 1º), não é lícito ao juiz determinar, de ofício, que o credor comprove ter notificado o devedor do lançamento do tributo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Uniformização de Jurisprudência em Agravo de Instrumento n. 2001.005889-8, da comarca de Balneário Camboriú (Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que é agravante município de Balneário Camboriú e agravado Amaro Pereira:

ACORDAM, em Seção Civil, por maioria de votos, conhecer do pedido de uniformização de jurisprudência, firmando o entendimento de que, "não constituindo documento essencial à propositura da execução fiscal (CPC, art. 283; Lei n. 6.830/80, art. 6º, § 1º), não é lícito ao juiz determinar, de ofício, que o credor comprove ter notificado o devedor do lançamento do tributo". Vencidos os Srs. Des. Vanderlei Romer e Maria do Rocio Luz Santa Ritta, que votaram no sentido de que o juiz pode, de ofício, determinar a prova do lançamento da notificação do contribuinte da dívida ativa.

Sem custas.

I — Relatório

O município de Balneário Camboriú ajuizou ação de execução fiscal, reclamando o pagamento de IPTU, contra Amaro Pereira.

No mesmo despacho que determinou a citação do executado, o MM. Juiz de Direito concedeu prazo

para que o "procurador do exequente comprove, em até trinta (30) dias e mediante cópia nos autos, ter realizado a notificação do devedor, não se cogitando sequer tenha ela sido realizada de forma global e impessoal, mediante publicação de edital, sob pena de extinção do feito" (fl. 18).

Dessa decisão, o credor interpôs agravo de instrumento, sustentando, em síntese, que a exigência não encontra amparo legal, pois, de acordo com a jurisprudência, "o título de execução fiscal não precisa ser acompanhado do auto de infração para ter força executiva".

A douta Procuradoria-Geral de Justiça pugna pelo provimento do recurso.

II — Voto

A respeito da *quaestio* posta no recurso — possibilidade de o Juiz de Direito determinar, de ofício, que o exequente comprove ter notificado o executado do lançamento tributário que gerou a inscrição em dívida ativa e a execução fiscal — divergem as Câmaras de Direito Público.

Esta Câmara tem decidido que a exigência não tem amparo legal, conforme se infere das ementas dos acórdãos abaixo transcritas:

"O art. 6º, § 1º, da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, estatui que a peça vestibular da execução fiscal seja instruída apenas com a Certidão de Dívida Ativa, não podendo o

controle de admissibilidade impor a necessidade da apresentação da prova de notificação extrajudicial do devedor, sob pena de ofensa ao art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil, diante do risco de ser beneficiado o inadimplente com a extinção anômala do feito" (AI n. 2001.005907-0, Des. Francisco Oliveira Filho).

"Predomina a presunção de certeza e liquidez da certidão de dívida ativa, quando nada há em sentido oposto para elidi-la" (Ap. Cív. n. 38.899, de Piçarras, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

"Prematura a decisão do magistrado que, de ofício, determinou a produção de prova cujo encargo de requisitá-la é da parte contrária" (AI n. 2001.005919-3, Des. Luiz César Medeiros).

"1. Na direção do processo, deve o juiz 'assegurar às partes igualdade de tratamento' (CPC, art. 125, I).

"Só deve tomar '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 sociocultural entre as partes' (REsp n. 43.467, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RSTJ 84/250).

"2. A dívida 'regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez' (CTN, art. 204), que só 'pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite' (parágrafo único).

"Não é lícito ao juiz se substituir à parte na obrigação de derruir a presunção de liquidez da dívida ativa, exigindo do credor que apresente o processo administrativo, se nele estiver apurado o valor da dívida — o que não ocorre no lançamento do IPTU —, ou que comprove ter notificado o devedor: 'Descabe ao juiz extinguir de ofício execução fiscal ajuizada com certidão de dívida ativa' (TJRS, Súmula 19)" (AI n. 2001.005921-5).

Reproduzo o voto inserido no acórdão acima citado:

"1. Não se confundem obrigação tributária e crédito tributário.

"A obrigação tributária resulta da concretização da hipótese de incidência descrita em lei como fato gerador. Na obrigação tributária principal, o fato gerador 'é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência' (CTN, art. 114); na acessória, 'é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal' (art. 115). O crédito tributário constitui-se — ou formaliza-se, segundo Bernardo Ribeiro de Moraes (Compendio de direito tributário, Forense, 1984, 1ª ed., pág. 582), dentre outros — pelo lançamento (CTN, art. 142).

"Lançado o tributo, o contribuinte (ou o responsável tributário) deve ser notificado. Por intermédio da notificação, é cientificado do lançamento — bem como do prazo para apresentação da defesa — e é instado a pagar o débito (CTN, art. 201, *caput*).

"Decorrido o prazo para pagamento ou tendo transitado em julgado a decisão relativa ao recurso administrativo, se ofertado, segue-se a inscri-

ção do crédito tributário em dívida ativa. Só então poderá ser deflagrada a execução fiscal, 'instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita' (Lei n. 6.830/80, art. 6º, § 1º). A certidão é um extrato do termo de inscrição em dívida ativa e com ele deve guardar fidelidade.

"Conforme a doutrina (Hugo de Brito Machado, Curso de direito tributário, Malheiros, 2000, 18ª ed., pág. 371) e a jurisprudência (Ap. Cív. n. 99.022688-3, Des. Silveira Lenzi), 'se do lançamento do tributo o contribuinte não foi previamente notificado, é nula a execução fiscal'. Também o é quando a certidão de dívida ativa não preencher os requisitos legais acima aludidos (*op. cit.*, pág. 199; Ap. Cív. n. 2000.014952-7, Des. Volnei Carlin).

"Registro que, no tocante ao IPTU, a 'simples emissão do carnê respectivo e a sua entrega ao contribuinte é suficiente para dar-se o sujeito passivo como notificado regularmente, levando-se em consideração que costumeiramente os municípios elegem o primeiro dia do ano como aquele em que ocorre o fato gerador deste imposto' (TAPR, Ap. Cív. n. 121287900, Juiz Cristo Pereira).

"Conquanto sem relevância com o caso sub examen, anoto que há julgados do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul no sentido de ser admissível a notificação 'por convocação geral com a divulgação pela imprensa do calendário de pagamentos, assim como também se admite como notificação a remessa e o recebimento comprovados do carnê de pagamentos' (REN ns. 195090121 e

n. 195128046, Juiz João Pedro Freire).

Como se verá, essa introdução tem pertinência com o caso *sub judice*.

"2. A dívida 'regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez' (CTN, art. 204). Trata-se de presunção relativa, que 'pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite' (parágrafo único).

"Os requisitos formais de validade da certidão de dívida ativa estão descritos no art. 202 do Código Tributário Nacional, o qual preceitua que o 'termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente':

I — o nome do devedor e, sendo o caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II — a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III — a origem e a natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV — a data em que foi inscrita;

V — sendo o caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito'.

"Acrescenta o parágrafo único que 'a certidão conterà, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição'.

"A Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80) repete todas essas exigências (art. 5º).

"*In casu*, as certidões de dívida ativa que instruem a execucional satisfazem todos esses requisitos. Descre-

vem: I) o nome do devedor, com o seu endereço; II) a importância devida (R\$ 1.189,14 e R\$ 1.007,84), explicitando que os juros de mora são de 1% (um por cento) ao mês, 'incidentes a partir do vencimento do débito tributário, estão fundamentados nos incisos I e V da Lei Municipal n. 918/89'; III) a origem do débito: Imposto Predial e Territorial Urbano, exercícios 1996 e 1997; IV) a data da inscrição do crédito tributário: 2/1/97 e 2/1/98; e V) os números dos livros (ns. 36 e 1) e das páginas no qual foram inscritos (ns. 1 e 227).

"Só não há referência ao 'número do processo administrativo ou do auto de infração' porque nele 'não está apurado o valor da dívida' (Lei n. 6.830/80, art. 2º, VI; CTN, art. 202, V).

"Poderia o juiz condicionar o desenvolvimento do processo de execução à satisfação das exigências relacionadas com os requisitos de validade das certidões de dívida ativa? Poderia impor, de ofício, que o credor comprovasse ter notificado a devedora?

Tenho afirmado que 'a extinção do processo prescinde de requerimento do devedor; pode ser decretada de ofício, em qualquer grau de jurisdição' (Ap. Cív. n. 99.019973-8), tese apoiada em julgados do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 60.900, Min. Eduardo Ribeiro; REsp n. 13.960, Min. Waldemar Zveiter). Porém, a nulidade só pode ser declarada de ofício se o juiz a 'encontrar provada', na expressão do parágrafo único do art. 146 do Código Civil, regra aplicável aos demais ramos do Direito.

No acórdão do Agravo de Instrumento n. 2001.003803-3, versando sobre decisão que em tudo se assemelha a esta *sub examen*, o emi-

nente Desembargador Cesar Abreu sustenta que o 'princípio dispositivo' deve ser relativizado. Invoca o art. 130 do Código de Processo Civil: 'Caberá ao juiz, de ofício, ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias'. Em abono à tese perfilhada, Sua Excelência cita voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira inserido no acórdão do Recurso Especial n. 43.467:

'Como cediço, diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo, 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, é certo, com imparcialidade' (RSTJ 84/250).

"*Data venia*, o permissivo deve ser interpretado sistematicamente, atentando-se, principalmente, para o princípio contido no inc. I do art. 125 do mesmo Código. Estabelece ele que o juiz dirigirá o processo de forma a 'assegurar às partes igualdade de tratamento'.

"Esse princípio não escapou à análise do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Na seqüência do voto cujo excerto foi acima transcrito, esclareceu Sua Excelência:

'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 sociocultural entre as partes'.

"Com essas considerações, concluo que deve ser extinto o processo, de ofício, se constatado que as formalidades do art. 202 do Código Tributário Nacional e do art. 5º da Lei de Execução Fiscal não se encontram cumpridas, formalidades que podem ser classificadas como intrínsecas. Porém, no tocante às extrínsecas, não é lícito ao juiz se substituir à parte, determinando, *v.g.*, que seja juntado o processo administrativo, documento prescindível ao desenvolvimento válido e regular da execução fiscal, segundo a jurisprudência:

'A execução fiscal dispensa a juntada obrigatória do processo administrativo para seu processamento exitoso, posto a Certidão de Dívida Ativa ser documento bastante para embasar o pedido, com fulcro no art. 6º da Lei n. 6.830/80.

'Para que se defira o requerimento de requisição de certidões, é preciso que haja impedimento ou demora na extração delas. As certidões, em que se funda o pedido, hão de ser juntas à petição inicial e pode ocorrer o que se prevê no art. 284; as certidões, em que se baseia a defesa, acompanham a contestação, salvo invocação do art. 397. Em todos os casos em que a repartição pública não pode dar ou não quis dar ou está a demorar em dar as certidões, cabe a requisição, a requerimento do interessado ou de ofício. Se não houve qualquer ato dos interessados no sentido da obtenção das certidões, deve o juiz indeferir o pedido; mas tal inati-

vidade dos interessados não pré-exclui a requisitabilidade, ainda de ofício, se a certidão é necessária ao julgamento da causa (art. 130)' (Pontes de Miranda, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, Forense, 1974, pág. 388)' (Ap. Cív. n. 98.012333-0, Des. Anselmo Cerello).

'O título de execução fiscal não precisa ser acompanhado do auto de infração para ter força executiva' (TRF, 1ª Região, Ap. Cív. n. 0106234-94, Juiz Tourinho Neto).

"A toda evidência, a regra também se aplica à notificação do lançamento.

"Ao julgar o Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 599377157, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

'A dívida ativa não se confunde com a certidão de dívida ativa e a eventual irregularidade da inscrição daquela não ilide a presunção de liquidez e certeza de que goza esta. A dívida ativa tributária está para a certidão de dívida ativa como uma obrigação contratual está para a nota promissória dela decorrente, ou seja, como a relação obrigacional subjacente está para o título executivo que dela deriva. A irregularidade na inscrição da dívida ativa não pode ser decretada de ofício, porque, se o título estiver formalmente correto (legitimidade extrínseca), o credor detém o poder de instaurar o processo de execução. O juiz só aprofundará o exame da relação obrigacional nele consubstanciada (legitimidade intrínseca) se provocado pela defesa do devedor. O título não é prova do crédito, porque desta prova não há necessidade: o que autoriza a execução é exclusivamente o título, não a obrigação

de que remotamente se originou. Para a instauração do processo de execução fiscal, basta que a petição inicial esteja acompanhada da certidão de dívida ativa que preencha os requisitos legais. Qualquer indagação acerca da regularidade do crédito tributário deverá ser deduzida através da oposição de embargos pelo devedor' (Des. Arno Werlang).

"Desse julgamento resultou a edição da Súmula 19: 'Descabe ao juiz extinguir de ofício execução fiscal ajuizada com certidão de dívida ativa'".

O entendimento da Quinta Câmara está retratado no acórdão do Agravo de Instrumento n. 2001.005893-6, relatado pelo Desembargador João Martins:

"Insurge-se o Município contra a determinação do magistrado para trazer aos autos a prova de notificação ao contribuinte do lançamento de IPTU, a fim de perfectibilizar o título exequendo — certidão de dívida ativa.

"Está devidamente previsto no art. 585, VI, do CPC, a qualidade de título executivo extrajudicial atribuída à certidão de dívida ativa e é sabido que a CDA goza de presunção de certeza, liquidez e exigibilidade que somente pode ser derruída por robusta prova em contrário.

"Todavia, este não é o caso dos autos, pois a inobservância de regularidade formal da CDA acarreta a sua invalidade e, por consectário, a nulidade da executiva, por falta de pressuposto essencial para sua validade e desenvolvimento (art. 1º da LEF c/c art. 618 do CPC). Tratando-se, pois, de CDA irregular, não há falar em presunção *juris tantum* de certeza, liquidez e exigibilidade.

"Não há qualquer dúvida que tal matéria (pressupostos processuais) pode ser conhecida de ofício pelo magistrado (art. 267 do CPC), levando à extinção do processo sem julgamento do mérito.

"Ademais, decorre da própria lei (art. 2º, § 5º, VI, da Lei n. 6.830/80 e art. 202, V, e parágrafo único, do CTN) que a certidão de dívida ativa conterà, entre seus requisitos, o número do processo administrativo ou do auto de infração que originou o débito. A falta de algum desses requisitos formais, segundo a disposição do art. 203, do CTN, implica em 'nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente'.

"Assim, vislumbrando o magistrado a irregularidade da CDA, pode determinar ao exequente que cumpra as exigências legais.

"Já decidiu esta Corte, em recente julgado de lavra deste Relator, que confirma o acerto em desde já sanar defeitos, que, se não sanados agora, levarão *a posteriori* à declaração de ilegalidade da execução, por ausência da notificação do lançamento tributário:

'Certidão de dívida ativa — Vício formal — Processo administrativo para regular constituição do crédito tributário — Inexistência — Ausência de notificação do lançamento tributário ao devedor — Embargos do devedor procedentes - Execução extinta — Sentença mantida — Reexame necessário não provido' (Ap. Cív. n. 01.003846-3, de Lages, j. em 29/3/01).

"E do corpo do aresto:

'Vê-se que a CDA que embasa a executiva não traz qualquer referência à notificação fiscal ou procedi-

mento administrativo para a constituição do crédito tributário, e, mesmo após os embargos do devedor, o Município quedou-se silente, nada trazendo aos autos que pudesse comprovar a existência do mencionado processo administrativo, ou, se tivesse existido, a prova da notificação do devedor para apresentar defesa, com evidente prejuízo ao contribuinte/apelado.

"Ora, 'cogente é a necessidade de notificação do devedor para o procedimento administrativo de lançamento do débito, cuja contenciosidade condiciona-se à oportunação do exercício do direito de defesa do contribuinte. Sem a possibilidade dessa defesa administrativa, não se instaura o contencioso, restando viciada, sem essa instauração, a inscrição em dívida ativa, por ostensivo cerceamento de defesa".

"2. Oportuno salientar que em agravos exatamente iguais, da mesma comarca, os eminentes Des. Cesar Abreu (AI n. 2001.003703-3) e Nilton Macedo Machado (AI n. 2001.005880-4), como relatores, por decisão monocrática, negaram seguimento a reclamos interpostos, por serem manifestamente improcedentes. Em razão do exaurimento da matéria por aqueles magistrados e a profundidade com que analisaram o caso em tela, transcreve-se excertos que também servem de fundamento para o julgamento do presente agravo. Veja-se do precedente do Des. Cesar Abreu:

'Tributário. IPTU. Execução fiscal. Lançamento. Notificação. Ao ingresso do executivo fiscal deve preceder o exaurimento da via administrativa com a notificação regular e pessoal

da mesma pessoa contra quem se pretenda, posteriormente, intentar execução fiscal (TARS, Ap. Cív. n. 195089222, Juiz Arno Werlang).

'Portanto, incumbe — é dever — ao município atender à determinação judicial, sob pena de ver ruída a presunção de certeza e liquidez da dívida inscrita.

'No particular:

'Se o credor, instado pelo Magistrado, não exhibe prova da regular notificação do lançamento tributário ao sujeito passivo, não subsiste a presunção de liquidez e certeza da certidão de dívida ativa. Inviável se torna, portanto, o desenvolvimento da execução (TARS, Ap. Cív. n. 196156046, Juiz Roberto Laux).

'E há pertinência e relevância nessa exigência judicial, considerada a peculiaridade da formação do título executivo da Fazenda Pública.

'Como adverte Aliomar Baleeiro (ob. cit., págs. 1010-11 — Comentário ao art. 202 do CTN), na emissão de uma nota promissória ou de uma cambial, credor e devedor realizam um acertamento prévio, que afasta a incerteza, e possibilita a atuação estatal, através do Poder Judiciário. Ao aceitar a lei a figura do título executivo extrajudicial, a ordem jurídica pressupôs e aceitou o acertamento do conteúdo do crédito feito pelos interessados, inclusive da sanção, acertamento esse controlado *a posteriori* pelo Judiciário, mas suficiente para fundamentar o processo de execução.

'Ora, algo *sui generis* se passa na formação do título executivo da Fazenda Pública, que reside no fato de o acertamento ser unilateral e não consensual. O acertamento unilateral

guarda sua peculiaridade, assim descrita por Ronaldo Cunha Campos:

'Neste instrumento se prevê uma técnica de substituição do consenso, ou seja, da aceitação do titular do interesse subordinado (e. g., sujeito passivo da obrigação tributária). Um dos componentes desta técnica reside no procedimento de impugnação, uma das espécies do chamado processo tributário administrativo.

'Elaborado o lançamento, formula a Fazenda sua pretensão, consubstanciada de regra no aviso de lançamento, onde se encontra a exigência da prestação de uma conduta (o pagamento).

'Como pretensão admitirá duas alternativas: o atendimento, ou a resistência seguida de lide.

'No que concerne à pretensão fazendária surge uma terceira figura. Nesta terceira figura, ou alternativa, reside a singularidade da posição da Fazenda.

'Quando se cuida de aviso ou notificação de lançamento, temos expressa previsão legal admitindo sua impugnação (CTN, arts. 145, I; 151, III).

'Ao contribuinte abre-se a oportunidade de inaugurar, no âmbito da própria administração, controvérsia quanto à pretensão formulada.

'Localizamos, portanto, neste terreno, uma terceira alternativa, que não se confunde com o atendimento de pretensão da lide.

(...)

'Referida regulamentação do exame das razões da resistência do contribuinte (da impugnação), que implica reexame do lançamento, gera a

presunção do caráter infundado desta resistência quando repelida ao final do procedimento.

(...)

'O consenso (concordância do obrigado), característica do título extrajudicial, ver-se-ia neste terreno substituído pelo mecanismo acima apontado.

(...)

'A presunção da certeza e liquidez, em matéria tributária, repousaria assim em sistemática onde a obrigatória oferta da oportunidade de impugnar a pretensão fiscal (CTN, art. 145, I) assume o papel de viga mestra (cf. *op. cit.*, págs. 61/66).

'Portanto, inscrição em Dívida Ativa sem prévio direito à impugnação é nula de pleno direito. Movida ação com base em título nulo, pode o sujeito passivo opor exceção de preexecutividade em juízo, pois a impugnação ao lançamento ou auto de infração em sede administrativa é suporte básico na formação do título executivo extrajudicial, uma vez que substitui o consenso inexistente entre as partes.

'A prévia prática desse ato, ou seja, da notificação, é que configura a regular inscrição da dívida ativa, na exata exegese dos arts. 201 do CTN e 3º da LEF'.

"Desta forma, uma vez que irregularmente constituída a CDA, compete ao juiz conhecer de ofício da matéria, sendo lícita a exigência de que o exequente proceda à regularização do título".

O acórdão está assim ementado:

'Execução fiscal — Prova de notificação do lançamento do tributo

ao contribuinte — Exigência pelo juiz, de ofício — Possibilidade — Condições da ação — Requisito indispensável à perfectibilização do título executivo (certidão de dívida ativa) — Nulidade de execução sem título — Decisão mantida — Recurso não provido.

'Se o credor, instado pelo Magistrado, não exhibe prova da regular notificação do lançamento tributário, não subsiste a presunção de liquidez e certeza da certidão de dívida ativa. Inviável se torna, portanto, o desenvolvimento da execução"'.
 Considerando que apenas a Quinta e Sexta Câmaras têm competência para conhecer da matéria (Ato Regimental 41/00, art. 3º), penso que se faz necessária a uniformização da jurisprudência.

Reiterando o entendimento manifestado no voto relativo ao Agravo de Instrumento n. 2001.005921-5, dantes referido, voto pela procedência do pedido, com a edição da seguinte Súmula:

"Não constituindo documento essencial à propositura da execução fiscal (CPC, art. 283; Lei n. 6.830/80, art. 6º, § 1º), não é lícito ao juiz determinar, de ofício, que o credor comprove ter notificado o devedor do lançamento do tributo".

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por maioria, conheceram do pedido de uniformização de jurisprudência firmando o entendimento de que, "não constituindo documento essencial à propositura da execução fiscal (CPC,

art. 283; Lei n. 6.830/80, art. 6º, § 1º), não é lícito ao juiz determinar, de ofício, que o credor comprove ter notificado o devedor do lançamento do tributo".

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Anselmo Cerello, Orli Rodrigues, Sérgio Paladino, Pedro Manoel Abreu, Silveira Lenzi, Cláudio Barreto Dutra, Mazoni Ferreira, Luiz César Medeiros e Torres Marques. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Maria do Rocio Luz Santa Rita, que votaram no sentido de que o juiz pode, de ofício, determinar a prova do lançamento da notificação do contribuinte da dívida ativa. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 12 de setembro de 2001.

João Martins,

Presidente com voto;

Newton Trisotto;

Relator.

Declaração de voto vencido da Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Rita:

Divergi da douta maioria por acreditar que o moderno sistema processual autoriza a iniciativa probatória do juiz e que a determinação da prova *ex officio* "nada mais é do que a observância do princípio da livre investigação do pedido jurídico das partes" (Benedito Hespanha, Tratado de Teoria do Processo, Forense, 1986).

Desacreditando quanto à legalidade do processo de constituição do crédito tributário, forte em precedente da lavra do eminente Des. Newton Trisotto, que reconheceu a desobediência pelo município de Balneário Camboriú da legislação pertinente, ausente a regular notificação do lançamento, causa de nulidade da execução (Ap. Cív. n. 99.009195-3, do mesmo Município), o Magistrado *a quo*, em despacho inicial, determinou a comprovação da referida notificação, que confere força executiva à certidão de dívida ativa.

A insurgência do Município, pela via do agravo de instrumento, subsume-se a asserção de que não se insere na atividade do juiz, sem provocação das partes, questionar a regularidade da constituição do crédito tributário, muito menos exigir a comprovação prévia da regular notificação do devedor tributário.

O ilustre magistrado Cesar Abreu, em minucioso estudo sobre a matéria, concluiu, no julgamento do Agravo Interno n. 2001.003703-3/0001.00, de Balneário Camboriú, que cabe ao juiz, mesmo *ex officio*, o controle da regularidade da CDA, devendo ser conciliado o princípio dispositivo com os da livre apreciação das provas e da persuasão racional, priorizando-se a descoberta da verdade real, como uma exigência do Estado Democrático, para a administração da justiça pública, séria e imparcial.

E, invocando Benedito Hespahnha, consigna: "...embora as partes disponham privativamente do *thema probandum* e devem conduzir-se e relacionar-se no processo, com probidade e lealdade, a teor do que estatui os

arts. 16, 17 e 18 do CPC, disciplinando os contornos normativos do princípio da lealdade processual, no entanto ao órgão operador do Direito é lícito legalmente obter esclarecimentos e requisitar providências no campo da instrução probatória, com o fim básico de complementar a verdade dos autos, razão de ser do princípio da persuasão racional do Juiz, ao administrar a justiça pública ao caso concreto e vivido pelas partes e pelo órgão jurisdicional na realidade prática do processo, no sentido de fazer e distribuir justiça objetiva, ou seja, dando a cada um o seu".

Aliás, como adverte Joan Picó I. Junoy, "a determinação de prova de ofício não significa tomar partido em favor de uma das partes, uma vez que, antes do resultado da atividade probatória, não se sabe, ainda, a quem ela beneficiará ou prejudicará" (A Prova no Direito Processual Civil, RT, João Batista Lopes, 2000, pág. 68), não havendo, portanto, como assinalam José Roberto dos Santos e Sérgio Alves Gomes, "qualquer ofensa aos direitos das partes" (ob. cit.).

No entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, "nos sistemas políticos-constitucionais marcados pela busca do bem comum, o processo recebe influxos publicistas que reclamam o ativismo do juiz. E assim é o atual sistema processual brasileiro, no qual o juiz é condutor do processo, e não mero espectador da batalha judicial" (Da iniciativa probatória do Juiz no Processo Civil, Sérgio Luiz Wetzel de Mattos, Forense, Rio, 2001, pág. 92).

Não há, ademais, qualquer indicativo, no sistema legal, optando por inibir a iniciativa probatória oficial, mo-

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

tivo pelo qual ousei divergir dos meus eminentes e eruditos pares.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 2002.007552-9, DE BLUMENAU

Relator: Des. Genésio Nolli

Habeas corpus — Crime de sonegação fiscal — Prisão preventiva — Garantia da ordem pública e da ordem econômica — Decreto devidamente fundamentado — Indícios de autoria e materialidade evidenciados nos autos — Revogação — Impossibilidade.

A circunstância de o paciente ser primário, ter emprego e residência fixos não é óbice à manutenção da prisão.

Princípio da confiança no juiz do processo.

Presentes quaisquer das circunstâncias do art. 312 do CPP, a manutenção da segregação cautelar é medida que se impõe.

Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.007552-9, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que são impetrantes os Drs. André Mello Filho, Ricardo Fagundes e Marcelo Luciano Vieira de Mello, sendo paciente Eldo Umbelino:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por maioria de votos, denegar a ordem.

Trata-se de pedido de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado

por André Mello Filho, Ricardo Fagundes e Marcelo Luciano Vieira de Mello, em favor de Eldo Umbelino, denunciado como incurso nas sanções do art. 1º, II e III, da Lei n. 8.137/90 (81 vezes) c/c art. 71 do Código Penal, preso preventivamente por ordem do Juiz da 1ª Vara Criminal de Blumenau.

Alegam os impetrantes, em síntese, que não estão presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva do paciente, ou seja, o *periculum in mora*, o *fumus boni juris* e, principalmente, a necessidade e utilidade da medida.

Sustentam, ainda, que o paciente é primário, tem residência no distrito da culpa e é chefe de família.

Requereram a concessão da ordem para revogar o decreto de prisão preventiva do paciente.

Negado o pedido da liminar (fls. 131/135) foram solicitadas informações, sendo que a autoridade dita coatora as prestou (fls. 151/156).

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Não merece provimento o pedido do paciente.

Primeiramente, cabe analisar a preliminar suscitada pela defesa, na tribuna, pretendendo que o representante do Ministério Público se manifestasse anteriormente à defesa.

Contudo, ante o disposto no artigo 114 do Regimento Interno deste Tribunal, não há tal previsão sobre a intervenção das partes, devendo ser indeferida a preliminar.

Dispõe o art. 114 do Regimento Interno:

"Art. 114 — A Procuradoria-Geral de Justiça ou seu representante poderá intervir oralmente, após os advogados das partes, ou, em falta destes, após o relatório, por prazo igual ao daqueles, salvo disposição em contrário".

Assim, conforme explicitou o artigo supracitado, a defesa deve falar antes do Ministério Público.

No mérito, melhor sorte não socorre o paciente.

Sabe-se que a prisão preventiva, modalidade de aprisionamento cau-

telar, é medida consubstanciada na privação de liberdade do acusado e decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou instrução criminal, para garantir a ordem jurídica e social, e tem cabimento quando ficarem bem demonstrados o *fumus boni juris* (presupostos da prisão preventiva) e o *periculum in mora* (fundamentos da prisão preventiva).

Exige a lei, para tanto, prova da existência do crime e indícios suficientes de que o acusado seja o autor (art. 312, 2ª parte, do Código de Processo Penal).

Acerca da matéria, preleciona Julio Fabbrini Mirabete:

"Nos termos legais, a prisão preventiva só pode ser decretada quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria. A primeira exigência refere-se à materialidade do crime, ou seja, a existência do corpo de delito que prova a ocorrência do fato criminoso (laudo de exame de corpo de delito, documentos, prova testemunhal etc.). Exigindo-se prova da existência do crime não se justifica a custódia por mera suspeita ou indícios da ocorrência de um ilícito penal. São exigidos também indícios suficientes da autoria, contentando-se a lei com elementos probatórios ainda que não concludentes e unívocos, não sendo necessário, portanto, a certeza da autoria. A suficiência dos indícios é deixada à verificação do juiz, que deve se haver com prudente arbítrio. O juiz deve medir e pesar os elementos colhidos para verificar se são suficientes para a decretação dessa prisão provisória, que é medida de exceção quanto ao sistema de liberdades individuais. É necessá-

rio que se apure se há a fumaça do bom direito que aponta para o acusado como autor da infração penal" (Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., São Paulo, Atlas, pág. 412).

Neste sentido, é a decisão do Supremo Tribunal Federal:

"Prisão preventiva. Prova bastante da existência do crime e suficientes indícios da autoria, para efeito de tal prisão. Não se pode exigir, para esta, a mesma certeza que se exige para a condenação. Princípio da confiança nos juízes próximos das provas em causa, dos fatos e das provas, assim, como meios de convicção mais seguros do que os juízes distantes. O *in dubio pro reo* vale ao ter o juiz que absolver ou condenar, não, porém, ao decidir se decreta, ou não, a custódia preventiva" (STF, RTJ 64/77).

Constata-se nos autos que está comprovado o primeiro requisito ensejador da custódia preventiva do denunciado.

A materialidade está amplamente demonstrada por meio de toda a documentação exposta.

Os indícios de autoria, de outra parte, igualmente estão comprovados nesta fase de cognição sumária, conforme se infere da análise feita na denúncia na qual, cotejando-se os documentos juntados, verificou-se haver indícios de que o denunciado emitia notas fiscais da sua empresa, como se estivesse efetuando um negócio mercantil, em que o comprador das mercadorias supostamente pagava o ICMS e também falsificava notas fiscais de entradas de mercadorias na sua empresa, simulando que tivesse efetuado aquisições das empresas Coagel, Pingo de Gente e Matrix.

Configurado, portanto, o *fumus boni juris*.

Demonstrada a fumaça do bom direito, a disposição legal específica determina, igualmente, a demonstração de que a liberdade do indiciado represente perigo grave (*periculum in mora*).

Ademais, motivando a segregação cautelar do paciente, é conveniente trazer à colação trechos do seu recente interrogatório, revelando o seu envolvimento, às fls. 176/179, *verbis*:

"que não sabe se o procedimento de eventuais devoluções de mercadorias obedeceu os ditames fiscais, como nota de entrada, carimbo de devolução, entre outras exigências, alegando que era o seu contador que cuidava destas questões; que nunca participou de qualquer falsificação de notas fiscais ou de carimbos no sentido de viabilizar qualquer benefício decorrente de evasão fiscal; que nunca fez declarações falsas em notas fiscais; que apresentadas ao interrogando as notas fiscais que se encontram às fls. 319/320, 324/325, 329/330, o depoente não deu nenhuma explicação sobre os motivos das mesmas conterem o mesmo número na nota fiscal, aparentando clonagem para o fim de sonegação fiscal (...); que os valores noticiados na denúncia não estão corretos acerca das supostas sonegações do depoente, justo que estima que seus débitos fiscais não ultrapassem a margem dos 8 milhões; (...); que o depoente falou apenas duas vezes com o Sr. Luiz Ayr, que é fiscal de tributos e atualmente vereador; que nunca teve qualquer tipo de relacionamento com esta pessoa; que

não é verdade que o Sr. Luiz Ayr tenha em alguma ocasião beneficiado o depoente no sentido de o mesmo poder sonegar ICM; que o deputado Pizzollati vendia camisetas da empresa do depoente e recebia comissões; que outros deputados também vendiam camisetas e continuam vendendo camisetas e ganham comissão; que os deputados, na verdade, colocavam 'um valor em cima' do valor de venda (...); que o depoente era o responsável por todas as atividades das empresas New Cotton e Nilcatex; que era o depoente quem contratava o contador...".

Necessário que reste configurado, ao menos, um dos motivos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, que são: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Destacou o douto Magistrado na decisão:

"A prova material carreada aos autos demonstra que o acusado procurou efetuar em seu favor diversos creditamentos de ICMS indevido, maquiando, para tanto, seus livros fiscais com dados falsos, tudo com a finalidade de alcançar a redução e supressão de tributos devidos ao fisco estadual.

"O panorama edificado através da prova documental apresentada possibilita antever a existência de escrituração de créditos de impostos sem a respectiva nota fiscal de entrada, ou, ainda, provenientes de falsas operações envolvendo a devolução de mercadorias.

"Além disso, mediante impressão paralela de notas fiscais falsas,

carimbos falsos de Postos de Fiscalização, bem como informações inverídicas de transportadoras que teriam efetuado o transporte de mercadorias, o acusado procurou apropriar-se de recursos públicos.

"A denúncia, neste aspecto, com base nos documentos apresentados, conseguiu demonstrar eficazmente as fraudes praticadas, sobretudo pelo documento que repousa às fls. 299/300, expedida pela Cooperativa Agropecuária Goioerê Ltda. — Coagel, que expressamente anunciou não ter efetuado as operações falsamente consignadas nos livros da empresa do acusado, ressaltando que a única nota fiscal que teve como destinatária a empresa Nilcatex Têxtil Ltda. foi emitida em 3/5/1996, e não nos meses de julho e agosto de 1997.

"Não bastasse o prejuízo superior a um milhão de reais provocado pelo acusado, há nos autos demonstração acerca de outros processos que o mesmo responde, ou seja, um por sonegação fiscal perante a 2ª Vara Criminal de Blumenau e outro na comarca de Jaraguá do Sul por recepção de carga roubada (fls. 29/32).

"Mas não é só.

"O Ministério Público, também como fundamento para o pedido de prisão preventiva, procurando demonstrar que o acusado é acostumado na prática de sonegar tributos, transcreveu parte do Relatório Final da CPI da Sonegação Fiscal realizada pela Assembléia Legislativa do Estado, dando conta que a empresa do acusado, no período de 1992 a 1997, foi notificada 31 vezes, num montante total de R\$ 7.000.000,00. E mais: no ano de 2000, a mesma empresa (Nilcatex) foi

notificada em R\$ 21.000.000,00, também pelo lançamento de crédito de ICMS fictício de empresas inexistentes, havendo, ainda, notícias do envolvimento do réu com o Deputado Federal João Pizzolati, visando proteção para a prática da sonegação, além de contar com a condescendência do fiscal de tributos, hoje vereador, Luiz Ayr Ferreira da Silva, o que motivou a deflagração da respectiva ação penal por favorecimento ao denunciado, Processo n. 008.99.021028-3, em curso nesta Vara.

"(...) A ordem pública, por certo, resta afetada com o comportamento delituoso do acusado, pois continuando a agir impunemente, como vem fazendo há algum tempo, acaba influenciando negativamente as pessoas que se encontram ao seu redor. O sentimento de impunidade que se instala naqueles que sabem do comportamento criminoso e lucrativo do réu acaba por minar a credibilidade do Poder Judiciário, fomentando maior criminalidade".

As práticas reiteradas do paciente em sonegar ICMS perfizeram um prejuízo para os cofres públicos, de acordo com a denúncia de fl. 33, de aproximadamente um milhão de reais.

A afirmação feita pela defesa de que os fatos foram praticados em 1997 e 1999, por si só, não afasta a possibilidade de risco à ordem pública, uma vez que há, segundo o noticiado na decisão, notificações fiscais posteriores aos fatos que originaram a prisão cautelar, o que evidencia a reiteração das práticas delituosas.

Demais disso, a inclusão do paciente no Refis, quanto às Notificações Fiscais ns. 1.006.222-38 e

1.006.223-39, conforme documentação juntada às fls. 190/195, também não justifica a concessão da ordem, uma vez que foi feita depois do oferecimento da exordial acusatória, que não exclui a criminalidade.

Ademais, as condições pessoais benéficas do paciente, não impedem a decretação, conforme consolidado entendimento deste Tribunal.

Nesse sentido:

"*Habeas corpus*. Prisão em flagrante. Liberdade provisória negada. Pacientes primários residentes em outro Estado. Crimes de estelionato. Razões para decretação da prisão preventiva. Princípio da confiança no juiz do processo. Ordem denegada.

"A primariedade e a existência de bons antecedentes, por si só, não servem para a concessão de liberdade provisória a acusados presos em flagrante, quando presentes motivos que autorizam a prisão preventiva, justificados pelo juiz do processo, este que é quem, atuando no local onde os crimes foram perpetrados e conhecendo as pessoas neles envolvidas, melhor pode avaliar a necessidade da decretação da medida cautelar, visando assegurar tranqüilidade no meio social e a própria credibilidade da justiça". Decisão: "...por votação unânime, denegar a ordem" (*Habeas Corpus* n. 10.142, de Palhoça, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

E mais:

"*Habeas corpus* — Furto — Prisão em flagrante — Paciente que possui péssimos antecedentes criminais em delitos da mesma espécie — Liberdade provisória — Inviabilidade.

"A primariedade e a comprovação de residência fixa e exercício de atividade lícita, por si só, não servem para a concessão de liberdade provisória a acusados presos em flagrante, quando presentes motivos que autorizam a manutenção da prisão.

"Aplicabilidade do princípio da confiança no juiz do processo.

"Ordem denegada" (*Habeas Corpus* n. 01.001786-0, de Balneário Camboriú, deste Relator).

O Magistrado *a quo* fundamentou o despacho que decretou a prisão cautelar do paciente na garantia da ordem pública e da ordem econômica. Vê-se, portanto, que esclareceu os motivos pelos quais negou ao paciente o direito de responder o processo em liberdade, fazendo referência, inclusive, aos maus antecedentes criminais deste, que responde a dois processos, além do presente, um por sonegação fiscal perante a 2ª Vara Criminal de Blumenau e outro na comarca de Jaraguá do Sul por receptação de carga roubada. Acrescentou que a denúncia expõe com minúcias o *modus faciendi* identificando por meio de quadros demonstrativos, as reiteradas operações irregulares praticadas (81 vezes), a existência de escrituração de créditos de impostos sem a respectiva nota fiscal de entrada, ou, ainda, provenientes de falsas operações envolvendo a devolução de mercadorias.

Demonstrou, ainda, a necessidade de mantê-lo segregado como forma de impedir que continue sistematicamente sonegando impostos e desacreditando o Poder Judiciário.

A respeito da conveniência da segregação preventiva em delitos co-

mo o do caso *sub judice*, a jurisprudência assentou:

"Sonegação fiscal. Decreto de custódia provisória. Cabimento. A assertiva de que o crime de sonegação fiscal, por não configurar violência, não é suscetível de causar ofensa à ordem pública, merece moderação. Não se pode outorgar ao sonegador contumaz, que faz do seu negócio, a indústria da sonegação fiscal em larga escala, cujos reflexos se fazem perceptíveis na arrecadação do fisco, o mesmo tratamento legal benévolo que é dispensado ao sonegador eventual, que, na administração, às vezes errônea, de seu negócio lícito, comete deslizes contrários à norma penal. Ordem denegada, ante a inexistência de constrangimento ilegal, mantido por seus próprios fundamentos o decreto de custódia provisória" (TRF da 2ª Região, HC n. 95.02.17100-4, RJ, 1ª Turma, rel. Des. Fed. Chalu Barbosa, DJU 12/3/96, Revista Jurídica n. 223/138).

E, também, no que tange à ordem econômica, está caracterizada na expressiva evasão fiscal praticada pelo acusado, provocando manifesta desestabilização da economia:

"*Habeas corpus*. Quadrilha. Sonegação fiscal. Falsificação. Corrupção ativa e passiva. Ausência de indícios suficientes de autoria delitiva a autorizar o decreto de prisão preventiva. Clamor público. Réu foragido.

"1. A análise da insurgência quanto à alegação de negativa de autoria, eis que imprescindível seria o exame aprofundado dos elementos de prova, o que não se admite na via escolhida.

"2. Em face da comoção social ocasionada, encontra-se devidamente fundamentado o decreto de prisão preventiva objetivando garantir a ordem pública; também baseado na necessidade de desintegração da quadrilha para assegurar a ordem econômica, bem como na garantia da aplicação da lei penal, já que o acusado encontra-se foragido.

"3. Recurso a que se nega provimento" (RHC n. 10.926/PR, rel. Min. Edson Vidigal, STJ, 5ª T., DJ 2/4/2001, pág. 312).

Pelas informações prestadas pelo Magistrado *a quo*, colhe-se que o paciente não sofreu constrangimento ilegal algum (fl. 155), *in verbis*:

"Com efeito, os fundamentos da decisão proferida, ao contrário do alegado pelos patronos do paciente, não estão apenas 'revestidos de forte carga retórica e não jurídica e factual' (*sic*). Pelo contrário, a decisão exarada aponta claramente a existência dos crimes, mediante exuberante prova material, bem como os indícios mais do que evidentes da autoria delitiva. Além disso, o decreto prisional assentou com veemência os motivos da necessidade da segregação do paciente, ou seja, a garantia da ordem pública e da estabilidade econômica.

"(...) os crimes noticiados nos autos, batizados de 'colarinho branco', causaram grande repercussão na mídia, consoante se extrai das inclusas matérias publicadas no Jornal de Santa Catarina e Diário Catarinense. Há, sem dúvida, grande carga de reprovabilidade social na conduta do paciente. A população se mostra perplexa com a prescrição penal ou com outras manobras jurídicas que acabam impe-

dindo maior efetividade dos processos criminais contra sonegadores fiscais, que se apropriam dolosamente do dinheiro público".

Nesse sentido, quanto à caracterização da ordem pública, trago à colação:

"A ordem pública compreende a preservação da sociedade contra eventual repetição do delito pelo mesmo agente. E também quando o bem jurídico é afetado por conduta que ocasiona impacto social, por sua extensão ou por outra circunstância" (HC n. 856, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, STJ, 6ª T., DJ 2/12/91, pág. 17.546).

E ainda:

"No conceito de ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do Juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa" (STF, rel. Min. Carlos Madeira, RTJ 124/1.033).

O nosso Tribunal de Justiça, acerca do princípio da confiança no juiz do processo, já decidiu:

"Em matéria de prisão preventiva vige o princípio da confiança no juiz do processo, posto que atuando no local onde os crimes foram perpetrados e conhecendo as pessoas neles envolvidas é quem melhor pode avaliar a necessidade da decretação da medida cautelar" (JC 54/358).

Ante o exposto, o pedido é denegado.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des.

Gaspar Rubik e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 14 de maio de 2002.

Genésio Nolli,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS N. 2002.007976-1, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Habeas corpus. Prisão em flagrante. Tráfico ilícito de entorpecentes. Alegado constrangimento ilegal em face da não aplicação do procedimento previsto na Lei n. 10.409/02. Não ocorrência. Os crimes definidos na lei referida não existem, pois constavam do Capítulo III, que foi totalmente vetado (artigo 14 até o 26). Logo, não há aplicar o procedimento referido, por ausência dos "crimes definidos nesta lei". Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.007976-1, da comarca de São José, em que é impetrante Evaldo Sebastião Teixeira e paciente V. F.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Na comarca de São José, V. F. foi denunciada pela prática do crime definido no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, encontrando-se presa em decorrência de flagrante, devidamente homologado pela autoridade competente.

Por meio de *habeas corpus*, impetrado pelo Dr. Evaldo Sebastião Teixeira, é apontada a existência de constrangimento ilegal, porquanto não obedecido o procedimento previsto na Lei n. 10.409/02, haja vista que a denúncia somente poderia ter sido recebida após a defesa preliminar da

acusada, a qual deveria ter sido intimada para apresentá-la no prazo de dez dias. Por outro lado, após a defesa preliminar é que o juiz deverá receber a denúncia ou tomar as providências legais, porque não pode o juiz receber a denúncia sem antes dar ensejo à defesa preliminar".

Após prestadas as informações, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Robison Westphal, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Realmente, a Lei n. 10.409/02, no seu artigo 27, determinou que "O procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal".

Todavia, os crimes definidos na lei referida não existem, pois constavam do Capítulo III, que foi totalmente vetado (artigo 14 até o 26). Logo, não há aplicar o procedimento referido, por ausência dos "crimes definidos nesta lei".

Além disso, tenha-se em conta que o referido procedimento tinha por escopo o disposto no artigo 32 e § 2º, dizendo respeito a arquivamento e sobrestamento, bem como a absolvição liminar, quando invocado poderia ser o artigo 386 do Código de Processo Penal. Também vetadas restaram tais disposições, não se justificando, por óbvia inutilidade, o procedimento reclamado.

As demais disposições previstas no artigo 39, dizendo respeito à rejeição da denúncia — "for manifestamente inepta, ou faltar-lhe pressuposto

processual ou condição para o exercício da ação penal; não houver justa causa para acusação" — devem ser, necessariamente, examinadas de ofício, como sempre ocorreu. Matéria que, na omissão em primeiro grau, poderá ser examinada em *habeas corpus*.

Em face do exposto, a ordem é denegada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Sérgio Roberto Baasch Luz, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 14 de maio de 2002.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS N. 2002.013661-7, DE GASPAR

Relator: Des. Jorge Schaefer Martins

1. Habeas corpus. Pedido de unificação de processos criminais à consideração de que se trata de continuidade delitiva. Impossibilidade de aferimento pela via eleita. Não conhecimento.

2. Crimes contra a ordem tributária. Pretensão de suspensão da pretensão punitiva nos termos do art. 12, caput, da Lei Estadual n. 11.481/2000.

2.1. Data do pagamento da primeira parcela. Data do requerimento. Data do deferimento pela Secretaria da Fazenda Estadual.

Pagamento da primeira parcela realizado no mesmo dia do recebimento da denúncia. Requerimento recebido pelo fisco em data posterior. Deferimento também havido após a deflagração do processo crime.

Definição do significado da expressão “inclusão no programa Refis/SC”. Entendimento de que se deva considerar a data do requerimento que atenda às exigências estabelecidas em lei.

2.2. Suspensão da pretensão punitiva do Estado limitada à hipótese de inclusão no programa de recuperação fiscal (Refis) antes do recebimento da peça acusatória. Precedentes do STJ e desta Corte.

2.3. Fundadas dúvidas sobre a questão. Ausência de comprovação inequívoca do constrangimento ilegal no caso concreto.

3. Ordem denegada.

É cediço que a jurisprudência evoluiu no sentido de admitir a suspensão da ação penal na hipótese de parcelamento do débito tributário advindo do ingresso no programa de recuperação fiscal, eis que a eventual quitação extingue a punibilidade. Entretanto, para que ocorra constrangimento ilegal é necessária a prova inequívoca de que a inclusão no projeto de recobrar as dívidas fiscais lançado pelo Governo Federal tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.013661-7, da comarca de Gaspar, em que são impetrantes André Mello Filho, Marcelo Luciano Vieira de Mello e Ricardo Fagundes, e paciente Silvio Feltrin:

ACORDAM, em Câmara de Férias Criminal, por unanimidade de votos, denegar a ordem.

I — Relatório

André Mello Filho, Marcelo Luciano Vieira de Mello e Ricardo Fagundes impetraram pedido de *habeas corpus* em favor de Silvio Feltrin, que se encontra respondendo a vários processos criminais na comarca de Gaspar.

Sustentando que o paciente vem sofrendo constrangimento ilegal ao argumento de que o representante do Ministério Público desconsiderou a continuidade delitiva e ofereceu várias denúncias, agravando, conseqüentemente, a situação do denunciado, postulam os impetrantes a unificação dos processos.

Aduzindo ainda o princípio da retroatividade da lei mais benigna, sustentam os impetrantes a suspensão da pretensão punitiva à alegação de que o paciente ingressou no programa do Refis, tendo pago a primeira parcela na mesma data do recebimento das denúncias.

Pretendem, a final, a concessão da ordem para suspender as ações penais que tramitam contra o ora paciente.

Prestadas as informações, a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer da lavra do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, opinou pelo não conhecimento da questão abordada acerca da conexão entre os processos com a justificativa de continuidade delitiva, denegando-se a ordem no que tange à suspensão das ações penais.

II — Voto

No que tange à unificação dos processos em decorrência de continuidade delitiva, correta a interpretação do Dr. Procurador de Justiça, eis que se trata de matéria a ser apreciada na instrução criminal.

A propósito já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Processual penal. Unificação de penas. Continuidade delitiva. Aferição. Revolvimento fático-probatório. *Habeas corpus*. Via inadequada.

"1. A verificação da ocorrência de crime continuado, com vistas à unificação de penas, demanda profundo revolvimento fático-probatório, não condizente com o angusto veio de conhecimento do *habeas corpus*. 2 — Precedentes. 3 — Ordem denegada" (HC n. 18671/SP, relator Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 24/6/2002).

Há, ainda, sobre o mesmo assunto, outros julgados do STJ, como desta Corte:

"Não se pode confundir direito a ser reconhecido, ao final, à eventual continuidade delitiva, com pretensão direito à unificação de feitos que se encontram em fases distintas, tudo isto, a ensejar tumulto processual e inviabili-

zação da *persecutio criminis in judicio*. Inexistência de constrangimento ilegal.

"Recurso desprovido" (RHC n. 12131/SC — 2001/0173421-4, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19 de fevereiro de 2002).

No mesmo sentido, *Habeas Corpus* n. 01.014192-2, Blumenau, rel. Des. Amaral e Silva, Primeira Câmara Criminal do TJSC, julgado em 21 de agosto de 2001.

Nesse particular, a ordem deve ser denegada.

Quanto à sustação dos processos criminais, melhor sorte não assiste aos impetrantes.

Com efeito, em que pese o texto legal invocado, como a própria evolução da jurisprudência no sentido de que o ingresso no programa de recuperação fiscal antes do recebimento da denúncia suspende a pretensão punitiva do Estado, podendo vir a permitir, posteriormente, dada a quitação do débito tributário, a extinção da punibilidade, consoante o disposto no § 3º do artigo 15 da Lei n. 9.964/2000, não é o que ocorre neste caso concreto.

Na verdade, do exame percuciente dos autos extrai-se que o pagamento da primeira parcela do contrato celebrado para quitação de débitos tributários foi realizado no mesmo dia em que recebidas as denúncias (27 de julho de 2000).

Neste ponto, de dizer que foi utilizado procedimento não usual, consistente na apresentação das denúncias diretamente ao juiz, sem a distribuição correspondente, fato que, apesar de tratar-se à época de comarca com vara única, era absolutamente exigível, ante a necessidade de estabelecimento da data e horário respectivos.

Todavia, apesar de tal irregularidade, não há prejuízo ao paciente, na medida em que, reconhecido o pagamento da primeira parcela do Refis na mesma data, deve ser solvida a dúvida em seu favor.

O que se mostra mais relevante é a questão referente à interpretação do texto legal quanto à efetiva inclusão da empresa no Refis.

Da análise do documento de fl. 30 verifica-se que consta o registro da data do pedido de parcelamento no dia 31 de julho de 2000 e que o seu deferimento ocorreu tão-somente em 14 de dezembro de 2000.

A ausência nas denúncias da data do protocolo, resolvida em favor do paciente como antes assinalado, não é suficiente para resolver a questão atinente à aplicabilidade do instituto em seu favor.

Não se pode afirmar que a tentativa de pagamento dos débitos fiscais por meio do ingresso no Refis/SC tenha ocorrido em data anterior ao recebimento da denúncia, afastando a procedência da alegação de que o parcelamento suspende a pretensão punitiva do Estado de conformidade com o estatuído no *caput* do artigo 15 da Lei n. 9.964/2000, eis que o pagamento integral da dívida extingue a punibilidade, consoante o § 3º do referido dispositivo.

A própria documentação colacionada com a impetração contém dados divergentes entre si, vez que o mencionado documento de fl. 30 — extrato analítico de notificação, denúncia espontânea e Refis — indica o dia 31 de julho de 2000 como data do pedido, ao passo que os constantes às fls. 22 e 23/27 contêm protocolo datado de 28 de julho do mesmo ano.

Mas tendo o pedido ingressado em data posterior, e aí é irrelevante que fosse o dia 28 ou o dia 31, é a partir daí que se deve considerar a inclusão no programa respectivo. Essa exegese parte do pressuposto de que o pagamento da primeira parcela é requisito indispensável à apresentação do requerimento, mas somente com sua protocolização é que se poderá considerar perfectibilizado o ingresso. Em caso contrário, poderia o devedor efetuar o pagamento e, posteriormente verificar que não teria condições de cumprir com as demais obrigações, deixando de requerer o benefício. Ter-se-ia, nessa hipótese, como configurada a inclusão? A resposta negativa é óbvia.

Não é demais lembrar, também, que, mesmo em se raciocinando dessa forma, o posterior indeferimento teria o mesmo resultado: a inaceitação da inclusão no programa.

Destarte, deixaram os impetrantes de demonstrar inequivocamente ter ocorrido a inclusão no programa de recuperação fiscal de Santa Catarina antes da deflagração do processo crime, o que leva à impossibilidade de reconhecimento do constrangimento ilegal invocado.

Sobre o tema, colhe-se de julgados:

"Penal e processual penal. Recurso ordinário em *habeas*. Apropriação indébita previdenciária. Refis. Suspensão da pretensão punitiva. Prazo prescricional. Extinção da punibilidade.

"I — Se a empresa dirigida pelos denunciados já havia sido devidamente incluída, *antes do recebimento da denúncia*, no Programa de Recuperação Fiscal — Refis, resta sus-

pensa, desde a sua inclusão, a preensão punitiva do Estado, bem como o curso do prazo prescricional" (RHC n. 12057/RS -2001/0154579-6, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma do STJ, julgado em 7 de fevereiro de 2002) (grifo ausente no original).

À guisa de comentário final, de dizer que a impetração foi distribuída nesta Corte em data de 9 de julho de 2002, e a documentação referente à comprovação do cumprimento integral do parcelamento restringe-se às dezenove primeiras parcelas, sendo que esta última ocorreu no dia 31 de janeiro de 2002. Dúvidas há, igualmente, quanto ao atual recolhimento, mas tal menção é feita apenas a título de ilustração, uma vez que não foi necessário o estudo mais aprofundado de tal aspecto.

Destarte, voto pela denegação da ordem.

III — Decisão

Ante o exposto, denegou-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella, emitindo parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 30 de julho de 2002.

Jorge Mussi,
Presidente, com voto;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.020139-9, DE SOMBRIO

Relator: Des. Sérgio Paladino

Apelação criminal. Atentado violento ao pudor praticado por tio contra sobrinha. Alegada insuficiência de provas. Atos libidinosos. Desnecessidade da constatação de vestígios por intermédio de exame pericial. Declarações da vítima que, além de coerentes, encontram eco no conjunto probatório. Autoria e materialidade fartamente demonstradas.

As declarações da vítima, ainda que menor, gozam de presunção de veracidade nos crimes contra os costumes, porquanto tais delitos, via de regra, são cometidos na clandestinidade, na presença

unicamente de seus protagonistas, razão pela qual tomam vulto, se coerentes e em harmonia com os outros elementos de convicção existentes nos autos.

Pena. Regime prisional. Progressão. Possibilidade. Irretroatividade. Fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 8.072/90. Crime que à época não era considerado hediondo. Recurso parcialmente provido.

"As normas que tratam do modo de execução da pena são de direito material e não de direito processual. Assim sendo, a vedação da progressão do regime penal nos crimes hediondos, imposta pelo art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, constitui lex gravior, que não pode ser aplicada aos fatos anteriores à sua edição" (RT 725/499).

Assistência judiciária. Pedido que se mostra írrito, visto que formulado no curso do processo, ensejando a nomeação de defensor dativo ao apelante e a fixação de honorários visando a remunerar o profissional pelo encargo.

Se no curso do processo o réu postulou o benefício da assistência judiciária e o juiz, em face desse pedido, nomeou-lhe defensor dativo, para o qual fixou honorários na sentença, mostra-se írrito o pleito deduzido no recurso com o fim de alcançá-lo, em razão de já o haver obtido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.020139-9, da comarca de Sombrio, em que é apelante Irineu Martinho Pires e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar parcial provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

O representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Irineu Martinho Pires, imputando-lhe a prática do delito capitulado no art. 214, combinado com o art. 224, alínea a, e art. 226, inciso III, todos do Cód-

go Penal, descrevendo assim o fato delituoso, *ipsis verbis*:

"Em datas diversas, não especificadas, notadamente no período em que morou com os familiares da vítima, o denunciado acercava-se de sua sobrinha C. P. F. e, por inúmeras vezes, despindo a indefesa vítima, hoje com 11 anos de idade, chupava-lhe os seios e a vagina, acariciando-a, com isso procurando convencer a menina a permitir-lhe introduzir o pênis na vagina, o que inclusive tentou, só não consumando a doentia lascívia em função das dores e da resistência oferecida por C." (fls. 2/3).

Concluída a instrução, o Dr. Juiz de Direito condenou o denunciado à

pena de 8 (oito) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, para cujo cumprimento estabeleceu o regime fechado, por infração ao crime capitulado no art. 214, combinado com o art. 224, alínea a, e art. 226, inciso III, todos do Código Penal.

Inconformado, o réu apelou, objetivando a absolvição, ao argumento de que as provas autuadas são insuficientes para amparar decreto condenatório. Porém, alternativamente, pleiteou que se lhe deferisse a progressão de regime após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da reprimenda, à consideração de que a norma inscrita no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 é inconstitucional.

Requeru, por derradeiro, a concessão da assistência judiciária.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Valdir Vieira, pela conversão do julgamento em diligência, para que na origem fosse o réu intimado do inteiro teor da sentença.

Após o cumprimento da providência, os autos retornaram à douta Procuradoria-Geral de Justiça, pronunciando-se o Dr. Procurador de Justiça supra-apontado pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.

Por meio da petição de fls. 94/96, o apelante pleiteou a juntada de declaração, subscrita pela vítima, que o inocentaria.

É o relatório.

Não há ensejo à aspirada absolvição.

Com efeito, emerge dos autos que o réu começou a importunar a víti-

ma — sua sobrinha que à época tinha 11 anos de idade — no período em que residiu na casa de seus pais, obrigando-a, mediante ameaça de violência, a satisfazer sua lascívia, por intermédio de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, situação que perdurou por aproximadamente três anos, cessando unicamente porque a menor contou para sua mãe o ocorrido, promovendo esta representação, visando à deflagração do procedimento que culminou no veredicto contra o qual o réu por este meio investe.

A autoria e a materialidade do crime avultam não só da confissão do apelante (fl. 24v.), mas também das declarações da tia da vítima, desta (fl. 31) e de sua mãe (fl. 32), que em uníssono descrevem os atos libidinosos aos quais a infante foi por aquele, mediante ameaça, submetida.

A jurisprudência é assente no sentido de que as declarações da vítima, ainda que menor, gozam de presunção de veracidade nos crimes contra os costumes, porquanto tais delitos, via de regra, são cometidos na clandestinidade, na presença unicamente de seus protagonistas, razão pela qual tomam vulto, se coerentes e em harmonia com os outros elementos de convicção existentes nos autos.

Em hipótese assemelhada, assentou a jurisprudência deste Tribunal:

"Nos crimes contra a liberdade sexual, comumente cometidos na clandestinidade, as palavras das vítimas, mesmo quando menores, têm especial valor, servindo como principal, quando não, o único elemento de prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade penal do incriminado, porquanto, se seguras

e coerentes, dão o lastro necessário para a condenação, máxime se amparadas por outros indícios existentes nos autos" (Ap. Crim. n. 00.000227-5, de Lebon Régis, rel. Des. Francisco Borges).

Procede, entretanto, a irresignação, no que pertine ao segundo fundamento, visto que a perpetração do delito ocorreu antes do advento da Lei n. 8.072/90, que atribuiu ao atentado violento ao pudor, dentre outros, o *status* de crime hediondo, razão pela qual não tem aplicação ao caso concreto, visto que não poderia retroagir para prejudicar o réu.

A respeito, assentou a excelsa Corte, *verbis*:

"Pena — Regime prisional — Progressão — Crime hediondo — Lei n. 8.072/90 — Irretroatividade — Norma de execução da pena, substantiva de direito material e não processual — Assegurada ao paciente a progressão imediata para o regime semi-aberto.

"Ementa oficial: Aos fatos verificados anteriormente à sua vigência, não se aplica o disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que veda a progressão do regime penal, quanto aos crimes hediondos.

"Pedido deferido, para imediata progressão ao regime semi-aberto.

"Ementa da redação: As normas que tratam do modo de execução da pena são de direito material e não de direito processual. Assim sendo, a vedação da progressão do regime penal nos crimes hediondos, imposta pelo art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, constitui *lex gravior*, que não pode ser aplicada aos fatos anteriores à sua edição" (RT 725/499).

Por derradeiro, o pedido de assistência judiciária é irrito, pois deferido na oportunidade em que formulado no curso do processo (fl. 46), por intermédio da nomeação de defensor dativo ao apelante, detalhe corroborado pela fixação na sentença de honorários ao profissional que desempenhou o encargo.

Ante o exposto, deu-se parcial provimento ao apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 9 de abril de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.020979-9, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Apelação criminal. Transação penal que prevê expressamente a conversão da sanção restritiva de direitos em pecuniária no caso de inexecução. Decisão que a revoga sem facultar ao autor do fato a

execução da pena substitutiva. Recurso provido para anulá-la.

"A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal.

"Não se apresentando o infrator para prestar serviços à comunidade, como pactuado na transação (art. 76 da Lei n. 9.099/95), cabe ao MP a execução da pena imposta, devendo prosseguir perante o Juízo competente, nos termos do art. 86 daquele diploma legal" (STJ — 6ª Turma, REsp n. 203583/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16/12/00, não conheceram, v.u., DJU 11/12/00, pág. 247).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.020979-9, da comarca de São José (Juizado Especial Criminal), em que é apelante Ricardo Bernardini e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

No dia 21 de fevereiro de 1999, na comarca de São José, Ricardo Bernardini foi preso em flagrante pela prática dos crimes capitulados nos arts. 306 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro — Lei n. 9.503 de 23 de setembro de 1997 —, porque dirigia embriagado e sem carteira de habilitação o caminhão, placa MAI 0425, colocando em risco a vida dos que transitavam pela via pública. Ato contínuo, o autor do fato prestou fiança e foi solto.

Proposta a transação penal pela Dra. Promotora de Justiça, consistente na prestação de serviços à comunidade pelo prazo de um mês, aos quais seriam dedicadas 8 (oito) horas semanais, aceitou-a o indiciado, ho-

mologando-a a Dra. Juíza a quo naquela assentada (termo de audiência preliminar de fls. 37/38).

Em face da informação de que Ricardo Bernardini não cumprira a transação, após as providências legais e ouvida a representante do Ministério Público, a Dra. Juíza Substituta em exercício revogou o benefício por intermédio da decisão de fls. 54/56.

Inconformado, o indiciado apelou, objetivando a respectiva reforma, ao argumento de que o acordo previa, para o caso de não cumprimento da pena restritiva de direitos, o pagamento de multa, condição que não foi observada pela Magistrada, que revogou de plano a benesse, sem intimá-lo para justificar o descumprimento da sanção substitutiva, acrescentando, outrossim, que o teor da certidão de fl. 51v. — informando que não foi encontrado no local indicado — não condiz com a realidade, pois nunca se ausentou do endereço que indicara, tendo sido intimado naquele endereço em outras oportunidades. Concluiu postulando o provimento do apelo, a fim de que se lhe permita justificar o não cumprimento da pena restritiva de di-

reitos ou, alternativamente, satisfazer a sanção pecuniária.

Contra-arrazoado o apelo, os autos foram remetidos à Turma de Recursos, que declinou da competência para apreciar o recurso, à consideração de que o crime de embriaguez ao volante não autoriza a aplicação integral da Lei n. 9.099/95, mas, tão-somente, das normas inscritas em seus arts. 74, 76 e 88.

Após, os autos ascenderam a esta Corte, tendo sido remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que se pronunciou, em parecer da lavra do Dr. Hipólito Luiz Piazza, pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

A decisão contra a qual se insurge o apelante é a que revogou a transação penal e determinou a remessa do termo circunstanciado ao representante do Ministério Público para o prosseguimento do feito.

Em que pese a circunstância de o recorrente ter deixado de cumprir o acordo homologado (fls. 37/38), não poderia a Magistrada revogá-lo, porque "a sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal.

"Não se apresentando o infrator para prestar serviços à comunida-

de, como pactuado na transação (art. 76 da Lei n. 9.099/95), cabe ao MP a execução da pena imposta, devendo prosseguir perante o Juízo competente, nos termos do art. 86 daquele diploma legal" (STJ — 6ª Turma, REsp n. 203583/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16/12/00, não conheceram, v.u., DJU 11/12/00, pág. 247).

Ora, fazia-se mister a observância da transação tal qual ajustada, máxime porque prevista a conversão da pena restritiva de direitos em pecuniária na eventualidade de o autor do fato não a cumprir e a respectiva quantificação, para cuja satisfação o recorrente sequer foi intimado.

Diante disso, a decisão atacada não pode prevalecer, impondo-se a respectiva anulação.

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso para anular a decisão de fls. 54/56, a fim de que se cumpra a transação penal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Sérgio Roberto Baasch Luz, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 19 de fevereiro de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.023171-9, DE CAMPOS NOVOS**Relator: Des. Sérgio Paladino**

Apelação criminal. Posse de arma de fogo sem o respectivo registro. Art. 10 da Lei n. 9.437/97. Materialidade e autoria comprovadas nos autos. Recurso desprovido.

O simples ato de possuir arma de fogo, sem o registro de que trata a Lei n. 9.437/97, tipifica o crime capitulado no art. 10 do aludido diploma legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.023171-9, da comarca de Campos Novos (2ª Vara), em que é apelante Hiran de Arimatéia Pacheco e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Campos Novos, o representante do Ministério Público denunciou Hiran de Arimatéia Pacheco como incurso nas sanções do art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, com base em auto de prisão em flagrante, pelos fatos assim descritos:

"No dia 28 de outubro de 1998, cumprindo mandado de busca e apreensão, policiais encontraram no interior da casa do denunciado, situada na localidade de Santo Antônio da Palmeira, neste município, sob a sua posse, guarda e depósito, arma de fogo consubstanciada numa espingarda marca boito (*sic*), n. 796789, calibre 32, de uso permitido, sem a devida autorização, em desacordo com a determinação legal ou regulamentar. Em poder do denunciado restou encontrado (*sic*) uma cartucheira contendo 6

cartuchos, calibre 32, e nove estojos, calibre 32, tudo consoante o termo de fl. 7ª (fl. 2).

Após regular tramitação, o Dr. Juiz a quo julgou procedente a denúncia, condenando o acusado ao cumprimento de pena de detenção pelo período de 1 (um) ano e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade pela prestação de serviços à comunidade, mantendo, contudo, o prazo que estipulara para aquela.

Inconformado, o réu apelou, postulando a sua reforma, ao argumento de que não cometeu o crime que lhe é imputado, visto que detém a sua posse em razão de atividade profissional, somente para a hipótese de necessitar espantar animais que eventualmente encontre na lavoura, enfatizando, outrossim, jamais ter sido utilizada para a prática de atos delituosos.

Aditou ainda que os testemunhos nos quais alicerçada a condenação careceriam de neutralidade, eis que prestados pelos policiais que cumpriram o mandado de busca e apreensão, diligência da qual resultou sua prisão em flagrante.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Valdir Vieira, pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

É o relatório.

O recurso deve ser conhecido, porque próprio e tempestivo, porém não pode ser provido, visto que a prova autuada demonstra, à saciedade, tanto a autoria, quanto a materialidade do delito, quer por intermédio dos testemunhos prestados pelos policiais que realizaram a prisão em flagrante, por ocasião da lavratura do respectivo auto (fls. 5/7) — os quais referem não só que a arma lhes foi entregue pelo conduzido, mas também haverem sido por ele cientificados da ausência do registro de que trata o art. 3º da Lei n. 9.437/97 —, quer pelo laudo pericial (fl. 30) — que atesta o potencial lesivo da espingarda apreendida —, quer pela confissão do réu estampada no termo de interrogatório (fl. 33).

Como a hipótese é de crime de mera conduta, sua consumação independe de resultado. Basta que o comportamento do agente esteja descrito pelo legislador como tal, a exemplo do que ocorre com o art. 10 da referida lei, cujo tipo menciona o ato de "possuir arma de fogo, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

Em caso assemelhado, assentou a jurisprudência desta Corte:

"Penal — Tráfico ilícito de entorpecentes e posse ilegal de arma de fogo — Delitos configurados — Prova — Depoimento de policiais — Validade — Indícios que autorizam

juízo seguro da ocorrência de ambos os delitos — Condenação mantida — Pena detentiva — Adequação do regime de cumprimento para o semi-aberto — Pena de multa — Valor do dia-multa — Adequação de ofício — Recurso parcialmente provido.

"*Omissis...*

"Para o crime de posse ilegal de arma de fogo, basta a simples posse dentro de casa ou de dependência desta sem o respectivo registro expedido pelo Poder Público" (Ap. Cív. n. 00.023380-3, de Itajaí, rel. Des. Amaral e Silva).

Diante de tão sólidos e harmônicos elementos afigura-se desarrazoada a pretensão deduzida por meio do recurso, quer porque a tese da negativa da autoria orbita em rota de colisão com o elenco probatório, quer porque vã a tentativa de infirmar a prova testemunhal, pois a particularidade de constituir-se unicamente do depoimento de policiais, ao contrário do sustentado, não a compromete, no rumo de reiterados precedentes deste Tribunal, consoante os quais a condição funcional do depoente por si só não suprime o valor probatório de seu testemunho.

A respeito, assentou o Supremo Tribunal Federal:

"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais — especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório — reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-la pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.

"O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá va-

lor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar — tal como ocorre com as demais testemunhas — que as suas declarações não encontram suporte nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos" (HC n. 73.518, rel. Min. Celso de Mello, DJU 18/10/96, pág. 39.846).

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 19 de fevereiro de 2001.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.000747-1, DE ABELARDO LUZ

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Apelação criminal. Posse ilegal de arma de fogo e disparo de arma de fogo (artigo 10, caput, e § 1º, inciso III, da Lei n. 9.437/97). Pena máxima cominada de dois anos de detenção e multa. Concurso material. Nova conceituação de "menor potencial ofensivo", ditada pela Lei n. 10.259/01, que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Conceituação aplicável à Justiça Estadual. Disposição da qual emerge norma processual. Competência. Aplicação imediata aos processos em andamento. Recurso não conhecido com remessa dos autos à Turma de Recursos pertinente.

Embora a conceituação de maior abrangência tenha destinação específica — "para os efeitos desta lei" — bem como a proibição expressa de sua aplicação no âmbito da Justiça Estadual, artigo 20, última parte, há entendimento, praticamente unânime, em sentido contrário, sob pena de restar violado o princípio da igualdade assegurado na Constituição Federal.

"A soma ou acréscimo das penas, decorrentes do concurso de crimes, material, formal ou da continuidade, não pode transformar um crime de menor potencial ofensivo em crime de gravidade maior. O crime não pode ser, ao mesmo tempo, de maior ou de menor potencial ofensivo, a depender do número de vezes que foi praticado ou se o foi em concurso com outro ou outros delitos. O agente é que pode,

com esse modo de agir, demonstrar uma personalidade voltada para o crime, que, em si, não deixa de ser de menor potencial ofensivo, se a pena in abstracto, não é superior a dois anos, ou se é punido tão-somente com multa" (Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais, Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 481).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.000747-1, da comarca de Abelardo Luz, em que é apelante Miltom Schimidt, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do recurso e determinar a remessa dos autos à Turma de Recursos.

Custas legais.

Na comarca de Abelardo Luz, Vara Criminal, Miltom Schimidt foi condenado pela prática do crime definido no artigo 10, *caput*, em concurso material com o § 1º, inciso III, do mesmo dispositivo, ambos da Lei n. 9.437/97, com pena dosada, para ambos os crimes, em 2 anos e 10 meses de detenção, além de 24 dias-multa, no valor mínimo cada um. Determinado regime prisional semi-aberto, em face da reincidência. Da decisão foi intimado por edital (fl. 94). Com o resultado não se conformou a defesa. Interpôs, no prazo legal, apelo objetivando, exclusivamente, a absolvição, ao argumento de que inexistiriam provas suficientes para a condenação.

Contra-razões constantes às fls. 96/106, no sentido de ser mantido o que foi decidido. A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, ma-

nifestou-se pelo conhecimento e não provimento do apelo.

Pelo despacho de fls. 114/115 foi determinada a remessa dos autos à comarca de origem para que se procedesse à intimação pessoal do réu, no endereço constante do autos. A diligência restou cumprida (fl. 122 verso).

É o relatório.

A pena cominada ao crime previsto no artigo 10, *caput*, e § 1º, inciso III, da Lei n. 9.437/97, é detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa. A Lei n. 10.259/01, que "Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal", conceituou, no parágrafo único do artigo 2º, que são de menor potencial ofensivo "os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa", contrapondo-se ao conceituado no artigo 61 da Lei n. 9.099/95, que estabelece "pena máxima não superior a um ano". Embora a conceituação de maior abrangência tenha destinação específica — "para os efeitos desta lei" — bem como a proibição expressa de sua aplicação no âmbito da Justiça Estadual, artigo 20, última parte, há entendimento, praticamente unânime, em sentido contrário, sob pena de restar violado o princípio da igualdade assegurado na Constituição Federal.

Nesse sentido, a manifestação de Damásio E. de Jesus: "Em suma, entendemos que o parágrafo único

do art. 2º da Lei n. 10.259/01 derrogou também a parte final do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95), ampliando a sua extensão. Em consequência, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/95, aqueles aos quais a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa, sem exceção. De maneira que os Juizados Especiais Criminais da Justiça Comum Estadual passam a ter competência sobre todos os crimes a que a norma de sanção imponha, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos (até dois anos), ainda que tenham procedimento especial" (Notícias Forenses, outubro/2001, pág. 61). No mesmo sentido: Mariana de Souza Lima Luand, Juizados Especiais Criminais, IBCCrim, Edição Especial, ano 9, n. 107, outubro de 2001, pág. 22; Fernando Tadeu Cabral Teixeira, Primeiras Impressões sobre a Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, Boletim IBCCrim, n. 106, setembro/2001, pág. 2; Victor Eduardo Rio Gonçalves, IBCCrim, n. 111, fevereiro/2002, págs. 1/2; Luiz Flávio Gomes, Boletim IBCCrim, n. 110, janeiro/2002, pág. 3. Como também o do Conselho Superior da Magistratura, *in* Resolução n. 05/01/CM, publicada no Diário da Justiça de 21 de dezembro de 2001, pág. 1 e Corregedoria-Geral da Justiça, Ofício Circular n. 61/02, de 14/1/2002.

É verdade, à prática delituosa, segundo a denúncia, incide o concurso material, que implica na soma da pena. Todavia, referida soma não deve ser computada para definição de delito de menor potencial ofensivo. Ocorre que o concurso material previsto no artigo

69 do Código Penal diz respeito à aplicação da pena, prevista na parte geral do Código Penal, não se confundindo com pena cominada, ocorrente na parte especial, situação a que se refere a conceituação de crime de menor potencial ofensivo, ao se referir aos "crimes que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa".

Acerca da matéria, nos diz Ada Pellegrini Grinover:

"No tocante aos crimes continuados e à hipótese de concurso formal, não se deve considerar o acréscimo, mas somente o tempo de pena previsto para cada infração penal isoladamente, aplicando-se por analogia, na falta de disposição expressa, o art. 119 do Código Penal. Este determina que seja considerada a pena de cada infração isoladamente para ser verificada a ocorrência da extinção da punibilidade. Assim, se houver lesão corporal culposa em concurso formal, porque da ação delituosa resultaram duas vítimas, incidirá a Lei n. 9.099/95, tendo-se em conta que, vista isoladamente, a infração cometida tem pena no máximo de um ano" (Juizados Especiais Criminais — Comentários à Lei n. 9.099/95, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, pág. 71).

No mesmo sentido a manifestação de Damásio E. de Jesus: "Concurso de crime: autonomia das infrações. Devem ser consideradas isoladamente para efeitos de incidência da Lei n. 9.099/95. Nesse sentido: TACrimSP, Acrim 984.371, 7ª Câmara, Rel. Juiz Correia de Moares" (Lei dos juizados especiais criminais anotada, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 41).

Bem como de Fernando da Costa Tourinho Neto: "Havendo con-

curso de crimes, as penas devem ser somadas para verificar-se se ultrapassam o máximo previsto (dois anos) que define o crime de menor potencial ofensivo? A soma ou acréscimo das penas, decorrentes do concurso de crimes, material (soma das penas dos dois ou mais crimes — Código Penal, artigo 69); formal (aplicação da pena mais grave 'das cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade' — Código Penal, artigo 70); ou da continuidade (aplicação da 'pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços' — Código Penal, artigo 71), não pode transformar um crime de menor potencial ofensivo em crime de gravidade maior. O crime não pode ser, ao mesmo tempo, de maior ou de menor potencial ofensivo, a depender do número de vezes que foi praticado ou se o foi em concurso com outro ou outros delitos. O agente é que pode, com esse modo de agir, demonstrar uma personalidade voltada para o crime, que, em si, não deixa de ser de menor potencial ofensivo, se a pena *in abstracto* não é superior a dois anos, ou se é punido tão-somente com multa" (Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais, Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 481).

A respeito, três decisões desta Corte:

"Enquadrando-se o delito da denúncia no disposto no artigo 61 da Lei n. 9.099/95, a competência para julgar a apelação interposta contra a sentença é da Turma de Recursos, mesmo ocorrendo concurso formal, pois aplica-se, no caso, analogicamente, a teor do art. 119 do Código Penal" (Ap.

Crim. n. 98.008940-9, da Capital, rel. Des. José Roberge, julgada em 15/9/98).

"Para verificação da ocorrência de infração de menor potencial ofensivo, deve ser considerada a pena de cada infração isolada, sem o acréscimo de que cuida o art. 70 do Código Penal" (Ap. Crim. n. 98.002247-3, de Videira, rel. Des. Amaral e Silva, julgada em 1º de dezembro de 1998).

"Continuidade delitiva. Aumento que não deve ser computado para aferição da pena máxima cominada. É que o instituto da continuidade delitiva além de ter sido instituído em favor do réu, diz respeito à aplicação da pena, prevista na parte geral do Código Penal, não se confundindo com pena cominada, ocorrente na parte especial, situação a que se refere a conceituação de crime de menor potencial ofensivo, ao se referir aos "crimes que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa" (Recurso Criminal n. 02.006155-2, de Chapecó, deste relator, julgado em 30 de abril de 2002).

E, da nova conceituação, emerge norma de competência, qual seja, os recursos, obedecido o princípio da fungibilidade recursal, devem ser julgados pelo órgão competente, na espécie, a egrégia Turma de Recursos. Cuidando-se de norma de natureza processual penal, tem imediata aplicação, consoante preconizado no artigo 2º do Código de Processo Penal, de seguinte teor: "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior".

A respeito do tema, nos diz Julio Fabbrini Mirabete: "Havendo possi-

bilidade de iniciar-se um processo na vigência de determinada lei e sobrevir lei nova que o regule, surge o problema de dirimir o aparente conflito entre as duas regras jurídicas, a anterior e a posterior. De acordo com o artigo 2º do Código de Processo Penal, 'a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior'. Vige o princípio *tempus regit actum*, do qual derivam dois efeitos: a) os atos processuais realizados sob a égide da lei anterior se consideram válidos; b) as normas processuais têm aplicação imediata, regulando o desenrolar restante do processo. Estabeleceu-se na lei, portanto, o chamado princípio do efeito imediato ou princípio da aplicação imediata da lei processual penal. O fundamento lógico desse princípio é o de que a lei nova presumidamente é mais ágil, mais adequada aos fins do processo, mais técnica, mais receptiva das novas e avançadas correntes do pensamento jurídico.

"O princípio do efeito imediato aplica-se também à matéria de competência, seja ela regulada por leis de processo, seja pelas normas de organização judiciária. Mesmo que a lei nova venha criar ou suprimir uma ordem de jurisdição, substituir juízes, modificar composição de tribunais etc., deve ser ela aplicada aos processos em curso" (Processo Penal, Editora Atlas, 1998, pág. 56).

Ou como nos diz José Frederico Marques: "A norma processual pe-

nal que entra em vigor também se aplica imediatamente nas questões de competência, quer sejam reguladas por leis processuais, quer reguladas pelas de organização judiciária. É o que ensina Carlos Maximiliano: 'Disposições concernentes à jurisdição e competência aplicam-se imediatamente; regem o processo e julgamento de fatos anteriores à sua promulgação'" (Elementos de Direito Processual Penal, Editora Forense, 1º vol., pág. 46).

Portanto, com a nova conceitualização de infração de menor potencial ofensivo, a competência para conhecer da matéria suscitada é da Turma de Recursos.

Em face do exposto, o recurso não é conhecido, com remessa dos autos à egrégia Turma de Recursos pertinente.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Sérgio Roberto Baasch Luz. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 11 de junho de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente;

Maurílio Moreira Leite,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.004298-6, DE CORONEL FREITAS**Relator: Des. Irineu João da Silva**

Preliminar de incompetência suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça — Denúncia imputando crimes cujas penas máximas in abstracto excedem a dois anos, não obstante a absolvição e a desclassificação operadas na sentença — Competência desta egrégia Corte de Justiça — Prefacial afastada — Remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça para análise do recurso.

A Lei n. 9.099/95, em consonância com a recente Lei n. 10.259/01, considera infração de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos. Portanto, para fixar a competência em razão da matéria aos Juizados Especiais, a lei utiliza, basicamente, a intensidade da sanção abstratamente cominada ao ilícito, tendo como parâmetro lógico a imputação descrita na denúncia e não na sentença, na qual a infração já foi delimitada em concreto.

Dessarte, como é a capitulação operada na exordial acusatória o referencial para a definição da competência, e o acusado foi denunciado por crimes cujas penas, in abstracto, excedem a 2 (dois) anos, a competência para o julgamento do recurso é deste Tribunal de Justiça.

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Criminal n. 2002.004298-6, da comarca de Coronel Freitas, em que é apelante Miguel Militão de Mello, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, afastar a preliminar de incompetência e, por maioria, vencido o relator, determinar o retorno dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça para que se manifeste acerca do recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Coronel Freitas, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Miguel Militão de Mello, em razão dos seguintes fatos delituosos, assim narrados na exordial:

"(...) na madrugada do dia 26 de julho do corrente ano (2000), por volta da 1 hora, a Guarnição da Polícia Militar, formada pelos policiais Itamar Chiocheta e Arnaldo Farias Bento, mais a Conselheira Tutelar Marilice Cavalli foram até a residência do denunciado, Miguel Militão de Mello, localizada na Rua Manoel Petroli, s/n, Bairro São Sebastião, neste Município, com o propósito de realizarem a entrega de seu filho, o adolescente E.

M. de M., que, naquele dia e horário, estava perambulando no centro da cidade, promovendo algazarras.

"Ao chegarem ao local, tentaram realizar, pacificamente, suas funções, porém, tal fato restou impossibilitado pelas atitudes do denunciado que, num primeiro momento e, com o intuito de ofender, menosprezar e humilhar os policiais que estavam desempenhando sua relevante função, passou a agredi-los fisicamente, restando lesionados, conforme demonstram os autos de exames de corpo de delito (fls. 8/9).

"Não satisfeito, Miguel Militão de Mello, num segundo momento, passou a dirigir sua ira ao veículo da polícia militar, uma Ipanema, placa MAB 8134, sendo que, para tanto, e, na intenção de danificar patrimônio público, na posse de um pedaço de pau, desferiu uma paulada contra o espelho retrovisor externo do lado direito da referida viatura, quebrando-o (conforme se comprova pela nota fiscal de conserto acostada — fl. 30).

"Por fim e, também, naquele mesmo dia, restou apreendida uma espingarda calibre 28, sem marca e sem número (auto de exibição e apreensão — fl. 10), que se encontrava na posse do denunciado, arma esta possuída sem autorização e em desacordo com determinação legal" (fls. 2/4).

Concluída a instrução criminal, o acusado restou condenado à pena de 1 (um ano de detenção), em regime aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao artigo 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, substituindo-se a privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, de prestação pecuniária, no

valor de um salário mínimo. Foi absolvido dos demais crimes.

Inconformado, o réu apelou, por intermédio de seu defensor constituído, que, contudo, deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de razões.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta Instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serratine, pelo não conhecimento do recurso, com a remessa dos autos à Turma de Recursos competente.

É o relatório.

1. *Data venia* do entendimento do ilustre parecerista, embora o acusado tenha sido condenado apenas pelo crime de porte ilegal de arma, e na forma fundamental (Lei n. 9.437/97, art. 10, *caput*), que prevê pena máxima, *in abstracto*, de 2 (dois) anos, a competência para processá-lo e julgá-lo não é da Turma de Recursos, haja vista a novel legislação (Lei n. 10.259/2001), mas, sim, desta Corte de Justiça, já que foi denunciado por crimes cujas penas máximas abstratas são superiores a 2 (dois) anos (CP, art. 163, inc. III, e Lei n. 9.437/97, art. 10, § 3º, inc. I).

Com efeito, a denúncia imputava ao apelante, além do crime de porte ilegal na forma qualificada (Lei n. 9.437/97, art. 10, § 3º, III — dois a quatro anos), os delitos dos artigos 331 (desacato — seis meses a dois anos) e 163, inciso III (dano qualificado — seis meses a três anos), ambos do Código Penal, havendo entendimento pacífico consubstanciado no Enunciado Criminal n. 10, aprovado pelo VII Encontro de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil, no sentido de que, "havendo

conexão entre crimes da competência do Juizado Especial e do Juízo Penal Comum, prevalece a competência deste último".

Além disso, sabe-se que, "havendo concurso de infrações penais, que isoladamente sejam consideradas de menor potencial ofensivo, deixam de sê-lo, levando-se em consideração, em abstrato, a soma das penas ou o acréscimo, em virtude desse concurso. *Habeas corpus* deferido, para declarar a incompetência do Juizado Especial Criminal, e determinar que os autos sejam encaminhados à Justiça Estadual comum" (HC n. 80.811-5/PR, rel. Min. Moreira Alves, DJU 22/3/2002, pág. 31).

Ora, a Lei n. 9.099/95, em consonância com a recente Lei dos Juizados Especiais Federais, considera infração de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos. Portanto, para fixar a competência em razão da matéria aos Juizados Especiais, a lei utiliza, basicamente, a intensidade da sanção abstratamente cominada ao ilícito, tendo como parâmetro lógico a imputação descrita na denúncia e não na sentença, na qual a infração já foi delimitada em concreto. Registra-se que a assertiva nada tem a ver com a possibilidade de aplicação dos institutos da Lei n. 9.099/95 após a prolação da sentença, nos casos de desclassificação ou alteração da classificação jurídica.

Dessarte, como é a capitulação operada na exordial acusatória o refe-

rencial para a definição da competência, e o acusado foi denunciado por crimes cujas penas, *in abstracto*, excedem a 2 (dois) anos, a competência para julgamento do recurso é deste Tribunal de Justiça.

2. Todavia, o exame do parecer exarado pelo ilustre Procurador de Justiça indica que não houve apreciação do *meritum causae* do referido apelo, o que impede, por ora, o seu julgamento, que deve ser sobrestado até que, mesmo com voto vencido deste Relator, remetidos os autos ao órgão do *Parquet ad quem*, haja manifestação sobre a procedência, ou não, do pleito recursal.

3. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, afastar a preliminar de incompetência e, por maioria, vencido o relator, determinar o retorno dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça para que se manifeste acerca do recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Baasch Luz, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 23 de abril de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.005207-8, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**Relator: Des. Irineu João da Silva**

Crimes contra os costumes — atentado violento ao pudor — Induzimento e facilitação da prostituição (art. 228, CP) — Casa de prostituição (art. 229, CP) — Prova — Palavras da vítima — Testemunhas presenciais — Modificação em juízo — Irrelevância — Inquérito policial — Elementos que são confirmados pela prova judicial — Condenação mantida.

Não sendo falsa, defeituosa ou contrariada, a prova colhida no inquérito policial, desde que corroborada por indícios obtidos em juízo, pode sustentar a condenação do agente.

Concurso aparente de normas penais — Arts. 228 e 229 do CP — Consunção — Inocorrência — Absorção que só ocorre na hipótese de facilitação, e não induzimento ou atração à prostituição — Condenação mantida.

A relação consuntiva ocorre quando um fato que, por si só, configura um delito é, também, etapa ou fase necessária de outro, ou, ainda, se for atividade anterior ou posterior decorrente da finalidade de praticar, inerente a outro delito. Logo, "se manter casa de prostituição corresponde à facilitação de prostituição, o mesmo não se dá com a indução e/ou atração à prostituição" (TJRS).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.005207-8, da comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal), em que são apelantes Aristiliano Lima e Maria Angélica Fanton, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

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

Custas na forma da lei.

Na comarca de Balneário Camboriú, o representante do Ministério

Público denunciou Aristiliano Lima e Maria Angélica Fanton, dando-os como incurso nas sanções do art. 214, c/c 224, c, 228, §§ 1º, 2º e 3º, e 229, c/c art. 29, na forma do art. 69, todos do Código Penal, em razão dos seguintes fatos delituosos, assim narrados na exordial:

"I — Casa de prostituição.

"A denunciada Maria Angélica Fanton, no primeiro quartel de 1999, alugou um bar situado na 5ª Avenida, em Balneário Camboriú, cognominado como 'Bar da Angélica'.

"Juntamente com seu concubino, o denunciado Aristiliano Lima,

com o qual dividia a gerência e os misteres do tal 'negócio', agindo ambos com *animus lucro faciendo*, utilizavam os acusados o estabelecimento supracitado como uma casa de prostituição, local habitual da prática de mercancia carnal, onde trabalhavam inclusive menores de idade.

"II — Favorecimento da prostituição qualificada.

"Vítima J.

"Buscando locupletar-se ilicitamente da concupiscência alheia, os denunciados, como intuito pré-ordenado e de forma maliciosa, dirigiram-se à residência da menor J. P., no início de 1999, quando contava ela com poucos 17 anos de idade, sob o pretexto de convidá-la para morar e trabalhar no seu bar, localizado na 5ª Avenida, tido como o 'Bar da Angélica', sendo sabedores das dificuldades por que passava a vítima, com o seu então concubino.

"Em lá chegando, J. vislumbrou um quadro bem outro, sendo submetida pelos denunciados, de ordinário, após ser obrigada a embriagar-se, à prática de prostituição com os freqüentadores do dito bar, em até 5 (cinco) 'programas' por noite.

"Em data a ser melhor precisada durante a instrução, a menor C. encontrou a vítima J. na 5ª Avenida com um dos pulsos cortados, ato este praticado pelos denunciados, que impediam, mediante grave ameaça e violência, física e psicológica, o abandono da prostituição pela menor.

"Os denunciados, responsáveis pela exploração do meretrício, atraíram, fraudulentamente, uma menor para a prática da prostituição, auferindo diretamente o lucro de tal atividade,

de, sendo que a pobre vítima custeava-se tão-somente de alimentação e moradia, impedindo-se, ainda, mediante violência e ameaças, o abandono da mercancia do próprio corpo.

"Vítima S., filha da denunciada.

"Os denunciados, em comunhão de desígnios e mediante combinada atuação, na busca do lucro fácil, em data a ser melhor precisada durante a instrução, no prostíbulo supra, induziram a menor S. F., filha da acusada Maria Angélica, a se prostituir e a ingerir bebidas alcoólicas, lançando palavras de apoio e incentivo, fazendo, ainda, que ela freqüentasse, diuturnamente, o local, sendo que S. repudiou tal oferta, não se consumando o delito por circunstâncias alheias à vontade dos agentes.

"III — Atentado violento ao pudor.

"Como se não bastasse, os denunciados, movidos por espírito mórbido e doentio, resolveram molestar sexualmente a vítima J. P., submetendo-a aos seus caprichos.

"Assim é que, em data a ser melhor precisada durante a instrução, na suíte da casa de prostituição supra, o denunciado, sob a vista e constante incentivo da acusada, no final do expediente do lupanar, constrangeu a vítima J. à prática de sexo oral e anal, ainda que a mesma manifestasse dissenso, repugnando tal espécie de conluio carnal.

"Assevera-se que a vítima tivera sua capacidade de reação nulificada, eis que submetida a forte embriaguez pelos denunciados. De igual banda, a denunciada, demonstrando sua adesão ao ideal delitivo, permanecia na suíte durante a violência sexual, fechando a porta e de faca em

punho, a fim de viabilizar por completo a satisfação de seu desviado intento" (fls. 2/4)

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada parcialmente procedente, para condenar:

— Aristiliano de Lima ao cumprimento da pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, por infração ao disposto nos arts. 214, c/c 224, c, 228, §§ 2º e 3º, e 229, c/c art. 29, todos do Código Penal;

— Maria Angélica Fanton ao cumprimento da pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, por infração ao disposto nos arts. 214, c/c 224, c, 228, §§ 2º e 3º, e 229, c/c art. 29, todos do Código Penal.

Inconformados, os réus apelaram, objetivando a absolvição com base nos seguintes argumentos: ausência de exame de corpo de delito, condenação fundada na prova indiciária, insuficiência de provas, consentimento da vítima com o ato sexual e de que ela já se prostituía antes dos fatos imputados.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Robison Westphal, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido, por que próprio e tempestivo, não merecendo, contudo, o provimento, porquanto as provas são suficientes à

formação da certeza necessária para a condenação.

Imputa-se, aos apelantes, as condutas de não só utilizar seu estabelecimento comercial como local destinado a encontros configuradores de prostituição, como também a de favorecerem e induzirem mulheres para esta prática e a de, em certa ocasião, forçarem uma delas a manter cópula anal e oral, contra a sua vontade.

As investigações iniciaram a partir da comunicação realizada por Carlito Fanton, ex-marido da apelante Maria Angélica Fanton, que, em 14/12/2000, compareceu na Delegacia de Polícia Civil, dizendo que os réus mantinham, no bar alugado por sua ex-esposa, uma casa de prostituição e que tinham, mediante grave ameaça, constrangido uma mulher a manter relação libidinosa consistente em cópula anal e oral (fl. 8).

Ouvido na fase policial, Aristiliano Lima restou silente (fl. 32). Em Juízo, negou os fatos que lhe eram imputados, dizendo que as provas haviam sido forjadas pelo comunicante do delito, em razão de vingança (fls. 41/43). Igual rumo tomou a co-ré, que, na fase policial, permaneceu calada (fl. 33), e, em Juízo, afirmou que tudo não passava de uma vingança armada por seu ex-marido (fls. 44/46).

A versão defensiva não encontra guarida.

É bem verdade que, não obstante ter confirmado suas acusações quando ouvido perante a autoridade policial (fl. 13), Carlito Fanton mudou, em parte, suas assertivas em Juízo (fl. 92).

Todavia, as provas dos autos confirmam tanto a materialidade quanto a autoria das condutas.

Quanto à primeira, não se sustenta o argumento recursal fundado na ausência de exame de corpo de delito, porquanto o fato de os laudos periciais não indicarem a existência de lesão anal não significa que nunca foi praticada tal espécie de ato libidinoso. Isso porque, se violenta a cópula, "a perícia, nesses casos, desde que realizada em prazo que não exceda a dois ou três dias, costuma encontrar lesões diversas" (Manif Zacharias e Elias Zacharias, *in*, Dicionário de Medicina Legal, 2ª ed. rev. ampl., Curitiba: Ed. Universitária Champagnat, 1991, pág. 101). Ora, na espécie, tal prazo já fora vencido há muito; logo, a perícia não tinha como encontrar marcas de lesões. Igual raciocínio deve ser utilizado em relação à prática de sexo oral, que também não deixa vestígios.

No que toca à autoria, as provas são claras e sustentam a versão acusatória.

Senão vejamos.

A vítima J. disse, tanto na fase investigativa (fls. 25/26), quanto em Juízo (fls. 85/87), que era embriagada pela acusada para fazer programas e que, em uma ocasião, ao tentar ir embora, foi ameaçada e esfaqueada no braço. Asseverou que "se relacionou com Aristiliano por cerca de cinco vezes; (...) quando conheceu Maria Angélica, a mesma prometeu pagar muito bem a declarante para trabalhar no bar da mesma; que a acusada foi buscar a declarante na casa de uma amiga onde a declarante morava; que, no começo, a acusada Maria Angélica não disse que o local de trabalho tratava-se de uma casa de prostituição, sendo que a acusada apenas disse que a declarante iria trabalhar

no bar; que nunca trabalhou como prostituta em outros locais; que a declarante queria fugir do bar da Angélica, mas a acusada trancava a declarante, não a deixando fugir; que a declarante inclusive já levou facadas de Angélica no braço quando das ameaças; que a declarante era forçada a ingerir bebida alcoólica; que não praticou os atos demonstrados na foto de fl. 12 de livre e espontânea vontade, uma vez que foi forçada para tanto; que a declarante inclusive encontrava-se muito embriagada; que, quando a acusada tirou a foto de fl. 12, ela estava ameaçando com agressões físicas a própria declarante, inclusive sob a ameaça de uma faca" (fl. 86).

Registre-se que o valor probatório desse meio de convicção já restou firmado por esta Corte:

"Crimes contra os costumes — Favorecimento à prostituição e rufianismo — Prova — Depoimentos firmes e coerentes de diversas vítimas — Negativa de supostos clientes e vizinhos — Crime continuado — Inadmissibilidade — Crimes do mesmo gênero, mas não da mesma espécie — Concurso material — *Reformatio in pejus* — Inteligência do art. 617 do CPP — Condenação mantida. Em crimes contra os costumes, não obstante a negativa de supostos 'clientes' e de vizinhos que nada vêem, *deve-se dar credibilidade às palavras das vítimas menores, levadas ou mantidas na prostituição ou exploradas pela agente, eis que dada a natureza dos delitos relacionados à prostituição são aquelas que melhor podem informar à Justiça da conduta do explorador*" (Ap. Crim. n. 99.001449-5, de Videira, rel.

Des. Nilton Macedo Machado, j. 9/3/1999).

Junte-se, ainda, o depoimento de C. F., filha de Carlito e da co-ré Maria Angélica, no qual se disse, na fase policial, que sua mãe montara o bar e que tentava convencer a ela e a sua irmã a fazer "programas" e que, em relação à vítima J., esta também era induzida a fazer programas. Afirmou, inclusive, que "sua mãe induziu J. a manter relações com Aristiliano; que J. recusou-se porém sua mãe a obrigou" (fls. 15/16). Em Juízo modificou, em parte, sua versão, dizendo que "confirma que sua mãe uma vez induziu a declarante a beber com os clientes, o que não foi aceito pela declarante; que disse que sua mãe forçou J. a se relacionar com Aristiliano porque J. pediu tal favor (...) J. chegou a dizer à declarante ter sido forçada por Maria Angélica para se relacionar sexualmente com Aristiliano (...) J. fazia programas sexuais, sempre fora do bar; que J. (...) que as moças que lá compareciam freqüentemente era apenas para beber" (fl. 91).

A sua irmã, S. F., também trouxe aos autos duas versões. Na primeira, durante a fase policial, disse que sua mãe montou o bar e que neste eram combinados os serviços de prostituição, confirmando que, em certa ocasião, J. foi embriagada e ameaçada para que se sujeitasse à cópula anal e oral, situação que foi registrada pelos réus mediante fotografias, uma delas apreendida pela vítima e entregue à polícia (fls. 18/19). Na segunda, em Juízo, modificou sua versão, dizendo que o bar de sua mãe não era utilizado para programas e que as relações sexuais entre J. e o

co-ré Aristiliano não eram forçadas (fls. 88/89).

Note-se, contudo, que tanto S. quanto C. confirmaram suas assinaturas nos termos de depoimento colhidos na fase policial e, sem justificar a mudança nas versões, limitaram-se a dizer que, anteriormente, foram "apanhadas de surpresa". Não disseram, porém, se os depoimentos pretéritos eram, ou não, falsos.

Nesse passo, vale destacar os depoimentos judiciais do policial civil Ubiracy Epifânio da Silva e da delegada Magali Nunes Ignácio, pois o primeiro confirmou que as filhas da apelante depuseram na fase policial (fls. 100/101) e a segunda ratificou que as ofendidas S. e C. foram ouvidas na fase policial e "relataram que eram estimuladas à prostituição, mas não mantiveram relações sexuais com Aristiliano" (fl. 103).

Logo, esses depoimentos, colhidos de boa-fé e sem indicativos que lhes maculem, demonstram que a modificação operada em Juízo pelas filhas da apelante foi, em verdade, motivada pelo desejo de ver sua genitora a salvo da reprimenda penal que se avizinhava e que já surtia efeitos, decorrentes da prisão cautelar cumprida.

Desse modo, merece ser mantida a condenação, ainda que lastreada, em parte, por prova obtida na fase policial, pois, colhida por autoridades totalmente desinteressadas em acusar pessoa que fosse inocente, foi corroborada pelos indícios colhidos na instrução judicial.

Desta Corte colhe-se o seguinte julgado da Primeira Câmara Criminal:

"Processual penal — Prova — Inquérito — Valor — Recurso desprovido — Precedentes jurisprudenciais. É de sedimentada jurisprudência que declarações da vítima e de testemunhas, produzidas no inquérito, têm valor probante, por isso que integram os autos do processo, sendo resultado da atividade da polícia judiciária, merecendo fé, até prova em contrário. Não infirmada, defeituosa ou falsa, a prova do inquérito constitui valioso elemento de convicção, pois colhida mais próxima dos fatos" (Ap. Crim. n. 00.000712-9, de Pinhalzinho, rel. Des. Amaral e Silva, j. 21/3/00).

Não se trata, *in casu*, de condenação fundada única e exclusivamente em prova do inquérito policial, mas sim com fulcro em elementos de todo o processo, administrativo e judicial, que, sopesados e valorados, implicaram na desconsideração da modificação dos depoimentos dos familiares da apelante. Essa modificação nos depoimentos, comparada às demais provas dos autos, incluindo os depoimentos de policiais e a palavra da ofendida, soa incoerente e inverossímil, não merecendo, portanto, a credibilidade que lhe busca dar a defesa. Por esse motivo, a sentença lançada em primeira instância merece ser mantida.

Aliás, em razão do teor do depoimento da vítima J. P., tem-se que não existiu consentimento para a prática dos atos libidinosos — coito anal e sexo oral — diversos da conjunção carnal, já que ameaçada.

Por esses motivos, tem-se como certos e comprovados os fatos imputados aos apelantes.

2. Todavia, no que toca à classificação jurídica da imputação, há que se fazer uma análise minuciosa.

O crime de atentado violento ao pudor, conforme já exposto, restou plenamente configurado, eis que reunidos, no plano fático, todos os elementos, objetivos e subjetivos, necessários e suficientes para a incidência do tipo legal em tela, nos exatos termos do art. 14, I, do CP.

A questão jurídica controversa reside na absorção, ou não, do crime de induzimento à prostituição, previsto no art. 228 do CP, pelo crime de casa de prostituição, este delimitado pelo art. 229 do mesmo diploma legal.

Não se olvida a existência de forte corrente doutrinária e jurisprudencial no sentido de que se aplica o princípio da consunção aos delitos citados, como pretende a defesa. Porém, os julgados que pugnam pela absorção de um delito por outro referem-se à facilitação, que seria contida pela conduta de manter casa de prostituição.

Pela absorção, dentre outros, colhe-se:

"Favorecimento à prostituição — Delito absorvido pelo de manutenção de casa de prostituição, pelo qual foi o réu também condenado — Apelação provida — Inteligência dos arts. 228 e 229 do CP — O crime previsto no art. 229 do CP, por ser específico, prevalece sobre aquele estampado no art. 228, este de caráter genérico. Isto porque é evidente que quem mantém casa de prostituição também a facilita. Os crimes acham-se em concurso aparente, pelo que não é possível a dupla condenação" (TJSC — Ap. Crim.

n. 16.856 — 2ª Câ. Crim., rel. Ayres Gama, j. 17/12/1981) (RT 557/365).

Contudo, no caso concreto, há peculiaridades que, já visualizadas em abstrato por parte da doutrina, apontam pela não ocorrência da consunção. Como é sabido, esse critério para resolução de concurso aparente de normas decorre do princípio *ne bis in idem*, que impede a dupla punição pelo mesmo fato. Em síntese apertada, tem-se hipótese de absorção ou consunção quando um dos delitos é meio necessário ao outro ou sua inevitável consequência (Francisco de Assis Toledo, Princípios Básicos de Direito Penal, 5ª ed., SP: Saraiva, 2001, págs. 52/53).

Como bem salienta Damásio Evangelista de Jesus:

"Ocorre relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Nestes casos, a norma incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução de outros crimes, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a esta relativa. *Lex consumens derogat legi consumptae*" (Direito Penal: Parte Geral, 13ª ed., SP, Saraiva, 1988, pág. 99).

Pois bem, os crimes dos arts. 228 e 229 descrevem as seguintes condutas, *in verbis*:

"Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone:

"Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

"§ 1º. Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do artigo anterior:

"Pena — reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

"§ 2º. Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

"Pena — reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, além da pena correspondente à violência.

"§ 3º. Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

"Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

"Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa".

Ora, analisadas as condutas tipificadas nos arts. 228 e 229, ambos do CP, tem-se que este só pode absorver aquele quando houver imputação de facilitação à prostituição, mas não quando o agente, além de manter a casa destinada ao lenocínio, também induz ou atrai alguém para o comércio sexual ou, ainda, impede que deixe de realizar essa conduta.

Isso porque essas atividades não são meios necessários para a manutenção do alcunhado "bordel", já que, embora este estabelecimento necessariamente facilite a prostituição de outrem, ele pode existir sem que seu proprietário induza ou atraia alguém para o meretrício; basta que o agente se limite a utilizar os serviços de pessoas que lhe procurem ofere-

cendo-se para trabalhar naquela atividade.

Logo, bem examinadas as condutas típicas, tem-se que só há consunção do art. 228 pelo art. 229 quando aquele se referir à mera facilitação, mas não atração e induzimento ou impedir que uma prostituta deixe de realizar este mister.

Ora, como bem leciona Julio Fabbrini Mirabete:

"Os tipos dos arts. 228 e 229 são autônomos e independentes, embora o segundo seja uma espécie do primeiro. Nada impede, porém, que o agente, além de manter casa de prostituição, induza alguém à prática do meretrício ou a facilite, de outra forma, ocorrendo, no caso, concurso material de crimes" (Código Penal Interpretado, 2ª ed., SP, Atlas, 2002, pág. 1.566).

Nesse sentido, já julgou a Corte Gaúcha:

"Casa de prostituição — Facilitação da prostituição — Crimes independentes, quando as condutas incriminadas não são coincidentes — Concurso material — Menor - Vítima do crime de facilitação a quem oferecida bebida alcoólica — Absorção dessa infração — Pena — Redimensionamento — Não há cogitar em absorção do delito de facilitação da prostituição, do art. 228 do Código Penal, pelo de manutenção de casa de prostituição, do art. 229 do Código Penal, quando diferentes os verbos-nucleares correspondentes às condutas da agente. Se manter casa de prostituição corresponde à facilitação de prostituição, o mesmo não se dá com a indução e/ou atração à prostituição. Ré, no caso, que atraiu mulheres para sua casa,

para exercer ali prostituição, inclusive duas menores, residentes em outra cidade. Do exercício da prostituição em casa de meretrício faz parte a atividade conhecida como 'fazer salão', que significa atrair os fregueses para realização de gastos com bebidas, bebendo com as mulheres da casa. Ingestão de bebidas alcoólicas, pois, pelas menores prostitutas, que, porque diretamente relacionada com a prostituição, resta absorvida pelas figuras próprias dos crimes contra os costumes. Penas fixadas na sentença com muito rigor. Redução. Apelo parcialmente provido para a absolvição pelo crime do estatuto da infância e da adolescência e redução das demais penas" (TJRS — Acr n. 698058526/RS, 2ª C.Crim., rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira — j. 4/6/1998).

Portanto, é admissível, em tese, o concurso material entre os crimes dos arts. 228 e 229, ambos do CP, desde que presentes as circunstâncias acima expostas.

In casu, os apelantes foram denunciados tanto por terem atraído e induzido a vítima à prostituição, quanto por impedirem-na de largar essa atividade. A sentença condenatória também mencionou ambas as condutas. Os fatos delineados pela fundamentação supra confirmam que, além de atraírem J. P. para referida prática, também obstaram que ela saísse do local, tanto que, em certa ocasião, lesionaram-na com faca. Logo, não se trata de mera facilitação (isto é, fornecer meios ou tornar mais fácil), mas sim atração e impedir que saísse, condutas que não se exaurem no tipo previsto no art. 229 do CP.

Aliás, inoperante o argumento de que a vítima já se prostituía antes dos fatos imputados, pois, ainda que o fizesse (não há prova segura nos autos e o álibi tem que ser adequadamente comprovado), ao tentar sair dessa atividade, ela, J., foi impedida, consumando-se, assim, o delito previsto. Assinale-se que "não afasta o crime de favorecimento à prostituição o fato de ser já a vítima desencaminhada" (TJPR, AC, rel. Calazans Luz, RT 546/345, *apud*, Alberto Silva Franco *et. al.*, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 1, tomo. II, 6ª ed. rev. ampl., SP: RT, 1997, pág. 3.083).

3. Diante do exposto, por unanimidade, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz e Newton Janke, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 7 de maio de 2002.

Maurílio Moreira Leite,

Presidente;

Irineu João da Silva,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.007144-2, DE CUNHA PORÃ

Relator: Des. Irineu João da Silva

Crimes de constrangimento ilegal, ameaça e lesões corporais leves (arts. 146, 147 e 129, caput, do CP) — Concurso de infrações consideradas de menor potencial ofensivo — Penas máximas in abstracto que excedem a dois anos de detenção — Consideração isolada da pena máxima in abstracto cominada a cada delito — Infrações penais de menor potencial ofensivo — Inteligência da Lei n. 10.259/01 — Aplicação dos princípios constitucionais da isonomia e da retroatividade — Resolução n. 8/02 do TJSC — Precedente desta egrégia Câmara Criminal — Remessa dos autos à Turma de Recursos — Não conhecimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.007144-2, da comarca de Cunha Porã, em que é apelante a Justiça Pública, por seu Promotor, sendo apelado Euri Ernani Jung:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do apelo, e determinar a remessa dos autos à Turma de Recursos competente.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Cunha Porã, o representante do Ministério Público

ofereceu denúncia contra Euri Ernani Jung, dando-o como incurso nas sanções dos artigos 147 (três vezes), 146 (duas vezes) e 129, *caput*, todos do Código Penal, porque:

"No dia 1º de novembro de 1999, por volta das 23h30min, o denunciado ameaçou a vítima Ana Maria Spessato Jung, dizendo que iria matá-la. No mesmo dia, o denunciado também a agrediu, causando as lesões descritas no documento de fl. 16.

"No dia 5 de janeiro de 2000, por volta das 11h30min, o denunciado ameaçou sua esposa Ana Maria Spessato Jung, dizendo que iria matá-la.

"No dia 21 de janeiro, no período matutino, o denunciado telefonou para a residência de Lúcia Bonotto Spessato e disse para ela avisar seu marido, César Augusto Spessato, que iria 'queimar' sua irmã, Ana Maria Spessato Jung, com evidente intuito de ameaçá-la de morte.

"No dia 21 de janeiro de 2000, por volta das 12h30min, o denunciado telefonou para a residência da vítima Ana Maria Spessato Jung e disse para a filha desta que iria contratar um pistoleiro para matar sua mãe, caso Ana 'não retirasse do Fórum a ação de separação'.

"No dia 21 de janeiro, em horário a ser apurado no decorrer da instrução, o denunciado, em conversa telefônica, disse para César Augusto Spessato que estava na cidade de Cascavel/PR, onde teria contratado um pistoleiro para matar Ana Maria Spessato Jung, caso esta 'não retirasse do Fórum a ação de separação'" (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, restou absolvido das imputações que

lhe foram formuladas, com fundamento no art. 386, II, III e VI, do Código Processo Penal.

Inconformado, o representante do Ministério Público apelou, objetivando a reforma do *decisum*, ante a comprovação dos crimes de ameaça e tentativa de constrangimento ilegal.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Hipólito Luiz Piazza, opinou pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

1. Tem razão o ilustre parecerista, embora o acusado tenha sido denunciado pelos crimes de ameaça (art. 147, CP), constrangimento ilegal (art. 146, CP), e lesões corporais leves (art. 129, *caput*, do CP), cujas penas, somadas, excedem a 2 (dois) anos.

A edição da Lei n. 10.259/2001 e a mudança na composição dos membros desta egrégia Segunda Câmara Criminal incitaram a discussão sobre a qualificação quantitativa das infrações penais pelo grau numérico da pena para a determinação da competência dos Juizados Especiais Criminais. Era o que acontecia, antigamente, por exemplo, no Estado de São Paulo, na definição da competência entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Alçada Criminal, a quem competia o julgamento das infrações penais punidas com reclusão.

Segundo José Frederico Marques, "na competência em razão do valor da pena, as atribuições eram fixadas de acordo com a sanção estabelecida para o título do crime, e não com aquela resultante de circunstâncias que alterem a pena.

"Também não se tinha em conta a acumulação de penas por concurso de fatos da mesma competência. Se o juiz podia julgar um crime de lesões corporais, por estar a pena máxima no âmbito de sua alçada, competência lhe não faleceria para o caso de se acusar um mesmo réu, em um só processo, como autor de vários ferimentos leves materialmente concorrentes, muito embora na sentença viesse a ser imposta uma pena total que excedesse o limite numérico da alçada.

"O aumento da pena, no crime continuado, não poderia, *a fortiori*, alterar a competência do juiz que era o competente 'para a pena aplicável segundo o título da infração' (Da Competência em Matéria Penal, 1ª edição, atualizada e revisada por José Renato Nalini e Ricardo Dip, São Paulo, Millennium, 2000, pág. 236).

Daí a importância em estabelecer a diferença entre circunstância e concurso de crimes. Para a dogmática jurídica, circunstância do crime é um *plus* que se adiciona ao fato, já em si punível, alterando ou não sua natureza. Nada tem a ver com o concurso de delitos e com a continuidade delitiva, que servem apenas para resolver o problema da multiplicidade de delitos e nunca alteram a tipicidade do crime. Por isso, "é mais importante estabelecer a forma dos fatos puníveis que estabelecer a quantidade da pena aplicável em caso de concurso, pois a pena pode variar em face das circunstâncias, enquanto que a forma dos fatos puníveis é básica, tanto na determinação da figura típica, quanto no tocante às condições que modificam a imputação e a responsabilidade" (Damásio de

Jesus, *in* Enciclopédia Saraiva do Direito, verbete concurso de crimes).

Dessarte, quando a Lei n. 10.259/01, em conjugação com o disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/95, considera infração de menor potencial ofensivo os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa, não se preocupando com a identificação deles, "é lícito concluir que o concurso formal ou material, apesar do aumento previsto nos arts. 69 e 70 do CP, não é motivo excludente da competência do Juizado" (Fernando da Costa Tourinho Filho, Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais, SP, Saraiva, 2000, pág. 28).

O teor do Enunciado n. 11 do Fórum Permanente dos Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil é o seguinte:

"Não devem ser levados em consideração os acréscimos do concurso formal, do crime continuado para efeito de aplicação da Lei n. 9.099/95".

Não há razão, no entanto, para excluir o concurso material do preceito, dada a natureza do instituto invocada, que não difere do concurso formal, para o qual esta Corte já admitiu a hipótese, no julgado da lavra do ilustre Des. Amaral e Silva, atual Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça:

"Processual penal — Competência — Lesão corporal leve — Concurso formal — Infração penal de menor potencial ofensivo — Competência da Turma de Recursos — Não conhecimento.

"Para a verificação da ocorrência de infração penal de menor potencial ofensivo, deve ser considerada a pena de cada infração isolada, sem o acréscimo de que cuida o art. 70 do

Código Penal" (Apelação Criminal n. 98.012247-3, de Videira, rel. Des. Amaral e Silva, j. 1º/12/1998).

Em verdade, a decisão acompanha os novos rumos da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça, no sentido de que os crimes cuja pena máxima *in abstracto* não ultrapassem 2 (dois) anos devem ser processados e julgados no Juizado Especial Criminal, desconsiderados os aumentos referentes ao concurso material, formal e à continuidade delitiva.

In casu, os crimes pelos quais o apelado foi denunciado enquadram-se no novo conceito de infração de menor potencial ofensivo, devendo, portanto, ser remetidos os autos à competente Turma de Recursos.

2. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do apelo e determinar a remessa dos autos à Turma de Recursos competente.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 4 de junho de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 1999.016485-3, DE TIMBÓ

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Sonegação fiscal — Preliminares de inépcia da denúncia, nulidade da sentença por falta de fundamentação e cerceamento de defesa afastadas — Impossibilidade de, in casu, acolher-se a tese de absolvição por falta de provas e ausência de dolo — Reconhecimento do crime continuado — Sentença mantida — Recurso desprovido.

— Inexiste inépcia da denúncia a ensejar nulidade do processo por afronta ao artigo 41 do Códex Processual caso as condutas perpetradas pelos denunciados estejam suficientemente descritas, mesmo que de modo sucinto, isso porque possibilita aos denunciados o entendimento do fato criminoso pelo qual estão sendo processados.

— Não é nula a sentença que contém toda a fundamentação necessária para a elucidação do caso, invocando os fundamentos fácticos e jurídicos envolvidos para chegar-se à condenação dos acusados, delineando, descrevendo e apontando quais provas restaram

utilizadas para a prolação da sentença, invocando os preceitos legais pertinentes para tanto.

— *"A falta de perícia técnico-contábil para comprovação do crime de sonegação fiscal não nulifica o processo, na medida em que se torna desnecessária sua realização quando dos autos exsurge cristalinamente a materialidade do ilícito, através do levantamento feito pelos agentes do Fisco" (Apelação Criminal n. 99.001969-1, de Itajaí, relator Des. José Roberge).*

— *Se durante a instrução processual o acusado não logrou êxito em demonstrar a proveniência lícita do excesso de caixa constatado pelos Fiscais da Fazenda, presume-se que sua origem é oriunda de sonegação fiscal, como in casu, em que restou constatada a existência de elevados 'empréstimos' à empresa, por parte dos sócios sem que, sequer, comprovassem suas capacidades econômicas para suportá-los.*

— *O momento consumativo do crime de sonegação fiscal descrito no art. 1º da Lei n. 8.137/90 é a data em que deveria ser recolhido o tributo devido; assim, a cada vencimento mensal, sem o pagamento total, resta consumado um crime independente. Portanto, para que reste configurada a continuidade delitiva, basta a constatação de redução ou supressão de tributos apurados mensalmente, pouco importando a quantidade de notificações emitidas pela autoridade fiscal.*

I — Relatório

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 1999.016485-3, da comarca de Timbó, em que são apelantes Jaime Darcy Nasatto e Orlando Luiz Nasatto e apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso interposto.

Custas legais.

Na comarca de Timbó (1ª Vara da Infância e Juventude/Registros Públicos), Jaime Darcy Nasatto, Orlando Luiz Nasatto e Doralice Klug Nasatto foram denunciados por infração ao disposto no art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, porque, consoante se infere da vestibular de fls. 2 a 6:

"Conforme se verifica no Contrato Social e alterações contratuais da empresa III N do Brasil, Indústria e Comércio de Materiais Elétricos e Metalúrgicos Ltda., fls. e fls., os denunciados são sócios e administradores da

referida empresa, e procedida a fiscalização fazendária no estabelecimento comercial sob a responsabilidade dos denunciados, o agente fiscal Eduardo Antônio Lobo constatou que, durante o período de 1991 a 1995, a empresa dirigida pelos denunciados declarou o recebimento de empréstimos realizados pelos próprios denunciados, entretanto, em procedimento fiscal regular, não foi constatada nenhuma comprovação da origem dos empréstimos, tampouco demonstrou-se o ingresso desses valores no capital da empresa. Com o procedimento, os denunciados procuraram regularizar o ingresso de numerário na empresa, proveniente de vendas realizadas sem a emissão de nota fiscal ou com a inscrição de valores menores nos documentos fiscais que aqueles referentes às vendas. Os numerários oriundos das vendas descobertas de notas fiscais ou com a formalização destas em valores diversos das vendas efetivamente realizadas, são 'esquentados' ou justificados para efeitos fiscais como se fossem empréstimos dos sócios ou de empresas interdependentes da empresa administrada pelos denunciados.

"Com o procedimento os denunciados inseriram elementos inexatos nos Livros de Registro de Saída de Mercadorias, Livro Registro de Apuração de ICMS, Livro Diário, Livro Razão e documentos fiscais e contábeis, dentre outros, GIAS e DIEFS, e omitiram operações tributáveis, tudo com o fim de suprimir ou reduzir tributo, em especial do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

"Não bastassem os atos fraudulentos, os denunciados, ante o procedimento de fiscalização deflagrado pela autoridade fazendária, apresen-

taram a esta as notas promissórias de fls. e fls., grosseiramente falsificadas, onde se verifica que no impresso no campo destinado à colocação dos valores consta 'R\$', fazendo menção à moeda real; entretanto, os empréstimos realizados foram, supostamente, realizados no período compreendido entre janeiro de 1991 e março de 1994, época em que as moedas nacionais eram o cruzeiro (Cr\$) e cruzeiro real (CR\$), demonstrando, com isso, que as notas promissórias foram formalizadas depois de 1º de julho de 1994, data em que passou a circular o real (R\$). Outras irregularidades existem. A nota promissória do mês de março de 1993, supostamente preenchida no dia 9 de março de 1994, consta como moeda o cruzeiro, entretanto, a moeda que circulava na época era o cruzeiro real. A nota promissória datada de 9 de outubro de 1991 tem o seu vencimento no dia 31 de abril de 1993, data inexistente no calendário romano. As notas de 1º de janeiro de 1992, 8 de março de 1992 e 9 de agosto de 1992 foram emitidas, a primeira em um feriado, a segunda e terceira em um domingo, dias em que não são realizadas operações comerciais. A nota promissória de 9 de setembro de 1994 tem como empregador o denunciado Jaime Darcy Nassatto. Todavia, no Livro Diário, número 4 (quatro), folha 27, consta como empregador a Metalúrgica Polífer Indústria e Comércio Ltda.

"Constatado o ato fraudulento contra a empresa III N do Brasil Indústria e Comércio de Materiais Elétricos e Metalúrgicos Ltda., administrada e sob a responsabilidade dos denunciados, foi emitida a Notificação Fiscal n. 50940555, de 30 de maio de 1996, devidamente assinada pelo denunciado

Jaime Darcy Nasatto, no valor de R\$ 159.830,48 (cento e cinquenta e nove mil, oitocentos e trinta reais e quarenta e oito centavos)".

Concluída a instrução criminal, a exordial acusatória foi julgada parcialmente procedente para: a) condenar Jaime Darcy Nasatto e Orlando Luiz Nasatto à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública, e multa, no patamar de 16 (dezesesseis) dias-multa, cada qual à razão de 20 BTNs, no valor atualizado, por infração ao disposto no art. 1º, incisos I, II, IV e V, da Lei n. 8.137/90, c/c art. 71 do Código Penal, sendo-lhes concedido o direito de recorrer em liberdade; e b) absolver Doralice Klug Nasatto com base no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Irresignados com a prestação jurisdicional entregue, Jaime Darcy Nasatto e Orlando Luiz Nasatto interpuseram recurso de apelação, por seus defensores, com fundamento no art. 593, inciso I, e nos termos do § 4º do art. 600, ambos do Código de Processo Penal, alçando os autos a este grau de jurisdição.

Nesta instância, aberto o prazo legal, foram apresentadas as razões recursais *opportuno tempore*, nas quais os acusados sustentam, preliminarmente, a inépcia da inicial, devendo o processo ser anulado *ab initio* e a denúncia rejeitada, em virtude de não estar presentes os requisitos arrolados no art. 41 do Código de Processo Penal; ainda, em prefacial, alegam a nulidade da sentença por falta de "fundamentação material", e a nulidade do processo

a partir das alegações finais, inclusive, por cerceamento de defesa, eis que indeferida prova pericial essencial à comprovação da inocência dos réus.

No mérito, colimam suas absolvições, aduzindo que a decisão monocrática baseou-se em meros indícios e presunções para fundamentar a condenação, enquanto esta exige um juízo de certeza quase que absoluta, sendo que qualquer dúvida deve ser resolvida em favor dos réus, e também porque a sentença fundou-se em documentos (extrato da conta de empréstimos) que não correspondem à retratação da verdade. Afirmam, também, que não agiram com dolo, eis que a empresa é de caráter familiar, sendo que, no caso vertente, "o que se verificou não foi sonegação, mas verdadeiramente um empenho de todos os membros da empresa, com todas as suas posses, com todos os seus ganhos havidos no decorrer de suas vidas, a suprir-lhe o dinheiro necessário para ter uma conveniente política de estoques" (fl. 737), e por encontrar-se comprovada a origem do numerário investido na empresa, e que as notas promissórias produzidas pelo contador da firma não induzem necessariamente à conclusão de que foram emitidas a descoberto. Por fim, alegam que efetivaram o pagamento da notificação que deu azo à denúncia. Em alternativa, sustentam que a pena lhes foi aplicada de forma exacerbada, requerendo, portanto, a sua minoração, bem como a exclusão da causa especial de aumento prevista no art. 71, *caput*, do Código Penal, concedendo-lhes o *sursis*.

Rebatido o apelo, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifes-

tou-se pelo seu conhecimento e improvidimento.

É o relatório.

II — Voto

Restaram condenados os ora apelantes ao cumprimento de pena privativa de liberdade por transgressão ao disposto no art. 1º, I, II, IV e V, da Lei n. 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal.

Pugnaram, então, após levantarem várias preliminares, por suas absolvições, entendendo, sucintamente, que não há prova suficiente para suas condenações.

Assim, passemos a analisar as preliminares levantadas de forma destacada:

a) inépcia da denúncia

Afirmam os ora apelantes que inepta a denúncia por entender que deveria ela descrever fatos e circunstâncias que tipifiquem o delito, não o fazendo, já que presumiu sua prática ao afirmar que o suprimento de caixa sem comprovação da origem do numerário demonstra que foram realizadas vendas sem a emissão de nota fiscal ou com inscrição de valores menores. Dessa forma, imputou genericamente aos apelantes a prática de um crime, sem especificar, contudo, a sua conduta delituosa, relegando, em conseqüência, os princípios do contraditório e da ampla defesa, albergados constitucionalmente.

A presente preliminar não poderá prosperar!

Restam preenchidos todos os requisitos expostos pelo art. 41 do CPP, isso porque, diversamente do pretendido pelos acusados, apontou

todos os fatos e circunstâncias pelos quais os recorrentes estão respondendo à ação penal.

A denúncia é clara ao imputar o crime de sonegação fiscal descrito nos incisos I, II, IV e V da Lei n. 8.137/90 a ambos os recorrentes, máxima quando descreve, pormenorizadamente, a conduta de ambos os pacientes, ao apontar que:

"a empresa dirigida pelos denunciados declarou o recebimento de empréstimos realizados pelos próprios denunciados. Entretanto, em procedimento fiscal regular, não foi constatada nenhuma comprovação da origem dos empréstimos, tampouco demonstrou-se o ingresso desses valores no capital da empresa. Com o procedimento, os denunciados procuraram regularizar o ingresso de numerário na empresa, proveniente de vendas realizadas sem a emissão de nota fiscal ou com a inscrição de valores menores, nos documentos fiscais, que aqueles referentes às vendas" (fl. 3).

A peça inaugural preencheu os requisitos do art. 41 do CPP e permitiu o exercício da defesa, descrevendo a conduta dos agentes, sócios da empresa "III N do Brasil Indústria e Comércio de Materiais Elétricos e Metalúrgicos Ltda.", e que em seus comandos deixou de recolher aos cofres públicos o ICMS devido.

Sobre o assunto, José Antônio Paganella Boschi observa:

"Desde que a inicial forneça indicações suficientes para que o réu conheça todos os contornos fáticos em que se estriba a pretensão acusatória para poder, se quiser, exercer plenamente sua defesa, não haverá razão para que a inicial seja rejeitada

por inépcia, embora eventualmente esteja redigida com economia de palavras" (Ação Penal, Aide, São Paulo, 1997, 2ª ed., pág. 183).

Ademais, mesmo que entendêssemos que não estariam suficientemente individualizadas as condutas dos pacientes, é sabido que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é clara ao apontar que:

"A deficiência da denúncia que não impede a compreensão da acusação nela formulada não enseja a nulidade do processo" (RT 608/445).

"Se a peça acusatória narra, ainda que concisamente, os fatos principais os quais deve o réu se defender, não há que falar em inépcia" (RT 753/611).

A ampla defesa dos recorrentes restou suficientemente resguardada, isso porque, mesmo que de forma concisa, possibilita aos denunciados o entendimento do fato criminoso pelo qual restaram condenados, tanto que se defenderam dos fatos a eles imputados, produziram provas e pretendiram suas absolvições.

Claras as imputações de sonegação fiscal descritas aos apelantes, não há pugnar pela nulidade da denúncia ofertada.

Ademais, conforme aduzido pelo douto Togado monocrático:

"A denúncia não é inepta, pois descreve, sim, o fato dito delituoso, consistente nos empréstimos fictícios em nome dos sócios à empresa, o lançamento de elementos inexatos nos livros, GIAS e DIEFS, a omissão de operações tributáveis de notas promissórias para fins de tentar ludibriar o Fisco e a Justiça. Tais condutas são

ínsitas aos tipos descritos nos incisos do artigo 1º da Lei n. 8.137/90.

(...)

"Não bastasse, diante da própria descrição da denúncia ressei que seria impossível ao Ministério Público declinar quais vendas teriam sido feitas sem a nota fiscal, quais os valores de cada qual, quais datas, compradores, endereços, mercadorias, meio de transporte, peso, número de volumes, forma de pagamento etc. Ora, exigir-se que tais aspectos e descrições constassem na denúncia seria o mesmo que impedir completamente a persecução penal, já que tais aspectos, além de irrelevantes, poderiam ser apurados no decorrer da instrução. Disse irrelevantes porque o ponto crucial da denúncia é provar o principal aspecto: os empréstimos fictícios dos sócios à empresa, pois daí decorreria toda a farsa, que, a rigor, sequer teria condições de ser apurada, tão variadas que poderiam ser as vendas, os adquirentes, os valores, as datas etc. etc. sem cobertura fiscal" (fls. 692/693) (grifo nosso).

Assim, afastada a preliminar ora suscitada.

b) nulidade da sentença por falta de fundamentação

Aponta que nula a sentença por ser desprovida de fundamentação, entendendo que a falta de indicação de sequer uma venda que tenha sido realizada sem nota fiscal acabou por macular a sentença hostilizada.

Entretanto, novamente labora em equívoco.

A sentença contém toda a fundamentação necessária para a elucidação do caso, invocando os funda-

mentos fáticos e jurídicos envolvidos para chegar-se à condenação dos acusados, delineando, descrevendo e apontando quais provas restaram utilizadas para a prolação da sentença, invocando os preceitos legais pertinentes para tanto.

Novamente nos socorre as ponderações feitas pelo Togado *a quo* acima já citado:

"Não bastasse, diante da própria descrição da denúncia ressaí que seria impossível ao Ministério Público declinar quais vendas teriam sido feitas sem a nota fiscal, quais os valores de cada qual, quais datas, compradores, endereços, mercadorias, meio de transporte, peso, número de volumes, forma de pagamento etc. Ora, exigir-se que tais aspectos e descrições constassem na denúncia seria o mesmo que impedir completamente a persecução penal, já que tais aspectos, além de irrelevantes, poderiam ser apurados no decorrer da instrução. Disse irrelevantes porque *o ponto crucial da denúncia é provar o principal aspecto: os empréstimos fictícios dos sócios à empresa, pois daí decorreria toda a farsa, que, a rigor, sequer teria condições de ser apurada, tão variadas que poderiam ser as vendas, os adquirentes, os valores, as datas etc. etc. sem cobertura fiscal*" (fls. 692/693) (grifo nosso).

Pouco importa que na sentença não haja a determinação de quais as vendas foram realizadas sem emissão da correspondente nota fiscal, isso porque o objeto de sua condenação foi, justamente, a falta de comprovação da origem do dinheiro que os réus supostamente emprestaram à empresa fiscalizada.

Esse o silogismo adotado pela sentença e por ela fundamentado, pouco importando, nesse momento, que não seja ela verdadeira, porque, mesmo que equivocada, possui fundamentação jurídica e suporte nas provas amealhadas nos autos.

c) cerceamento de defesa pelo indeferimento de perícia contábil

Pugnam os recorrentes pela nulidade do processo por não ter determinado, o Togado *a quo*, a realização de perícia contábil nos livros da empresa fiscalizada, o que cerceou seu direito de defender-se.

Entretanto, conforme bem apontado pelo Magistrado, impertinente a realização da perícia requerida.

Isso porque pugnou pela realização da perícia para que restassem comprovadas as vendas de mercadorias sem nota fiscal, ou sua venda a menor.

Entretanto, percebemos que a perícia por eles pugnada nada afetaria na solução do litígio, pois nada traria quanto ao efetivo problema encontrado nos autos, qual seja, o de que houve o ingresso de ativos na contabilidade da empresa cuja origem não restou demonstrada, nem explicada pelos apelantes, não sendo a perícia contábil a responsável pela elucidação do caso.

Por certo, a prova pericial, *in casu*, mostra-se desnecessária, porque, conforme apontado, a sua realização em nada alteraria o conjunto probatório produzido.

O Magistrado, como destinatário da prova, pode e deve indeferir, fundamentadamente, a realização de provas e diligências meramente prote-

latórias que não venham a esclarecer o fato.

Assim, o fato de o juiz indeferir a produção de perícia contábil não caracteriza nulidade processual.

É da jurisprudência:

"a realização de prova pericial é deixada ao prudente arbítrio do juiz, e a parte que a deseja deve convencê-lo fundamentadamente de sua conveniência (...)" (RT 621/300).

"O indeferimento de perícia, desnecessária e com nítido intuito protelatório, é faculdade do Magistrado (art. 181 do CPP) e não caracteriza cerceamento de defesa" (Apelação Criminal n. 99.018134-0, de Timbó, rel. Des. Genésio Nollí).

"A falta de perícia técnico-contábil para comprovação do crime de sonegação fiscal não nulifica o processo, na medida em que se torna desnecessária sua realização quando dos autos exsurge cristalinamente a materialidade do ilícito, através do levantamento feito pelos agentes do Fisco" (Apelação Criminal n. 99.001969-1, de Itajaí, rel. Des. José Roberge).

Este o caso dos autos!

O exame contábil realizado pelo Fisco trouxe, pormenorizadamente, as irregularidades existentes na contabilidade da empresa investigada, empresa esta dirigida pelos ora apelantes, não trazendo qualquer explicação plausível a elidir as acusações perpetradas, tanto que restaram autuados pelos agentes do Fisco e, agora, respondem a processo crime decorrente da sonegação que gerou aquela autuação.

Repita-se, a perícia não seria o meio adequado para provar os fatos a eles aqui imputados, pois nada traria

para justificar a inclusão de capital a título de empréstimo nos ativos da empresa.

Caberia aos apelantes, utilizando-se da documentação contábil acostada aos autos, demonstrar a origem do dinheiro, justificando-o.

Nos precisos termos lançados pelo membro do *Parquet a quo*:

"De fato, uma perícia contábil não iria comprovar a capacidade financeira das pessoas dos sócios, no caso os apelantes, para efetuarem empréstimos vultosos à empresa. As declarações de imposto de renda acostadas às fls. 360/428 são suficientes para tanto. Igualmente não conseguiriam apontar quais as vendas realizadas sem a emissão da respectiva nota fiscal. Todo o controle de estoque, entrada e saída de mercadoria era feito pela empresa. O livro de inventário coincidentemente desapareceu e a ele não tiveram acesso nem o Fisco nem o Juízo" (fl. 759).

Por isso, afasto as preliminares levantadas pela defesa.

d) mérito

Pugnam os ora recorrentes por suas absolvições, alegando, sucintamente, que equivocada a utilização dos indícios coligados nos autos, afirmando que houve a comprovação dos suprimentos de caixa, bem como que as notas promissórias emitidas pelo contador da empresa não induzem à conclusão de que houve vendas sem notas fiscais e, por fim, aduziram que exacerbada a pena a eles imputada.

Insurgem-se os apelantes, dessa forma, contra a condenação a eles imputada de sonegação fiscal descrita nos incisos I, II, IV e V do artigo 1º da

Lei n. 8.137/90, em que restaram condenados ao cumprimento da pena privativa de liberdade de três anos e quatro meses de reclusão em regime inicial aberto e pena pecuniária de dezesseis dias-multa.

É de ressaltar-se, desde logo, que descabidas suas pretensões absolutórias!

Instaurou-se a presente *quæstio juris* com o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público ante a notícia de que a empresa III N do Brasil Indústria e Comércio de Materiais Elétricos e Metalúrgicos Ltda. estaria sonegando ICMS, sendo responsabilizados e condenados os ora apelantes, na qualidade de sócios-gerentes.

Apontou a denúncia que a empresa, no período de 1991 a 1995, declarou o recebimento de empréstimos realizados pelos próprios sócios, ora denunciados, sendo apurado em procedimento fiscal a inexistência de comprovação da origem destes empréstimos, tampouco demonstrou-se o ingresso desses valores no capital da empresa, informando que esta prática é utilizada para regularizar o ingresso de numerário nesta, proveniente de vendas realizadas sem a emissão de nota fiscal ou com a inscrição de valores menores, nos documentos fiscais, que aqueles referentes às vendas.

Esses os fatos pelos quais os acusados restaram processados e condenados, pouco importando, por certo, a efetiva comprovação, por qualquer meio, da existência de notas fiscais adulteradas ou suas comprovações materiais, como insistentemente afirmam em suas razões apelatórias.

A sentença condenatória pode, a partir de um somatório de indícios, acarretar a condenação do acusado, isso porque, em crimes como o da presente espécie, a comprovação material efetiva fica por demais prejudicada, pois poderia ser facilmente justificada por meio de análise contábil, ausente qualquer comprovação concreta (emissão de notas fiscais com valores a menor, ou sua ausência), já que ausente, por certo, a própria materialidade do delito.

Ora, se não houve a venda de mercadorias sem a devida emissão de nota fiscal, como comprovar que tal prática houve, se, por certo, não houve vestígios do delito perpetrado? Como provar-se a efetiva venda de mercadorias sem a emissão da correspondente emissão de nota fiscal?

Sem dúvida a única resposta será, por meio de eficiente averiguação contábil na empresa, na qual haverá uma análise dos balanços e contabilidade desta para que, dessa forma, averigue-se todas as suas contas e, assim, apure-se as devidas irregularidades existentes.

Válida, por certo, a sentença lastreada em série de indícios que, juntos, chegam à certeza da condenação.

No ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, citando João Monteiro, a prova não é apenas um fato processual, "mas ainda uma indução lógica, é um meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando, e é a própria certeza dessa existência".

E, ainda:

"Com relação aos fatos, a prova pode ser direta ou indireta. Direta é a que demonstra a existência do próprio

fato narrado nos autos. Indireta, a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico, se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos. É o que se denomina prova indiciária ou por presunção. (...) O processo moderno procura solucionar os litígios à luz da verdade real e é, na prova dos autos, que o juiz busca focalizar essa verdade" (*in* Curso de Direito Processual Civil, pág. 413, vol. I, 14ª ed., Forense, 1994).

A prova realizada por meio de indícios e que permite a presunção é prevista no processo penal. Este adota o princípio do livre convencimento motivado (art. 157), quando da apreciação do conjunto probatório pelo julgador, não existindo, portanto, hierarquia entre meios de prova, o que significa que a conclusão, acerca da existência do fato, far-se-á pela análise de todo o material probatório colhido, não se vinculando o juiz a qualquer prova individualmente considerada ou avaliada em termos de exclusividade ou preponderância.

Certo é que 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).

Por outro lado, a quantidade e a sucessão, do que ora se está denominando indícios, têm força condenatória, e a situação, examinando-a sob a ótica da defesa deste julgamento, é semelhante àquela apontada por Adalberto José Camargo Aranha, quando fala em indício condenatório:

"Embora não leve à certeza, a jurisprudência tem admitido a condenação quando a prova judiciária for veemente ou então quando várias pe-

quenas circunstâncias sejam concordes até em detalhes. Por indício veemente entende-se aquele que, dada a sua natureza, permite razoavelmente afastar todas as hipóteses favoráveis ao acusado.

"Às vezes, uma sucessão de pequenos indícios, coerentes e concatenados, igualmente podem dar a certeza exigida para a condenação. Adquiriu (...) Em tal hipótese não encontramos um indício que possa ser classificado como veemente, porém a sucessão e a coerência indicam a autoria com uma dose de razoabilidade bem marcante" (*in* Da Prova no Processo Penal, Ed. Saraiva, 2ª ed., pág. 162).

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, nos dizeres de José Frederico Marques:

"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" (*in* Elementos de Direito Processual Penal, vol. 1, pág. 160).

O que se exige é que se baseie nos elementos constantes dos autos e justifique suficientemente a decisão,

sendo exatamente o que aconteceu no caso, em que os elementos de prova (ausência de justificativa plausível da origem do dinheiro) levam à certeza moral pela condenação dos apelantes.

Por certo, "desde os primórdios do Direito, ou seja, da mais remota antiguidade, os indícios e presunções sempre foram admitidos em doutrina, como elementos de convicção" (RDJTACrim 5/169), podendo a sentença sim embasar a condenação única e exclusivamente na prova indiciária (RT 395/309-10).

O egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em acórdão do Juiz Francisco Brito, *in* RT 673/357, a respeito da prova indiciária assim se posicionou:

"Prova indireta. Livre convencimento do juiz. É válido, de acordo com o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, que o Juiz forme sua convicção através de prova indireta, ou seja, a partir de indícios veementes que induzam àquele convencimento de maneira indubitosa (...) Já se decidiu que 'em matéria criminal, dado o sistema do livre convencimento que o Código adota, o valor da prova indiciária mostra-se em tudo igual ao da prova indireta' (acórdão do TJPR, *in* RT 261/342). Também o Tribunal de Justiça de nosso Estado manifestou-se no sentido de que 'pode o magistrado calcar seu veredicto em indícios e circunstâncias do *factum probandum*, se os mesmos são de tal monta a gerar convicção da verdade' (JMineira 71/160), bem como que 'a prova indireta, indiciária, circunstancial, poderá gerar a mesma convicção que a prova direta' (Minas Forense

30/135). 'Na hipótese, a falta de testemunhas oculares não tem nenhuma influência no sentido de beneficiar o réu, porque há indícios veementes de que só pode ter sido ele o agressor. Somente quando existem contra-indícios, trazendo eles profundas e fundadas dúvidas quanto à incriminação é que não se pode condenar; mas, no caso, não há contra-indícios e tudo leva a crer, sem qualquer dúvida, que o autor dos ferimentos produzidos na vítima foi o acusado' (RT 611/397)".

E, de nosso Tribunal:

"A sucessão de indícios coerentes e concatenados indicando a autoria com uma dose de certeza pode fundamentar a condenação, ainda mais no sistema do livre convencimento do julgador" (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 00.002582-8, de Ituporanga, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Nesse desiderato, conclui-se que, no caso, as provas e os indícios coletados levam à certeza pela manutenção da condenação imposta aos apelantes, sendo certo que estes integram o sistema das provas e valem por sua idoneidade e pelo acervo de fatores de convencimento (art. 239 do CPP), possuindo a mesma eficácia probante que qualquer outra prova, em face do princípio do livre convencimento, ressaltando que os elementos do inquérito policial (perícia contábil realizada pelo Fisco) estão em sintonia com o apurado em juízo e, bem por isso, são perfeitamente válidos.

Ora, após análise da contabilidade da empresa, o Fisco descobriu várias irregularidades, sendo uma delas a ausência de demonstração da origem de constantes empréstimos realizados pelos sócios à empresa, e, como au-

sente qualquer efetiva comprovação de sua origem, presumiu-se que seria proveniente de sonegação fiscal, ou seja, fez-se inserir capital na empresa, oriundo de supostos empréstimos dos sócios, que, na realidade, provenientes de venda de mercadorias sem a emissão da correspondente nota fiscal.

Ao constatar que a empresa possuía caixa maior da que poderia ter, exigiu-lhe a origem de referido dinheiro.

Como resposta, os sócios da empresa informaram que haviam emprestado dinheiro à empresa, não conseguindo comprovar, todavia, suas capacidades econômicas para tanto.

Percebe-se, nitidamente, que o vulto de dinheiro emprestado não era pouco, tanto que a quantidade supostamente emprestada era infinitamente superior ao dinheiro que os sócios retiravam, anualmente, a título de pró-labore, da empresa.

Elucide-se, desde logo, que "a apuração fiscal é idônea tanto para a Execução Fiscal, quanto para instruir a Ação Penal e equivale à prova produzida nos Inquéritos Policiais através de perícia, a qual somente se afasta diante de uma demonstração, ainda que incipiente, de que não reflete a verdade, pois, embora unilateral, tal prova goza no sistema jurídico pátrio de presunção *juris tantum* de correspondência com a realidade dos fatos" (*in* REsp n. 260.562/RS).

Por possuir a apuração contábil da empresa efetuada pelo Fisco presunção *juris tantum* de veracidade, caberia aos condenados descredenciá-la, acostando aos autos as provas de sua inocência.

Aliás, ao ser constatada a irregularidade do dinheiro que ingressou na empresa, determinaram os agentes do Fisco a justificativa de suas origens do que, como resposta receberam, tão-somente, notas promissórias emitidas em favor dos sócios da empresa, ou seja, justificaram afirmando que o dinheiro, que lá constava, é oriundo de empréstimos feitos pelos sócios à empresa.

Entretanto, de acurada análise dos autos, percebe-se, nitidamente, que não possuem capital nem condições financeiras suficientes para dispor de tais recursos.

Nítida, nesse sentido, é a defesa administrativa do Fisco acostada às fls. 584/598, que esclareceu, à fl. 588, por meio de tabela, a quantidade e a soma de dinheiro "emprestado" e o que, por ano, retiravam da empresa a título de pró-labore, conforme tabela a seguir:

Ano	Pró-labore retirado (R\$)	'Empréstimos' injetados
1991	4.222,64	102.269,43
1992	*	188.849,80
1993	942,49	-
1994	2.333,06	80.244,98
1995	2.455,42	45.832,66
TOTAL	9.953,61	417.169,87

A disparidade entre o dinheiro que injetavam na empresa, a título de empréstimos, e o dinheiro que retira-

vam a título de pró-labore, não demonstrando outra fonte de renda, qualquer que seja, além da empresa que administravam, gera um indício suficiente de que algo errado estava.

Repita-se, não houve qualquer comprovação da origem deste dinheiro, nem mesmo da capacidade econômica dos sócios da empresa para efetuarem tão altos empréstimos a ela.

Os extratos da conta corrente, aliás, não demonstram a capacidade econômica, ao revés, não justificam a vultosa quantia injetada na empresa.

Válidas, nesse sentido, as ponderações efetuadas pelo Conselho Estadual de Contribuintes, que em seu julgamento aduziu que:

"a documentação mínima exigível para a configuração da legalidade e realidade dos empréstimos que deveria ter sido apresentada pela recorrente seria:

"a) documentação comprobatória da origem do numerário e não a mera apresentação de extratos bancários de parte dos 'emprestadores' que, ao contrário do que pretende a recorrente, apenas demonstram que os 'supostos emprestadores' não possuíam dinheiro suficiente em conta bancária para emprestar à empresa, conforme quadro explicativo de folhas 114 a 117 e cuja transcrição é dispensada na presente decisão porque a reclamante, melhor que ninguém, deve conhecer a exata situação financeira dos seus sócios;

"b) documentação comprobatória do ingresso de capital na empresa;

"c) documentação comprobatória da devolução dos recursos financeiros aos emprestadores e não notas

promissórias emitidas a bel-prazer apenas para fazer prova contra o ato fiscal. As devoluções, bem como os ingressos, quando verdadeiros, devem restar perfeitamente documentados e registrados em tempo hábil;

"d) e, por fim, documentação comprobatória da fonte de renda dos emprestadores, ou melhor, demonstração da capacidade financeira de cada um deles" (fls. 631/632).

Constatado o fato, deveria procurar, conforme determinação do próprio Fisco, justificar a origem dos empréstimos, não o fazendo no procedimento fiscal, nem no presente processo penal.

Não, não somente não apresentou a justificativa para a origem do dinheiro, nem mesmo a capacidade econômica dos sócios para fazê-lo, mas também apresentou, como justificativa, notas promissórias completamente irregulares.

Irregulares porque, por empréstimos com origem nos idos de 1991 e 1992, em que a moeda em vigor era o então Cr\$ (Cruzeiro) ou CR\$, (Cruzeiro Real), as respectivas notas promissórias lançadas para justificar sua entrada foram emitidas, senão menos, em R\$ (Real), dando-se conta de que as notas foram lançadas, tão-somente, para justificar a entrada do dinheiro.

Outras irregularidades, aliás, restam presentes nas notas emitidas, senão vejamos:

"c) na NP de 9/10/91 consta como vencimento o dia 31/4/93 -- uma inovação, a existência do trigésimo primeiro dia no mês de abril;

"d) na NP de 9/9/94 no valor de R\$ 10.200,00 temos que o empresta-

dor é o Sr. Jaime Darcy Nasatto. Já no livro Diário (livro 4 — folha 27) consta como prestador a Metalúrgica Polifer Ind. Com. Ltda., empresa interdependente da III N do Brasil Ltda.

"e) a NP de 1º/1/92 no valor de R\$ 15.000.000,00 foi emitida em um feriado. A NP de 8/3/92 no valor de R\$ 10.000.000,00 foi emitida num domingo. E a NP de 9/8/92 no valor de R\$ 60.000.000,00 também foi feita num domingo. Não seria impossível a ocorrência de operações comerciais nestes dias, porém, também não é muito comum o fechamento de operações de empréstimos durante domingos e feriados;

"f) por fim, se é claro e óbvio que as NPs foram datilografadas posteriormente a 1º/7/94 (quando da implantação do Real -- R\$), como poderiam os sócios ter recebido as devoluções de empréstimos nos anos de 1991/1992/1993/1994 (até 30/6/94), como podemos constatar no verso das promissórias" (fls. 586/587).

Ora, as notas não condizem com a realidade, do que apresentaram declaração falsa tão-somente com o intuito de ludibriar o Fisco, e verem-se livres das notificações que estavam para lhes pesar.

Existe uma série de indícios nos autos que nos dão a certeza necessária a lograr-se um decreto condenatório, não somente pelas provas indiciárias acostadas, mas também pelos próprios depoimentos acostados aos autos.

O depoimento do fiscal de tributos que lavrou a notificação de fl. 16 é claro ao apontar que os acusados não lograram êxito em comprovar suas capacidades financeiras para reali-

zar ditos empréstimos, do que restaram notificados (fls. 458 e 467), afirmando, ademais, que incomum o fato de os sócios emprestarem dinheiro à empresa, já que, de regra, o sócio faz retirada de capital.

O próprio contador da empresa, Nô Euclides Mafra confirmou que os empréstimos eram feitos pelos sócios para cobrir gastos feitos com a aquisição de mercadorias e que as notas promissórias efetivamente só foram preenchidas após a fiscalização, por orientação do próprio fiscal, já que entendia ser desnecessário, haja vista tratar-se de empresa familiar. Disse, porém, que "os acusados não conseguiram comprovar para a Receita a disponibilidade financeira de suas pessoas físicas referentemente aos empréstimos representados pelas promissórias, até porque o dinheiro que teria emprestado à empresa provinha de venda de caminhões dos quais eram proprietários, sendo que muitas vezes ditos caminhões não estavam em nome dos mesmos, daí sendo difícil a comprovação através de documentos", e que "o livro de inventário foi extraviado e até o momento não foi recomposto, apesar de existir a possibilidade através do livro de entrada e saída de mercadorias, havendo porém a dificuldade porque não existe dado referente ao estoque anterior" (fls. 472/473).

A testemunha Liziane Hoppe Agostini, em seu depoimento prestado à fl. 475, asseverou que:

"ouviu o próprio contador comentar que a empresa fazia algumas vendas sem notas fiscais" (fl. 475).

Ademais, em seus interrogatórios, os próprios acusados assevera-

ram que “emprestaram” dinheiro à empresa (fls. 344 e 345).

Denota-se, dessa forma, que a prova documental é suficientemente respaldada pelos depoimentos coletados nos autos, demonstrando-se, com isso, que efetivamente fictícios os empréstimos dos acusados realizados à empresa.

O tipo penal restou suficientemente preenchido, sendo elucidativa, mais uma vez, a autoridade fiscal que, ao responder a pergunta se os acusados prestaram declarações falsas de modo a suprimir ou reduzir o tributo, assim disse:

"O contribuinte declarou o recebimento de empréstimos de sócios durante o período de 1991 a 1995, no entanto tais operações eram fictícias, haja vista não haver nenhuma comprovação de origem de numerários, e do ingresso do capital nas contas da empresa. Tais lançamentos contábeis de empréstimos à empresa são efetuados com o intuito de camuflar ingresso de dinheiro gerado através de venda de mercadorias sem a emissão de nota fiscal ou em valores menores que os reais. Melhor explicando, aqueles numerários oriundos das vendas desacobertadas por notas fiscais são 'esquentados' ou justificados para efeitos fiscais como se fossem empréstimos dos sócios ou de empresas interdependentes à firma em questão.

"Em suma, a informação falsa foi a de existência dos empréstimos à firma, sendo que foram inseridos nos Livros Diários (constantes do anexos VII a XI) e foram materializados ou documentados através de notas promissórias também juntadas a esta peça (anexo IV)" (fl. 11).

Acerca do tema, aliás, pertinente as lições de Andreas Eisele que, ao citar diversas formas em que configurado o crime de sonegação fiscal, apontou a seguinte:

"O comerciante pode retardar o registro (lançamento nos livros comerciais e fiscais) de operações de saída, ou antecipar os registros de entrada de parte dos pagamentos feitos a fornecedores, assim como pode simular o recebimento de rendas (entradas de receitas sem origem, como um empréstimo fictício) para dissimular o suprimimento de caixa sem origem regular, em determinado momento, compensando a ausência momentânea de receita declarada disponível com ocasião posterior em que ocorrerá o aporte registrado. A falta de sucessividade normal dos registros em face das operações, ou dissintonia temporal entre as operações e a escrituração, é indício de 'estouro de caixa'. No caso, presume-se que houve saída de mercadorias ou serviços sem emissão de documento fiscal e seu respectivo registro contábil, sendo apurável tal fato pela reconstituição cronológica dos lançamentos" (*in Crimes contra a Ordem Tributária*, Ed. Dialética, SP, 1998, págs. 221/222).

Os autos são claros e as provas são lúcidas e convincentes o suficiente para imputar-se aos ora acusados a prática dos delitos descritos nos incisos I, II, IV e V, do artigo 1º da Lei n. 8.137/90.

Plenamente aplicável ao presente caso a ementa que segue:

"Sonegação fiscal. Suprimimento de caixa não justificado através de registro nos livros e documentos fiscais próprios. Comerciante que não comprovou, durante a instrução proces-

sual, a origem do numerário. Presunção de lesão à Fazenda Estadual, pelo não recolhimento do ICMS respectivo. Condenação mantida nos termos da Lei n. 8.137/90" (Apelação Criminal n. 33.412, de Biguaçu, rel. Des. José Roberge).

Por fim, resta analisarmos a pretensão dos apelantes de ver minorada a pena a eles imputada, afirmando que inaplicável, ao caso, a figura do crime continuado, isso porque a denúncia baseou-se, tão-somente, em uma notificação fiscal.

Equivocado seu entendimento!

Há que ser reconhecida a continuidade delitiva -- art. 71 do Código Penal, haja vista a reiterada prática delitiva pelos apelados (mês a mês, do ano de 1991 a 1995), conforme demonstrado pelos documentos de fl. 20 (afastando-se a pretendida alegação de unicidade de notificação), que implica necessariamente no reconhecimento da causa especial de aumento de pena, pois, como bem disse o ilustre Procurador de Justiça, às fls. 775/776.

Consta dos autos que os recorridos, em diversas vendas de mercadorias, suprimiram, de forma dolosa, o ICMS devido ao Fisco estadual, pela omissão das operações tributáveis em livros e documentos fiscais, sendo que sua conduta ocorreu entre os anos de 1991 a 1995, conforme documentos de fl. 20.

Tendo em vista que o imposto relativo ao ICMS é recolhido mês a mês, a cada interregno de trinta dias o apelado consumava um dos crimes de sonegação fiscal descritos na denúncia, ou no espaço de tempo descrito na apuração de referida folha.

Estão presentes, assim, os requisitos ensejadores da continuidade delitiva, ou seja: os agentes, mediante mais de uma ação praticaram diversos crimes da mesma espécie e, pelas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, o que faz com que os subsequêntes sejam continuação do primeiro.

Aliás, nesse sentido, entende Pedro Roberto Decomain:

"Existe ainda a possibilidade da ocorrência de crime continuado nas infrações previstas pelo artigo 1º da Lei. Tributos que são recolhidos em períodos de tempo relativamente próximos, geralmente de forma mensal. É o que ocorre, por exemplo, com o ICMS e com o IPI. Também as contribuições devidas à Previdência Social são recolhidas mensalmente. Nesses casos, se a cada mês o contribuinte envia qualquer das práticas previstas pelos incisos do art. 1º, ou mesmo várias delas ao mesmo tempo, para reduzir ou suprimir tributo, ocorrerá nítido caso de crime continuado. Estarão presentes vários crimes, realizados através de ações ou omissões todas semelhantes, com nítida proximidade temporal, além da similaridade do local" (*in* Crimes contra a Ordem Tributária, 2ª ed., Ed. Obra Jurídica, pág. 72).

Assim, os comerciantes que realizam operações de modo contínuo praticam fatos que periodicamente ensejam a incidência da tributação, com a reiterada obrigação do recolhimento dos valores respectivos, a título de ICMS.

No desempenho de suas atividades, podem vir a praticar fatos típicos penais durante diferentes períodos, que possuam as mesmas caracte-

rísticas, formando um todo homogêneo, de modo a ser, as condutas posteriores, mera complementação da anterior, não obstante se tratar de delitos autônomos.

Tal é a hipótese do ICMS, que é apurado mensalmente e, se não recolhido na data respectiva por reiteradas vezes referente a períodos de apuração subseqüentes, caracteriza a continuidade entre as práticas delituosas.

O crime restou consumado mensalmente, independentemente do número de notificações emitidas pelo Fisco, ou seja, a consumação do delito se perfaz pela conduta descrita no tipo penal, não com o número de notificações emitidas pelos agentes fiscais.

Concretizados os tipos penais nos meses descritos à fl. 20, independente, para o reconhecimento da continuidade delitiva, o número de notificações lançadas, sendo válido, tão-somente, a quantidade de delitos efetivamente consumados.

Na mesma esteira, posiciona-se a jurisprudência:

"Continuidade delitiva caracterizada. Crime que ocorreu a cada data de recolhimento do ICMS. As mesmas circunstâncias que determinaram o desígnio da conduta antecedente se reiteraram periodicamente" (Apelação Criminal n. 99.003306-6, de Itajaí, rel. Des. Genésio Nolli).

Ademais, consoante entendimento esposado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, "Conhecida

é a distinção entre o delito habitual e a *fictio juris* do crime continuado. O primeiro deles se compõe de uma série de atos, cada um dos quais é impunível, considerado individualmente, ao passo que no crime continuado cada ação constitui, por si só, um delito" (RT 437/393).

No caso em comento, não se pode afirmar que a supressão de um imposto é, isoladamente, um ato impunível, motivo pelo qual deve ser afastada a tese do crime habitual lançada pelos apelantes.

Nesses termos, é de manter-se incólume a bem-lançada decisão *a quo*.

III — Decisão

Ante o exposto, por votação unânime, é de negar-se provimento ao recurso interposto, mantendo-se incólume a bem-lançada decisão hostilizada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 9 de abril de 2002.

Sérgio Paladino,

Presidente com voto;

Sérgio Roberto Baasch Luz,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.002535-6, DE SÃO CARLOS**Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz**

Júri — Tentativa de homicídio qualificado pela surpresa — Desistência voluntária — Desnecessidade de quesito próprio — Nulidade inócurrenente — Alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos não comprovada — Concurso material entre o delito de homicídio e porte ilegal de arma — Possibilidade — Recurso improvido.

Desnecessária a formulação de quesito específico concernente à tese da desistência voluntária, posto que mencionada circunstância já se encontrava embutida naquele referente à tentativa. A rejeição de tal quesito é suficiente para o atendimento da pretensão defensiva.

Estando as alegações do réu de inexistência de animus necandi, desistência voluntária e não ocorrência da qualificadora da surpresa em contradição com os depoimentos de testemunhas presenciais, não se pode acoimar a decisão dos jurados, que as rejeitou, de manifestamente contrária à prova dos autos, devendo prevalecer o veredicto, em homenagem à soberania das decisões do Tribunal do Júri, princípio constitucionalmente garantido.

Não fica absorvido pelo delito de homicídio o crime tipificado no art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, quando se verificar que o agente portava a arma permanentemente em momento anterior e não somente naquele em que disparou contra a vítima, caracterizando duas condutas autônomas, ensejando, assim, ilícitos independentes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.002535-6, da comarca de São Carlos, em que é apelante Cláudio Correia Leite, e apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas legais.

I — Relatório

Na comarca de São Carlos, o Ministério Público ofereceu denúncia contra Cláudio Correia Leite, pela prática dos seguintes atos delituosos:

"Em 2 de agosto de 1998, por volta das 17h40min, na Rua Porto União, n. 555, na cidade de Águas de Chapecó, no estabelecimento comercial conhecido como 'Bar do Gilmar', o denunciado Cláudio Correia Leite, armado com um revólver marca Rossi, calibre 38, n. D629193 (termo de

apreensão de fl. 14), com evidente *animus necandi*, desferiu um tiro contra Setembrino da Silva, atingindo-o na região inguinal esquerda e provocando as lesões descritas no auto de exame de corpo delito de fl. 13.

"O denunciado só não conseguiu matar a vítima Setembrino da Silva por circunstâncias alheias à sua vontade, no caso, ter a vítima fugido e rapidamente ter recebido atendimento médico.

"O denunciado agiu em razão de motivo fútil, qual seja, ter a vítima se envolvido anteriormente em uma discussão com terceira pessoa no bar de propriedade do denunciado. O denunciado, ainda, ao agir de modo inesperado e repentino, sacando a arma que trazia escondida às costas, utilizou-se de recurso que dificultou a defesa da vítima, pois ela foi tomada de surpresa, já que não tinha razão para esperar nem suspeitar da agressão.

"O denunciado Cláudio Correia Leite portava o revólver marca Rossi, calibre 38, n. D629193, por ele empregado para atirar na vítima Setembrino da Silva (termo de apreensão de fl. 14), sem autorização da autoridade competente e em desacordo com determinação legal (falta de registro)".

Concluída a instrução, foi o acusado pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV, c/c art. 14, II, ambos do CP, e art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, e, submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, restou condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, por infração ao art. 121, § 2º, IV, c/c art. 14, II, do CP, em regime integralmente fechado, e à pena de 1 (um) ano de de-

tenção por infração ao art. 10 da Lei n. 9.437/97, em regime aberto.

Inconformado, apela o acusado, argumentando ter ocorrido cerceamento de defesa ante o indeferimento de quesito específico sobre a desistência voluntária, tese defensiva. Além disso, defende ter sido a decisão condenatória manifestamente contrária à prova dos autos, em face da ausência de prova acerca do *animus necandi*, bem como pelo reconhecimento da qualificadora da surpresa, quando havia prova de que houve discussão entre acusado e vítima antes do disparo.

Argumenta, também, que o crime de porte ilegal de arma teria sido absorvido pelo delito de tentativa de homicídio, não podendo prevalecer a condenação respectiva.

Finaliza requerendo seja submetido a nova sessão do Tribunal do Júri, ante o cerceamento de defesa ocorrido, ou, alternativamente, para afastar a qualificadora da surpresa, adequando-se a dosimetria da pena.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a esta instância, em que a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu desprovimento.

II — Voto

Inicialmente, anota-se que, apesar de não ter o apelante indicado os dispositivos legais em que se fundamenta o recurso contra a decisão do Tribunal do Júri, ele será conhecido, ficando, no entanto, restrito aos motivos indicados nas razões respectivas, posto que, como é sabido, a apelação, no júri, tem natureza restri-

ta, não devolvendo à superior instância o conhecimento integral da causa.

Passamos, então, à análise do alegado nas razões recursais:

1. Nulidade na quesitação

Nenhuma nulidade apresenta a quesitação submetida à votação pelo Tribunal do Júri.

Com efeito, desnecessária a formulação de quesito específico concernente à tese da desistência voluntária, posto que mencionada circunstância já se encontrava embutida naquele referente à tentativa. "É que os institutos da desistência voluntária e da tentativa apresentam características comuns, pois em ambos ocorre uma ação do agente visando à produção de um resultado lesivo que, contudo, não chega a consumir-se, daí por circunstâncias opostas: na tentativa, conforme dispõe o art. 14, II, do Código Penal, por circunstâncias alheias à vontade do agente; na desistência voluntária por manifestação de vontade do próprio agente, que necessita portanto estar revestida de voluntariedade" (Apelação Criminal n. 00.010273-3, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Julio Fabbrini Mirabete ensina que "na desistência voluntária, o agente, embora tenha iniciado a execução, não a leva adiante, desistindo da realização típica. (...) Para que ocorra a hipótese prevista no dispositivo, a desistência deve ser voluntária, ou seja, que o agente não tenha sido coagido, moral ou materialmente, à interrupção do *iter criminis*" (Manual de Direito Penal, vol. 1, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, pág. 158).

Assim, se os jurados respondessem negativamente ao 2º quesito:

"Assim procedendo, o réu Cláudio Correia Leite iniciou a execução do crime de homicídio contra a vítima que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade?" (fl.154), estariam reconhecendo a desistência voluntária. Tendo, porém, reconhecido a tentativa, restou prejudicada a tese sustentada pela defesa, sendo inviável a formulação de outro quesito substanciado unicamente na ocorrência da referida circunstância.

Nessa linha a lição de Hermínio Alberto Marques Porto:

"A tese defensiva que afirma, buscando o afastamento da tentativa, a desistência voluntária ou o arrependimento eficaz (art. 15 do CP), é satisfeita com a negativa dos jurados ao segundo quesito (da intenção de praticar um fato definido como crime, ou quesito da tentativa) do questionário, daí ser imprópria a formulação de quesitos especiais tratando das duas teses referidas, pois conseguem definição implícita com a mencionada negativa" (Júri, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1990, pág. 168).

Também:

"Não há necessidade de formulação de quesitos especiais, em face das teses defensivas da desistência voluntária ou do arrependimento eficaz. A resposta negativa em relação ao segundo quesito do questionário da tentativa já basta para o reconhecimento de uma ou outra dessas teses. Se a consumação não foi alcançada por clara manifestação da vontade do agente, ou porque este quis abandonar a execução do crime quando ainda lhe sobrava, do ponto de vista objetivo, uma margem de ação ou porque, encerrado o processo executório, quis

evitar a sobrevinda do resultado, não há mais cuidar de tentativa. A rejeição do segundo quesito é suficiente para o atendimento da pretensão defensiva, quer se entendam a desistência voluntária e o arrependimento eficaz como hipóteses de carência típica, quer se considerem ambas como causas inominadas de extinção de punibilidade" (Adriano Marrey, Alberto Silva Franco, Rui Stoco. Teoria e Prática do Júri, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, págs. 517/518).

A jurisprudência não discrepa:

"Penal e processual — Júri — Nulidade — Tentativa de homicídio — Desnecessidade de quesito a respeito da desistência voluntária — Tentativa — Pena — Critério para a aplicação — Reincidência — Inocorrência — Recurso parcialmente provido — Precedentes jurisprudenciais.

"Tendo o Conselho de Sentença decidido que houve tentativa de homicídio, não cabe a quesitação da desistência voluntária, já que incompatível com a tentativa" (Apelação Criminal n. 01.001062-9, de São Carlos, rel. Des. Amaral e Silva).

"No julgamento pelo Tribunal do Júri, em casos de tentativa de homicídio, as teses de desclassificação para lesões corporais, desistência voluntária ou arrependimento eficaz (art. 15, CP) são satisfeitas com a negativa, pelos jurados, ao segundo quesito (da tentativa), sendo imprópria e desnecessária a formulação de quesitos especiais, pois se o quesito (2º) for afirmado, as referidas teses implicitamente cairão; se negado, a queda terá sido da própria tentativa" (Apelação Criminal n. 99.011740-5, de Pinhalzinho, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

2. *Decisão manifestamente contrária à prova dos autos*

Alega o apelante não estar comprovado tenha agido com *animus necandí*, eis que não visou nenhum órgão vital da vítima, observando que o auto de exame de corpo de delito aponta como sede das lesões a região inguinal esquerda, o que a acusação teria interpretado como sendo a região abdominal, mas na literatura médica esse termo indicaria a região da virilha.

Irrelevante, no entanto, que a vítima tenha sido atingida na virilha e não na região abdominal, eis que, de qualquer forma, nota-se que o agente apontou para região vital do corpo daquela, quando estava sentada e ferida, demonstrando se não intenção inequívoca de tirar-lhe a vida, ter assumido o risco de produzir tal resultado, plenamente previsível.

Essa versão, acolhida pelos jurados, encontra respaldo na prova testemunhal colhida. Senão vejamos:

João Gilmar Mai, dono do estabelecimento em que ocorreram os fatos, na fase policial, afirmou:

"que por volta de 17h30min o declarante encontrava-se jogando uma partida de bocha em seu bar, ora alugado, acompanhado de alguns amigos quando lhe chamaram dizendo que uma pessoa precisava de ajuda; que adentrando ao bar o declarante encontrou a vítima toda suja de sangue, sendo que sangrava muito na cabeça; que o declarante pediu que a vítima sentasse a porta do estabelecimento que procuraria socorro para a mesma; que assim sendo deixou a vítima sentada a porta do bar e foi até o posto de gasolina, do outro lado da rua de onde telefo-

nou para a Polícia Militar comunicando que a vítima estava machucada e necessitava de socorro; que retornou e quando adentrava novamente ao bar observou o conduzido aproximando-se, vindo da direção da Hidroeste, isto é, direção contrária a seu bar e residência; *que trocou algumas palavras com a vítima, dizendo a esta 'eu não te proibi de ir ao meu bar'; que dizendo estas palavras o conduzido sacou de um revólver que portava na cintura, 'nas costas' e disparou contra a vítima que estava sentada a sua frente a uma distância aproximada de três metros; que a vítima recebendo o impacto do disparo cambalou bar adentro indo cair dentro da cancha de bocha"* (grifei) (fl. 8).

Tal depoimento é confirmado por Arnaldo Alves Dias, que também presenciou os fatos:

"que o conduzido aproximou-se da vítima, parou a frente desta, estando o declarante junto a vítima e lhe perguntou, 'foi você que aprontou no meu bar'; que a vítima tentou explicar falando acerca de um cheque e dizendo que queria o troco em dinheiro ao que entendeu o declarante; que desta feita o conduzido lhe respondeu 'a então foi você que aprontou no meu bar, então tem que morrer' e inesperadamente sacou de um revólver que trazia na cintura, 'nas costas' e 'a queima-roupa' disparou contra a vítima sentada a sua frente; que em vão a vítima pediu ao conduzido que não atirasse, sem que este a ouvisse; que o declarante assustado saltou para trás e a vítima ao receber o tiro saiu cambaleando para o interior do bar" (grifei) (fl. 9).

Essas afirmações foram repetidas pelas testemunhas em Juízo (fls.

57 e 61), e denotam que o réu efetivamente disparou contra a vítima com a intenção de tirar-lhe a vida, em represália à briga acontecida em seu bar, que teria sido provocada por esta, não conseguindo seu intento por circunstância alheia a sua vontade, qual seja, o pronto socorro prestado a ela, que, estando à porta do bar, com o tiro, abrigou-se lá dentro.

Discorrendo sobre o elemento subjetivo no crime de homicídio, Heleño Cláudio Fragoso leciona:

"O propósito homicida será, em regra, revelado pelas circunstâncias em que a ação é praticada, podendo ser indícios valiosos, a índole do acusado, suas precedentes manifestações de ânimo, a causa de seu comportamento delituoso, a natureza dos meios empregados, o local e a quantidade dos golpes desferidos, quando sua direção foi dependente da vontade" (*in* Lições de Direito Penal, Parte Especial, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, pág. 44).

No caso, como dito, o acusado foi ao encontro da vítima com a arma oculta, com o intuito de revidar o acontecido em seu estabelecimento, e atirou de inopino, visando o tronco, região em que localizados vários órgãos vitais, estando, por essas circunstâncias, evidenciado seu intento homicida.

Acerca do tema, colhe-se da jurisprudência deste Tribunal:

"Júri. Tentativa de homicídio. Desclassificação para lesões corporais leves. Pretensão do Ministério Público de anular a decisão do conselho de sentença por ser esta manifestamente contrária à prova dos autos. Existência do *animus necandi* amparada pelas

circunstâncias dos fatos comprovadas nos autos. Recurso provido.

'A tentativa também se revela pelos atos praticados pelo agente, aliados à natureza e sede das lesões sofridas pela vítima; se ele não só feriu a vítima em região letal, mas também se evidenciou que tinha o objetivo de matá-la, não se trata de lesão corporal, mas de homicídio tentado diante do evidente *animus necandi*'" (Ap. Crim. n. 98.007031-7, de Rio Negro, rel. Des. Álvaro Wandelli).

A versão apresentada pelo réu, de ter apenas atirado para o chão e de que teria sido provocado pela vítima quando passava, tendo-a atingido quando a ela estava em pé, restou isolada, sem qualquer apoio na prova testemunhal.

É sabido que não se pode aceitar como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados, quando se apoiou na versão que achou mais verossímil, mesmo que fosse fraca ou duvidosa, destacando-se ainda que na hipótese de dúvida, nesses tipos de julgamento, ao contrário do indicado pela defesa, é incabível a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Julio Fabbrini Mirabete explica que "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 dos autos 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" (Código de Pro-

cesso Penal Interpretado. São Paulo, Atlas, 2002, pág. 1.481).

O dolo com que agiu o apelante restou, como visto, plenamente comprovado nos autos, bem como o fato de não se ter consumado o delito por circunstância alheia à sua vontade, uma vez que realizou todos os atos executórios capazes para consumir o delito de homicídio, não havendo como ver configurada a tese de desistência voluntária afastada pelo corpo de jurados ao acolher a hipótese de homicídio tentado.

O acusado praticou ato por si suficiente para causar o resultado letal — tiro de arma de fogo disparado contra o tronco da vítima, que, estando sentada à porta de um bar, caiu para dentro, recebendo rápido socorro, o que impediu a consumação do ilícito.

Após desferir o tiro, não fez o réu qualquer gesto no sentido de socorrer a vítima; na realidade, ao afastar-se do local, indicou ter pensado que o disparo fora suficiente para atingir seu intento. Assim valoraram os jurados, juízes naturais da causa, a prova coligida.

Não há como acoimar, também, de manifestamente contrária ao elenco probatório a decisão dos jurados que admitiu que o réu cometeu o delito usando de recurso que dificultou a defesa do ofendido (surpresa).

Efetivamente, dos depoimentos citados, percebe-se que a vítima estava sentada à porta de um bar quando o réu aproximou-se, trazendo a arma nas costas, e após breve discussão sacou da referida arma e, com a vítima ainda sentada, desferiu-lhe um tiro.

Não restou plenamente comprovada a existência de desentendimen-

tos anteriores entre réu e vítima, mas, ainda que houvesse, não elidiriam a qualificadora, tendo em vista as circunstâncias antes apontadas de ter a vítima sido, naquele momento, colhida de surpresa, aproveitando-se ainda o réu do fato de estar ferida e sem condições de oferecer resistência.

Corroborar a evidência de a vítima não esperar a ação do réu o fato de permanecer sentada quando este se aproximou, com a arma oculta, sendo colhida evidentemente desatenta e indefesa.

Mesmo que se quisesse dar credibilidade aos argumentos defensivos (ausência de *animus necandi*, desistência voluntária e inexistência de recurso que dificultou a defesa da vítima), seria inviável anular o julgamento com fundamento na alínea *d* do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, pois, havendo duas versões, mister prevalecer o veredicto dos jurados, em homenagem à soberania das suas decisões, princípio constitucionalmente garantido.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

"Apelação criminal.

"Tribunal do júri. Homicídios tentado e consumado. Apelante que não logrou demonstrar a existência de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Legítima defesa e desistência voluntária não comprovadas. Versão defensiva isolada do contexto probatório.

"Para ser a decisão contrária à prova dos autos, deve ela divorciar-se por completo da prova coligida. Havendo respaldo em farta prova testemunhal, não há como assim considerá-la.

"Jurados que adotaram uma das versões existentes nos autos. Soberania das decisões do júri.

"Recurso desprovido" (Apelação Criminal n. 00.020153-7, de São Francisco do Sul, rel. Des. Genésio Nollí).

"Homicídio qualificado pela surpresa — Duplicidade de versões — Conselho de Sentença que acolheu a que entendeu mais consentânea com os elementos colhidos — Decisão que não se apresenta manifestamente contrária ao conjunto probatório — Manutenção do veredicto — Homenagem ao princípio da soberania dos julgamentos do Tribunal do Júri, constitucionalmente garantido.

"Tentativa - Redução que deve ser aplicada de acordo com o *iter criminis* percorrido pelo agente — Sentença suficientemente fundamentada tocante à mitigação em ½ — Pena bem dosada.

"Recurso defensivo improvido" (Apelação Criminal n. 00.015693-0, de Descanso, rel. Des. Jorge Mussi).

"Júri — Tentativa de homicídio — Decisão contrária à prova dos autos — Inocorrência — Veredicto com suporte na prova — Confissão espontânea não reconhecida — Condenação mantida.

"Somente há decisão manifestamente contrária à prova dos autos quando se apresenta de todo absurda, chocante e aberrante de qualquer elemento de convicção colhido no decorrer do inquérito, da instrução ou do plenário; tal decisão destituída de qualquer fundamento ou base no processo não se confunde com aquela que opta por uma das versões apresentadas, mesmo que apoiada em prova suspeita ou fraca.

"Encontrando o veredicto dos jurados suporte em uma das versões existentes nos autos, verossímil e com lastro em declarações de testemunhas inquiridas, impossível reconhecê-lo como manifestamente contrário à prova dos autos" (Apelação Criminal n. 00.010273-3, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

3. *Crime de porte ilegal de arma*

Requer o apelante seja aplicado o princípio da consunção para expungir da condenação a pena referente ao crime de porte ilegal de arma, que entende estaria absorvido pelo delito de homicídio tentado.

Observa-se que, reconhecido o crime em estudo pelos jurados, a tese da absorção reduz-se à questão de direito, relacionada à aplicação da pena, a ser considerada pelo magistrado ao aplicar a sanção, pelo que poderia ser reconhecida nesta instância, sem ofensa ao princípio da soberania do veredicto do Tribunal do Júri.

Aplica-se o princípio da consunção ou absorção quando a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime.

No caso, o apelante, em seu interrogatório, além de confirmar que a arma apreendida em seu poder não era registrada e que não possuía autorização para porte, afirmou que a possuía há dois anos, e na fase policial afirmou:

"(...) *que na oportunidade dos fatos o declarante já portava seu revólver na cinta; que por vezes costuma andar armado e na oportunidade jogava baralho no bar do 'Carlinhos' com seu revólver na cinta; que o declarante não possui autorização para portar a referida arma que sequer é registrada no órgão*

competente; que a referida arma o declarante comprou de um acampado no município de Abelardo Luz—SC há bastante tempo" (fl. 10) (grifei).

A arma foi apreendida em poder do acusado em sua casa, após os fatos, ficando claro pelo trecho citado de seu depoimento que possuía a arma há algum tempo e que costumava portá-la, ciente de que não possuía autorização para tanto e que a arma não era registrada. No dia dos fatos, inclusive, o apelante já portava a arma quando jogava cartas com amigos, em momento distinto, portanto, ao do cometimento do delito de homicídio tentado.

Assim, não há como entender que tal crime estaria absorvido pelo homicídio, posto que o apelante não portava a arma tão-somente por ocasião da prática de tal delito. Na realidade, o porte ilegal de arma já restara consumado anteriormente, consoante confissão do próprio acusado, não se tratando de mero *ante factum* impunível, uma vez que não ficou restrito à fase preparatória do homicídio, como na jurisprudência citada nas razões do recurso.

Acerca da possibilidade da ocorrência de concurso material entre homicídio e porte ilegal de arma, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"*Habeas corpus*. Homicídio tentado. Porte de arma proibida. § 2º, art.10, da Lei n. 9.437/97. Possibilidade, em tese, de concurso material. Aplicação do princípio da consunção. Exame aprofundado de provas. Tribunal do júri.

"O crime de porte ilegal de arma proibida pode ter autonomia em relação ao crime de homicídio tentado. Aplicação do princípio da consunção que de-

manda aprofundado exame de provas, incabível nesta via.

"Não há como afastar, de plano, alegação de porte ilegal de arma proibida havendo indícios que escorem a acusação e pendendo o processo de julgamento por parte do Tribunal do Júri.

"Ordem denegada" (HC n. 17.327/RJ, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 22/10/2001, pág. 341).

No mesmo sentido:

"Direito e processo penal. Pronúncia. Homicídio qualificado e porte ilegal de arma. Legítima defesa. Motivo torpe. Princípio da consunção. Concurso de crimes. Duvidosa a legítima defesa alegada, não se justifica a absolvição sumária, só decretável quando houver prova plena de excludente de criminalidade em tela. Evidentemente inócua a qualificadora do motivo torpe, referida na denúncia, deve ser afastada na decisão que envia o réu a júri. *Como, na hipótese, o acusado já portava ilegalmente a pistola, com a qual atirou, muito antes do disparo fatal, e não o fazia especificamente para matar o ofendido, inaplicável o princípio da consunção.* Envolvendo matéria concernente à aplicação da pena, a pro-

núncia não deve fazer menção à forma de concurso de crimes" (sem grifos no original) (TJPR, Recurso em Sentido Estrito n. 09899500, rel. Trotta Telles, j. 29/11/2001).

No caso sob estudo, da declaração do acusado colhe-se que o porte de arma já ocorria como crime permanente, conduzindo ao reconhecimento de duas condutas autônomas e, em consequência, de ilícitos independentes. Não se pode, assim, acolher a tese defensiva também nessa parte.

III — Decisão

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 4 de junho de 2002.

Sérgio Paladino,

Presidente, com voto;

Sérgio Roberto Baasch Luz,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.003112-7, DE PORTO UNIÃO

Relator: Des. Newton Janke

Latrocínio — Tentativa — Subtração consumada — Homicídio tentado — Aberratio ictus — Desclassificação para roubo qualificado — Inadmissibilidade.

A coexistência do roubo consumado com o homicídio tentado configura a tentativa de latrocínio e não apenas roubo qualificado, sendo irrelevante o fato de o acusado ter, por erro de execução, alve-

jado seu próprio comparsa quando seu desígnio era atingir a vítima.

Concurso de pessoas — Réus que não pretendiam atentar contra a vida da vítima, mas somente participar do assalto — Desclassificação para roubo qualificado pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma de fogo — Condenação mantida, agravada, porém, com a causa especial de aumento prevista na parte final do art. 29, § 2º, do CP.

Demonstrado pelas circunstâncias que não era intuito dos co-autores participar do latrocínio, mas apenas do roubo, embora previsível a hipótese de que, estando armado um dos co-réus, poderia este — como ocorreu — atirar na vítima, devem aqueles ser responsabilizados por roubo qualificado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo, agravada a pena pela causa especial de majoração contemplada na parte final do § 2º do art. 29 do Código Penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.003112-7, da comarca de Porto União (1ª Vara), em que é apelante a Justiça por seu Promotor, sendo apelados Oziel Ramos da Silva, Eliel Ramos da Silva e Rogério Ferreira:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria, dar provimento parcial ao recurso, vencido o Des. Irineu João da Silva que lhe dava provimento integral.

Custas de lei.

Na comarca de Porto União (1ª Vara), Oziel Ramos da Silva, Eliel Ramos da Silva e Rogério Ferreira foram denunciados e processados como incurso no art. 157, § 3º, *in fine*, combinado com os arts. 73; 14, inc. II; 29; 61, inc. II, alínea c e, em relação ao último dos acusados, também o art. 62, inc. I, todos do Código Pe-

nal, em razão dos fatos relatados na peça exordial de fls. 2/4.

Ao término do processamento da ação, a imputação inicial foi desclassificada para o art. 157, § 2º, incs. I e II, do Código Penal, restando Oziel e Eliel apenados em 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, enquanto Rogério foi condenado à pena de 7 (sete) anos e 1 (um) mês de reclusão e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, fixando-se, para todos, o cumprimento da pena corporal no regime semi-aberto.

Inconformado, o representante do Ministério Público apelou, objetivando ver os réus condenados por latrocínio tentado, tal como indicado na denúncia, sustentando que o delito se consuma em razão do resultado mais grave ocorrido, pouco importando a existência ou não de dolo do agente em provocar a morte da vítima.

A par disso, requereu também que as penas impostas sejam resgatadas no regime fechado, posto que desfavoráveis aos réus as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Os apelados, nas suas respostas, propugnaram pela manutenção da sentença, todos enfatizando que o acusado Rogério, ao disparar o seu revólver, não tinha a intenção de matar a vítima, que, naquele momento, estava em luta corporal com o denunciado Oziel, este que, por erro de execução, acabou sendo atingido pelo projétil da arma de fogo.

Nesta instância recursal, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Segundo a unívoca versão emergente da prova, no dia dos fatos, os três acusados, após consumirem bebida alcoólica e cocaína, combinaram assaltar um posto de combustíveis.

Levando consigo um recipiente plástico, simularam pretender comprar gasolina e, então, com o emprego de um revólver portado por Rogério e de uma faca empunhada por Oziel, renderam o frentista Freddy Kunze e dois clientes que se encontravam no local.

É certo também que, em dado momento, quando já tinham se aposado do dinheiro de um dos clientes e também do numerário encontrado no caixa do estabelecimento, o frentista do posto atracou-se simultaneamente com Rogério e com Oziel. O primeiro desvencilhou-se e, vendo seu colega em luta corporal com Freddy Kunze, desfechou três disparos, um dos quais atingiu Oziel no pavilhão auricular esquerdo (fl. 25).

É fora de dúvida que o alvo visado era o frentista, daí por que o erro de execução (*aberratio ictus*) é irrelevante para descaracterizar o delito.

A sentença, para afastar a tentativa de latrocínio, considerou inexistente o *animus necandi*, agregando que "a qualificadora pelo resultado aplica-se quando a vítima é atingida por ato proposital do autor".

Antes de qualquer abordagem a respeito dessa questão, é oportuno lembrar que, em tema de crimes complexos, como é o caso do latrocínio, reina dissenso sobre as situações em que o delito se exaure na forma tentada.

De um lado, há quem sustente que "somente ocorre o latrocínio tentado quando as infrações que compõem o delito completo não alcançam a consumação" (RJTJSP 34/298). Ou seja, a tentativa de latrocínio somente se dá em face de um homicídio tentado e também de um roubo tentado.

De outro lado, proclama-se que "ocorre latrocínio tentado quando o agente, após subtrair os bens da vítima, atira contra a mesma, visando atingi-la fatalmente, e provoca-lhe lesões graves, constatadas por laudo pericial" (TACrimSP, RJD 26/625).

A primeira corrente de pensamento incorre num evidente equívoco somente explicável pelo fato de olvidar-se que o latrocínio é tipificado como delito agravado pelo seu resultado, quer concreto, quer desejado.

Malgrado sua configuração reclame os elementos tipificadores de dois delitos distintos, o latrocínio constitui um tipo unitário, assim como uma moeda que, a despeito das suas diferentes faces, representa um conjunto individualizado.

Assim, abstraída a hipótese da coexistência do roubo consumado com o homicídio consumado, cujo resultado redundava, obviamente, no latrocínio consumado, a existência do crime consumado contra a vida em paralelo ao crime tentado contra o patrimônio caracterizará, em razão do resultado morte, o latrocínio consumado.

E, do mesmo modo, o crime tentado contra a vida em concurso com o crime consumado contra o patrimônio, como é o caso dos autos, configurará, por força determinante do resultado desejado, a tentativa de latrocínio.

Com efeito, "ocorrendo subtração consumada e homicídio tentado sucedeu a tentativa de latrocínio, crime complexo, cujo elemento subjetivo é um só, o dolo, sendo que o resultado, morte tentada ou consumada, opera apenas como simples critério legal de fixação da reprimenda, não para classificação de roubo qualificado" (RT 727/536).

Assentada esta definição, tem-se como irrelevante perquirir se o réu Rogério tinha ou não a intenção de matar a vítima. O que importa é que ele disparou com o propósito de alvejá-la, tanto que o projétil atingiu seu comparsa na região da cabeça. Quer tenha sido o disparo feito com o propósito de simplesmente intimidá-la para livrar Oziel, quer tenha sido para feri-la, fato é que também poderia matá-la, retratando, na melhor das hipóteses, o dolo eventual, que mais se avulta quando, segundo as vítimas, três e não apenas um teriam sido os disparos.

Verdade é que "prescinde, o crime de latrocínio, do dolo direto no que

tange ao evento morte, porquanto o dispositivo penal que o tipifica consigna expressamente a expressão: se da violência resulta a morte" (RT 647/275).

É, igualmente, sem qualquer importância o fato de o projétil ter atingido o co-réu Oziel, pois que "o agente que, no decorrer de um assalto à mão armada, desfecha tiros com desígnio de matar a vítima, enquanto esta reage e se engalfinha em luta corporal com o outro assaltante, ferindo a vítima, mas vindo a matar por erro de execução o próprio comparsa, deve responder por latrocínio consumado e não meramente tentado" (RJTJSP 119/474).

Procede, portanto, a irresignação recursal em relação ao apelado Rogério, não se revelando, todavia, correto que a mesma solução se estenda aos irmãos Oziel e Eliel.

As evidências sugerem que, embora não seja caso de participação de menor importância, ambos já tangidos pelos efeitos da ingestão de bebida alcoólica e de cocaína, acederam ao convite de Rogério para assaltar um posto de gasolina. Eliel partiu para a empreitada desarmado, enquanto Oziel armou-se com uma faca de cozinha.

Quando o trio chegou no local dos fatos, feito o anúncio do assalto, Rogério e Oziel trataram de subtrair o dinheiro de um dos clientes do estabelecimento e da caixa registradora, enquanto Eliel mantinha sob vigilância dois fregueses que, circunstancialmente, ali se encontravam.

Tudo corria bem para os meliantes e o assalto parecia encaminhar-se para o seu desenlace quando houve a reação do frentista Freddy Kunze que, acossado por agressões de Rogério e

Oziel, revidou e entrou em luta corporal com ambos, oportunidade em que aquele acionou o revólver, vindo a acertar seu próprio parceiro de empreitada.

Embora possa ser previsível que, no desenrolar de um assalto, a vítima venha a reagir, parece plausível, ante o conjunto de circunstâncias anteriormente apontadas, que não fazia parte dos planos dos dois irmãos a prática de latrocínio, até porque nenhum deles instigou Rogério a fazer uso do revólver.

É certo que, desde que se encontraram com Rogério, sabiam que ele estava armado com um revólver. Esse fato, entretanto, não significa que houvesse uma predisposição para a prática de latrocínio, embora seguramente isso pudesse ser previsível.

A situação amolda-se, portanto, ao § 2º do art. 29 do Código Penal. Vale dizer: queriam praticar apenas o roubo, embora, ante o fato de Rogério estar armado com um revólver, fosse previsível que pudesse vir a ocorrer um latrocínio.

Em casos tais, a jurisprudência recomenda trilhar pela solução menos gravosa, conforme ilustram os precedentes a seguir colacionados:

"Provado não ser intuito do acusado participar do latrocínio, mas apenas do roubo, embora previsível a hipótese de que, estando armado o co-réu, poderia este atirar na vítima, como aconteceu, responde aquele pelo delito de roubo qualificado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo, *ex vi* do disposto no artigo 29, § 2º, do CP" (RT 608/324-5).

"Se o intuito do agente era participar tão-somente de roubo e se não

foi ele o autor dos disparos letais, inviável a sua responsabilização pelo latrocínio. Nesta hipótese, impõe-se a desclassificação para o delito de menor gravidade com agravamento da pena em razão da previsibilidade do resultado, conforme o art. 29, § 2º, do CP" (RT 672/309).

"É que o modo como se deram os fatos justifica-se aplicar ao réu a norma do § 2º do art. 29 do CP, já que tudo indica que o mesmo, na verdade, apenas e tão-somente tinha por escopo praticar um assalto ao estabelecimento comercial, não devendo, portanto, ser responsabilizado pelos fatos posteriores, aos quais não aderiu. Assim, o roubo consumou-se com o apossamento dos valores por parte do apelante e dos menores, sendo que um deles foi quem apontou a arma e ameaçou a vítima. Em seguida, quando empreendiam a fuga, foi que deu-se o homicídio, praticado por um dos menores e que vitimou o outro, em razão de *aberratio ictus*, ou seja, o disparo foi feito contra os perseguidores e veio a atingir um dos perseguidos" (RT 702/324).

O recurso ministerial deve, pois, ser provido, em parte, para condenar-se o apelado Rogério Ferreira pela prática de latrocínio tentado, enquanto os apelados Oziel e Eliei permanecem apenados pela prática de roubo qualificado pelo concurso de agentes e emprego de arma, embora com a exasperação decorrente da parte final do § 2º do art. 29 do CP.

Na avaliação das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, o único fato a ser considerado em desfavor do acusado Rogério é o de que, na preparação do delito, consumiu e forne-

ceu cocaína para seus comparsas, autorizando estabelecer a pena-base em 21 (vinte) anos de reclusão.

A comprovação coexistente das agravantes previstas no art. 61, inc. II, alínea c, e no art. 62, inc. I, ambos do CP, leva a elevar tal *quantum* para 22 (vinte e dois) anos.

Como as qualificadoras do § 2º não se comunicam ao § 3º do art. 157 do CP (RTJ 98/476), cumpre, na terceira fase da dosimetria, fazer incidir a causa especial de diminuição pertinente à tentativa. Ao ensejo dos tiros disparados, os acusados, ainda que não detivessem a posse tranqüila dos valores, já tinham deles se apoderado, o que significa dizer que considerável *iter criminis* já tinha sido percorrido e, em tais condições, não se justifica a aplicação do redutor máximo. Assim sendo, é de subtrair-se daquele montante o lapso de 11 (onze) anos, correspondente a ½ (um meio), de modo que a pena reclusiva fica consolidada em 11 (onze) anos de reclusão.

Atendidos os mesmos parâmetros, considerada a natureza grave do delito e levando-se em conta, sobretudo, a precária situação econômica do réu (art. 60, CP), a pena pecuniária é fixada em 20 (vinte) dias-multa, cada qual em valor correspondente a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo.

As circunstâncias do art. 59 do CP não militam contra os apelados Oziel e Eliel, em razão do que a pena-base é fixada no mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão.

A compensação entre a agravante da dissimulação (art. 61, inc. II, alínea c, com a atenuante da minori-

dade (art. 65, inc. I) mantém tal reprimenda inalterada nesta fase subsequente.

O concurso simultâneo de duas qualificadoras do roubo (incs. I e II, § 2º, do art. 157), sem que qualquer delas possa enquadrar-se como circunstância genérica agravante, autoriza, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal (HC n. 77.187/SP, Min. Sidney Sanches), do Superior Tribunal de Justiça (HC n. 9.219/SE, Min. Edson Vidigal) e também desta Câmara (Ap. Crim. n. 01.000568-4, de Rio do Sul, Des. Irineu João da Silva), elevar a pena em mais 2/5 (dois quintos), perfazendo o total parcial de 5 (cinco) anos, 7 (meses) meses e 6 (seis) dias de reclusão.

Aplicada a causa especial de aumento prevista na parte final do § 2º do art. 29 do CP em seu menor grau (1/6 — um sexto), dado o apoio das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, resulta que a pena definitiva dos apelados corresponde a 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão.

Atendidos os mesmos critérios de dosimetria e também considerada a precária situação econômica dos réus, a pena pecuniária fica definida em 16 (dezesesseis) dias-multa, cada qual à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo.

A irresignação recursal em relação ao regime de cumprimento resta prejudicada em relação ao apelado Rogério, seja porque a pena ora imposta, em patamar superior a 8 (oito) anos, impõe o regime fechado (art. 33, § 2º, alínea a, CP), seja porque, em razão da reclassificação do delito, definido como crime hediondo, a reprimenda

menda deve ser cumprida no regime mais rigoroso (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90).

E, em relação aos apelados Oziel e Eliel, não merece provimento porque, como visto, as circunstâncias judiciais lhes são favoráveis, não havendo, portanto, motivo para excepcionar a diretriz do art. 33, § 2º, alínea b, do CP.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial à apelação para: a) condenar o apelado Rogério Ferreira ao cumprimento, em regime fechado, da pena de 11 (onze) anos de reclusão e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, cada qual pelo valor correspondente a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, por incurso nas sanções do art. 157, § 3º, *in fine*, combinado com os arts. 61, inc. II, alínea c; 62, inc. I, e 14, inc. II, todos do Código Penal; b) condenar os apelados Oziel Ramos da Silva e Eliel Ramos da Silva ao cumprimento, em regime inicial semi-aberto, das penas de 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, cada qual pelo valor correspondente a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, por incursos nas sanções do art. 157, § 2º, incs. I e II, combinado com os arts. 61, inc. II, alínea c; 65, inc. I; e 29, § 2º, *in fine*, todos do Código Penal.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva. Lavrou o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 14 de maio de 2002.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente com voto;
Newton Janke,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva:

Ousei discordar do entendimento dos meus pares no tocante à aplicação do § 2º do artigo 29 do Código Penal para os réus Oziel e Eliel Ramos da Silva, não havendo falar em coação irresistível e cooperação dolosamente diversa, prevista no art. 29, § 2º, do CP, pois atuaram diretamente no crime, o primeiro, inclusive, empunhando uma faca.

A Suprema Corte já decidiu que "a associação para a prática de crime em que a violência contra pessoa é parte integrante e fundamental do tipo torna todos os co-partícipes responsáveis pelo resultado mais gravoso, nada importando a circunstância de ter sido a atuação de um, durante a execução, menos intensa que a de outro" (RT 633/380).

Acerca da co-autoria no crime de latrocínio, Marcelo Fortes Barbosa ensina:

"Todos aqueles que quiseram ou concordaram em participar do crime de roubo seguido de morte, dentro de uma só unidade complexa de fato, respondem pelo latrocínio ainda que não tenham atirado na vítima" (Latrocínio, SP, Malheiros, 1994, pág. 50).

Além disso, sabe-se que a circunstância de os réus estarem embriagados e entorpecidos pelo efeito da cocaína não lhes diminui a responsabilidade, haja vista que "eventual em-

briaguez não escusa o delinqüente, porquanto não exclui a imputabilidade penal a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância análoga, conforme preceitua o art.

28, II, do CP" (Apelação Criminal n. 99.014497-6, de Mafra, rel. Des. Francisco Borges, j. 19/10/1999).

Estas as razões da divergência.

Irineu João da Silva

CARTA TESTEMUNHÁVEL

CARTA TESTEMUNHÁVEL N. 2002.003795-8, DE BLUMENAU

Relator: Des. Genésio Nolli

Carta testemunhável. Crimes de homicídio, latrocínio e ocultação de cadáver. Decisão que negou seguimento a protesto por novo júri.

Latrocínio apenado com 20 anos de reclusão. Crime conexo, que não é da competência exclusiva do Tribunal do Júri.

"Para que se admita o protesto, a pena, igual ou superior a 20 anos, deve ser aplicada a cada crime, separadamente, e esse crime só pode ser crime de júri, ou seja, doloso contra a vida. Assim, se o julgamento envolveu dois crimes dolosos contra a vida, somente caberá protesto em relação a cada um cuja pena tenha sido igual ou superior a 20 anos, separadamente; se houver um crime de júri e um conexo somente se poderá considerar o doloso contra a vida e sua pena exclusivamente" (Vicente Greco Filho, in Manual de Processo Penal, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 378).

Improvemento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Carta Testemunhável n. 2002.003795-8, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é testemunhante Edgar Tamanini Vieira e testemunhada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas na forma da lei.

Trata-se de carta testemunhável interposta por Edgar Tamanini Vieira, inconformado com a decisão do

MM. Juiz de Direito da comarca de Blumenau que indeferiu protesto por novo júri em face da sentença que o condenou à pena de 6 (seis) anos de reclusão, pelo cometimento do delito do art. 121, *caput*, do CP; à de 20 (vinte) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 3º, do CP, e, ainda, à de 1 (um) ano de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 211, também do CP, todos em concurso material.

Sustenta que houve equívoco do Juiz monocrático sob o fundamento de que o requisito objetivo da pena igual ou superior a 20 (vinte) anos, prevista no art. 607 do CPP, resultou de concurso material. Aduz que o referido recurso foi interposto em face do delito de latrocínio, cuja pena cominada atingiu 20 (vinte) anos de reclusão.

Em contra-razões, o representante do Ministério Público de primeira instância manifestou-se pelo conhecimento e não provimento da presente (fls. 51/53).

Mantida a decisão atacada, os autos ascenderem a esta superior instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e não provimento da postulação (fls. 54/56).

É o relatório.

Impossível acolher a pretensão.

Ao final do julgamento, ainda em plenário, o requerente protestou por novo júri sob o fundamento de que a pena alcançada foi em virtude de concurso material, o que não foi admitido pelo MM. Juiz.

É cediço, como no caso dos autos, que não se admite o recurso de

protesto por novo júri quando a soma das penas alcança pena igual ou superior a vinte anos pela aplicação do concurso material (art. 69 do CP).

Nesse passo, Tourinho Filho, dissertando sobre a questão aduz:

"O protesto será oponível, se a pena imposta por um só crime ou por um só dos crimes, for igual ou superior a 20 anos. Assim, para efeito do protesto, não se somam as penas" (Processo Penal, 4º vol., 18ª ed., SP, Saraiva, 1997, pág. 406).

Ainda, sobre o tema, Damásio de Jesus, em seu Código de Processo Penal Anotado, 14ª ed., SP, Saraiva, 1998, pág. 441:

"Assim, só é cabível quando um crime ou um dos crimes ensejar a pena igual ou superior a vinte anos. Não é possível quando a pena superior a vinte anos resulta de concurso material de crime, não sendo apenado nenhum deles na quantidade exigida pelo legislador (RT 451/347, 532/339, 565/311 e 669/300; STF, RT 535/393)".

Do Superior Tribunal de Justiça:

"RHC. Protesto por novo júri. Impossibilidade. Concurso material. Apelação em liberdade. Descabimento.

"1. Inadmissível o benefício previsto no art. 607 do CPP, se a condenação à pena superior a 20 anos resulta de concurso material de crimes. Precedentes da Suprema Corte" (RHC n. 5985/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, *in* DJ de 24/2/1997, pág. 03417).

Assim, a pena igual a vinte anos só foi alcançada em razão do crime de latrocínio (art. 157, § 3º, do CP).

Ocorre, todavia, que o recurso em discussão não se aplica aos cri-

mes chamados ao Tribunal do Júri por força da conexão, sendo somente cabível aos crimes dolosos contra a vida (art. 74, § 1º, do CPP).

Colhe-se do ensinamento de Vicente Greco Filho:

"Para que se admita o protesto, a pena, igual ou superior a 20 anos, deve ser aplicada a cada crime, separadamente, e esse crime só pode ser crime de júri, ou seja, doloso contra a vida. Assim, se o julgamento envolveu dois crimes dolosos contra a vida, somente caberá protesto em relação a cada um cuja pena tenha sido igual ou superior a 20 anos, separadamente; se houver um crime de júri e um conexão somente se poderá considerar o doloso contra a vida e sua pena exclusivamente" (*in* Manual de Processo Penal, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 378).

Ademais, o latrocínio não é crime da competência do júri. *In casu*, tem-se a hipótese do art. 78, I, do CPP.

Dessa forma, em que pese as argumentações da defesa, não faz jus

ao pleito, já que o instituto do protesto por novo júri refere-se à exigência de novo julgamento quando a pena imposta ao réu, por um só crime, for igual ou superior a vinte anos e, diferentemente do que defendido pelo testemunhante, somente é aplicável aos crimes dolosos contra a vida.

Quanto aos crimes não abrangidos pelo júri, ou seja, para aqueles não dolosos contra vida, cabe apelação, conforme preceitua o art. 608 do CPP.

Diante do exposto, sendo mesmo incabível o protesto por novo júri, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 9 de abril de 2002.

Genésio Noll,
Presidente e Relator.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

CONFLITO DE JURISDIÇÃO N. 2002.005218-3, DA CAPITAL

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Competência. Conflito negativo de jurisdição. Não conhecimento. Existência, na verdade, de conflito de atribuições entre promotores de justiça. Divergência na capitulação de delito. Aplicação analógica do art. 28 do CPP. Remessa à Procuradoria-Geral de Jus-

tiça. Inteligência do art. 18, XIII, da Lei Complementar n. 197/2000.

"Havendo divergência entre Promotores de Justiça, antes de iniciada a ação penal, acerca da capitulação da conduta, mesmo com implicação na determinação do foro competente, deve a questão ser resolvida no âmbito do Ministério Público, em sede de conflito de atribuições, podendo aplicar-se analogicamente o disposto no art. 28 do CPP, sendo inadmissível conhecer-se de conflito de jurisdição suscitado, em face de situar-se a questão em momento anterior à averiguação da competência do Juízo" (RJTACrimSP 34/372-375).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição n. 2002.005218-3, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é suscitante o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Capital, sendo suscitado o MM. Juiz de Direito da Vara Criminal do Fórum Distrital do Estreito:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do conflito negativo de jurisdição, determinar a cassação da decisão de fls. 49/50 e a remessa dos presentes autos à Procuradoria-Geral de Justiça.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na data de 7 de junho de 2000, a Terceira Delegacia de Polícia da comarca da Capital determinou a instauração do Inquérito Policial n. 023.01.040526-7, em face de Maria das Graças Pereira, a fim de apurar os fatos descritos no Boletim de Ocorrência n. 680/00 de 17/4/00, o qual informa que a vítima A. P., com cinco meses de vida, teria falecido em razão de maus-tratos.

Concluído o inquérito policial, este foi distribuído à Vara Criminal do Fórum Distrital do Estreito — Capital,

por ter sido naquela localidade praticado o crime.

Examinando os autos de inquérito policial, o digno Promotor de Justiça não ofereceu denúncia, porquanto entendeu tratar-se de crime doloso contra a vida, delito que não é de sua atribuição, requerendo a remessa dos autos à 1ª Vara Criminal da Capital (fl. 26v.).

A manifestação ministerial foi acolhida pelo MM. Juiz da Vara Criminal do Fórum Distrital do Estreito, o qual determinou a remessa dos autos à 1ª Vara Criminal (fl. 26v.).

A ilustre Promotora de Justiça da 1ª Vara Criminal da Capital, em sua manifestação de fls. 46/48, entendeu que se trata em tese de delito de maus-tratos (art. 136, §§ 2º e 3º, do Código Penal) e, portanto, com fulcro nos arts. 69, I, e 70 do Código de Processo Penal e na Resolução n. 20 da Presidência deste egrégio Tribunal, crime de competência da Vara de Exceção Criminal do Estreito. Reque-reu, por fim, a suscitação de conflito negativo de jurisdição por parte do MM. Magistrado *a quo*.

Diante da manifestação do órgão do Ministério Público, o Juiz da 1ª Vara Criminal da Capital suscitou con-

flito negativo de jurisdição, determinando o encaminhamento dos autos a esta superior instância (fls. 49/50).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, opinou pela competência da 1ª Vara Criminal da Capital (fl. 54).

II — Voto

O presente conflito negativo de jurisdição não merece ser conhecido.

É que não se trata, o caso dos autos, de conflito de jurisdição, mas de atribuições entre Promotores de Justiça.

A questão posta em discussão está situada em momento anterior à averiguação da competência do Juízo, porquanto o órgão do Ministério Público ainda não decidiu qual capitulação pretende dar aos fatos narrados no inquérito policial.

Há divergências entre dois de seus promotores, as quais devem ser superadas para só após determinar-se qual o Juízo competente.

É consabido que ao Ministério Público é conferido constitucionalmente (arts. 127 e 129, I, da CRFB/88) a titularidade exclusiva da ação penal. Por isso, antes de iniciada a ação, pelo recebimento da denúncia, toda questão que surgir relativa à capitulação, mesmo com determinação no foro competente, deve ser resolvida no âmbito do Ministério Público, com aplicação analógica do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal.

Disciplinando a matéria, a Lei Complementar n. 197, de 13/7/2000 (Lei Orgânica do Ministério Público Estadual) estabelece, *in verbis*:

"Art. 18. São atribuições do Procurador-Geral de Justiça, como Chefe do Ministério Público:

(...)

"XIII — dirimir conflitos de atribuição entre membros do Ministério Público;"

Nesse contexto, a questão deve ser dirimida pela Procuradoria-Geral de Justiça, a qual formulará seu entendimento a respeito do caso em tela. Ou seja, decidirá se se trata de homicídio doloso (art. 121, § 4º, do CP) ou maus-tratos qualificados pelo resultado morte com causa de especial aumento de pena por ser a vítima menor de 14 anos (art. 136, §§ 2º e 3º, do CP). Somente após tal decisão é que, uma vez oferecida a denúncia, poder-se-á perquirir a respeito da competência ou não do Juízo. Ou seja, nada impedirá que seja suscitado após o oferecimento da denúncia conflito de jurisdição.

Ressalte-se que não é permitido a este Tribunal determinar qual o delito cometido no caso em tela, simplesmente porque não se pode vincular o órgão acusador, dono da ação penal, à decisão desta Corte sob pena de inconstitucionalidade.

A respeito do assunto, colhe-se da jurisprudência:

"Competência — Conflito entre promotores de justiça sobre o juízo em que deve ser oferecida a denúncia — Resolução pela Procuradoria-Geral de Justiça — Entendimento: havendo conflito de atribuições entre promotores de justiça, discordantes sobre o juízo em que deve ser oferecida a denúncia, a questão há de ser resolvida pela eg. Procuradoria-Geral de Justiça" (RJTACrim 23/377-379).

"Divergência entre promotores de justiça, antes de iniciada a ação penal, acerca da capitulação da conduta, com implicação na determinação do foro competente — Conhecimento — Impossibilidade — Resolução em sede de conflito de atribuição.

— Havendo divergência entre promotores de justiça, antes de iniciada a ação penal, acerca da capitulação da conduta, mesmo com implicação na determinação do foro competente, deve a questão ser resolvida no âmbito do Ministério Público, em sede de conflito de atribuições, podendo aplicar-se analogicamente o disposto no art. 28 do CPP, sendo inadmissível conhecer-se de conflito de jurisdição suscitado, em face de situar-se a questão em momento anterior à averiguação da competência do juízo" (RJTACrimSP 34/372-375).

"Competência — Conflito negativo de jurisdição — Não conhecimento — Suscitação com base em conflito de atribuições existente entre promotores de justiça, em razão de divergência na capitulação de delito, que está sendo apurado em inquérito policial, a influir no local da consumação do possível delito e, em consequência, na competência territorial — Questão a ser resolvida no âmbito do Ministério Público — Remessa à Procuradoria-Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do CPP, via juízo suscitante" (RT 739/636-638).

Com base no acima exposto, a decisão de fls. 49/50 exarada pelo MM. Juiz da 1ª Vara Criminal da Capital deve ser cassada, já que equivocada, porquanto não se trata de conflito negativo de jurisdição.

Assim, uma vez se tratando de conflito de atribuições entre promotores de justiça, o presente conflito de ju-

risdição não pode ser conhecido, e, em consequência, deve ser determinada a remessa dos presentes autos à Procuradoria-Geral de Justiça, nos termos do art. 18, inciso XIII, da Lei Complementar n. 197/2000 e art. 28 do CPP, que aqui é aplicado analogicamente.

Por fim, somente a título de elucidação, uma vez decidida pela Procuradoria-Geral de Justiça qual a correta capitulação dos fatos, a remessa dos presentes autos ao juízo competente deve-se dar respeitando o exposto no Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado (Lei Estadual n. 5.624, de 9/11/79), que em seu art. 93, I, dispõe que "compete ao Juiz de Direito no crime (...) processar e julgar ações penais por crimes e contravenções, não privativas de outros juizes".

Mais adiante, entretanto, excepciona, no art. 101, I, f, que "competite-lhe como juiz de menores" (= da infância e da juventude) (...) processar e julgar (...) os crimes de abandono e maus-tratos praticados contra menores sob sua jurisdição".

III — Decisão

Diante do exposto, nega-se conhecimento ao conflito negativo de jurisdição suscitado, determinando-se a cassação da decisão de fls. 49/50 e a remessa dos presentes autos à Procuradoria-Geral de Justiça.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, lavrando o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 18 de junho de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente com voto;

Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

RECURSOS CRIMINAIS

RECURSO CRIMINAL N. 2002.007125-6, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Recurso criminal. Aborto e ocultação de cadáver. Pronúncia. Insuficiência de provas que levem ao convencimento da existência do crime de aborto. Impronúncia. Inteligência do artigo 409 do Código de Processo Penal.

A competência para o julgamento do delito de ocultação de cadáver, pelo Tribunal do Júri, seria decorrente da conexão, pois intimamente ligado ao crime de aborto. Todavia, afastada a incidência do crime doloso contra a vida, deixou de existir liame, devendo à espécie ser aplicado, na instância a quo, o disposto no artigo 410 do Código de Processo Penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2002.007125-6, da comarca de Chapecó, em que é recorrente Marivete de Almeida, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso, em parte, para despronunciar a recorrente, com relação ao crime de aborto, devendo, na instância a quo, ter continuidade o processo, no que diz respeito ao crime de ocultação de cadáver, nos termos

dos artigos 81, parágrafo único, e 410, ambos do Código de Processo Penal.

Custas legais.

Na comarca de Chapecó, 1ª Vara Criminal, Marivete de Almeida foi denunciada pela prática dos crimes definidos nos artigos 124 (aborto provocado pela gestante) e 211 (ocultação de cadáver), ambos do Código Penal.

No momento procedimental pertinente, restou pronunciada, nos termos da exordial. Da decisão foi intimada pessoalmente. No prazo legal, a defesa interpôs recurso em sentido estrito, nos termos do artigo 581, inci-

so IV, do Código de Processo Penal. O objetivo é a absolvição, porquanto não caracterizado o crime de aborto, haja vista que não restou demonstrado, inequivocamente, que o feto encontrava-se vivo quando da prática abortiva, tanto que o representante do Ministério Público teria, em alegações finais, asseverado: "As dúvidas existentes sobre se o feto estava ou não vivo, quando expulso fora de época do ventre materno, quer nos parecer, são elementos a ser dirimidos no Tribunal Popular". Com relação ao crime de ocultação de cadáver, é defendida a posição de que o corpo de feto, natimorto, não pode ser definido como cadáver, pois o conceito de vida corresponde ao de vida extra-uterina autônoma".

Contra-razões apresentadas às fls. 122/126, no sentido de ser mantido o que foi decidido. Despacho de sustentação prolatado à fl. 126 verso. A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Valdir Vieira, manifestou-se pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, "Consuma-se o aborto com a interrupção da gravidez e a morte do feto, sendo desnecessária a existência da expulsão. A expulsão prematura do feto ainda com vida não desnatura o crime, pouco importando que a morte ocorra só depois" (Código Penal Interpretado, Editora Atlas, 1999, pág. 689).

Assim, de nenhuma relevância à caracterização do crime em questão o fato de não se saber, consoante pretendeu o representante do Ministério Público, se o feto ainda vivia após a expulsão. Em momento algum, no curso da instrução, foi colocado em dúvida que o feto encon-

trava-se vivo até a prática dos atos tidos por abortivos. Segundo a denúncia, "no dia 10 de dezembro de 1997, no período matutino, a denunciada, que fazia estágio, como auxiliar de enfermagem, no hospital Regional de Chapecó, dirigiu-se até um banheiro daquele estabelecimento e, fazendo uso de uma caneta, introduziu-a em seu órgão genital, provocando a expulsão do feto que gerava e que tinha a idade aproximada de 6 (seis) meses, como depreende-se do laudo cadavérico de fl. 5. Depois do gesto brutal, a acusada despejou o embrião no vaso sanitário daquela peça, puxando a descarga".

O laudo pericial referido na denúncia esclareceu o seguinte: "Examinado feto formado com placenta e cordão, sem sinais de trauma. Idade gestacional +/- 6 meses". Os quesitos — se houve morte, qual a causa da morte, qual o instrumento ou meio que produziu a morte, se foi produzido por meio de veneno, fogo, explosivo, asfixia ou tortura, ou por outro meio insidioso ou cruel — foram considerados prejudicados. A prática abortiva referida na denúncia — introdução de uma caneta na vagina — não se encontra demonstrada nos autos. Segundo afirmou a ré: "maio começou curso de auxiliar de enfermagem e fazia estágio no hospital regional; que alega a declarante que devia estar grávida de dois meses e com frequência sentia cólicas, motivo pelo qual passou a tomar remédios caseiros e até de farmácia; que em data que não recorda, foi para seu estágio, sentiu-se mal e foi ao banheiro ficando um longo período quando percebeu que estava abortando; que alega que suas colegas de estágio e funcionários do hospital não sabiam de sua gravidez, motivo pelo qual alega não tinha a quem pedir so-

corro e acabou por puxar a descarga do vaso; que no momento não pensou no que iria fazer, simplesmente tratou de ir para casa; que nega a declarante ter praticado aborto, porém confirma ter tomado remédios". No mesmo sentido a versão apresentada quando do interrogatório judicial.

Colega da ré confirmou que, realmente, em determinado momento no decorrer do estágio, a ré sentiu-se mal, indo ao banheiro. Leia-se: "em data que não se recorda foi ao estágio e no mesmo posto estagiava a ora indiciada, sendo que, em determinado horário, a indigitada pediu para outra pessoa continuar a medicar os pacientes; que estava com cólicas e iria ao banheiro e tendo em vista a demora foram atrás, esta disse: vão embora, não falem para a enfermeira, eu quero ficar sozinha, e tendo em vista a demora desta no banheiro, chamaram a enfermeira chefe, tendo esta batido na porta do banheiro, porém a indiciada disse que não precisava de nada" (fl. 25).

Por evidente, nas circunstâncias em que a ação tida por delituosa se desenvolveu (hora, local, conhecimento de terceiros da sua ida ao banheiro) somente por mera presunção é possível acolher a imputação no sentido de que houve aborto, quando utilizada uma caneta, a qual fora introduzida na vagina. E, nesta fase, somente com relação à autoria é admissível que se leve em conta indícios, pois, com relação à materialidade, "o juiz deve se convencer da existência do crime", nos termos do artigo 408 do Código de Processo Penal. Na espécie, o convencimento foi decorrente, consoante expressa referência do laudo de exame cadavérico, o qual, consoante já referido, nada esclareceu,

apenas constatou a ocorrência de um fato caracterizador de aborto que, por si só, não é criminoso. Por outro lado, laudo pericial, dizendo respeito ao "Exame e levantamento em local", explicitou, inclusive com fotografias, o estado em que o banheiro foi encontrado, nada informando acerca da conduta tida por delituosa.

Segundo A. Almeida Júnior, "Mas não basta diagnosticar que determinada mulher abortou, para que se possa afirmar que houve crime de aborto. Porque, além dos abortos por traumas acidentais (mecânicos, psíquicos), ocorrem abortos chamados "espontâneos (falta de vitalidade do produto, anomalias de placenta, perturbações endócrinas, sífilis, incompatibilidade do fator RH etc.).

"Quando um aborto se complica (infecção, febre, hemorragia profusa, morte súbita), deve-se pensar em provocação criminosa. A regra, todavia, não é absoluta: de uma parte, médicos hábeis podem fazer abortar evitando quaisquer complicações; de outra, alguns casos de aborto espontâneo se infeccionam. São elementos de certeza para afirmação do crime: a) a presença do instrumento abortivo, no todo ou em parte dentro do corpo da mulher; b) as lesões produzidas na mulher: perfurações do útero, da vagina, de vísceras abdominais; c) as lesões, aliás raras, encontradas no produto abortado" (Lições de Medicina Legal, Companhia Editora Nacional, 6ª edição, págs. 344/345).

Acerca do tema, duas decisões:

"Ao proclamar a admissibilidade da causação de molde a ser o réu submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, deve o juiz estar plenamente conven-

cido da existência do fato delituoso, vale dizer, deve estar comprovada a materialidade da infração" (TJSP, RT 572/327).

"Havendo prova da materialidade do delito e suficientes indícios de autoria pelo réu, o julgador só não pronunciará o denunciado porque a acusação deixou de ter fundamento razoável em decorrência da existência de circunstância que exclua o crime e isente o réu de pena, ensejando, portanto, a absolvição sumária, consoante o artigo 411 do Código de Processo Penal" (TJSP, RT 705/324).

Assim, não existindo nos autos prova que leve ao convencimento da existência do crime de aborto, a consequência é a despronúncia.

Também na pronúncia foi incluído o crime de ocultação de cadáver, dimensionado no artigo 211 do Código Penal, de seguinte teor: "destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele". Ocultar cadáver, hipótese admitida na espécie, significa escondê-lo, fazendo-o desaparecer, dificultando, sobremaneira, o seu encontro.

A competência para o seu julgamento pelo Tribunal do Júri seria

decorrente da conexão, pois intimamente ligado ao crime de aborto. Todavia, afastada a incidência do crime doloso contra a vida, deixou de existir liame, devendo à espécie ser aplicado, na instância *a quo*, o disposto no artigo 410 do Código de Processo Penal.

Em face do exposto, o recurso é provido, em parte, para despronunciar a recorrente com relação ao crime de aborto, devendo, na instância *a quo*, ter continuidade o processo com relação ao crime de ocultação de cadáver, nos termos dos artigos 81, parágrafo único, e 410, ambos do Código de Processo Penal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Sérgio Roberto Baasch Luz. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 14 de maio de 2002.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente e Relator.

RECURSO CRIMINAL N. 2002.002257-8, DE PAPANDUVA

Relator: Des. Genésio Nolli

Recurso criminal — Apelação não recebida por intempestiva.

Prazo processual.

A contagem do prazo para interposição de recurso, em casos de intimação via precatória, inicia-se da última intimação pessoal e não da sua juntada aos autos devidamente cumprida — Precedentes jurisprudenciais — Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2002.002257-8, da comarca de Papanduva, em que é recorrente Elson José Rodrigues de Mello, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Papanduva, Elson José Rodrigues de Mello foi denunciado como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, *in fine*, c/c art. 14, II, e art. 171, *caput*, todos do Código Penal.

Inconformado o réu apelou, por intermédio de seu defensor, não sendo a apelação recebida por entender o Magistrado ter sido interposta fora do prazo legal.

Da decisão recorreu em sentido estrito, na forma do art. 581, XV, do CPP, requerendo o recebimento do recurso, com seu julgamento de procedência, a fim de que seja ordenado o recebimento e o processamento do recurso de apelação que teve seu seguimento negado em primeiro grau, sob o argumento da intempestividade.

Com as contra-razões e mantida a decisão atacada, os autos ascenderam a esta instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Hipólito Luiz Piazza, pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

Em que pese o entendimento do ilustre parecerista, o recurso merecer ser provido.

Esta Câmara Criminal, em orientação dos Tribunais Superiores, mudou

seu entendimento acerca do início da contagem do prazo para interposição de apelação. O termo *a quo* tem início com a efetivação da última intimação e não com a juntada da precatória aos autos.

Observa-se que, publicada a sentença condenatória, o defensor do réu foi intimado em 22/11/2001 (quinta-feira), conforme atesta a certidão de fl. 284v. e o réu na data de 29/11/2001 (quinta-feira) (fl. 282v.), iniciando-se o prazo recursal em 30/11/2001 (sexta-feira), de acordo com o disposto no artigo 798, § 5º, alínea a, do CPP, e expirando-se em 5/12/2001 (quarta-feira).

Entretanto, a apelação somente foi protocolada em 10/12/2001 (segunda-feira), ou seja, após o decurso do prazo legal (5 dias), sendo, portanto, intempestivo.

Nesse sentido manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

"Habeas corpus — HC n. 73971/GO.

"Relator: Min. Celso de Mello.

"Rel. Acórdão: Min. Ilmar Galvão.

"Publicação: DJ Data — 19/9/97.

"Julgamento: 11/6/96 — Primeira Turma.

"Ementa: Habeas corpus. Réu intimado da sentença por meio de carta precatória. Termo inicial do prazo recursal.

"O art. 798, § 5º, do Código de Processo Penal, ao dispor que os prazos correrão da intimação, salvo os casos expressos, não abre exceção à intimação efetivada por meio de carta precatória.

"Inexistência de omissão a justificar a aplicação subsidiária, no ponto, do Código de Processo Civil.

"Habeas corpus indeferido".

Diante do exposto, não se conhece do recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Solon d'Eça Neves, e lavrou parecer, pela douta

Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 16 de abril de 2002.

Genésio Nolli,
Presidente e Relator.

JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1988.081219-9, DE IMBITUBA

Relator: Des. Silveira Lenzi

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal n. 1.558/94 que instituiu o transporte coletivo urbano gratuito a todos os cidadãos de Imbituba, no último domingo de cada mês. Matéria de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo. Ofensa ao art. 61, § 1º, II, b, da CF/88. Desrespeito ao princípio da independência dos poderes (arts. 32 e 50, § 2º, III, da Carta Estadual). Liminar concedida. Ação procedente.

"Leis de iniciativa exclusiva do prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre matéria financeira; criam cargos, funções ou empregos; fixam ou aumentam vencimentos ou vantagens de servidores, ou disponham sobre o seu regime funcional; criam ou aumentam despesas, ou reduzam a receita municipal.

(...)

"Se a Câmara, desatendendo à privatividade do Executivo para esses projetos, votar e aprovar leis sobre tais matérias, caberá ao prefeito vetá-las, por inconstitucionais. Sancionadas e promulgadas que sejam, nem por isso se nos afigura que convesçam do vício inicial, porque o Executivo não pode renunciar prerrogativas institucionais, inerentes às suas funções, como não pode denegá-las ou aquiescer em que o Legislativo as exerça" (Hely Lopes Meirelles).

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1988.081219-9, da comarca de Imbituba, em que é requerente o Prefeito Municipal de

Imbituba e requerida a Câmara de Vereadores de Imbituba:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime

me, julgar procedente o pedido para o fim de declarar inconstitucional a Lei n. 1.558/94, do município de Imbituba.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de Imbituba, com fulcro nos arts. 83, inc. XI, letras *f* e *j*, e 85, inc. VII, da Constituição do Estado de Santa Catarina, em face da Câmara de Vereadores daquela municipalidade, objetivando ver declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 1.558/94, de iniciativa própria desta Casa Legislativa, que instituiu o transporte coletivo gratuito a todos os cidadãos do Município, no último domingo de cada mês.

O autor alega que o ato praticado pela Câmara Municipal de Imbituba desrespeitou o disposto nos arts. 61, § 1º, inc. II, letra *b*, da Carta Magna, 50, § 2º, inc. III, da Carta Estadual, e 72, inc. IV, da Lei Orgânica Municipal. Outrossim, sustenta ofensa ao princípio da independência e harmonia entre os poderes, bem como ao princípio do equilíbrio da equação econômico-financeira das empresas que operam no ramo de transporte coletivo, argumentando que a inobservância dessas regras acabará por acarretar prejuízos de grande monta ao Poder Público.

Aduzindo presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requereu a concessão de liminar para ver suspensa a eficácia do dispositivo impugnado, postulando, ao final, pela declaração de sua inconstitucionalidade.

Às fls. 21/24, a liminar pleiteada foi concedida pelo Órgão Especial deste Tribunal.

Após a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, a autoridade indigitada coatora, devidamente notificada, manteve-se inerte, deixando transcorrer *in albis* o prazo para prestar informações (fl. 36).

Citada, a Procuradora do Município limitou-se a dizer que "concorda com os termos da mesma, após análise efetuada sobre os autos da presente", tendo sido nomeada, em razão disso, Curadora Especial (fl. 102), que, às fls. 111/118, defendeu a constitucionalidade da referida lei.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do pleito.

II — Voto

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Prefeito Municipal de Imbituba, visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 1.558/94, de origem parlamentar, que foi vetada pelo Chefe do Executivo. Apesar do veto, a Casa Legislativa Municipal acabou por promulgá-la.

A lei atacada instituiu o transporte coletivo urbano gratuito para todos os cidadãos da Municipalidade, no último domingo de cada mês, por tempo indeterminado (art. 1º).

A presente ação firma-se no desrespeito ao princípio constitucional da independência dos poderes, haja vista que o ato de legislar sobre projetos que impliquem na alteração da arrecadação da política tarifária compete, exclusivamente, ao Poder Executivo.

Com efeito, dispõe o art. 50, § 2º, inc. III, da Constituição Estadual:

"Art. 50 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

(...)

"§ 2º. São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:

(...)

"III - o plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual".

Ora, da leitura detida desse dispositivo, bem se vê que a tarefa de encaminhar projetos sobre diretrizes orçamentárias, plano plurianual e orçamento ao Legislativo, para seu exame e discussão, cabe, exclusivamente, ao Chefe do Executivo, não podendo receber emendas que majorem a despesa prevista pelo "administrador municipal".

A respeito do assunto, leciona Hely Lopes Meirelles:

"Leis de iniciativa exclusiva do prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre matéria financeira; criam cargos, funções ou empregos; fixam ou aumentam vencimentos ou vantagens de servidores, ou disponham sobre o seu regime funcional; criam ou aumentam despesas, ou reduzam a receita municipal.(...)

"Se a Câmara, desatendendo à privatividade do Executivo para esses projetos, votar e aprovar leis sobre tais matérias, caberá ao prefeito vetá-las, por inconstitucionais. Sancionadas e promulgadas que sejam, nem por isso se nos afigura que convesçam do vi-

cio inicial, porque o Executivo não pode renunciar prerrogativas institucionais, inerentes às suas funções, como não pode denegá-las ou aquiescer em que o Legislativo as exerça.

"A exclusividade da iniciativa de certas leis destina-se a circunscrever (não a anular) a discussão e votação do projeto às matérias propostas pelo Executivo. Nessa conformidade, pode o Legislativo apresentar emendas supressivas e restritivas, não lhe sendo permitido, porém, oferecer emendas ampliativas, porque estas transbordam da iniciativa do Executivo" (Direito Municipal Brasileiro, 11ª ed., atual., São Paulo, Malheiros, 2000, págs. 628/629).

É da jurisprudência:

"Ação direta de inconstitucionalidade do município de Canoinhas — Lei n. 026/2000, que concedeu isenção de ISSQN a cooperativas de crédito — Disposição que, por onerar a despesa pública, impescinde de iniciativa do Executivo — Fundada aparência de vício de iniciativa — *Fumus boni juris e periculum in mora* — Liminar concedida para suspender provisoriamente a eficácia da disposição legal atacada" (ADIn n. 2000.009424-2, de Canoinhas, Des. Anselmo Cerello, julgada em 7/6/00).

E mais:

"Ação direta de inconstitucionalidade — Lei municipal promulgada pelo presidente da câmara de vereadores dispondo sobre a organização administrativa — Audiências públicas com participação de cidadãos e de representantes de organizações da sociedade civil para tratar de assuntos de interesse relevante ou para instruir matéria legislativa — Majoração de preços e tarifas dos serviços públicos — Obrigatoriedade da

precedência da referida audiência — Iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo — Aparente violação ao princípio da independência e harmonia dos poderes — Arts. 32 e 50, § 2º, inciso VI, da Constituição Estadual — Concessão da liminar para suspender a Lei Municipal de Lages n. 2.545/99" (ADIn n. 99.022390-6, da Capital, Des. Alcides Aguiar, julgada em 2/2/00).

Infere-se dos autos que o legislador municipal não levou em consideração a disponibilidade orçamentária municipal, tampouco a competência exclusiva do Poder Executivo para legislar sobre referida matéria. Daí por que o não atendimento desse preceito vicia o dispositivo resultante, tornando-o nulo por ofensa à Lei Maior.

De fato, a lei de iniciativa parlamentar, vetada pelo Chefe do Poder Executivo e promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal de Imbituba, é, reconhecidamente, inconstitucional, uma vez que, estabelecendo a gratuidade do transporte coletivo a todos os cidadãos da Municipalidade, no último domingo de cada mês, importou numa diminuição da receita orçamentária, gerando, assim, um déficit na arrecadação de tributos, com reflexos na Lei Orçamentária do exercício e, também, nos dos exercícios seguintes.

Em casos análogos, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"Lei do Distrito Federal, de iniciativa parlamentar. Complementação de aposentadoria de ex-funcionários públicos integrados na forma da lei. Competência reservada ao Chefe do Executivo quanto à iniciativa de lei que dispõe sobre servidores públicos. Art. 61, § 1º, II, c, da Constituição. Ação julgada procedente" (ADIn n. 1421/DF,

Min. Nelson Jobim, julgada em 23/5/01, DJU de 10/8/01, pág. 2).

E ainda:

"Lei do Distrito Federal, de iniciativa parlamentar, instituidora de vantagens a servidores militares daquela Unidade da Federação, a serviço da Casa Militar e da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Inconstitucionalidade declarada, por invasão da iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, bem como da competência da União, para legislar sobre a remuneração dos servidores integrantes dos organismos de segurança do Distrito Federal" (ADIn n. 1475/DF, Min. Octávio Gallotti, julgada em 19/10/00, DJU de 4/5/01, pág. 2).

Por certo, sob qualquer enfoque, o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 1.558/94, de Imbituba, é inafastável, por afronta aos arts. 32 e 50, § 2º, III, da Constituição Estadual.

A respeito do tema transporte coletivo, Hely Lopes Meirelles lembra:

"O transporte coletivo urbano e rural, desde que se contenha nos limites territoriais do Município, é de sua exclusiva competência, como serviço público de interesse local, com caráter essencial" (*op. cit.*, pág. 372).

O autor adverte, contudo, que "esse serviço tanto pode ser executado diretamente pela prefeitura como por autarquia municipal, por entidade parastatal do município ou por empresas particulares, mediante concessão ou permissão, formas estas expressamente previstas na Constituição Federal (art. 30, V)" (*op. cit.*, págs. 372/373).

Na espécie, os documentos acostados à exordial revelam que as empresas afetadas pelas normas ma-

culadas de inconstitucionalidade executam suas atividades por delegação de concessão (fl. 11). E nisso consiste o ponto crucial da questão, quando se verifica que o art. 137, § 2º, inciso II, da Carta Estadual garante uma política tarifária socialmente justa que assegura aos usuários dos serviços delegados o direito de igualdade, o melhoramento e expansão dos serviços, a justa remuneração do capital empregado e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ao que se observa, as tarifas já são fixadas de acordo com os pressupostos da garantia de gratuidade de transporte para os maiores de 65 anos, na forma prevista na Lei Maior (art. 189, inc. II). Estender a gratuidade a todos os cidadãos do município, no último domingo de cada mês, sem definir quem financiará a benesse, é, pois, violar o princípio constitucional do equilíbrio econômico financeiro do contrato, ou melhor, da equação econômica, ocasionando prejuízos para as empresas concessionárias de transportes coletivos.

De atentar-se para o fato de que, no direito brasileiro, o equilíbrio financeiro ou equação econômica pressupõem a garantia da justa remuneração do capital da concessionária e a proibição do confisco.

Destarte:

"Havendo concessão de serviço público, com estabelecimento de obrigações da concessionária, estatuídas no respectivo contrato, não é lícito ao poder concedente modificá-las em benefício próprio, unilateralmente. A concessão de serviço público difere, substancialmente, da mera permissão. Enquanto esta tem sentido precário, aquela importa em prévio ajuste, inalterável ao alvêdrio do poder concedente. As cláusulas

que envolvam o equilíbrio econômico, que outros denominam equação financeira da concessão, são inalteráveis. Não se admite liberalidade à custa da justa remuneração pelos serviços prestados pela concessionária, aumentando-lhe os ônus do transporte à guisa de imposição de gratuidade de passes. Afóra os passes livres a que se obrigou a concessionária, no momento da assinatura do pacto de concessão, não está aquela obrigada a conceder outros que deliberações municipais venham a tentar impor" (RT 384/319).

Por óbvio que a situação seria outra se as normas sob censura especificassem a fonte de custeio, desonerando, conseqüentemente, as empresas concessionárias.

Quanto à questão dos preços públicos, Hely Lopes Meirelles oferece lição útil:

"Preços públicos: a tarifa é o preço público que a Administração fixa, prévia e unilateralmente, por ato do Executivo, para as utilidades e serviços industriais, prestados diretamente por seus órgãos, ou, indiretamente, por seus delegados — Concessionários e permissionários — Sempre em caráter facultativo para os usuários.

(...)

"Distingue-se, ainda, a tarifa (preço público) da taxa (tributo), porque esta só pode ser instituída, fixada e alterada por lei, ao passo que aquela pode ser estabelecida e modificada por decreto ou por outro ato administrativo, desde que a lei autorize a remuneração da utilidade ou do serviço por preço.(...)

"A fixação e a alteração da tarifa, como já se disse, competem ao Executivo e podem ser efetivadas em

qualquer época do ano, para cobrança no mesmo exercício financeiro.

(...)

"Quanto aos serviços concedidos ou permitidos, a tarifa há de corresponder à justa retribuição do capital investido, para não desestimular a iniciativa particular na prestação de serviços de utilidade pública e possibilitar seu melhoramento e expansão, sem prejuízo do equilíbrio econômico e financeiro que deve existir nesses negócios administrativos, princípio mantido pela atual Constituição da República sob a denominação de 'política tarifária' (art. 175, parágrafo único, III).

"Em qualquer hipótese, porém, a tarifa deve ser fixada e revista pela Administração, com base em dados concretos da situação do serviço apurados em exame contábil, e critérios técnicos que conduzam à sua equivalência com custeio da atividade tarifada, o melhoramento e a expansão do serviço e a justa remuneração do capital investido" (*op. cit.*, págs. 156/157).

Portanto, o pedido inicial é de ser julgado procedente.

Quanto ao trabalho desenvolvido pela Curadora Especial, nomeada à fl. 102, consubstanciado nos precedentes desta Corte, arbitro seus honorários advocatícios em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

III — Decisão

Ante o exposto, julga-se procedente o pedido, para declarar inconstitucional a Lei n. 1.558/94, do município de Imbituba.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite, Sérgio Roberto Baasch Luz, João Martins, Francisco Oliveira Filho, Alcides Aguiar, Anselmo Cerello, Genésio Nolli, Jorge Mussi, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues e Trindade dos Santos.

Florianópolis, 15 de maio de 2002.

Alberto Costa,
Presidente, com voto;

Silveira Lenzi,
Relator.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1998.017277-2, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Silveira Lenzi

Constitucional e tributário. Taxa de licença para localização e funcionamento. Inconstitucionalidade do art. 180 da Lei n. 170/83,

com a redação dada pelo art. 8º da Lei Complementar n. 20/93, do município de Chapecó.

Taxa com base de cálculo condicionada ao número de empregados e à metragem da área ocupada pelo estabelecimento. Ofensa ao art. 145, § 2º, da CF/88. Declaração incidental de inconstitucionalidade.

"...não podem elas (as taxas) incluir, nas correspectivas bases de cálculo, fatores incompatíveis com os pressupostos materiais e jurídicos da incidência, ou seja, fatores estranhos aos serviços que visam a remunerar, como, por exemplo, a área do estabelecimento e o seu número de empregados, aspectos esses que não exercem qualquer influência sobre os custos do exercício do poder de polícia ou dos serviços prestados" (Des. Trindade dos Santos).

Inconstitucionalidade incidentalmente declarada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Argüição de Inconstitucionalidade n. 1998.017277-2, da comarca de Chapecó, em que é argüinte a Terceira Câmara Civil, sendo apelante o município de Chapecó e apelados a Importadora e Exportadora Ouro Verde Ltda. e outros:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, declarar a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei Complementar n. 20/93, do município de Chapecó, que alterou o art. 180 da Lei Municipal n. 170/83, e oficiar a Assembléia Legislativa para efeitos do inciso XIII do art. 40 da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Importadora e Exportadora Ouro Verde Ltda., Nord Biochem Indústria e Comércio Ltda., Refrigeração Caiçara Ltda., Indústria de Gelo JHS Ltda. e

Rogecor Representações Ltda. impetraram mandado de segurança contra ato coator do Diretor de Tributação e Fiscalização, do Secretário Municipal da Fazenda e do Prefeito Municipal de Chapecó, o qual foi julgado procedente pela sentença de fls. 285/294.

Irresignado, o município de Chapecó interpôs apelação cível, cujo julgamento restou sobrestado, em razão de a Terceira Câmara Civil ter suscitado incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei Complementar n. 20/93, que alterou o art. 180 da Lei n. 170/83, em face do art. 145, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Instada a manifestar-se, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela não acolhida da argüição.

II — Voto

Alega a argüinte a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei Complementar Municipal n. 20/93, que alterou o art. 180 da Lei Municipal n. 170/83.

Sustenta que a Taxa para Licença e Localização possui base de cálculo de imposto, afrontando o disposto no art. 145, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Em recentes posicionamentos, o STF tem adotado o entendimento de que é legítima a cobrança anual da Taxa de Licença e Localização instituída pelos municípios.

No mesmo sentido, tem-se manifestado este Tribunal:

"Tributário — Taxa de Renovação Anual de Licença para Localização e Funcionamento — Estabelecimento comercial — Cobrança legítima — Apelação e remessa providas.

'O Supremo Tribunal Federal tem sistematicamente reconhecido a legitimidade da exigência, anualmente renovável, pelas Municipalidades, da taxa em referência, pelo exercício do poder de polícia, não podendo o contribuinte furtar-se à sua incidência sob alegação de que o ente público não exerce a fiscalização devida, não dispendo sequer de órgão incumbido desse mister' (STF)" (ACMS n. 97.006707-0, de Palhoça, rel. Des. Eder Graf, julgada em 7/4/98).

E ainda:

"Mandado de segurança — Taxa de Renovação Anual de Licença de Localização e Funcionamento — Estabelecimento comercial — Legitimidade de sua cobrança — Precedentes jurisprudenciais — Súmula 157 do STJ — Remessa e recurso providos — Segurança denegada.

"O Supremo Tribunal Federal tem sistematicamente reconhecido a legitimidade da exigência, anualmente renovável, pelas municipalidades, da taxa

de referência, pelo exercício do poder de polícia, não podendo o contribuinte furtar-se à sua alegação de que o ente público não exerce a fiscalização devida, não dispendo sequer de órgão incumbido desse mister. Recurso extraordinário conhecido e provido" (STF — n. 198904-1 — Rio Grande do Sul — Ac. 1ª Turma-unânime — rel. Min. Ilmar Galvão — j. em 28/5/96, in DJU, de 27/9/96, pág. 36.171)" (ACMS n. 97.007912-5, de Palhoça, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, julgada em 14/10/97).

Constata-se, todavia, que a Taxa de Licença e Localização instituída pelo município de Chapecó incide em inconstitucionalidade, pois considera como base de cálculo a quantidade de empregados do estabelecimento ou a metragem quadrada por este ocupada. Critério condicionado à atividade exercida pelo contribuinte.

Dispõe o art. 180 da Lei n. 170, de 20/10/83, com a atual redação que lhe deu o art. 8º da Lei Complementar n. 20, de 15/12/93:

"A taxa de licença para localização e funcionamento será arrecadada, segundo as normas regulamentares e a tabela II a seguir:".

Da tabela II referida, verifica-se que a taxa é calculada para as indústrias, por exemplo, tomando por base, o número de empregados. Já quanto aos estabelecimentos comerciais, a base de cálculo modifica-se de acordo com a metragem da área ocupada (fl. 129).

A própria autoridade coatora admitiu, em suas informações, que a base de cálculo da taxa em discussão é fixada mediante aplicação de alíquota, de acordo com o enquadramento de cada estabelecimento na Tabela II, prevista no art. 8º da Lei Complementar

n. 20, de 15/12/93. Ou seja, é definida por faixas de enquadramento que consideram a metragem quadrada ocupada pelo estabelecimento (fl. 110).

Ocorre que o § 2º do art. 145 da Constituição Federal é claro ao dispor que "as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos".

Segundo a definição de Geraldo Ataliba, a taxa difere do imposto porque "tem limites que são naturais à sua própria conformação objetiva e que estão referidos ao seu montante. Estes limites devem partir da noção básica, segundo a qual a mesma é um tributo vinculado, sendo sua hipótese de incidência uma determinada atividade estatal suscetível de ser individualizada, relativamente à determinada pessoa. Daí por que a fixação do montante não pode levar em conta circunstâncias inerentes à pessoa ou aos bens do obrigado (que são hipóteses de incidência de imposto), mas só circunstâncias atinentes à atividade vinculante em si mesma, por ser ela, e não outra coisa, a hipótese de incidência da obrigação correspondente às taxas" (Verdades e Ficções em torno do Tributo denominado Taxa, Revista do Direito Público, vol. 17, pág. 337).

Contudo, o art. 8º da Lei Complementar n. 20/93, do município de Chapecó, que alterou o art. 180 da Lei Municipal n. 170/83, não vincula a base de cálculo da referida taxa aos gastos despendidos pela administração pública, ao contrário, como já mencionado, observa-se que a taxa é calculada para as indústrias, por exemplo, tomando-se por base o número de empregados. Já quanto aos estabelecimentos comerciais, a base de cálculo modifica-se para a metragem da

área ocupada, sendo indiscutível a inconstitucionalidade do referido artigo.

A respeito, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

"Agravos regimentais em recurso extraordinário. Tributário. Taxa de Fiscalização, Localização e Funcionamento. Base de cálculo vinculada à área ocupada pelo estabelecimento. Impossibilidade.

"1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido do reconhecimento da impossibilidade de utilização de base de cálculo idêntica para a cobrança de tributo distinto.

"2. Havendo identidade de base de cálculo da taxa com algum dos elementos que compõem a do IPTU, resta vulnerado o art. 145, § 2º, da Constituição Federal. Agravo regimental não provido" (AGRRE n. 216528, Min. Maurício Correa, julgado em 17/11/97, DJU de 27/2/98, pág. 9).

A matéria não é nova nesta Corte de Justiça, já existindo, inclusive, pronunciamento do colendo Órgão Especial declarando a inconstitucionalidade das normas municipais que seguem este critério, na instituição de suas taxas.

Da Argüição de Inconstitucionalidade n. 31, da Capital, relatada pelo Des. Wilson Guarany, extrai-se:

"Constitucional e tributário. Taxa. Base de cálculo própria de impostos. Inconstitucionalidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Artigo 6º da Lei n. 3.692/91, do município de Florianópolis. CF, art. 145, II, e seu § 2º e artigo 77 do Código Tributário Nacional.

"— Vedando a Carta Política tenham as taxas base de cálculo própria dos impostos, incide em inconstitucionalidade Lei Municipal que institui taxa cujo

cálculo tome por base o número de empregados, a área ou a importância do estabelecimento" (julgada em 20/12/96).

E no julgamento da Argüição de Inconstitucionalidade n. 96.003784-5, de São José, idêntico posicionamento:

"Taxa de Renovação de Licença para Localização e Funcionamento — Art. 9º da Lei n. 2.731/94, do município de São José — Base de cálculo — Critério do número de empregados do estabelecimento — Declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade, por afronta ao art. 145, II, da Carta Magna.

'Sendo a taxa uma contraprestação pela atividade estatal desenvolvida genericamente em prol do contribuinte, seu fato gerador é essa atividade, a este devendo corresponder a base de cálculo. A taxa de licença não pode ter por base de cálculo o valor do patrimônio, a renda, o volume da produção, o número de empregados ou outros elementos que não dizem respeito ao custo da atividade estatal, no exercício do poder de polícia' (STF)" (Des. Eder Graf, julgada em 18/9/96).

No mesmo norte:

"Constitucional e tributário — Taxa de Licença e Localização — Inconstitucionalidade — Lei municipal que toma por base o número de empregados para o cálculo da taxa — Argüição acolhida.

"Segundo precedentes das Cortes de Justiça, inclusive do Supremo Tribunal Federal, incide em inconstitucionalidade impor-se taxa tendo por base o número de empregados. Uma das características do tributo é estar o respectivo cálculo vinculado ao fato gerador ou ser neutro.

"Tomar por base critério indifferente ao poder de polícia ou à presta-

ção de serviços, desvirtua o tributo, transformando-o em imposto.

"A taxa está ligada ao custo da possível atividade administrativa a que corresponde" (ARGINC n. 71, de Criciúma, Des. Amaral e Silva, julgada em 6/9/95).

Oportuno salientar que, no ponto mais alto de toda a escala hierárquica das leis, encontra-se a Constituição Federal que representa a base do sistema jurídico do país. É dela que emanam as diretrizes orientadoras e reguladoras de toda a legislação federal, das cartas estaduais, e legislação estadual e, por via de consequência, de toda a legislação municipal, razão pela qual todas as normas infraconstitucionais a ela devem obediência.

III — Decisão

Do exposto, declara-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei Complementar Municipal n. 20/93, que alterou o art. 180 da Lei Municipal n. 170/83, oficiando-se a Assembléia Legislativa para efeitos do inciso XIII do art. 40 da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite, Sérgio Roberto Baasch Luz, João Martins, Francisco Oliveira Filho, Alcides Aguiar, Anselmo Cerello, Genésio Nolli, Jorge Mussi, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues e Trindade dos Santos. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Bruning.

Florianópolis, 15 de maio de 2002.

Alberto Costa,
Presidente com voto;

Silveira Lenzi,
Relator.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2000.002459-7, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Silveira Lenzi

Constitucional e tributário. Taxa de verificação de cumprimento de posturas e normas urbanísticas do município de Criciúma. Art. 26 da Lei n. 2.933/93. Base de cálculo. Características da empresa. Desvirtuamento do fato gerador da taxa. Inteligência do art. 145, inc. II, e § 2º, da Constituição Federal de 1988.

As taxas poderão ser instituídas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios em razão do exercício do poder de polícia ou da utilização, efetiva ou potencial de serviços específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (art. 145, inc. II, da CF/88).

Não há como a taxa ter fato gerador distinto daquele previsto na Constituição Federal, sob pena de o dispositivo tributário instituídor do referido tributo incorrer em manifesta inconstitucionalidade.

Inconstitucionalidade incidentalmente declarada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Argüição de Inconstitucionalidade n. 2000.002459-7, da comarca de Criciúma, em que é argüinte a egrégia Terceira Câmara Civil, sendo apelante Triene Confeções Ltda. e apelado o Secretário de Finanças do município de Criciúma:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, declarar a inconstitucionalidade do art. 26 da Lei n. 2.933/93, do município de Criciúma, e oficiar a Assembléia Legislativa para efeitos do inciso XIII do art. 40 da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de incidente de argüição de inconstitucionalidade suscitado pela Terceira Câmara Civil deste Tribunal, no julgamento da apelação cível em mandado de segurança, interposta por Triene Confeções Ltda., contra o Secretário de Finanças do município de Criciúma.

A Câmara argüinte suscita perante o Órgão Especial a inconstitucionalidade do art. 26 da Lei n. 2.933/93 do município de Criciúma, suspenden-

do o julgamento do recurso, em acórdão assim ementado:

"Tributário. Taxa de verificação de cumprimento de posturas e normas urbanísticas — TVCPNU — do município de Criciúma. Art. 26 da Lei n. 2.933/93. Base de cálculo.

"Incidente de inconstitucionalidade suscitado perante o Órgão Especial".

Instada a manifestar-se a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela declaração de inconstitucionalidade do art. 26 da Lei n. 2.933/93 do município de Criciúma.

II — Voto

Relevante a inconstitucionalidade ventilada pela egrégia Terceira Câmara Civil, pois constata-se que o art. 26 da Lei n. 2.933/93 do município de Criciúma estabelece que a TVCPNU deve ser calculada tendo por base valores constantes na Tabela II, anexa à referida Lei, *in verbis*:

"Art. 26. A taxa será anual e devida a partir do primeiro dia dos exercícios seguintes àqueles em que o estabelecimento deu início as suas atividades e calculada de acordo com a quantidade de UFM's, estabelecida em Tabela II, a qual faz parte integrante da presente Lei" (grifei).

Em face de alteração realizada por lei posterior, Lei Municipal n. 3.400 de 24/12/96, as Tabelas I e II, anexas à Lei n. 2.933/93, passaram a valer como Tabela Única, estabelecida pelo art. 3º da Lei n. 3.400/96.

Assim, a Tabela Única, descrita na Lei Municipal n. 3.400/96, estabelece que a base de cálculo da TVCPNU terá como parâmetro o ramo de atividade

de empresarial do contribuinte e a metragem de seu estabelecimento, prefixando uma quantidade de UFIR's correlata, quando, na verdade, a base de cálculo da TVCPNU deveria ter como parâmetro o custo despendido pela Administração Pública na fiscalização da empresa contribuinte.

Dispõe o art. 145, inciso II, da CF, que as taxas serão instituídas "em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição".

No caso em análise, a TVCPNU foi instituída em decorrência do *exercício do poder de polícia*, que se caracteriza pela "atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos" (art. 78 do Código Tributário Nacional).

Contudo, o art. 26 da Lei n. 2.933/93, do município de Criciúma, não vincula a base de cálculo da Taxa de Verificação de Cumprimento de Posturas e Normas Urbanísticas aos gastos despendidos pela administração pública, mas sim ao ramo comercial do contribuinte e à metragem de sua empresa, sendo indisfarçável a inconstitucionalidade do referido artigo.

A respeito, colhe-se deste Tribunal de Justiça:

"Taxa de verificação de cumprimento de posturas e normas urbanísticas — Base de cálculo fixada pelo município em UFM's, em tabelas, segundo as atividades profissionais — Afronta ao princípio isonômico (arts. 150, I, e 5º, da Constituição Federal de 1988) — Inconstitucionalidade da Lei Municipal instituidora — Segurança concedida — Remessa improvida.

"A taxa, no magistério sempre oportuno do saudoso Geraldo Ataliba, está subordinada pela Constituição a duas exigências: uma, que haja o exercício do poder de polícia ou prestação de serviços; outra, que haja uma lei dizendo que essa atividade do Estado enseja a incidência de tributos. Então duas leis, uma administrativa de polícia ou de serviços e outra tributária, qualificando esses fatos para efeito de fazerem nascer obrigações tributárias também aqui é perfeita a fidelidade do texto constitucional às melhores propostas de ciência jurídica (*in* 'Taxas e Preços no Novo Texto Constitucional', Revista de Direito Tributário, vol. 47, págs.143/144).

"A base de cálculo da taxa é o custo despendido pela Administração Pública, na verificação do cumprimento de posturas e normas urbanísticas, bem como no exercício regular do poder de polícia administrativo. Logo, é incabível a fixação aleatória pela municipalidade da base de cálculo em UFM's, através de tabelas, tendo em vista a natureza empresarial" (ACMS n. 96.001286-9, de Criciúma, rel. Des. Anselmo Cerello, julgada em 15/5/97).

E ainda:

"Pena de macularem-se com eva de inconstitucionalidade, tornando-se inexigíveis, as taxas somente

poderão ser instituídas e cobradas como contraprestação em razão do efetivo exercício, pelo ente público, do poder de polícia ou em decorrência de serviços prestados ou colocados à disposição do contribuinte.

"De conseguinte, não podem elas incluir, nas correspectivas bases de cálculo, fatores incompatíveis com os pressupostos materiais e jurídicos da incidência, ou seja, fatores estranhos aos serviços que visam a remunerar, como, por exemplo, a área do estabelecimento e o seu número de empregados, aspectos esses que não exercem qualquer influência sobre os custos do exercício do poder de polícia ou dos serviços prestados" (Ap. Cív. n. 96.006300-5, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, julgada em 29/10/96).

Oportuno salientar que no ponto mais alto de toda a escala hierárquica das leis encontra-se a Constituição Federal, que representa a base do sistema jurídico do país. É dela que emanam as diretrizes orientadoras e reguladoras de toda a legislação federal, das cartas estaduais, e legislação estadual e, por via de consequência, de toda a legislação municipal, razão pela qual todas as normas infraconstitucionais a ela devem obediência.

In casu, a inconstitucionalidade do art. 26 da Lei Municipal n. 2.933/93 de Criciúma é flagrante, uma vez que a base de cálculo da TVCPNU, que deveria ser calculada sobre o custo despendido pela Administração Pública para a efetiva fiscalização do cumprimento das normas urbanísticas municipais, é fixada com base na natureza empresarial do contribuinte e na metragem de seu estabelecimento.

II — Decisão

Do exposto, declara-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 26 da Lei n. 2.933/93, do município de Criciúma, oficiando-se a Assembléia Legislativa para efeitos do inciso XIII do art. 40 da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite, Sérgio Roberto Baasch Luz, João Martins, Francisco Oliveira Filho, Alcides Aguiar,

Anselmo Cerello, Genésio Nolli, Jorge Mussi, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues e Trindade dos Santos. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 15 de maio de 2002.

Alberto Costa,
Presidente, com voto;
Silveira Lenzi,
Relator.

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 230.762-0/SC

Relator: Min. Celso de Mello

Recorrentes: Renata Correa dos Santos e outros

Advogados: Sérgio Machado Faust e outro

Recorrido: Município de Imaruí

DESPACHO

Decisão: O presente recurso extraordinário foi interposto contra acórdão que não reconheceu, à parte ora recorrente, o direito à estabilidade sindical, prevista no art. 8º, VIII, da Constituição da República, precisamente pelo fato de tratar-se, no caso, de servidores municipais admitidos sem prévia aprovação em concurso público. O exame dos autos evidencia que o acórdão ora recorrido ajusta-se, com integral fidelidade, à orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em análise. Com efeito, o entendimento consagrado no acórdão em questão tem sido observado em sucessivos julgamentos proferidos por esta Suprema Corte, em causas idênticas à versada nos presentes autos (RE n. 227.634/SC, rel. Min. Maurício Corrêa; RE n. 230.761/SC, rel. Min. Marco Aurélio; RE n. 231.090/SC, rel. Min. Marco

Aurélio; RE n. 231.375/SC, rel. Min. Nelson Jobim; RE n. 248.283/SC, rel. Min. Maurício Corrêa; RE n. 274.828/SC, rel. Min. Néri da Silveira): "Estabilidade sindical — Servidor público — Ausência de concurso — Consequência. Insubsistente o ingresso no serviço público ante o desrespeito à norma do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal — aprovação em concurso —, descabe assentar a existência da estabilidade prevista no inciso VIII do artigo 8º da Constituição Federal" (RE n. 248.282/SC, rel. Min. Marco Aurélio). Sendo assim, e pelas razões expostas, não conheço do presente recurso extraordinário. Publique-se.

Brasília, 20 de março de 2002.

Ministro Celso de Mello,
Relator.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 247.399-5 — SANTA CATARINA**Relatora : Min. Ellen Gracie****Recorrente: Estado de Santa Catarina****Advogados: Gian Marco Nercolini e outros****Recorrido: Osmar Barbieri****Advogados: Alceu Xenofontes Lenzi e outros****EMENTA**

Servidor público. Proventos de aposentadoria. Ato administrativo eivado de nulidade. Poder de autotutela da Administração Pública. Possibilidade. Precedente.

Pode a Administração Pública, segundo o poder de autotutela a ela conferido, retificar ato eivado de vício que o torne ilegal, prescindindo, portanto, de instauração de processo administrativo (Súmula 473, 1ª parte — STF), RE n. 185.255, DJ 19/9/1997.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 23 de abril de 2002.

*Moreira Alves,
Presidente;*

*Ellen Gracie,
Relatora.*

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Trata-se de recurso extraordinário, alíneas a e c, interposto pelo Estado de Santa Catarina contra acórdão que concedeu segurança ao recorrido no seguinte sentido:

"Mandado de segurança. Gratificação de regência de classe. Redução sumária. Inobservância do devido processo legal. Autoridade que não teve qualquer ingerência no ato hostilizado. Ilegitimidade passiva *ad causam* inacolhida.

"A redução ou supressão de vantagem pecuniária percebida pelo servidor público aposentado, com base em lei superveniente à inativação, sem que lhe tenha sido oportunizada a ampla defesa em regular processo administrativo, mostra-se afrontosa à

garantia inculpada no art. 5º, LV, da Constituição Federal, de observância obrigatória em se tratando de anulação de ato administrativo cuja fiscalização haja repercutido no campo dos interesses individuais" (cf. MS n. 96.011770-9, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

Em suas razões, o recorrente alega que houve no acórdão atacado violação aos artigos 5º, XXXVI e LV; 37, *caput*; 39, § 1º; e 40, todos da Constituição Federal. Esclarece que a Gratificação de Regência de Classe, no percentual de 30%, só é devida aos professores em exercício da 1ª à 4ª série primária. No entanto, o recorrido vinha percebendo vantagem sem nunca ter preenchido tal requisito, já que desempenhava atividade de professor do 2º grau exclusivamente, com atuação nas turmas da 5ª à 8ª série. Nessa hipótese, ao servidor é conferido o direito à gratificação no percentual de 10%.

Argumenta, ainda, que, por ter a extensão da gratificação ao recorrido configurado verdadeiro ato nulo, a Administração procedeu à sua revisão com fundamento nas Súmulas 346 e 473 desta Corte, e que por este motivo não haveria falar em direito adquirido, por ser ele inexistente. Ao final, requer seja o recurso conhecido e provido, de modo a reformar integralmente o acórdão vergastado e cassada a segurança concedida.

Não houve oferecimento de contra-razões.

Na origem, o extraordinário não foi admitido, mas, ante o provimento do agravo, subiram os autos a esta egrégia Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto

Monteiro Gurgel Santos, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie — (Relatora): Esta Primeira Turma, ao apreciar o RE n. 185.255, rel. Min. Sydney Sanches, firmou entendimento contrário ao do acórdão recorrido, no sentido de que a Administração Pública, ao anular ato eivado de ilegalidade, prescinde de processo administrativo, não havendo, portanto, violação ao princípio da ampla defesa. Eis o teor de sua ementa que amolda-se ao presente caso:

"Direito constitucional, administrativo e processual civil. Retificação de ato de aposentação. Redução de proventos com base no princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF). Desnecessidade de procedimento administrativo, com observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da irredutibilidade de vencimentos.

"1. O acórdão recorrido julgou válido ato de governo local (municipal), contestado em face da Constituição Federal. Tanto basta para que seja conhecido o RE, interposto com base no art. 102, III, c, da Constituição Federal.

"2. O ato municipal, retificando o ato de aposentação do impetrante, ora recorrente, reduziu seus proventos aos limites legais, cumprindo, assim, o princípio constitucional da legalidade (art. 37, *caput*, da CF).

"3. Mantendo-o, o acórdão recorrido não ofendeu os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo le-

gal, até porque tal retificação prescinde de procedimento administrativo (Súmulas 346 e 473, 1ª parte).

"4. Nem afrontou o princípio da irreduzibilidade de vencimentos e proventos, pois só seriam irreduzíveis os vencimentos e proventos constitucionais e legais. Não os ilegais.

"5. Para a retificação, o Prefeito valeu-se da legislação municipal, que considerou aplicável ao caso do imetrante.

"6. E esta Corte, em RE, não interpreta direito municipal (Súmula 280).

"7. Não ofendidos os princípios constitucionais focalizados no RE, este é conhecido pela letra c, mas improvido.

"8. Decisão unânime: 1ª Turma do STF".

É notório que à Administração Pública é cabível tão-só a prática de atos devidamente autorizados por lei, ao contrário do que se sucede com o particular, em que lhe é facultado fazer tudo o que não for defeso por lei. Dessa forma, diante de uma ilegalidade praticada pela Administração, seja por equi-

voco ou não, a ela própria caberá a retificação ou anulação desse ato, de modo que não prevaleça situação não chancelada pela lei. Nesses termos, assenta-se a Súmula 473, 1ª parte, desta Corte ("A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos").

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao extraordinário.

DECISÃO

A Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto da Relatora. Unânime. 1ª Turma. 23/4/2002.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Perence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ricardo Dias Duarte,
Coordenador.

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 436.561—SC (2002/0006237-5)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Agravante: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Ivan São Thiago de Carvalho e outros

Agravado: Luiz Adalberto Villa Real

Advogado: Adauto José Silva Filho

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina contra r. decisão que inadmitiu recurso especial fundado na alínea a do permissivo constitucional.

O v. acórdão hostilizado do eg. Tribunal de Justiça de Santa Catarina restou assim ementado, *verbis*:

"Administrativo. Férias não gozadas. Superveniência de aposentadoria. Pedido de indenização. Cerceamento de defesa. Julgamento antecipado da lide. Pedido certo. Sentença ílíquida. Valor da indenização. Discussão. Preclusão consumativa. Responsabilidade civil do Estado.

'O direito constitucional às férias impõe ao Estado o dever de indenizá-las, quando da aposentadoria, ao servidor que não as pode gozar em face da necessidade do serviço, sob pena de premiar-se o locupletamento ilícito da Administração' (Apelação Cível n. 37.682, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

'Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia' (Ag. Reg. n. 14.952/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 4/12/92).

"Se o autor, único prejudicado pela condenação em quantia ílíquida, não se insurge contra a sentença, não há motivo para o Tribunal decretar a nulidade, diga-se de passagem, relativa.

"Ocorre a preclusão consumativa quando o réu não alega na contestação toda a matéria de defesa. O princípio da eventualidade impede que o réu, em sede de apelação, formule alegações que poderiam ter sido apresentadas em contestação.

"A Administração é responsável objetivamente pelos danos decorrentes de ação ou omissão sua. 'Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado' (Direito Administrativo Brasilei-

ro, 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, pág. 557).

"O art. 37, § 6º, da Constituição Federal, prevê a responsabilização civil do Poder Público, independentemente da aferição de culpa" (fls. 76/77).

O agravante alega, no especial obstaculizado, que o v. acórdão hostilizado contrariou os arts. 459, parágrafo único, e 460, ambos do Código de Processo Civil, bem como a Lei Complementar n. 40/81, a Lei Orgânica do Ministério Público.

Decido:

Em relação à Lei Complementar n. 40/81, verifica-se que o recurso especial interposto está deficientemente fundamentado, não particularizando quais dispositivos da referida norma federal o v. acórdão teria contrariado. A esse respeito, convém lembrar o enunciado contido na Súmula 284/STF:

"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Ao interpretar o aludido enunciado, a eg. Quinta Turma assim se manifestou, *verbis*:

"Processual civil. Recurso especial. Conhecimento. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF.

"É inadmissível o recurso especial, interposto pela alínea a do permissivo constitucional, quando a deficiência de sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia, pois o recorrente sequer indicou os dispositivos legais tidos por violados. Aplicação da Súmula 284/STF.

Recurso não conhecido" (REsp n. 186.995/SP, rel. Min. Felix Fisher, DJ de 29/5/2000).

Quanto ao artigo 460 do Estatuto Processual Civil, da análise dos autos verifica-se a ausência de prequestionamento, tendo em vista que o v. acórdão recorrido não tratou da matéria objeto de irresignação do recorrente. Note-se que tal dispositivo não foi discutido nos embargos declaratórios opostos, operando-se, assim, o fenômeno da preclusão.

Dessa feita, incide à espécie o entendimento consolidado nas Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido:

"(AgRg/Ag). Processual civil. Pressupostos. Prequestionamento. Ausência. Súmulas 282 e 356/STF. Cotejo analítico. Necessidade. Deficiência na fundamentação. Inadmissão. Aplicação da Súmula 284/STF. Necessidade da imposição de multa. Art. 557, § 2º, do CPC.

"1 — Inviável em sede de recurso especial, apreciação de matéria cujo tema não fora objeto de discussão no acórdão recorrido, uma vez que cabe ao Tribunal *a quo* manifestar-se sobre o tema, tendo em vista a exigência do indispensável prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282 e 356/STF.

"2 — A admissão do especial com base na alínea c impõe o confronto analítico entre o acórdão paradigma e a decisão hostilizada, a fim de evidenciar a similitude fática e jurídica posta em debate, nos termos do art. 255/RISTJ.

"3 — Não se admite o recurso especial pela alínea a, quando verificada a ausência de indicação explícita do dispositivo tido por violado, o que denota a deficiência na fundamentação do instrumento, impossibilitando, assim, a exata compreensão da controvérsia. Aplicação da Súmula 284/STF (Precedente: AgRg/Ag n. 53.617/DF, DJ 15/5/2000; AgRg/REsp n. 153.061/DF, DJ 16/8/99 e AgRg/Ag n. 216.864/SC, DJ 7/6/99).

"4 — Inexistindo qualquer fundamento relevante que justifique a interposição do agravo regimental, ou que venha a infirmar as razões contidas na decisão agravada, impõe-se a aplicação da multa de que trata o § 2º do art. 557 do Código de Processo Civil, arbitrada em 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

"5 — Agravo regimental desprovido" (AgRg/Ag n. 261.108/RN, de minha relatoria, DJ de 1º/8/2000).

Por fim, no que concerne à contrariedade ao art. 459, parágrafo único, do Diploma Processual Civil, já decidiu a Quinta Turma desta colenda Corte Superior, no sentido do seguinte precedente:

"Processual civil. Servidor aposentado. Férias não gozadas. Conversão em pecúnia. CPC, art. 459, parágrafo único. Nulidade requerida pelo réu. Prescrição que não se operou. Prequestionamento. Exame de provas. Recurso especial.

"1 — É devido o pagamento das férias convertidas em pecúnia em

virtude da aposentadoria do servidor, face à natureza indenizatória de tais verbas. Enriquecimento ilícito da Administração que não se admite. Precedentes.

"2 — Somente com a efetiva aposentadoria surgiu, para o autor, o direito de reivindicar a conversão das férias não gozadas em pecúnia. Prescrição que não se operou, por ajuizada a ação ainda no mesmo ano em que aposentado o servidor.

"3 — Não estando o julgador convencido da extensão do pedido formulado pelo autor, pode reconhecer-lhe o direito, remetendo as partes para a liquidação. O reconhecimento de eventual nulidade, neste âmbito, depende da exclusiva iniciativa do autor, não cabendo ao réu argüi-la.

"4 — O recurso especial não se presta ao exame de matéria não apreciada pela origem. Prequestionamento que se exige, como condição de admissibilidade da própria inconformação.

"5 — 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (Súmula 7/STJ).

"6 — Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido" (REsp n. 273.799/SC, rel. Ministro Edson Vidigal, DJ de 4/12/2000).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília (DF), 20 de março de 2002.

Min. Gilson Dipp,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 440.861 — SC (2002/0025881-3)**Relator: Ministro Gilson Dipp****Agravante: Paulo César Machado****Advogados: Wlaumar Alves da Silva e outro****Agravado: Joinville late Clube****Advogados: Nestor José da Silveira e outro****DECISÃO***Vistos etc.*

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que negou seguimento a apelo especial, fulcrado na alínea *a* do permissivo constitucional.

O recorrente aponta violação aos artigos 29 da Lei n. 5.250/67, e 5º, inciso V, da Constituição Federal, uma vez que o acórdão recorrido, ao reconhecer a decadência do direito de queixa, negou provimento ao recurso de apelação, no tocante ao direito de resposta. Sustenta, em síntese, que o prazo para requerer o direito de resposta seria, na verdade, de dois anos (fl. 13).

O recurso não merece prosperar.

Inicialmente, quanto à violação ao artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, por se tratar de eventual ofensa a dispositivo constitucional, tem-se como incabível o seu exame em sede de recurso especial.

Outrossim, em relação à contrariedade ao artigo 29 da Lei n. 5.250/67, esta Corte tem entendido, assim como o eg. Supremo Tribunal Federal, que o prazo de postulação do direito de resposta, previsto no referido diploma legal, é de sessenta dias, contados da publicação ou transmissão da ofensa.

Nesse sentido:

"Penal. Processual. Lei de Imprensa. Pedido de resposta. Prazo. Responsabilidade. Texto-resposta inadequado.

"1 — O prazo de sessenta dias constante da Lei n. 5.250/67, art. 29, § 2º, diz respeito ao pedido de resposta extrajudicial, a ser apresentado perante o órgão responsável pela divulgação da matéria questionada.

"Inviável a análise quanto à responsabilidade do redator-chefe, bem como quanto à adequação do texto-resposta em face da informação equívoca, posto não ser possível o revolvimento de matéria probatória em recurso especial (Súmula 7/STJ).

"2 — Recurso especial não conhecido" (REsp n. 208.718/RJ; rel. Min. Edson Vidigal).

"Direito de resposta previsto na Lei n. 5.250/67, arts. 29, § 2º, e 32. II. No sistema da atual Lei de Imprensa, na reclamação judicial a retificação fica condicionada ao exercício do direito de resposta, que é limitado, por prazo decadencial, em 60 dias. Diverso, portanto, é o momento da formalização da postulação judicial, então não alcançado por prazo decadencial, mas de prescrição, igualmente fixado em 60 dias, por válida aplicação analógica, à falta de disposição, a propósito, na mencionada legislação. III. Recurso extraordinário que se não conhece, pela incoerên-

cia de negativa de vigência do primeiro preceito referido, única base do excepcional" (RE n. 88.558/SP, rel. Min. Thompson Flores).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

Publique-se.

Brasília (DF), 30 de abril de 2002.

*Ministro Gilson Dipp,
Relator.*

RECURSO ESPECIAL

RECURSO ESPECIAL N. 242.643 — SANTA CATARINA (1999/0115845-1)

Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar

Recte.: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Recdo.: Joinville Esporte Clube

Advogado: Humberto João Zanatta

Pal. oral: Gilda Pereira Carvalho (Subprocuradora-Geral da República)

EMENTA

Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Ingresso gratuito de aposentados em estádio de futebol. Lazer.

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesse coletivo dos aposentados que tiveram assegurado por lei estadual o ingresso em estádio de futebol. O lazer do idoso tem relevância social, e o interesse que dele decorre à categoria dos aposentados pode ser defendido em juízo pelo Ministério Público, na ação civil pública. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Aldir

Passarinho Júnior, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 19 de outubro de 2000.
(data do julgamento).

*Min. Ruy Rosado de Aguiar,
Presidente e Relator.*

RELATÓRIO

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

O Ministério Público de Santa Catarina ajuizou ação civil pública contra Joinville Esporte Clube, alegando que o demandado estaria descumprindo a Lei Estadual n. 1.161/93, que assegura aos aposentados e pensionistas o ingresso gratuito em suas dependências, quando da realização de espetáculos desportivos.

A r. sentença julgou extinta a ação, revogando a liminar anteriormente concedida em face da ilegitimidade ativa do Ministério Público, por não visar à defesa de interesses difusos ou coletivos, mas sim do interesse de um pequeno grupo de aposentados e pensionistas, competindo tal defesa à associação de classe a que pertencem.

O autor apelou, e a eg. Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou provimento ao recurso, assim ementando o acórdão:

"Ação civil pública.

"Na forma do parágrafo único do art. 81 do CDC a defesa coletiva será exercida, entre outras hipóteses, quando se tratar (inciso III) de interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum, sendo, para tal efeito, legitimado o Ministério Público, concorrentemente com outros órgãos ou entidades, como referido no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

"Ocorre que nos termos do art. 129 da CF são funções institucionais do Ministério Público, entre outras (inciso III), promover o inquérito civil e a

ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

"No caso, contudo, não se vislumbra a incidência de interesse social a justificar a legitimação do Ministério Público, se se cuida de assegurar a gratuidade de participação de aposentados e pensionistas em eventos esportivos, o que não se mostra relevante para a sociedade como um todo, eis que não contribui tal direito para maior harmonia social ou para o bem-estar da população em geral, mas interessa sim aos aposentados e pensionistas individualmente.

"Pode-se concluir com Teori Albino Zavascki, em artigo na RF 333, pág. 123 e seguintes, que ao Ministério Público não cabe, evidentemente, bater-se em defesa de direitos ou interesses individuais, ainda que, por terem origem comum, possam ser classificados como homogêneos, desde que, como do contexto da tese exposta por Teori Zavascki, não evidenciam no caso o interesse social.

"Recurso improvido" (fl. 174).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recursos extraordinário e especial, este pelo art. 105, III, a e c, da CF, alegando ofensa aos arts. 81, parágrafo único, incisos I, II e III; 82, I, do CDC, e 5º da Lei n. 7.347/85, além de dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e entendimento do STF e do STJ. Sustenta a sua legitimidade para propor a ação civil pública quando se trata de direito individual homogêneo considerado coletivamente, como no caso presente, que visa a assegurar a gratuidade de participação de aposentados e pensionistas

em eventos esportivos. É "indissociável o interesse social na defesa coletiva dos consumidores", e o "direito presente no caso se amolda perfeitamente ao conceito de 'difuso' e 'coletivo'".

Sem as contra-razões, o Tribunal de origem admitiu os recursos.

O d. MPF manifestou-se às fls. 237/246 pelo provimento do recurso especial.

VOTO

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar (Relator):

A ação civil pública pode ser proposta para a defesa de qualquer interesse coletivo (art. 1º, inc. IV, da Lei n. 7.347, de 24/7/85), estando para isso legitimado o Ministério Público (art. 5º). Para o conceito do que seja interesse coletivo, usa-se a definição constante do Código de Defesa do Consumidor, a que a Lei n. 7.347/85 faz expressa referência (art. 21). Interesses coletivos, diz o art. 81, parágrafo único, inc.II, da Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, são os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular o grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

No caso dos autos, a categoria dos aposentados, ligados entre si por essa condição e pela Lei Estadual n. 1.161/93, que lhes assegurou ingresso gratuito no estádio desportivo, é titular de um interesse coletivo que pode ser legitimamente defendido em juízo pelo Ministério Público, pela propositura de ação civil pública.

Com isso, estão atendidos os pressupostos necessários para a iniciativa da ação.

Se necessário fosse considerar a relevância do direito para a sociedade, mesmo assim não poderia ser diferente a conclusão. A importância do lazer da pessoa que, por idade ou incapacidade, já não tem condições de exercer atividade profissional, foi avaliada pelo legislador estadual, que editou a lei de livre ingresso em espetáculos públicos desportivos. Fazer prevalecer essa norma incluiu-se no âmbito da atribuição funcional do Ministério Público, pois se trata de interesse coletivo dos aposentados. Mesmo porque a Lei Federal n. 8.842/94, que instituiu a política nacional do idoso, estabelece no seu art .10:

"Na implementação da política nacional do idoso, são competências dos órgãos e entidades públicos:

"VII — na área de cultura, esporte e lazer:

"b) propiciar ao idoso o acesso aos locais e eventos culturais, mediante preços reduzidos, em âmbito nacional;

"e) incentivar e criar programas de lazer, esporte e atividades físicas que proporcionem a melhoria da qualidade de vida do idoso e estimulem sua participação na comunidade" (fl. 243).

A própria Constituição da República prescreve normas de amparo às pessoas idosas, a ponto de garantir-lhes a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. Se tudo isso tem relevância no plano legal e constitucional, não se pode dizer que a garantia de uma oportunidade de lazer para as pessoas aposentadas esteja desprovida de interesse social.

Neste Tribunal, tem sido predominantemente reconhecida a legitimidade *ad causam do Parquet* para a iniciativa de ação civil pública na defesa

de interesses coletivos [REsp n. 58.682/MG (danos causados a trabalhadores de minas); REsp n. 177.965/PR (plano de saúde); REsp n. 168.859/RJ (contratos de adesão sobre correção de prestações para aquisição de imóveis); AGA n. 253.686/SP (defesa do consumidor); REsp n. 141.491/SC (contratos de adesão para aquisição de imóveis); REsp n. 137.889/SP (defesa dos interesses dos compradores de imóvel loteado); REsps ns. 138.583/SC e 38.176/MG (mensalidades escolares)].

Transcrevo fundamento invocado para reconhecer a atribuição do Ministério Público em ação civil pública:

"No plano constitucional, a Lei Maior atribuiu ao Ministério Público 'promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos' (artigo 129, III). Ainda prescreveu que a ordem econômica está fundada, entre outros, no princípio de defesa do consumidor (artigo 170, inciso V), e que o ensino, sendo livre à iniciativa privada, está condicionado ao cumprimento das normas gerais da educação nacional (artigo 209).

"Trata-se, no caso, de ação coletiva proposta para a defesa do interesse da comunidade de pais e alunos do Colégio Arnaldo, com o propósito de impedir o aumento das mensalidades escolares. O interesse defendido é coletivo, assim como definido no artigo 81, parágrafo único, inciso II, do CDC: 'interesses transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base'. Discorrendo sobre eles, e acentuando a dife-

rença com os interesses difusos, escreveu Kazuo Watanabe: 'Nas duas modalidades de interesses ou direitos coletivos, o traço que os diferencia dos interesses ou direitos difusos é a determinabilidade das pessoas titulares, seja através da relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.)' (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, pág. 506).

"São interesses metaindividuais, que não são nem públicos nem privados, mas interesses sociais, como ensina a douta Professora Ada Pellegrini Grinover: 'São interesses de massa, de configuração coletiva, caracterizados por uma conflituosidade, também de massa, que não se coloca no clássico contraste indivíduo *versus* indivíduo, nem indivíduo *versus* autoridade, mas que é típica das escolhas políticas. (...) Novos grupos, novas categorias, novas classes de indivíduos, conscientes de sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra as tiranias da nossa época, que não é mais exclusivamente a tirania dos governantes: a opressão das maiorias, os interesses dos grandes grupos econômicos, a indiferença dos poluidores, a inércia, a incompetência ou a corrupção dos burocratas. E multiplicam-se as associações dos consumidores, defesa da ecologia, de amigos de bairros, de pequenos investidores' (A Ação Civil Pública e a Defesa dos

Interesses Individuais Homogêneos, Dir. do Consumidor, n. 5/206). Enquanto essas associações não se organizam, enquanto não se fortalece a consciência da cidadania, como recomenda a ilustrada mestra, oficia subsidiariamente o Ministério Público como titular das ações coletivas. Cortar a possibilidade de sua atuação, na fase em que vive a nossa sociedade, será cercear o normal desenvolvimento dessa tendência de defesa de interesses metaindividuais e impedir, através da negativa de acesso à Justiça, o reiterado objetivo das modernas leis elaboradas no país.

"A aversão a estes novos instrumentos processuais, que surgiram exatamente para atender a novas expectativas e necessidades sociais, mantém-nos sempre presos ao modelo clássico da ação individual, como se só houvesse o interesse individual. Lembro, a propósito, as palavras do eminente Professor José Carlos Barbosa Moreira, no encerramento de sua aula inaugural na Universidade do Rio de Janeiro:

'A filosofia do egoísmo, que impregnou a atmosfera cultural dos últimos tempos, não concebe que alguém se possa deixar mover por outra força que o interesse pessoal. Nem faltou quem ousasse enxergar aí a regra de ouro: a melhor maneira de colaborar na promoção do bem comum consistiria, para cada indivíduo, em cuidar exclusivamente de seus próprios interesses. O compreensível entusiasmo com que se acolheu há dois séculos e se cultua até hoje, em determinados círculos, essa lição de Adam Smith explica o malogrô da sociedade moderna em preservar de modo satisfatório bens e valores que, por não pertence-

rem individualmente a quem quer que seja, nem sempre se vêem bem representados e ponderados ao longo do processo decisório político-administrativo, em geral mais sensível à influência de outros fatores' (A Tutela dos Interesses Difusos, pág 105).

"Tratando de caso assemelhado ao dos autos, escreveu o Prof. Nelson Nery Jr.: 'O direito perseguido pelo Ministério Público nesse caso do AI n. 127.154-1 aqui analisado poderia ser considerado coletivo, em face da relação jurídica base que existe entre uma das partes (grupo mantenedor da escola) e alunos e seus pais. Mas não é só. O direito seria coletivo porque os alunos e seus pais, embora indeterminados, não são indetermináveis, porquanto serão sempre determináveis, na medida em que se tiver o controle do quadro completo do alunado ou em que se puder dimensionar o universo desses consumidores, quantificando-os e qualificando-os' (Cód. Bras. de Defesa do Consumidor, pág. 622).

"Registro que este Tribunal já examinou a mesma questão em julgados anteriores, inclinando-se pela ilegitimidade (REsps ns. 37.171 e 35.644, rel. Min. Garcia Vieira; REsp n. 47.019, rel. Min. César Rocha). Parece-me, *data venia*, melhor a corrente contrária" (REsp n. 38.176/MG, Quarta Turma, de minha relatoria, DJ 18/9/1995).

No egrégio Supremo Tribunal Federal também foi afirmada a possibilidade de o Ministério Público promover ação civil pública na defesa de interesse coletivo:

"Ação civil pública. Legitimidade ativa *ad causam*. Impetração pelo Ministério Público visando à fixação e o pagamento de mensalidades escolares. Admissibilidade. Direitos e interesses

que podem ser considerados coletivos ou se considerados individuais homogêneos seus titulares são consumidores. Inteligência do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90.

"O Ministério Público tem legitimidade para ingressar com ação civil pública visando a fixação e o pagamento de mensalidades escolares, pois os interesses ou direitos daí decorrentes podem ser considerados coletivos. Mas, ainda que esses direitos sejam considerados como individuais homogêneos, pode o órgão ministerial propor a ação, eis que têm vinculação com o consumo, ou seja, podem os titulares do direito ser considerados consumidores, nos termos do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90. (RE n. 185.360-3/SP, 2ª T., j. 17/11/1997, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 20/2/1998)" (fl. 222).

"Recurso extraordinário. Princípio da legalidade. Prequestionamento.

"Trata-se de princípio que dificilmente é afrontado, de forma direta, na prolação de acórdão. Não é crível admita órgão investido do ofício judicante a existência de diploma legal em determinado sentido e conclua de forma diametralmente oposta. O fato de a decisão proferida não conter alusão explícita ao preceito que a respalda não caracteriza a transgressão ao citado princípio, pois, no tocante à estrutura da sentença, cogita-se de fundamentação e esta diz respeito às razões que serviram de base à formação do convencimento. Daí a premissa segundo a qual o prequestionamento revela-se pela abordagem em si do tema e decisão respectiva e não pelo simples fato de, em apego maior à forma, ter-se na decisão o número dos artigos pertinentes (AG n. 135.902-1 AGRG/SP — rel. Min.

Marco Aurélio, in DJU de 5/4/91, pág. 3.664)" (fls. 239/240).

"Ministério Público estadual. Legitimidade para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos e coletivos. Mensalidades escolares. Adequação às normas de reajuste fixadas pelo Conselho Estadual de Educação. Art. 129, III, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária do dia 26 de fevereiro de 1997, no julgamento do RE n. 163.231-3, de que foi relator o eminente Ministro Maurício Corrêa, concluiu pela legitimidade ativa do Ministério Público para promover ação civil pública com vistas à defesa dos interesses coletivos" (STF, RE n. 190.976-SP, Primeira Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 6/2/1998).

O referido RE n. 163.231/SP, da relatoria do Min. Maurício Correa, está assim noticiado no informativo 61/STF:

"Em julgamento de recurso extraordinário oposto a acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que extinguiu, por falta de legitimidade ativa, ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público local, visando à adequação das mensalidades cobradas pela ré (escola particular) às normas de reajuste fixadas pelo Conselho Estadual de Educação, o Tribunal, afirmando a natureza coletiva dos interesses em confronto, acolheu a alegação de ofensa ao art. 129, III, da CF ('São funções institucionais do Ministério Público: III — promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos'), para declarar a legitimidade *ad causam* do MP".

Posto isso, conheço do recurso, pelas duas alíneas, e lhe dou provimento, para cassar a r. Sentença.

VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2002.003913-6, DE JOINVILLE

Requerente: Município de Joinville

Procuradora: Dra. Diva Mara Machado Schindwein

Interessado: José Mário Pereira & Cia. Ltda. — ME

Advogado: Dr. Vicente Cecato

Ação na origem: Mandado de Segurança n. 038.01.034257-2

O município de Joinville, fundado no art. 4º da Lei n. 4.348/64, requer a suspensão da liminar deferida pelo Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública de Joinville que, nos autos do Mandado de Segurança n. 038.01.034257-2, impetrado por José Mário Pereira & Cia. Ltda., suspendeu ato da Secretaria Municipal de Saúde que proibira a drogaria impetrante de comercializar psicotrópicos.

O requerente, inicialmente, defende o cabimento do pedido de suspensão, afirmando, a seguir, que a proibição deveu-se ao fato de o estabelecimento não possuir profissional farmacêutico de nível superior responsável pela venda e dispensação de psicotrópicos, como exige o Conselho Regional de Farmácia, pelo que não há direito líquido e certo em favor do impetrante, não tendo sido suficientemente demonstrados, por igual, a fumaça do bom direito e o perigo na demora.

Sustenta que o ato de interdição do armário de psicotrópicos não é

ilegal, mas oriundo do poder de polícia sanitária, autorizado pela LC Municipal n. 7/93 e pelos Decretos ns. 77.052/76 e 79.094/77, tendo por objetivo proteger a saúde pública, independentemente da inexistência de dolo e de perigo concreto, podendo o interessado regularizar sua situação para que o estabelecimento comercial possa exercer normalmente suas atividades.

Informa que o estabelecimento foi interdito em 23/11/2001, quando o impetrante não estava inscrito no Conselho Regional de Farmácia, nem mesmo como oficial de farmácia, o que, segundo alegou no mandado de segurança, ocorreu somente em 10/12/2001.

Alega que a decisão impugnada causará grave lesão à ordem administrativa, pois incentiva a propositura de outras ações visando à mesma proteção jurisdicional, ocasionando sérios riscos ao normal funcionamento do serviço de vigilância sanitária e, conseqüentemente, à população, "ao

passo que a suspensão da eficácia da liminar não acarretará quaisquer prejuízo ao impetrante, eis que a contratação de um profissional de nível superior, que fique responsável pela comercialização de psicotrópico regulariza totalmente a situação" (fl. 9).

Por fim, requer a suspensão dos efeitos da liminar para evitar lesão à ordem administrativa e jurídica, à saúde e à economia públicas.

É o relatório.

O pedido de suspensão de liminar concedida em mandado de segurança está previsto no art. 4º da Lei Federal n. 4.348/64, devendo ser deferido somente quando a decisão puder causar grave lesão à ordem, à saúde, à economia ou à segurança públicas.

O Município alega que a medida liminar irá causar prejuízo à ordem administrativa e jurídica, bem como à saúde e à economia públicas.

Todavia, no tocante à economia pública, não explicitou as razões pelas quais entende que a decisão impugnada possa comprometer as finanças do Município.

Em relação à possibilidade de o oficial de farmácia ser responsável por drogaria, tem o STJ decidido:

"Administrativo — Conselho de Farmácia — Inscrição de profissionais de nível médio.

"1. Os antigos oficiais de farmácia, práticos quando regulamentada a profissão, ficaram preservados e com direito a inscreverem-se no Conselho e serem responsáveis por farmácias e drogeries — Súmula 120/STJ — Art. 114, parágrafo único, letras a e b — Lei n. 3.820/60.

"2. Diferentemente, os auxiliares de farmácia ou os novos oficiais, também de nível médio, com curso reconhecido, não podem ser responsáveis por farmácias e drogeries — Lei n. 5.692/71, arts. 22 e 23, inclusive por não atenderem a carga horária mínima prevista em lei.

"Recurso especial não conhecido pela letra a do permissivo constitucional" (REsp n. 270853/SP, DJU 17/9/2001, pág. 132). E do corpo do acórdão consta que:

"O acórdão recorrido está em sintonia com a atual posição desta Corte, que entende ser o auxiliar de farmácia o técnico de nível médio que, mesmo tendo curso e diploma reconhecido pelo Conselho Federal de Educação, nunca será capaz de assumir a responsabilidade técnica do estabelecimento farmacêutico, por não ter cumprido a carga horária mínima prevista em lei.

"Nada tem a ver com o antigo oficial de farmácia, expressamente resguardado pelo citado art. 14 da Lei n. 3.820/60, sendo ele o prático licenciado que já exercia a profissão quando veio a ser a mesma regulamentada pela referida lei, tendo, portanto, o direito de ser responsável por farmácia ou drogaria quando devidamente inscrito no Conselho Regional de Farmácia".

A hipótese dos autos enquadra-se na segunda categoria, estando José Mário Pereira inscrito no Conselho Regional de Farmácia do Paraná desde o ano de 1964 (fls. 41/46), na condição de "Oficial de Farmácia Licenciado", tendo, ainda, o Conselho Regional de Farmácia deste Estado, em 10/12/2001, certificado a regulari-

dade da drogaria e sua responsabilidade técnica.

Portanto, estando a decisão hostilizada respaldada na jurisprudência atual do STJ, intérprete maior da legislação federal, não há como acolher o argumento de que a decisão hostilizada causa prejuízo à ordem jurídica. Tampouco à ordem administrativa, uma vez que os atos administrativos são pautados pelo princípio da legalidade estrita, pelo que o normal funcionamento está a este condicionado, não tendo o Município, por igual, declinado os estabelecimentos que se encontram na mesma situação do impetrante, a fim de se verificar a possibilidade da ocorrência do denominado "efeito multiplicador de liminares".

De outra parte, a responsabilidade técnica do oficial de farmácia pela venda e dispensação de medicamentos sujeitos a controle especial não causa, por si só, lesão à saúde

pública. Tratando-se a empresa impetrante de uma drogaria, não há elaboração de medicamentos e manipulação de fórmulas, sendo, ainda, obrigatória a apresentação de receita médica para a venda dos psicotrópicos, pelo que não há risco de lesão à saúde dos munícipes.

Demais disso, ainda que houvesse, não teria a extensão pública considerável exigida para a suspensão da liminar.

Ausentes os pressupostos, indefiro o pedido de suspensão da liminar.

Publique-se.

Intime-se.

Comunique-se.

Florianópolis, 18 de março de 2002.

Alberto Costa

1º Vice-Presidente

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2002.004543-8, DE JOINVILLE

Requerente: Município de Joinville

Procurador: Dr. Affonso de Aragão Peixoto Fortuna

Requeridos: Adair Pedro e outros

Advogado: Dr. José Geraldo Ramos Virmond

O município de Joinville requer a suspensão dos efeitos de liminar deferida pelo DD. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da comarca do mesmo nome, Dr. Carlos Adilson Silva, que, nos autos do Mandado de Segurança n. 038.02.002010-1, impetrado por Adair Pedro e mais 20 litisconsortes, suspendeu a cobrança da taxa de conservação e limpeza urbana, em relação a todos os

impetrantes, bem como da taxa de iluminação pública, quanto a 10 deles.

Reconhece a existência de inúmeras decisões judiciais, inclusive do STF, no sentido da inconstitucionalidade da exação, argumentando que, todavia, elas não possuem efeito *erga omnes*, podendo o juiz ou o tribunal decidir segundo seu convencimento.

Alega tratar-se a cobrança de "questão de solidariedade social, que

não justifica a concessão da liminar requerida e nem da concessão definitiva, mesmo que a taxa não preencha o requisito da divisibilidade, segundo o entendimento dos tribunais. O serviço, afinal, é prestado e alguém paga a conta. Esse alguém é o povo, seja sob a forma de taxa, de imposto ou de contribuição. O que desejam os impetrantes é algo impossível: usufruir do serviço e não pagar, o que pode ser considerado até enriquecimento ilícito". Invoca decisão do Juiz Nagib Slaib Filho em prol da sua tese.

Diz que a taxa de limpeza e conservação está prevista na LC n. 80, de 22/12/1999, e não na legislação revogada citada no mandado de segurança, que, por essa razão, não pode ser conhecido.

Sustenta que a taxa de limpeza preenche os requisitos da especificidade e da divisibilidade, destinando-se a cobrir o custo dos serviços de coleta, tratamento e destino final do lixo, de limpeza e conservação de vias e logradouros e de limpeza de bueiros e outros receptores de águas pluviais.

Assevera que a base de cálculo da taxa de limpeza não coincide com a dos impostos, levando em conta o local, a natureza e a freqüência do serviço, o uso do imóvel e o tipo de rua onde está localizado, mediante fórmula que individualiza a taxa para cada contribuinte ou classe de contribuinte. Cita julgados do STJ, em que se consideraram específicos e divisíveis os serviços públicos de limpeza urbana e conservação de vias públicas e logradouros.

É o relatório.

O pedido de suspensão de medidas liminares concedidas em mandado de segurança só pode ser deferido se houver demonstração, por

parte do requerente, de que a decisão possa causar lesão à ordem, à saúde, à economia ou à segurança públicas, tendo por finalidade a proteção ao interesse público, conforme preceitua o art. 4º da Lei Federal n. 4.348/64.

No caso, o Município não relacionou a decisão impugnada com os pressupostos previstos na aludida lei, não tendo sequer a eles se referido em sua petição, argumentando apenas a respeito do mérito da controvérsia travada no mandado de segurança, cujo exame, por si só, refoge ao âmbito do pedido de suspensão, pois este não serve como sucedâneo de agravo de instrumento, não podendo, por tais motivos, ser deferido.

A par disso, a discussão no mandado de segurança gira em torno da legalidade e constitucionalidade da cobrança de taxa pelos serviços de iluminação pública e de limpeza e conservação prestados pelo município de Joinville, e o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela inconstitucionalidade da cobrança das referidas taxas, diante da ausência dos requisitos da divisibilidade e especificidade do serviço, previstos no art. 145, II, da CF:

"No que concerne à taxa de iluminação pública, é de considerar-se que se trata de serviço público insuscetível de ser custeado senão por via do produto dos impostos gerais" (RE n. 234605/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 1º/12/2000, pág. 98).

O mesmo ocorre em relação à taxa de limpeza urbana, já que ela também não tem "por objeto serviço público divisível e referido a determinados contribuintes, não havendo possibilidade, por isso, de serem custeados senão pelo produto dos impostos gera-

is" (RE n. 188.391/SP, julg. em 15/6/2000, pub. no DJU de 1º/6/2001, pág. 89). No mesmo sentido RE n. 206.777/SP e RE n. 253460/SP.

De outra parte, embora as decisões do STF a respeito da inconstitucionalidade das referidas taxas sejam destituídas de eficácia *erga omnes* — o que não poderia mesmo ser alcançado naquela Corte por meio de ação direta de inconstitucionalidade, visto tratar-se de leis municipais —, o STF é o intérprete máximo da Constituição Federal, cabendo a ele a última palavra a respeito da constitucionalidade das leis, tanto no controle concentrado quanto no controle difuso.

O Plenário deste Tribunal de Justiça também se pronunciou pela inconstitucionalidade da taxa de iluminação pública na ADIn n. 24, de Laguna, por não constituir serviço público específico e divisível.

Desse modo, ainda que os serviços prestados pelo município te-

nam por objetivo propiciar o bem geral da coletividade, a população não pode ser compelida a pagar tributo tachado de inconstitucional.

Por outro lado, conforme noticiaram os impetrantes na petição inicial do mandado de segurança, é de R\$ 6.078,80 o total das taxas deles exigidas (fl. 13), cuja perda de arrecadação não poderá causar abalo nas finanças do município de Joinville.

Pelo exposto, indefiro o pedido de suspensão da liminar.

Publique-se.

Intime-se.

Comunique-se.

Florianópolis, 20 de março de 2002.

Alberto Costa
1º Vice-Presidente

RECURSOS ESPECIAIS CÍVEIS

RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 1996.006131-2, DA CAPITAL

Recorrente: Carlos Hoepcke S.A. — Administração, Participação e Empreendimentos

Advogados: Dr. Hélio de Melo Mosimann e outros

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradora: Dra. Francis Lilian Torrecillas Silveira

1 - Carlos Hoepcke S.A. —
Administração, Participação e Empre-

ndimentos, com espeque no art. 105,
inciso III, alíneas a e c, da Constitui-

ção Federal, interpôs recurso especial contra decisões da eg. Quinta Câmara Civil que, apreciando apelação cível e embargos de declaração, negou-lhe provimento, para manter a sentença que julgou procedente ação de reintegração de posse e concedeu ao recorrente o direito à indenização e retenção por benfeitorias, excetuados os frutos civis.

Argüiu que os acórdãos recorridos violaram o disposto nos arts. 42, 130, 267, § 3º, 333, 399, 458, inciso II, 462, 515, 523, § 1º, 535, inciso II, 881 e 923 do Código de Processo Civil, e 505, 490, 491 e 510 do Estatuto Substantivo Civil. Sustentou, ainda, que os arestos impugnados são divergentes do entendimento jurisprudencial de outros tribunais.

Postulou, assim, a admissão do presente recurso, juntando cópia de alguns julgados, tendo, porém, o recorrido deixado transcorrer *in albis* o prazo para contra-arrazoá-lo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seguimento do inconformismo, com fundamento na alínea c do inciso III do art. 105 da Carta Política Federal, somente com relação a um dos precedentes citados.

2 - Inicialmente impende destacar que a irresignação não pode prosseguir quando aventa ofensa ao § 1º do art. 523 do Diploma Processual Civilista, porquanto este estatui que o agravo retido não será conhecido pelo tribunal se a parte não requerer expressamente nas razões ou contra-razões da apelação, e a decisão objurgada, preliminarmente e com base jurisprudencial, frisou que este não seria apreciado, haja vista a falta de expreso pedido de co-

nhecimento da matéria nele contida, por ocasião do apelo.

Portanto, não obstante a alegação de a hipótese tratar-se de reexame necessário ou ser questão de ordem pública o pleito constante no agravo retido, diante do exarado no acórdão vergastado, não conseguiu o recorrente demonstrar em que consistiu a aventada violação ao dispositivo suso mencionado, razão pela qual inoperante a remessa do reclamo recursal ao colendo Superior Tribunal de Justiça quanto a este aspecto.

3 - Pertinente à infringência ao art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil, diante da ausência das condições da ação, tendo em vista a legitimidade passiva da União *ad causam* e não do Estado de Santa Catarina, tema que argüiu ser de ordem pública, devendo ser analisado de ofício, melhor sorte não lhe assiste, porque os acórdãos guerreados entenderam preenchidos os pressupostos do procedimento possessório, em virtude da estabilidade entre as partes na demanda, e ao argumento de que a transferência foi de domínio, e os autos cuidam de questão fática referente à posse e não-propriedade, direito que futuramente a União poderá reclamar.

Assim, não logrando comprovar em que se fundou a ofensa indicada, impossível a ascensão do recurso especial, como pretendido.

4 - A violação aos arts. 42 e 462 do Estatuto Processual Civil, ante a reversão da cessão do imóvel, objeto da lide, voltando a ser de domínio da União, inexistindo, assim, interesse de agir do Estado de Santa Catarina, e deslocando a competência para apreciar a demanda à Justiça Federal, ra-

zão também não lhe acolhe, eis que os acórdãos guerreados julgaram o caso de acordo com os ditames expostos nos dispositivos supracitados, ou seja, de que a ação encontra-se estabilizada entre as partes, tanto que destacou que "A União poderá, *a posteriori*, reclamar a coisa; todavia, não cabe à apelante invocar a perda do objeto da ação em razão da reversão, devendo-se decidir sobre a posse e não sobre a propriedade nesta ação" (fl. 673).

Os arestos atacados acrescentaram, ainda, com fundamento doutrinário e jurisprudencial, a ocorrência da estabilidade subjetiva, diante da autonomia do direito processual relativamente ao direito material, o qual suas alterações não interferem no teor da relação jurídica do processo, ressaltando a extensão dos efeitos da decisão.

Nesses termos, inviável a subida do reclamo recursal, com base na alegada violação, especialmente porque, *in casu*, não se discutiu domínio, mas sim a posse.

5 - Quanto à ofensa referente ao art. 505 do Código Civil, e art. 923 do Código Instrumental Civilista, os quais dispõem que a respeito da ação possessória diante da alegação do domínio, argumentando o recorrente que este pertence à União, não se vislumbra razões para remeter o especial à Instância Superior, eis que as decisões objurgadas, não obstante ser ou não da União o domínio, salientaram que a questão não poderia ser mais discutida, haja vista a estabilização da demanda e, como já frisado, referido instituto poderá ser discutido futuramente entre o cedente e o cessionário.

Desse modo, não alcançando demonstrar em que refletiu a violação apontada, não merece seguimento o inconformismo tangente a esse tópico.

6 - Com relação à infringência à Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal, ressalta-se que, consoante previsto na alínea a do inciso III do art. 105 da Carta Política Federal, não se presta a via eleita à análise de contrariedade ou negativa de vigência a verbetes sumulares, sendo cabível somente nas hipóteses de decisões que assim o fazem diante de tratado ou de lei federal.

7 - Da mesma forma, não procede a irrisignação, quando aventa violação ao art. 458, inciso II, do Código de Processo Civil, diante da ausência de fundamentação a respeito da ação cautelar de atentado e da nulidade da perícia, porquanto o acórdão da apelação cível, confirmando que a sentença fora motivada, asseverou que "o magistrado, ao sentenciar, utilizou-se adequadamente do sistema da persuasão racional, externando a motivação, a fundamentação fática e jurídica de seu convencimento". Continuando, consignou que "O magistrado, ao sopesar os elementos de prova, escolheu os que o convenceram, e adequadamente fundamentou sua decisão, e analisando os fatos e a prova produzida, dando relevante valor à perícia realizada à fl. 349 *usque* e às 'exuberantes' fotografias juntadas aos autos, não incorrendo em qualquer nulidade, pois que ao juiz é dada a apreciação dos elementos probatórios, segundo sua convicção motivada" (fls. 677/678), tendo, por fim, citado jurisprudência a respeito da valoração do laudo pericial. Mais adiante assentou que a perícia não é nula, eis que con-

clusiva, e sequer foram requeridos esclarecimentos pelo recorrente.

No aresto prolatado nos embargos declaratórios destacou que "O acórdão embargado logrou demonstrar que, se houvesse necessidade de realização de outra perícia em virtude da insuficiência de esclarecimentos acerca da matéria, o magistrado certamente designaria novo exame. Salientou-se ainda que a embargante, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, embora pudesse requerer esclarecimentos do perito sobre o laudo, deixou de fazê-lo, limitando-se a argüir a nulidade da perícia" (fl. 717).

Referente ao procedimento cautelar, deixou claro que não havia necessidade do prévio julgamento do atentado, por não ser prejudicial do mérito e nem ser obrigatória a conexão das causas, argumentando que, sendo julgada a possessória, prejudicada restou a análise da cautelar.

Aliás, a assertiva de que houve supressão de instância ficou devidamente esclarecida por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios, os quais contêm a seguinte fundamentação:

"Observa-se que, tendo a sentença apelada acolhido uma das teses para a solução do litígio — exceção de domínio —, não haveria necessidade de que fossem debatidas as demais, o que não impede, por outro lado, sejam elas consideradas para o julgamento da apelação neste grau de jurisdição, sem que reste configurada a supressão de instância" (fl. 716).

Ressaltou ainda que "O acórdão embargado, entretanto, expressamente esclarece que não havia necessidade de prévio julgamento do

atentado, visto que não é questão prejudicial ao mérito, nem enseja obrigatória conexão para fins de julgamento simultâneo com a ação possessória, sendo inadmissível a alegação de supressão de grau de jurisdição ante a simples declaração da evidente prejudicialidade da ação" (fl. 717).

Ante o resumidamente transcrito, impossível a ascensão do reclamo recursal, sob a alegação de que a decisão não está fundamentada e em desobediência ao disposto no artigo processual dito violado, não se olvidando que, conseqüentemente, a ofensa ao art. 515, § 3º, do mesmo Diploma Legal, aparentemente, não foi evidenciada pelo recorrente.

8 - Relativamente ao art. 881 do Código de Processo Civil, mister esclarecer que referida norma preceitua que "A sentença, que julgar procedente a ação, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado", e no caso vertente não houve julgamento da cautelar para que se determinasse a volta do *status quo ante* e se suspendesse o processo possessório, razão pela qual se constata serem inócuos os argumentos esposados pelo recorrente no inconformismo.

9 - Tangente ao art. 399 do CPC, não há motivos que respaldem o pretendido, porquanto o citado dispositivo estabelece que o juiz deverá requisitar às repartições públicas procedimento administrativo nas causas em que for interessada a União, e a decisão recorrida nitidamente aponta que assim se procedeu no Juízo *a quo*, o qual deferiu pleito do recorrente referente ao processo administrativo que

tramitava a respeito da anulação do ato da ocupação antes concedida, fato confirmado no próprio recurso.

A alegação pura de que o procedimento não fora acostado não denuncia violação ao aludido artigo, com poder de remessa do recurso especial ao colendo Superior Tribunal de Justiça, mesmo sendo destacado que este era importante ao deslinde da causa, porquanto, consoante depreende-se dos arestos recorridos, com as provas constantes no processado, foi permitida solução ao convencimento da questão.

10 - No que concerne ao art. 103 do Código de Processo Civil, melhor sorte não lhe ampara, porque a questão referente a julgamento na esfera judicial, com pendência relativa a processo administrativo, há muito vem sendo decidida pela Corte Superior quanto à independência das searas.

Além disso, a matéria foi bem rebatida pelo acórdão atacado, o qual asseverou que diante da convicção formada pelo Magistrado, ante o robusto conjunto probatório, dispensável era a juntada da referida prova à solução do litígio, acrescentando que o ônus de provar fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor era do réu, a teor do art. 333, II, do CPC, sendo que a prova apontada como imprescindível poderia, a qualquer tempo, ser providenciada pelo próprio recorrente, o que não fez, não sendo lícito, nesta etapa, reclamar a respeito da questão.

Quando do julgamento dos embargos declaratórios, ressaltou que "o acórdão embargado afastou a nulidade argüida por entender inexistir cer-

ceamento de defesa, vez que, além de desnecessário ao julgamento, o documento solicitado, sua apresentação incumbia à embargante" (fl. 718).

Por fim, salientou que "o pedido foi rebatido tanto em despacho exarado pelo magistrado *a quo*, que entendeu ser estranha aos autos da possessória a discussão sobre cancelamento da inscrição de ocupação (fl. 313), quanto na sentença prolatada, em que se esclareceu que, além de não se subordinar à decisão da esfera administrativa (fl. 558). O acórdão embargado, da mesma forma, analisando o argumento expendido nas razões de apelação, afastou a possibilidade de apreciação da nulidade aventada, confirmando as decisões anteriormente prolatadas" (fl. 720).

Nesse passo, inadmissível também a alegação de ofensa ao art. 333 do CPC.

11 - Ainda, referindo-se à alínea a do inciso III do art. 105 da CF, alegou o recorrente ofensa ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, ao argumento de que o acórdão proferido nos embargos declaratórios é omisso e contraditório, haja vista a falta de elucidação a respeito do fato superveniente argüido, deslocando a competência do julgamento à Justiça Federal, e em virtude da ausência de análise dos dispositivos pedidos para serem questionados.

Entretanto, a par do já fundamentado na decisão da apelação cível, extrai-se do aresto recorrido que "Tal argumento, da mesma forma, não merece amparo. A uma porque o acórdão embargado foi claro ao estabelecer que referida situação deve ser resolvida posteriormente entre a União e o

Estado, visto que, estabilizada a demanda entre as partes, não se pode modificar sua legitimidade, mormente em se tratando de questão possessória, pois a reversão do aforamento anteriormente concedido ao Estado não altera o fato de que a embargante tomou injustamente terreno sobre o qual não tinha direitos de posse" (fl. 719).

Como visto, a decisão rebateu nitidamente a matéria ventilada nos embargos declaratórios e, quanto à questão do questionamento de alguns dispositivos, salienta-se que todos, mesmo que de forma implícita, foram alvo de prévio debate, não havendo necessidade de maiores esclarecimentos, como alegado.

Dessa forma, em tese, não conseguiu o recorrente comprovar a violação apontada, motivo pelo qual, quanto a esse ponto, não merece admitido o recuso especial.

12 - A irrisignação amparada na ofensa aos arts. 490, 491 e 510 do Código Substantivo Civil, de igual forma, não merece alçar à Superior Corte, pois a questão referente à boa-fé e ao direito aos frutos civis foi devida e suficientemente esclarecida nos arestos recorridos, aos quais asseveraram que a partir do ajuizamento da demanda findou a boa-fé do recorrente, haja vista o conhecimento de obstáculo a sua presunção, assinalando que os alugueis devem ser descontados da restituição das benfeitorias, eis que a edificação locada sequer estava concluída quando do aforamento da ação. Irrelevante, portanto, o fato de este Tribunal ter cassado a liminar concedida na ação possessória.

Nessa linha, não há falar em violação aos dispositivos suso indicados,

porquanto a fundamentação dada ao inconformismo não tem o condão de demonstrar qualquer infringência aos respectivos artigos, a ponto de determinar a ascensão do reclamo recursal àquele Sodalício.

13 - Cabe, ainda, analisar o apelo excepcional, no que toca à divergência jurisprudencial. Contudo, primeiramente, afasta-se a prestabilidade do REsp n. 29.154-2/PR para examinar o dissídio, porquanto, consoante infere-se deste, não há similitude com a decisão recorrida, eis que esta refere-se à apreciação de competência, e aquele é relativo à prescrição.

O trecho transcrito do REsp n. 39.708-1/MG também não serve ao caso, pois a cópia autenticada do julgado (fls. 768/773) não confere com o citado no corpo das razões da irrisignação (fl. 751).

Também não guarda semelhança com a hipótese em apreço o REsp n. 941/GO, eis que, da cópia autenticada, infere-se que neste o agravo retido foi reiterado quando da interposição da apelação (fl. 776), o qual consignou que "a ratificação do agravo nas razões de apelação satisfaz a exigência dos mais formalistas" (fl. 778), e no aresto paragonado o mesmo não ocorreu.

O paradigma proveniente do TFR, do mesmo modo, não se presta à comprovação do dissídio, porque o recorrente não juntou certidão ou cópia autenticada, e sequer indicou se está publicado em repositório oficial, autorizado ou credenciado, ressentindo-se a pretensão, quanto a este, dos pressupostos descritos nos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ.

O REsp n. 2.923/PR, de igual maneira, não serve ao caso, pois o fato superveniente é diverso do constante na hipótese em testilha, uma vez que trata de título ilíquido, e o presente de causa de ilegitimidade da parte autora.

O julgado colacionado como paradigma referente à Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal não pode ser base para a demonstração do dissenso interpretativo, porquanto o aresto atacado aplicou-a ao argumento de que ambas as partes disputaram a posse com base no domínio, o recorrente ante a ocupação dada pela Marinha e o recorrido em virtude da cessão concedida pela União.

Ainda, a respeito do mesmo assunto, trouxe o recorrente a ementa contida na RSTJ n. 63/438, porém, somente com a sua simples transcrição, não há como se auferir se se tratam de casos semelhantes para comprovar o dissídio pretoriano.

Todavia, com relação ao REsp n. 4.720/CE, a princípio, tem-se a ocorrência do dissenso, porquanto, de acordo com a cópia autenticada acostada, este, em ação de imissão de posse, entendeu não concebível a análise do mérito, ante a ocorrência de uma das causas extintivas do procedimento, ou seja, a ilegitimidade da parte *ad causam*, haja vista fato superveniente (abandono do imóvel), enquanto o acórdão recorrido, em caso análogo, entendeu estabilizada a demanda entre as partes, e que referida superveniência deve ser resolvida futuramente,

quanto à legitimidade, mesmo constando documentação que revogara o interesse do Estado em agir.

Salienta-se, ainda, que as razões do recurso apresentadas pelo recorrente demonstraram analiticamente as circunstâncias que assemelham as hipóteses confrontadas, reproduzindo, assim, as conclusões antagônicas a que chegaram as teses jurídicas adotadas, em integral observância ao disposto no art. 541 do CPC, bem como no art. 255 do RISTJ.

Ressalta-se que o recorrente deixou clara a relevância do argüido, pois, caso fosse acolhido o pleito, haveria deslocamento da competência para a Justiça Federal. Quanto à análise preliminar das condições da ação trouxe à baila outros julgados demonstrando a discordância das decisões (RSTJs ns. 5/363 e 54/129; cópia autenticada do REsp n. 23.563/RJ).

14 - Diante do exposto, dá-se seguimento ao recurso especial, tão-somente com suporte na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, nos termos acima explicitados.

15 - Subam os autos ao eg. Superior Tribunal de Justiça.

16 - Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 8 de maio de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 1998.013905-8, DA CAPITAL**Recorrente: Estado do Paraná****Advogados: Dra. Ana Cristina Ferro Blasi e outros****Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina****Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck**

1 - Estado do Paraná, como terceiro interessado, com espeque no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, interpôs recurso especial contra decisões proferidas pelas egrégias Primeira e Sexta Câmaras Cíveis que, apreciando agravo de instrumento e embargos declaratórios, mantiveram o decisum interlocutório prolatado nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público, o qual deferiu liminar determinando o bloqueio das operações referentes às Letras Fiscais do Tesouro de Santa Catarina.

Perfilhando a matéria respeitante ao mercado de títulos públicos, argüiu que os arestos impugnados estão causando constrangimento indevido no tocante ao direito de propriedade e confrontam-se e negam vigência a dispositivos de lei federal. Alegou a incompetência do Juízo Estadual para apreciar a questão, invocando a Resolução n. 69/95 do Senado Federal; a autonomia particular dos títulos (art. 1.507 do CC); e a boa-fé dos portadores destes (princípio da inoponibilidade). Sustentou também a disciplina dos limites de emissão das respectivas Letras, asseverando que, se ocorrentes quaisquer vícios, estes não podem penalizar o mercado, e que da manutenção do bloqueio advêm incalculáveis prejuízos ao Estado de Santa Catarina. Destacou a ausência anterior de ação do Ministério Público e a "de-

sapropriação branca", recorrendo ao descrito no art. 5º, inciso LIV, da Carta Política Federal (princípio do devido processo legal) e no art. 2º, § 3º, da Lei das Desapropriações. Por fim, salientou a carência do *periculum in mora* e o prejuízo "brutal" ao recorrente.

Postulou, assim, a admissão do presente recurso, sendo, posteriormente, apresentadas as contra-razões.

2 - Inicialmente, quanto à matéria relativa ao direito de propriedade, razão não assiste ao recorrente, eis que o acórdão exarado no agravo de instrumento deixou bem nítido que "a suspensão dos pagamentos não significa perda imediata dos valores, mas medida acautelatória a qualquer tempo revogável, se alguns de seus requisitos tornarem-se ausentes o que afasta de plano o que o agravante chama de 'desapropriação branca', uma vez que não houve, como já dito, perda de qualquer valor" (fl. 275). Portanto, não conseguindo o recorrente demonstrar em que consistiu a ofensa invocada, inadmissível o seguimento do recurso com amparo na referida alegação.

3 - Do mesmo modo, não merece admitida a irresignação, quando aventa a incompetência da Justiça Estadual para examinar a questão, a legalidade dos títulos e o procedimento da emissão, a boa-fé dos portado-

res, a ação do *Parquet*, o prejuízo e a ausência de *periculum in mora*.

Com relação à competência, os acórdãos atacados ampararam-se no insculpido no art. 109 da CF, fundamentando que "Não manifestado interesse por parte de alguma das pessoas enumeradas no art. 109 da Constituição Federal, afasta-se a competência da Justiça Federal" (fl. 266). Como visto não logrou o recorrente comprovar a ocorrência de qualquer ilegalidade, quanto a este aspecto.

Quanto aos demais pontos, diante do enunciado pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, impossível dar-se guarida à subida do reclamo recursal, pois a análise das matérias exigiria o reexame do contexto fático-probatório, cuja apreciação é descabida em sede de recurso especial.

Não se olvida, ainda, que o recorrente fez alegação genérica de negativa de vigência à lei federal, não permitindo a exata compreensão da controvérsia, esbarrando, assim, na Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

Impende, ainda, consignar que a Resolução do Senado Federal

não pode ser revista pela via eleita, eis que não se trata de lei federal.

4 - Derradeiramente, ressalta-se que o invocado confronto ao disposto no art. 5º, inciso LIV, da Carta Política Federal — princípio do devido processo legal — além de não ter sido alvo de prévio debate, a teor do contido na alínea a do inciso III do art. 105 da CF, não é matéria a ser discutida pela via do especial.

5 - No que concerne à alínea c do inciso III do art. 105 da CF, a qual permite a interposição do recurso especial contra decisões que der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, mister destacar que as razões do recurso nada alegaram a respeito da ocorrência de dissídio, sendo inviável a ascensão do recurso por este fundamento.

6 - Diante do exposto, nega-se seguimento ao recurso especial.

7 - Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 9 de abril de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 2001.011839-4, DE BLUMENAU

Recorrente: Montane Ind. e Com. de Esquadrias e de Móveis Ltda.

Advogado: Dr. Leandro Vieira

Recorrido: José Valcir Grauw

1 - Montane Ind. e Com. de Esquadrias e de Móveis Ltda., por seu

advogado, com abrigo no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, manifesta

recurso especial do acórdão da Quarta Câmara Civil que, à unanimidade, apreciando agravo de instrumento maneado, negou-lhe provimento para manter a decisão que indeferiu pedido de assistência judiciária gratuita em ação monitória, ante o argumento de que este não pode ser concedido às pessoas jurídicas com fins lucrativos.

Sustenta que o *decisum* impugnado contrariou os arts. 2º, 4º, *caput* e §§ 1º, e 7º da Lei n. 1.060/50, e negou vigência ao art. 554 do CPC, bem como divergiu de julgados de outros Tribunais.

Sem contra-razões.

2 - Com efeito, é indiscutível que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas com a justiça gratuita, mas a benesse somente pode ser concedida às empresas com fins lucrativos em circunstâncias especialíssimas e desde que devidamente comprovada a situação de impossibilidade de arcar com as despesas processuais.

In casu, todavia, não conseguiu a recorrente demonstrar a ventilada ofensa aos dispositivos infraconstitucionais mencionados, porquanto não obstante o art. 4º, § 1º, da Lei n. 1.060/50, criar presunção *juris tantum* de pobreza com a mera declaração de hipossuficiência da requerente, a ser impugnada pela parte adversa, nos termos do citado art. 7º, não há como se olvidar que o art. 5º dispõe que pode o juiz, tendo fundadas razões, indeferir o pedido.

Assim, tratando-se a hipótese de pessoa jurídica com fim lucrativo, ainda que na condição de microempresa, o julgador, em regra, sempre terá fundadas razões para indeferir a pretensão, cabendo à requerente eviden-

ciar a veracidade de suas alegações, revelando excepcionalmente que esteja num momento econômico que não lhe permite custear o processo em prejuízo do seu próprio sustento.

Justamente por esse motivo é que não ficaram demonstradas as ventiladas violações legais pela recorrente, de modo a justificar a ascensão do inconformismo. Isso porque, segundo consignou o acórdão recorrido, "não há a mínima prova da hipossuficiência da agravante, sendo o presente recurso deveras cômodo para a agravante que, além de não arcar com quaisquer custas processuais, de certa forma negou-se a demonstrar a sua alegada condição precária, querendo fazer valer as benesses da lei sem demonstrar qualquer embasamento fático para tanto, apegando-se tão-somente em conveniente e equivocada interpretação da norma legal" (fl. 51).

Não fosse isso, a apreciação da capacidade econômica da recorrente demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, incabível em sede de apelo raro, segundo preconiza a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse diapasão: "(...). Para conhecimento deste recurso, necessário seria o reexame de prova, porquanto a declaração de pobreza juntada aos autos, meio hábil para o deferimento da gratuidade da justiça, não faz prova inequívoca do alegado, diante dos fatos narrados na mesma e no v. acórdão atacado. Referida declaração apenas esclarece que a pessoa jurídica deixou de auferir valores suficientes para arcar com o ônus processual e de honorários advocatícios, deixando claro que, apesar da proclamada recessão econômica, obtém lucros.

Aplicação da Súmula 7/STJ" (REsp n. 223129/MG, rel. Min. Jorge Scartezzi- ni, DJU de 7/2/2000, pág. 174).

3 - O art. 554 do Diploma Processual, por seu turno, sequer foi debatido pela decisão objurgada, à qual não foram opostos embargos declaratórios com a finalidade de sanar eventual omissão ou contradição, sobrevivendo, *mutatis mutandis*, ante a ausência de prequestionamento, o que dispõe o verbete n. 211 do STJ.

4 - Por sua vez, concernente à divergência jurisprudencial, não mereceu ascender a irresignação, pois desobedecidas as exigências do art. 541, parágrafo único, do CPC, tendo em vista a falta de cópias autênticas dos arestos dados como paradigmas, e a não indicação de repositório autorizado de jurisprudência em que tivessem sido editados. A recorrente referiu-se apenas à data da publica-

ção no Diário de Justiça, que o colendo Superior assentou não constituir fonte oficial ou credenciada para comprovação do dissenso (Ag n. 423062/PR, Min. José Delgado, DJU de 26/2/2002).

Ademais, limitou-se a recorrente a transcrever as ementas das decisões trazidas como discordantes, não realizando o necessário cotejo analítico entre os casos confrontados, para destacar as circunstâncias que os assemelham ou identificam e a adoção de teses jurídicas distintas entre eles, como exige o art. 255 do RISTJ.

5 - Ante o exposto, nega-se seguimento ao recurso.

6 - Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 16 de maio de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

RECURSOS ESPECIAIS CRIMES

RECURSO ESPECIAL CRIME N. 2000.015308-7, DE CHAPECÓ

Recorrente: Wanderlei Antônio Berlanda

Advogados: Dr. Airton Luiz Zolet e outro

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

1 - Wanderlei Antônio Berlanda, por seu advogado, fundado no art. 105, III, a, da Constituição Federal, interpõe recurso especial do acórdão da colenda Primeira Câmara Criminal

que, por votação unânime, deu provimento parcial ao apelo do Ministério Público e anulou a sentença que, entendendo ausente a prova da materialidade delitiva, ao fundamento de que

"a autenticação apenas das notificações" fiscais, "sem que os demais documentos estejam, não é prova suficiente para demonstrar com segurança a materialidade" (fl. 6.906), o absolveu do delito do art. 1º, I, II e V, da Lei n. 8.037/90, com base no art. 386, II, do CPC, determinando o órgão colegiado, ainda, e a fim de que não se incorresse em supressão de instância, que outra fosse proferida.

Alega contrariedade ao disposto no art. 232, parágrafo único, do CPP, sustentando que os documentos que instruem a inicial não são idôneos para comprovar a materialidade da sonegação fiscal que lhe é imputada, já que não foram autenticados por oficial público competente, salientando ainda que o Provimento n. 12/92 da Corregedoria-Geral da Justiça, item 4.2, que dá pela desnecessidade de as cópias, no juízo criminal, serem autenticadas por notário, não pode se sobrepor à lei federal.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela não admissão do reclamo.

2 - Não conseguiu o recorrente demonstrar a alegada contrariedade ao disposto no art. 232, parágrafo único, do CPP, na medida em que o acórdão impugnado, considerando a existência de provas documentais da materialidade delitiva, tais como as Notificações Fiscais que deram origem ao procedimento fiscalizatório e à ação penal, as quais vieram autenticadas por notário, assim como de outros documentos cuja autenticidade foi atestada administrativamente por servidores que detêm fé pública, assentou que a ausência de autenticação em tabelionato de documentos

que acompanharam a denúncia "não é óbice para o reconhecimento da materialidade delitiva e o correspondente enfrentamento do mérito da ação pelo Juízo monocrático" (fls. 7.056/7), indo exatamente ao encontro de recentes decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "os documentos públicos, mesmo apresentados por cópia não autenticada, gozam de presunção de veracidade, sendo invalidáveis por via de incidente de falsidade" (REsp n. 198.132/SE, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 16/10/2000, pág. 617) e de que "a Receita Federal pode remeter ao Ministério Público cópias não autenticadas em tabelionato, mas atestadas na própria repartição, tudo isso com intuito de propiciar eventual ação penal" (REsp n. 260.562/RS, rel. Min. Felix Fischer, DJU de 16/10/2000, pág. 334).

Cumprido anotar, ainda, que a Corte Especial do STJ firmou entendimento no sentido de que "as reproduções fotográficas dos documentos particulares autenticadas por servidores públicos merecem eficácia, de vez que seus atos, quando praticados no exercício da função pública, gozam de presunção de legalidade e veracidade" (EREsp n. 109.779/SP, rel. Vicente Leal, DJU de 8/9/98, pág. 3).

De mais a mais, apresenta-se imprópria, em sede de recurso especial, a análise acerca do caráter probante da documentação aceita pelo órgão colegiado, sob o fundamento da sua inidoneidade formal, ante o que dispõe o art. 232, parágrafo único, do CPP, pois esbarra no enunciado na Súmula 7 do STJ, que afirma que "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

4 - Pelo exposto, nega-se seguimento ao recurso.

5 - Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 24 de abril de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL CRIME N. 2001.018480-0, DE JOINVILLE

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Recorrido: Gilmar José de Farias

Advogados: Dr. Rubens Fonseca Flexa e outro

1 - O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por seu Procurador de Justiça, fundado no art. 105, III, alíneas a e c, da Constituição Federal, interpõe recurso especial do acórdão unânime da colenda Primeira Câmara Criminal, no ponto em que deu parcial provimento ao apelo ajuizado por Gilmar José Farias para fixar em inicialmente fechado o regime de cumprimento da pena a este imposta pela prática do delito tipificado no art. 213, c/c 224, a, e 226, II, todos do Código Penal.

Alega que a decisão combatida, ao afastar a hediondez do crime pelo qual foi condenado o recorrido, negou vigência ao art. 1º, V, e ao art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, e emprestou a ele interpretação divergente da que lhe deu o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ao orientar que o estupro, tanto na sua forma simples como na qualificada, é delito hediondo.

Não houve contra-razões pelo recorrido.

2 - Relativamente à alínea a do permissivo constitucional invocado nas razões de recurso, não lo-

grou o recorrente demonstrar a aventada contrariedade às normas federais apontadas, na medida em que o aresto atacado, com suporte em julgados do STF e do STJ no sentido de que o estupro somente pode ser considerado delito hediondo quando dele resultar lesão corporal grave ou morte, ou seja, somente na sua forma qualificada, houve por bem adequar o regime de cumprimento da reprimenda irrogada ao réu, estabelecendo-o como inicialmente fechado, permitindo, assim, a progressão.

3 - No que toca à ocorrência do sustentado dissídio pretoriano, melhor sorte lhe socorre.

Os julgados trazidos à colação — HC n. 81.404/SC, do STF, e REsp n. 136.504/SP, do STJ — prestam-se à comprovação da alegada divergência, pois além de ter o recorrente instruído a petição recursal com cópia devidamente autenticada destas decisões, procedeu ao necessário cotejo analítico, conseguindo demonstrar, com clareza e precisão, a similitude entre a situação debatida no aresto paragonado e aquela tratada nos

acórdãos paradigmas, logrando, assim, evidenciar a sustentada discrepância jurisprudencial sobre a questão posta que, consoante demonstram as recentes decisões do Superior Tribunal, não se pode dizer esteja pacificada no sentido da decisão recorrida.

4 - Pelo exposto, dá-se seguimento ao especial pela alínea c do inciso III do art. 115 da CF/88.

5 - Subam os autos ao colendo Superior Tribunal de Justiça.

6 - Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 28 de maio de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIME

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIME N. 2001.012175-1, DE LEBON RÉGIS

Recorrente: Alexandre Luiz Lago

Advogada: Dra. Teresinha Clarete Pereira

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

1 - Alexandre Luiz Lago, por sua advogada, fundado no art. 102, III, alínea a, da Constituição Federal, interpõe recurso extraordinário do acórdão da colenda Segunda Câmara Criminal que, por votação unânime, afastou as preliminares e negou provimento ao apelo que ajuizou, mantendo sua condenação como incurso nas penas do art. 12 da Lei de Tóxicos.

Alega que a decisão colegiada: a) contrariou o disposto no art. 5º, LV, da Carta Constitucional, assim como os arts. 231 e 400 do CPP, ao não acatar a preliminar de cerceamento

de defesa que levantou em razão de a sentença não ter admitido como prova as declarações e documentos trazidos por ocasião das suas alegações finais, as quais entende o inocentam da acusação que lhe foi imputada; b) feriu o princípio constitucional da individualização da pena e o contido no art. 93, IX, da CF, bem como nos arts. 381, III, e 387 do CPP, além do art. 59 do CP, ao fixar o regime integralmente fechado para o cumprimento da sanção que lhe foi imposta e, valorando equivocadamente as circunstâncias judiciais, não possibilitar a substitui-

ção da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no moldes do art. 44 do CP.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela não admissão do reclamo.

2 - Apesar de o art. 5º, LV, da CF/88, indicado como afrontado, ter sido debatido no âmbito do acórdão hostilizado, não há como se dar seguimento ao inconformismo, pois a aventada afronta ao citado dispositivo mostra-se reflexa ou indireta, na medida em que o recorrente sustenta a inadmissibilidade da desconsideração, por parte do sentenciante, dos elementos que trouxe à colação por ocasião das razões finais, argumentando, para tanto, a possibilidade de juntada de documentos probatórios a qualquer tempo da instrução criminal, a teor dos arts. 231 e 400 do CPP, não ensejando, assim, a abertura da via extraordinária, consoante reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, que tem orientado no sentido de "se, para dar pela vulneração de regra constitucional, mister se faz, por primeiro, verificar da negativa de vigência de norma infraconstitucional, esta última é o que conta, para os efeitos do art. 102, III, a, da Lei Maior" (AGRAG n. 324.486/MS, rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 26/10/2001, pág. 43).

Ademais, como assentou o aresto digladiado, "cabe ressaltar que, de fato, a legislação processual penal permite a juntada de documentos em qualquer fase do processo, contudo, ao magistrado compete a valoração da prova, nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal, que consubstancia o princípio do livre convencimento do juiz" (fl. 522). E continuando, esclarece que, "*in casu*, o Magistrado *a quo* não aceitou como prova as declarações juntadas

pelo acusado eis que não produzidas sob o crivo do contraditório" (fl. 522), concluindo, diante da doutrina colacionada sobre o tema em questão, que "cabe ao juiz, como destinatário da prova, formar a sua convicção, não havendo o que se falar em cerceamento de defesa o fato de este não ter aceito como tal elementos obtidos sem o crivo do contraditório" (fl. 523).

3 - Igualmente não conseguiu o recorrente evidenciar a aventada ofensa em tese aos arts. 5º, XLVI, e 93, IX, da CF/88, pois além de não terem tais normas constitucionais sido alvo de debate no aresto recorrido, pelo que incide o enunciado nas Súmulas 282 e 356 do STF, para se chegar a essa conclusão necessário primeiramente verificar se houve negativa de vigência aos dispositivos infraconstitucionais que apontou, apresentando-se esta, então, reflexa ou indireta, o que, consoante o julgado já citado, não dá agasalho, nem cabimento a recurso extraordinário.

De ressaltar-se que o Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido da impossibilidade do cumprimento da pena por tráfico de entorpecentes doar-se em regime outro que o integralmente fechado, bem como tem decidido pela inviabilidade da substituição por restritivas de direitos da privativa de liberdade imposta ao condenado por crime dessa natureza.

A propósito:

"*Habeas corpus*. Tráfico ilícito de entorpecente (Lei n. 6.368/76). Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (Lei n. 9.714/98). Inaplicabilidade.

"1. O preceito insito no artigo 44 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.714/98, é regra geral, não podendo ser aplicado à Lei n. 6.368/76, visto tratar-se de lei especial.

"2. A pena privativa de liberdade por crime previsto na lei de tóxicos, equiparável a crime hediondo, tem que ser cumprida integralmente no regime fechado em face da Lei n. 8.072/90, impossibilitando assim a sua conversão em pena restritiva de direitos.

"3. *Habeas corpus* indeferido" (HC n. 79.567/RJ, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 3/3/2000, pág. 62).

No mesmo norte, HC n. 81.259/PE, Rel. Min. Ellen Gracie.

4 - Pelo exposto, nega-se seguimento ao especial.

5 - Publique-se e intímese.

Florianópolis, 23 de maio de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

1988.081219-9 — Imbituba	435
--------------------------------	-----

AÇÃO RESCISÓRIA

1988.035338-8 — Capital	323
-------------------------------	-----

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

436.561 — Santa Catarina (STJ).....	457
440.861 — Santa Catarina (STJ).....	460
1988.081658-6 — Joinville.....	236
2000.010251-2 — São Bento do Sul.....	291
2001.003872-2 — Correia Pinto	209
2001.014531-6 — Fórum Distrital do Estreito	240
2001.017020-5 — Capital	256
2001.018118-5 — Lebon Régis	285
2001.020058-9 — Içara.....	277
2001.020064-3 — Içara.....	263
2001.020934-9 — São Joaquim	282
2001.022726-6 — Capital	212
2001.024523-0 — Balneário Camboriú	249
2002.000006-0 — Lages.....	268
2002.000240-2 — Capital	221
2002.001608-0 — Tubarão	198
2002.003496-7 — Blumenau	272
2002.005071-7 — Blumenau	204

AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2001.021690-6 — Joaçaba.....	294
2002.002479-1 — Caçador.....	297
2002.004558-6 — Chapecó.....	301
2002.008876-0 — Turvo.....	308
2002.009590-2 — Blumenau	306
2002.010158-9 — Balneário Camboriú	314

APELAÇÕES CÍVEIS

1997.013376-6 — Criciúma	56
1998.006166-0 — Anita Garibaldi.....	119
1998.013908-2 — Tubarão	153

1998.015287-9 —	Joaçaba.....	131
1999.000594-1 —	Itapiranga	109
1999.003919-6 —	Videira	136
1999.010215-7 —	Guaramirim	182
1999.010289-0 —	Urussanga	196
1999.015465-3 —	Urussanga	124
1999.017771-8 —	Criciúma	127
1999.020668-8 —	Barra Velha.....	163
2000.000200-3 —	Araranguá.....	101
2000.022300-0 —	Içara.....	156
2000.023525-3 —	São José	80
2000.024825-8 —	Jaraguá do Sul.....	167
2001.000804-7 —	Tijucas	116
2001.003026-3 —	São Francisco do Sul.....	64
2001.005372-1 —	Itajaí	142
2001.010094-0 —	Blumenau	75
2001.016555-4 —	Balneário Camboriú	160
2001.017765-0 —	Braço do Norte.....	95
2001.022317-1 —	Palhoça	148
2001.025268-6 —	Blumenau	85
2002.003765-6 —	Joinville.....	60
2002.004117-3 —	Capital	178

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

1999.005201-0 —	Capital	33
1999.006945-1 —	Xanxerê	40
2001.019631-0 —	Rio do Sul.....	53
2001.023710-5 —	Biguaçu	47
2002.001021-9 —	Biguaçu	36

APELAÇÕES CRIMINAIS

1999.016485-3 —	Timbó	390
2001.020139-9 —	Sombrio.....	363
2001.020979-9 —	São José	366
2001.023171-9 —	Campos Novos	368
2002.000747-1 —	Abelardo Luz.....	371
2002.002535-6 —	São Carlos.....	406
2002.003112-7 —	Porto União	415
2002.004298-6 —	Coronel Freitas.....	375
2002.005207-8 —	Balneário Camboriú	378
2002.007144-2 —	Cunha Porã	387

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

1998.017277-2 —	Chapecó.....	441
2000.002459-7 —	Criciúma	445

CARTA TESTEMUNHÁVEL

2002.003795-8 — Blumenau 421

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

2002.005218-3 — Capital 424

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2002.005543-9 — Capital 330

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL

2001.022659-6 — Capital 328

HABEAS CORPUS

2002.007552-9 — Blumenau 351

2002.007976-1 — São José 358

2002.013661-7 — Gaspar 359

MANDADOS DE SEGURANÇA

2000.001463-0 — Capital 21

2000.019548-0 — Capital 26

PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

2002.003913-6 — Joinville 469

2002.004543-8 — Joinville 471

RECURSO ESPECIAL

242.643 — Santa Catarina (STJ) 461

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIME

2001.012175-1 — Lebon Régis 487

RECURSOS CRIMINAIS

2002.002257-8 — Papanduva 431

2002.007125-6 — Chapecó 427

RECURSOS ESPECIAIS CÍVEIS

1996.006131-2 — Capital 474

1998.013905-8 — Capital 480

2001.011839-4 — Blumenau 482

RECURSOS ESPECIAIS CRIMES

2000.015308-7 — Chapecó 484

2001.018480-0 — Joinville 485

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

230.762-0 — Santa Catarina (STF)	451
247.399-5 — Santa Catarina (STF)	452

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2001.005889-8 — Balneário Camboriú	337
--	-----

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

ABORTO

- Insuficiência de provas — Despronúncia. Prosseguimento do feito, na instância *a quo*, quanto ao crime de ocultação de cadáver. 427

AÇÃO ANULATÓRIA

- Ato jurídico — Compra e venda. Procuração falsa. Comprovação. Pleito procedente. 142

AÇÃO DE DESPEJO

- *Vide* Locação.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

- *Vide* Indenização.

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

- *Vide* Possessória.

AÇÃO DECLARATÓRIA

- Inexistência de débito — Duplicata. Prestação de serviços. Inexistência de contrato escrito. Emissão sem causa. Anulação da cártula. Pleito procedente. 127

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

- Lei municipal — Iniciativa parlamentar. Matéria exclusiva do chefe do Poder Executivo. Liminar concedida. Pleito procedente. 435

AÇÃO MONITÓRIA

- Cheque — Título autônomo e ordem de pagamento à vista. Discussão da *causa debendi*. Impossibilidade. Embargos improcedentes. 156
- Duplicata — Título acompanhado de nota fiscal e comprovante de entrega da mercadoria. Pagamento devido. Pleito procedente. 124

AÇÃO RESCISÓRIA

- Documento novo — Inocorrência. Pressuposto não demonstrado.
Pleito improcedente..... 323

AGRAVO INOMINADO

- *Vide* Recurso.

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

- Deferimento — Requisitos do art. 273 do CPC não demonstrados.
Decisão reformada. 198
- Indeferimento — Ausência dos pressupostos legais. 291

APELAÇÃO CRIMINAL

- *Vide* Recurso crime.

ARRENDAMENTO

- Mercantil — Transformação em compra e venda em prestação.
Rescisão e retomada do bem. Possibilidade. Necessidade da
análise das cláusulas, caracterização da mora e devolução das
parcelas pagas..... 263

ATENTATO VIOLENTO AO PUDOR

- *Vide* Crime contra os costumes.

C**CAMBIAL**

- Nota promissória — Ajuizamento antes do prazo de vencimento.
Impossibilidade. Inexigibilidade do título..... 160

CHEQUE

- Prescrito — Cobrança. Identificação da *causa debendi*. Indispensabilidade. Providência não atendida. Extinção da ação. 95

CÓDIGO CIVIL

- Art. 86 136
- Art. 88 136
- Art. 119 212
- Art. 159 182
- Art. 177 178
- Art. 178, §§ 3º e 4º, I..... 136

— Art. 178, § 6º, II	178
— Art. 178, § 9º, V, b.....	136
— Art. 505	64
— Art. 1.364	221
— Art. 1.521, III	182
— Art. 1.522	182
— Art. 1.525	182

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 1º	256
— Art. 3º, § 2º	263
— Art. 53.....	212 e 263
— Art. 84, § 3º.....	282

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 17, I e VII	142
— Art. 20, §§ 3º e 4º	75
— Art. 20, § 4º.....	323 e 330
— Art. 21	116
— Art. 26, § 2º.....	167
— Art. 43	196
— Art. 165	263
— Art. 245	136 e 156
— Art. 265, III	240
— Art. 265, IV, a	182
— Art. 267, IV	153 e 160
— Art. 267, VI	21, 75 e 330
— Art. 267, § 3º.....	249 e 330
— Art. 269, I	153
— Art. 273.....	127, 198, 212 e 282
— Art. 273, I e II.....	221
— Art. 273, §§ 2º e 3º	291
— Art. 283	337
— Art. 306	240
— Art. 331	136
— Art. 333	240
— Art. 335	85
— Art. 397	167
— Art. 398	328
— Art. 421, § 1º, I e II	136
— Art. 463	148
— Art. 473	240
— Art. 485, VII.....	323
— Art. 494	323

— Art. 499	167 e 285
— Art. 508	75
— Art. 511	75
— Art. 515, § 3º	131, 153 e 301
— Art. 525, I e II	308
— Art. 527, II	306
— Art. 535, I e II	330
— Art. 557, § 1º	294, 301 e 308
— Art. 568, III	196
— Art. 588, II	291
— Art. 614, I	160
— Art. 649, IV	256
— Art. 927	64
— Art. 1.102a	124
— Art. 1.014, parágrafo único	272
— Art. 1.046	196
— Art. 1.048	56

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 28	424
— Art. 41	390
— Art. 64, parágrafo único	182
— Art. 69, I	424
— Art. 70	424
— Art. 78, I	421
— Art. 81, parágrafo único	427
— Art. 312	351
— Art. 386, VI	182
— Art. 409	427
— Art. 410	427
— Art. 608	421
— Art. 798, § 5º	431

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 306	366
— Art. 309	366

CÓDIGO PENAL

— Art. 14, II	406, 415 e 431
— Art. 29	378
— Art. 29, § 2º, <i>in fine</i>	415
— Art. 59	415
— Art. 61, II, c	415
— Art. 62, I	415

— Art. 69	378
— Art. 71	351
— Art. 73	415
— Art. 121, <i>caput</i>	421
— Art. 121, § 2º, II e IV.....	406
— Art. 124	427
— Art. 129, <i>caput</i>	387
— Art. 136, §§ 2º e 3º.....	424
— Art. 146	387
— Art. 147	387
— Art. 157, § 2º, I e II	415
— Art. 157, § 3º.....	421
— Art. 157, § 3º, <i>in fine</i>	415 e 431
— Art. 163, III	375
— Art. 171, <i>caput</i>	431
— Art. 211	421 e 427
— Art. 214	363 e 378
— Art. 224, <i>a</i>	363
— Art. 224, <i>c</i>	378
— Art. 226, III	363
— Art. 228, §§ 1º, 2º e 3º	378
— Art. 229	378
— Art. 331	375

COISA JULGADA

— Material — Reconhecimento. Recurso prejudicado. Aplicação do art. 467 do CPC.	119
--	-----

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA

— Cláusula potestativa — Reconhecimento. Substituição pelo INPC..	80
---	----

COMPETÊNCIA

— Execução fiscal — Autarquia federal. Inexistência de vara federal na comarca. Competência delegada à Justiça Estadual para o processamento e julgamento do feito com recurso ao TRF.	297
---	-----

COMPETÊNCIA (matéria penal)

— Conflito de atribuições entre promotores de justiça — Divergência na capitulação do delito. Resolução pela Procuradoria-Geral de Justiça. Remessa.....	424
— Infração de menor potencial ofensivo — Competência das Turmas de Recursos para processamento e julgamento.	387
— Infrações penais — Penas que excedem a dois anos. Recurso. Competência do Tribunal de Justiça para o julgamento.....	375

- Porte ilegal e disparo de arma de fogo — Delitos de menor potencial ofensivo. Competência das Turmas de Recursos para processamento e julgamento. 371

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL (1989)

- Art. 32 435
- Art. 40, XIII..... 445
- Art. 50, § 2º, III 435
- Art. 83, XI, *f e j* 435
- Art. 85, VII..... 435

CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988)

- Art. 5º, V..... 182 e 460
- Art. 5º, XXIX 221
- Art. 5º, LV 53
- Art. 7º, X 256
- Art. 7º, XVIII..... 33
- Art. 37, *caput* 33 e 40
- Art. 37, § 1º..... 109
- Art. 39, § 3º..... 33
- Art. 41, § 3º..... 40
- Art. 61, § 1º, II, *b*..... 435
- Art. 109, §§ 3º, *in fine*, e 4º 297
- Art. 145, II, e § 2º 445
- Art. 145, § 2º 441
- Art. 192, § 3º 80

CONTRATO

- Arrendamento mercantil — Transmutação em compra e venda a prazo. Rescisão da avença com liminar em tutela antecipada visando à recuperação do bem. Inadmissibilidade. Decisão mantida. 212
- Bancário — Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. 80 e 240
- Financiamento — Liminar. Exclusão do nome dos devedores em órgãos controladores de crédito e impedimento de protesto de títulos. Decisão mantida. 282
- Rescisão — Fraude. Venda de bens penhorados. Constrição não comprovada. Vício não caracterizado. Pleito improcedente. 131

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

- Sonegação fiscal — ICMS. Supressão ou redução do tributo. Comprovação. Condenação mantida..... 390

CRIME CONTRA OS COSTUMES

- Atentado violento ao pudor — Conexão com os delitos dos arts. 228 e 229, ambos do CP. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida..... 378
- Atentado violento ao pudor — Declarações da vítima coerentes e em conformidade com o conjunto probatório. Delito caracterizado. Condenação mantida..... 363

D**DANO MORAL**

- Conta conjunta — Cheque sem fundos. Responsabilidade exclusiva do emitente. Inscrição nos cadastros de inadimplentes de quem não firmou a cártula. Abalo de crédito configurado. Verba devida. ... 85

DECADÊNCIA

- Dano moral — Prazo decadencial previsto no art. 56 da Lei n. 5.250/67. Inaplicabilidade..... 277

DENÚNCIA

- Inépcia — Inocorrência. Peça que preenche os requisitos do art. 41 do CPP. 390

DESPACHO DA VICE-PRESIDÊNCIA

- Mandado de segurança — Drogaria. Estabelecimento sob a responsabilidade de oficial de farmácia licenciado. Admissibilidade. Exegese do art. 14, letra *b*, da Lei n. 3.820/60. Liminar mantida.. 469
- Mandado de segurança — Liminar. Suspensão da cobrança de taxa de conservação e limpeza urbana. Deferimento. Decisão mantida. 471
- Recurso especial — Assistência judiciária gratuita. Indeferimento. Condição precária não demonstrada. Divergência jurisprudencial. Não comprovação. Seguimento ao apelo negado. 482
- Recurso especial — Contrariedade ao art. 232, parágrafo único, do CPP. Inocorrência. Seguimento ao apelo negado. 484
- Recurso especial — Contrariedade aos arts. 1º, V, e 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. Inocorrência. Divergência jurisprudencial. Comprovação. Seguimento ao apelo determinado. 485

- Recurso especial — Ofensa ao direito de propriedade. Inocorrência. Negativa de vigência à lei federal. Alegação genérica. Reexame de provas. Descabimento. Seguimento ao apelo negado..... 480
- Recurso especial — Violação a vários artigos do Código de Processo Civil e do Estatuto Substantivo Civil. Inocorrência. Divergência jurisprudencial. Demonstração. Seguimento ao recurso pelo art. 105, III, letra c, da CF. 474
- Recurso extraordinário — Cerceamento de defesa e ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena. Inocorrência. Seguimento ao apelo negado. 487

DOCTRINA

- A posse em terras de marinha — Des. João José Ramos Schaefer. 5
- Novos juízes: imaginário e verdades — Des. Volnei Ivo Carlin. ... 3

E

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

- *Vide* Recurso.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

- Art. 33, § 3º..... 198
- Art. 198, VII..... 148

EXECUÇÃO

- Cheque — Fotocópia autenticada. Admissibilidade. 153
- Cheque — Título líquido, certo e exigível. Demonstração. Discussão da *causa debendi*. Descabimento. Embargos improcedentes..... 153
- Exceção de pré-executividade — Questões relativas às condições da ação e requisitos do título. Cabimento..... 160

EXECUÇÃO FISCAL

- Fraude — Inocorrência. Bem do devedor alienado anteriormente à constituição do crédito tributário..... 56
- Notificação ao devedor — Exibição determinada pelo juiz, de ofício. Ilegalidade. Documento não essencial. Uniformização de jurisprudência firmada por maioria de votos..... 337

F

FALÊNCIA

- Autofalência — Restituição de títulos de créditos recebidos em garantia. Cauçionamento no termo legal da quebra. Ineficácia em relação à massa falida. Reconhecimento. Decisão mantida. 236

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

- Agregação — Indeferimento. Benefício que viola a Lei de Responsabilidade Fiscal e a norma eleitoral. Segurança denegada. 36
- Agregação — Vantagem concedida por lei editada no fim do mandato do prefeito. Ofensa ao princípio da impessoalidade e da moralidade. Nulidade. Decretação. 47
- Aposentado — Banco. Retenção ou desconto de proventos creditados em conta corrente. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 7º, X, da CF, e art. 649, IV, do CPC. 256
- Disponibilidade — Necessidade de lei que estabeleça os critérios de remuneração e seleção dos servidores disponíveis. 40
- Proventos de aposentadoria — Retificação. Possibilidade. Exege-se da Súmula 473, 1ª parte, do STF. 452
- Servidor aposentado — Férias não gozadas. Obrigação de indenizar. 457

H

HABEAS CORPUS

- Crime contra a ordem tributária — Suspensão da pretensão punitiva do Estado. Impossibilidade. Constrangimento ilegal. Não demonstração. Ordem denegada. 359
- Prisão em flagrante — Constrangimento ilegal. Inocorrência. Ordem denegada. 358
- Prisão preventiva — Decreto devidamente fundamentado. Revogação. Impossibilidade. Ordem denegada. 351

HOMICÍDIO QUALIFICADO

- Júri — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Porte ilegal de arma. Absorção. Impossibilidade. Condenação mantida. 406

I

ILEGITIMIDADE AD CAUSAM

- Ativa — Embargos de terceiro. Interposição por herdeiros do devedor. Ilegitimidade reconhecida. 196

INDENIZAÇÃO

- Acidente de trânsito — Atropelamento. Marcha à ré. Manobra sem as cautelas exigidas. Culpa do preposto caracterizada. Verba devida. 182
- Acidente de trânsito — Cruzamento não sinalizado. Direito de preferência. Conflito. Concorrência de culpas caracterizada. Pleito parcialmente procedente. 116

INVENTÁRIO

- Bens trazidos à colação — Valor. Fixação considerando a época da liberalidade. Garantia da igualdade patrimonial entre os herdeiros. 272

J

JOÃO JOSÉ RAMOS SCHAEFER (Des.)

- A posse em terras de marinha. 5

JÚRI

- Homicídio qualificado — Tentativa. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Porte ilegal de arma. Absorção. Impossibilidade. Condenação mantida. 406
- Protesto por novo julgamento — Indeferimento. Crime que não é da competência do Tribunal Popular. Decisão mantida. 421

JUROS

- Capitalização — Vedação. Exegese da Súmula 121 do STF. 80
- Reais — Limitação constitucional do art. 192, § 3º, da CF. Reconhecimento. 80

L

LATROCÍNIO

- Tentativa — Delito caracterizado. Desclassificação para roubo qualificado. Inadmissibilidade. Apelo ministerial provido parcialmente. 415

LEGISLAÇÃO ESTADUAL**LEI**

- N. 11.481/2000 — Art. 12, *caput* 359

LEGISLAÇÃO FEDERAL**DECRETOS**

- N. 22.626/1933 — *Vide* Lei de Usura.

DECRETOS-LEIS

- N. 58/1937 131
- N. 745/1969 131
- N. 7.661/1945 — *Vide* Lei de Falências.

LEIS

- N. 1.060/1950 — *Vide* Lei da Assistência Judiciária.
- N. 1.533/1951 — *Vide* Lei do Mandado de Segurança.
- N. 4.348/1964 — Art. 4º 469 e 471
- N. 5.010/1966 — Art. 15, I 297
- N. 5.250/1967 — *Vide* Lei de Imprensa.
- N. 5.983/1981 249
- N. 6.368/1976 — *Vide* Lei Antitóxicos.
- N. 6.830/1980 — *Vide* Lei de Execução Fiscal.
- N. 7.357/1985 — Art. 59 95
- N. 7.357/1985 — Art. 61 95
- N. 7.357/1985 — Art. 62 95
- N. 8.009/1990 209
- N. 8.009/1990 — Art. 3º, VII 268
- N. 8.038/1990 — Art. 39 314
- N. 8.069/1990 — *Vide* Estatuto da Criança e do Adolescente.
- N. 8.072/1990 — *Vide* Lei dos Crimes Hediondos.

— N. 8.078/1990	— Vide Código de Defesa do Consumidor.	
— N. 8.137/1990	— Art. 1º	390
	— Art. 1º, II e III	351
— N. 8.245/1991	— Vide Lei do Inquilinato.	
— N. 8.397/1992	— Art. 1º	297
	— Art. 5º	297
— N. 8.666/1993	— Vide Lei de Licitações.	
— N. 8.952/1994	221
— N. 9.099/1995	375
	— Art. 61	371
	— Art. 76	366
	— Art. 86	366
— N. 9.139/1995	314
— N. 9.437/1997	— Art. 10	368
	— Art. 10, <i>caput</i>	406
	— Art. 10, <i>caput</i> , e § 1º, III	371
	— Art. 10, <i>caput</i> , e § 3º, I e III	375
— N. 9.503/1997	— Vide Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.504/1997	— Art. 73	47
	— Art. 73, V	36
— N. 9.941/1995	249
— N. 10.259/2001	375 e 387
	— Art. 2º	371
— N. 10.352/200160, 131, 153, 301 e	306
— N. 10.409/2002	— Art. 27	358

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 122	80
------------------	----

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— Art. 6º	160
— Art. 7º	160

LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (Lei n. 6.830/1980)

— Art. 6º, § 1º	337
-----------------------	-----

LEI DE FALÊNCIAS (Decreto-Lei n. 7.661/1945)

— Art. 52, III	236
----------------------	-----

LEI DE IMPRENSA (Lei n. 5.250/1967)

— Art. 29	460
— Art. 56	277
— Direito de resposta — Prazo. Aplicação do art. 29, § 2º, da Lei n. 5.250/67.	460

LEI DE LICITAÇÕES (Lei n. 8.666/1993)

— Art. 3º	26
— Art. 41	26
— Art. 49	26

LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (Lei Complementar n. 101/2000)

— Art. 21	36 e 47
-----------------	---------

LEI DE USURA (Decreto n. 22.626/1933)

—	80
---------	----

LEI DO INQUILINATO (Lei n. 8.245/1991)

— Art. 58, V	204
— Art. 82	268

LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)

— Art. 8º	249
-----------------	-----

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

— Art. 2º, § 1º	363
-----------------------	-----

LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei Complementar n. 197/2000)

— Art. 18, XIII	424
-----------------------	-----

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 101/2000 (Federal) <i>vide</i> Lei de Responsabilidade Fiscal.	
— N. 156/1997 (Estadual)	116
— Art. 35, <i>i</i>	33
— N. 161/1997 (Estadual)	116
— N. 197/2000 (Estadual) <i>vide</i> Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.	

LICITAÇÃO

— Contrato — Fornecimento de equipamento hospitalar. Edital não cumprido. Rescisão unilateral. Admissibilidade. Inexistência de abuso de poder e ilegalidade no ato administrativo.	26
--	----

LOCAÇÃO

— Despejo — Conexão com consignatória. Julgamento simultâneo. Recurso. Recebimento apenas no efeito devolutivo. Inteligência do art. 58, V, da Lei n. 8.245/91.	204
— Fiador — Penhora. Bem de família. Admissibilidade.	268

M**MANDADO DE SEGURANÇA**

- Concurso público — Médico legista. Não inclusão na folha de pagamento. Ato da posse. Ausência. Direito líquido e certo não demonstrado. Extinção do feito. 21
- Débito fiscal — Parcelamento. Direito invocado não revestido de liquidez e certeza. Carência da ação. Extinção do feito. 249
- Funcionário público — Agregação. Indeferimento. Benefício que viola a Lei de Responsabilidade Fiscal e a norma eleitoral. Segurança denegada. 36
- Gestante — Licença. Redução por decreto municipal. Óbito do recém-nascido. Circunstância que não justifica o ato administrativo. Liminar deferida. 33

MEAÇÃO

- Mulher casada — Divisão que consiste em cada bem do casal e não no conjunto do patrimônio. 163

MENOR

- Guarda e destituição do pátrio poder — Pleito por mãe que abandonou marido e filha. Inacolhimento. Decisão mantida. 148
- Guarda provisória em pedido de adoção — Deferimento. Prevalência do interesse da criança. Decisão mantida. 285

MINISTÉRIO PÚBLICO

- Ação civil pública — Defesa de interesse coletivo de aposentados. Legitimidade reconhecida. Exegese do art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/85. 461

MULTA

- Contratual — Verba indevida. Exclusão. 80

N**NEGATÓRIA DE PATERNIDADE**

- Cumulação com retificação de registro — Exame de DNA. Vínculo filial inexistente. Pleito procedente. 136

NOTA PROMISSÓRIA

- *Vide* Cambial.

NULIDADE (matéria penal)

- Decisão interlocutória — Ausência de intimação da parte contrária e inobservância do contraditório. Eiva decretada. 240

P**PENHORA**

- Antena parabólica — Bem de família. Impenhorabilidade..... 209
- Bem de família — Admissibilidade. Fiador em contrato de locação.. 268

PETIÇÃO INICIAL

- Juntada de documento *a posteriori* — Possibilidade. 277

POLÍCIA MILITAR

- Licenciamento — Processo administrativo. Instrução. Ausência de intimação da procuradora. Violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Segurança concedida. 53

PORTE ILEGAL DE ARMA

- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida..... 368

POSSESSÓRIA

- Reintegração — Impossibilidade. Imóvel doado anteriormente ao pleito. Apelo desprovido. 64

PREFEITO MUNICIPAL

- *Slogan* partidário — Inserção em impressos da administração municipal. Ilegalidade. Promoção pessoal caracterizada. 109

PRISÃO PREVENTIVA

- Decretação — Decisão devidamente fundamentada. Revogação. Impossibilidade. 351

PROCESSO CRIME

- Transação penal — Prestação de serviços à comunidade ou pena pecuniária. Homologação. Descumprimento. Revogação sem

consultar o agente da pena alternativa. Impossibilidade. Observância ao acordo ajustado. 366

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

— Nome comercial — Mesmo vocábulo. Prevalência do uso de quem obteve o registro anterior na Junta Comercial e no INPI. ... 221

R

RECONVENÇÃO

— Indenização por perdas e danos — Pleito incompatível com a demanda principal. Impossibilidade jurídica do pedido. Reconhecimento. 75

RECURSO

— Agravo inominado — Alegado perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação. Não demonstração. Mera suposição. Apreciação em ação própria. Desprovido. 306

— Agravo inominado — Concessão de efeito suspensivo à apelação interposta contra sentença que extinguiu o feito sem julgamento do mérito. Impossibilidade. Apelo desprovido. 301

— Agravo inominado — Instrução com a certidão da intimação da decisão recorrida incompleta. Imprestabilidade. Apelo desprovido. 308

— Agravo inominado — Interposição contra despacho que concede efeito suspensivo a agravo de instrumento. Apelo inadequado e incabível. Não conhecimento. 314

— Agravo inominado — Retratação de pedido de desistência de agravo de instrumento formulado por presidente anterior do DCE. Impossibilidade. Pleito formulado por parte legítima e devidamente representada. Apelo desprovido. 294

— Embargos de declaração — Obscuridade e contradição. Inexistência. Rejeição. 330

— Embargos de declaração — Omissão e contradição. Inocorrência. Rejeição. 328

RECURSO CRIME

— Apelação — Intempestividade. Não conhecimento. 431

RECURSO ESPECIAL

- Ação civil pública — Ministério Público. Defesa de interesse coletivo de aposentados. Legitimidade reconhecida. Exegese do art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/85. 461

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Estabilidade sindical — Servidor público não concursado. Direito não reconhecido. Decisão mantida. 451
- Funcionário público — Proventos de aposentadoria. Retificação. Possibilidade. Exegese da Súmula 473, 1ª parte, do STF. 452

REGIME CARCERÁRIO

- Crime hediondo — Progressão prisional. Possibilidade. 363

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

- Art. 114 351
- Art. 195 314

RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

- N. 8..... 387
- N. 20..... 424

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO

- Reparação de dano — Acidente de trânsito. Buraco na pista. Ausência de conservação e fiscalização. Obrigação de indenizar. ... 60

S**SERVIDOR PÚBLICO**

- *Vide* Funcionário público.

SONEGAÇÃO FISCAL

- *Vide* Crime contra a ordem tributária.

SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- N. 221 277
- N. 263 212

SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

— N. 121	80
— N. 269	21
— N. 271	21
— N. 427	64
— N. 473	26

T**TARIFA**

- Energia elétrica — Redução. Indeferimento. Apuração do montante devido de acordo com a demanda contratada e não ao do efetivo consumo. Exegese da Resolução n. 456/00 da Aneel. 101

TAXA

- Taxa de licença para localização e funcionamento — Base de cálculo. Vinculação ao número de empregados e à metragem da empresa. Ofensa ao art. 145, § 2º, da CF. Inconstitucionalidade. Declaração. 441
- Taxa de verificação de cumprimento de posturas e normas urbanísticas — Base de cálculo. Vinculação ao ramo comercial do contribuinte e à metragem da empresa. Inconstitucionalidade. Declaração. 445

TRANSAÇÃO

- Homologação — Nulidade do acordo por erro de consentimento. Vício não comprovado. Apelo improcedente. 167

U**UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA**

- Execução fiscal — Notificação ao devedor. Exibição determinada pelo juiz, de ofício. Ilegalidade. Documento não essencial. Súmula firmada por maioria de votos. 337

V**VEÍCULO**

- Furto — Seguro. Pagamento pelo valor de mercado. Impossibilidade. Cobrança da diferença conforme o valor da apólice. Procedência..... 178

VOLNEI IVO CARLIN (Des.)

- Novos juízes: imaginário e verdades. 3

Composição, revisão e paginação executadas
pela Seção de Revisão
da Divisão de Documentação
da Diretoria de Documentação e Informações
do Tribunal de Justiça.

Chefe de Divisão

Léa dos Santos Sousa

Chefe da Seção de Revisão

José Tadeu de Miranda

Composição

José Tadeu de Miranda

Revisores

Cleusa Maria de Souza
Christiane Monique Callado Silva
Eliane Cardoso de Melo
Idaete Souza
Inge Ignez Ruschel Horn
João Paulo da Silva
Maria Fernandes Bez
Sandra Mello Bottaro Vieira
Valmecir José de Souza
Wânia Mara Valentim da Silva

Índice Numérico e Legislativo

Jorge Silveira

Índice por Assunto

Juvenaldo Zangelini

Montagem, impressão, diagramação e acabamento
realizados pela Divisão de Artes Gráficas,
da Diretoria de Infra-Estrutura
do Tribunal de Justiça.