

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

ANO XXVI — 4º Trimestre 2000 — N. 92
Florianópolis — SC
2001

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

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

Diretor: Des. Francisco Xavier Medeiros Vieira

Comissão de Jurisprudência:

Des. João José Ramos Schaefer — *Presidente*

Des. Anselmo Cerello

Des. Pedro Manoel Abreu

Des. José Trindade dos Santos

Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi

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

Diretor de Infra-Estrutura:

Mauro Camillo Duarte

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

Praça da Bandeira, n. 208

Caixa Postal n. 427

88 020-901 — Florianópolis — SC

Telefone (48) 221 1213

Fax (48) 221 1200

Telex 481108/482610

Tiragem: 3.000 exemplares

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Tribunal de Justiça.

Florianópolis, SC, 1973 —

Trim.

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

periodicidade irregular de 1891 a 1972

CDU — 340.142 (816.4) (05)

CDD — 34005

SUMÁRIO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	V
DOCTRINA	
Justiça a um grande homem — Volnei Ivo Carlin, Desembargador	3
JURISPRUDÊNCIA CÍVEL	
Apelações Cíveis em Mandados de Segurança	7
Apelações Cíveis	60
Agravos de Instrumento	291
Embargos Infringentes	400
JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL	
Habeas Corpus	407
Recursos Criminais	469
Apelações Criminais	477
Recursos de Agravo	585
Mandado de Segurança	598
Recursos em Mandados de Segurança	601
Embargos de Declaração	609
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	617
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
Medida Cautelar	629
Recursos Especiais	633

VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recursos Especiais.....	641
Recurso Extraordinário.....	647

NOTICIÁRIO

Posse dos Desembargadores Vanderlei Romer e Ruy Pedro Schneider	651
--	-----

ÍNDICE NUMÉRICO.....	671
-----------------------------	------------

ÍNDICE POR ASSUNTO.....	677
--------------------------------	------------

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (setembro de 2001)

TRIBUNAL PLENO

Presidente

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA

Vice-Presidente

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Corregedor-Geral da Justiça

Des. WILSON GUARANY Vieira

Des. JOÃO MARTINS

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

Des. LUIZ CARLOS CERCATO PADILHA

ÓRGÃO ESPECIAL

Sessões: 1ª e 3ª quartas-feiras do mês — Horário: 9h às 12h, com reinício às 14h — Local: 10º andar

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

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

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

SEÇÃO CIVIL

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

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

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. LUIZ CEZAR MEDEIROS

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

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

Des. PEDRO MANOEL ABREU — **Presidente**

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR*

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

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

Des. ANSELMO CERELLO

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VANDERLEI ROMER

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

PRIMEIRA CÂMARA CIVIL

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — **Presidente**

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER*

SEGUNDA CÂMARA CIVIL

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

Des. ANSELMO CERELLO — **Presidente**

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VANDERLEI ROMER

TERCEIRA CÂMARA CIVIL

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

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

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

QUARTA CÂMARA CIVIL

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

Des. PEDRO MANOEL ABREU — **Presidente**

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR*

QUINTA CÂMARA CIVIL

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

Des. JOÃO MARTINS

Des. José GASPAS RUBIK

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

SEXTA CÂMARA CIVIL

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

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

Des. ALBERTO Luiz da COSTA — **Presidente**

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

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

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. SOLON D'EÇA NEVES

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

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

Des. ALBERTO Luiz da COSTA — **Presidente**

Des. JORGE MUSSI

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

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

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA

Dr. WILSON Augusto do NASCIMENTO

Dr. JAIME RAMOS

CÂMARA ESPECIAL — PROCESSOS CÍVEIS

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

Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA — **Presidente**

Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

CÂMARA ESPECIAL — PROCESSOS CRIMINAIS

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

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO

Dr. José Antônio TORRES MARQUES

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO

Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA

Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Dr. José Antônio TORRES MARQUES

Dr. WILSON Augusto do NASCIMENTO

Dr. SÉRGIO Roberto Baasch LUZ

Dr. JAIME RAMOS

Dra. MARIA DO ROCIO Luz SANTA RITTA

JUÍZES CORREGEDORES

Dr. NICANOR CALÍRIO DA SILVEIRA

Dr. TULIO JOSÉ MOURA PINHEIRO

Dr. ROBERTO LUCAS PACHECO

DIRETOR-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dr. PERIANDRO ALVES BALBINO

DIRETOR ADJUNTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dr. ARI DORVALINO SCHÜRHAUS

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

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

Dr. José Antônio TORRES MARQUES — Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

DOCTRINA

JUSTIÇA A UM GRANDE HOMEM

Volnei Ivo Carlin

Desembargador

Ainda ressoam na mídia e no Plenário do Tribunal de Justiça as homenagens ao saudoso Des. Wilson Eder Graf, falecido recentemente. Seus derradeiros sofrimentos coincidiram com a Semana de Natal e seus últimos dias decorreram como os de Moisés, o profeta que morreu à vista da Terra Prometida. O pranteado juiz desapareceu às portas do novo milênio!

Todos declaram: magistrado independente, digno, ético, leal, corajoso, culto e prático. Avesso em discutir questiúnculas, mas sem se omitir nas relevantes questões, com a luz de sua experiência e saber. No julgamento dos feitos nunca procedeu como insensível e mecânico aplicador dos textos, mas sempre como intermediário entre a letra morta dos dispositivos e a vida real, pronto a dar às normas jurídicas um entendimento útil à realização do direito e aos ideais imperecíveis da Justiça.

Quanta falta iremos sentir deste protótipo de julgador. Dentro de pouco terminarão as homenagens póstumas. Seus magníficos votos ficarão nos repositórios da jurisprudência, a cada dia mais antigos, recendendo devoção e credibilidade. Neles o melhor exemplo do magistrado. Na memória dos amigos a lembrança imorredoura de um homem simples e justo, com permanente disposição para o diálogo, inquebrantável fidelidade à verdade e constante energia para a luta. Estas e tantas outras qualidades fizeram com que Graf conquistasse a admiração e a confiança de todo catarinense.

Essa breve digressão bastaria para evidenciar sua personalidade, cuja memória, agora, tanto merece ser reverenciada. Porém, há outro aspecto relevante que vale ser frisado: caracterizou-se pela austeridade como regra essencial para o exercício da democracia, qual imperativo ético foi razão de sua postura pública, sem nunca ter-se valido da demagogia. Sempre sabedor de que as proclamações de princípios nada valem se não acompanhados pela sua ação eficaz. Nunca entoou loas a Leviatã, demolidor do direito e da liberdade. Ao contrário, a todo tempo foi um homem de fé e de vida honesta.

A Justiça, tal como a concebo, constitui a mais nobre e recompensadora das atividades humanas. Servir a ela reclama dedicação incansável e noites indormidas, não sendo raros os que sucumbem em pleno combate.

Perdoem-me se agora coloco algo de pessoal nestas palavras.

Conheci Graf à distância, já brilhando na constelação interiorana de nossa magistratura. Vim a conhecê-lo a menor distância, como Diretor do Foro da Capital. Dele fiquei mais próximo, embora já o admirasse, quando Desembargador. Tanto insistiu e me animou que acabei, graças à perseverança, chegando ao Tribunal. “Vais vencer pelo talento e pelo trabalho”, repetia constantemente. No Tribunal Regional Eleitoral — TRE, que dirigiu com sabedoria raramente encontrada hoje, ficamos muito amigos, servindo-me de referencial permanente.

Plagiando, com pobreza, inspirado poeta, enfim, posso dizer:

Partiu o grande magistrado em direção da Justiça de Deus, sua toga imaculada navega rumo ao porto eterno, ecoando em todos nós suas últimas palavras de angústia de um adeus.

Deixou a lição de que o maior atributo do julgador é a sua moral. É o substrato da profissão.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.006349-6, DE FRAIBURGO

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Mandado de segurança — Atos de exoneração de servidores públicos municipais — Míngua de motivação — Justificativa ulterior insubsistente — Nulidade.

Consoante preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello, “a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são ‘donos’ da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses visto que, nos termos da Constituição, ‘todo o poder emana do povo (...)’ (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como ‘Estado Democrático de Direito’ (art. 1º, caput), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a ‘cidadania’ (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado têm o direito de saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam” (Curso de Direito Administrativo, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, págs. 344 e 345).

Tratando-se de impugnação via writ of mandamus dirigida a ato administrativo vinculado despido de motivação, malgrado seja admissível a produção de contraprova pela autoridade coatora à guisa de convalidação ulterior, é mister que tal evidência demonstre

“de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entredúvida que o motivo exigente do ato preexistia” (pág. 345).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.006349-6, da comarca de Fraiburgo, em que são apelantes Adelírio Rodrigues e outros, sendo apelado o município de Fraiburgo:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, prover o recurso para conceder a segurança, sem condenação em honorários advocatícios (Súmulas 105 do STJ e 512 do STF).

Sem custas (art. 35, I, da LC n. 156/97).

Adelírio Rodrigues e outros, servidores públicos municipais regidos pelo regime estatutário, impetraram mandado de segurança em face de ato praticado pelo Exmo. Sr. Prefeito Municipal de Fraiburgo. Teria o alcaide os exonerado sumariamente, ferindo direito líquido e certo de que são titulares. Teceram outras considerações que, por brevidade, restam incorporadas a esta suma. Postularam fossem requisitadas à autoridade apontada como coatora suas fichas funcionais e as respectivas portarias de nomeação. Requereram a concessão de liminar e sua confirmação ao final. Jungiram documentos (fls. 8 a 102).

Prestando informações, a autoridade tida por coatora sustentou a legalidade dos atos de exoneração, eis que, além dos cargos no Poder Executivo municipal, os impetrantes, con-

comitantemente, perceberiam benefício da autarquia previdenciária (INSS) referente à aposentadoria em outro cargo público. Assim, aduz que os atos tiveram respaldo no dispositivo constitucional que veda a acumulação de cargos públicos (art. 37, XVI).

A liminar foi denegada (fl. 186v.)

Há parecer ministerial no sentido da extinção do feito sem julgamento do mérito diante da ausência das portarias de nomeação dos impetrantes. Acolhida a tese do Parquet, a prestação jurisdicional é negativa.

Irresignados, apelaram os impetrantes almejando, preliminarmente, o reconhecimento do cerceamento de defesa, pois, tendo sido pleiteado fossem requisitadas à autoridade as portarias de nomeação, não era lícito ao Magistrado a quo se basear, para a denegação da ordem, na ausência destas. No mérito, reeditaram a tese da exordial crescendo, com fundamento em doutrina, argumentos favoráveis à legalidade da cumulação de proventos da inatividade com vencimentos de cargo efetivo.

Em resposta, são defendidas as assertivas trazidas à baila com as informações.

O representante do Ministério Público de primeiro grau manifestou-se pelo reconhecimento do cerceamento de defesa ou, alternativamente, pela concessão da ordem, opinião partilhada pela douta Procuradoria-Geral de Justiça em parecer da la-

vra do ilustre Dr. Jobél Braga de Araújo.

É o breve relato.

O art. 6º da Lei n. 1.533/51, com a redação dada pela Lei n. 4.166, de 4/12/1962, permite que o magistrado ordene a exibição de documentos indispensáveis à prova quando estes se encontrem em repartição pública ou em poder da autoridade coatora, mas condiciona a medida à comprovação da recusa no fornecimento. Por conseguinte, na hipótese não há falar em cerceamento de defesa pois não há tal evidência.

Não obstante isso, data venia, merece reforma o ato judicial profligado.

Malgrado não constar dos autos as portarias de nomeação dos impetrantes, há os atos de exoneração destes. Ora, se exonerados foram, é porque ocupavam cargo público e dele foram destituídos.

A prova exigida, portanto, era despicienda diante das demais presentes no elenco probatório jungido à vestibular.

Frise-se, outrossim, que há menção nas portarias exoneratórias ao cargo que tais servidores ocupavam. Além do que, nas informações que prestou, a autoridade coatora restringiu-se a arguir a impossibilidade de cumulação de proventos com vencimentos, não tendo, em momento algum, questionado o vínculo funcional dos impetrantes, o que gera uma presunção juris tantum.

Destarte, a prova pré-constituída, essencial no mandamus, traduz-se nas portarias de exoneração de todos os 15 (quinze) impetrantes

que se encontram acostadas à proemial.

Verifica-se, compulsando as portarias sub examinem, que delas não consta a motivação, ou seja, que as exonerações provieram da impossibilidade de cumulação de proventos de aposentadoria com vencimentos referentes à ocupação de cargo efetivo — justificativa esta apresentada pela autoridade coatora nas informações que prestou.

Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona que “a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são ‘donos’ da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses visto que, nos termos da Constituição, ‘todo o poder emana do povo (...)’ (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como ‘Estado Democrático de Direito’ (art. 1º, caput), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a ‘cidadania’ (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado têm o direito de saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam” (Curso de Direito Administrativo, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, págs. 344 e 345).

Reconhece-se, porém, apesar dessa ínsita necessidade de ser a motivação contemporânea à prática do ato, a possibilidade de ulterior demonstração de sua legalidade — dès que se tratando de atos vinculados, como in casu. A lição de Celso Antô-

nio Bandeira de Mello, mais uma vez, é pertinente, quando afirma: “Sem embargo — e nisso acompanhamos mais uma vez, como é habitual, as lições do Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello —, em se tratando de atos vinculados (nos quais, portanto, já está predefinida na lei, perante situação objetivamente identificável, a única providência qualificada como hábil e necessária para atendimento do interesse público), o que mais importa é haver ocorrido o motivo perante o qual o comportamento era obrigatório, passando para o segundo plano a questão da motivação. Assim, se o ato não houver sido motivado, mas for possível demonstrar ulteriormente, de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida e entre-dúvida, que o motivo exigente do ato preexistia, dever-se-á considerar sanado o vício do ato” (op. cit., pág. 346).

A produção de contraprova pela autoridade coatora é, evidentemente, possível, não sendo demais lembrar que “as informações merecem credibilidade, até prova em contrário, dada a ‘presunção de legitimidade’ dos atos da Administração e da palavra de suas autoridades” (Hely Lopes Meirelles, apud Des. Rubem Córdova, in JC 60/62).

Nessa ordem de idéias, se se admite a apresentação ulterior da justificativa do ato administrativo vinculado e sendo possível a produção de contraprova pela autoridade coatora nas informações que presta, no âma-

go do mandado de segurança, não há óbice a que esta supra a ausência de motivação naquela oportunidade. Aliás, é recomendável que o faça, até para que se faça prevalecer o interesse público.

Do exposto, conclui-se que há uma verdadeira inversão do ônus da prova, resultante da ausência de motivação em ato administrativo, em sede de mandado de segurança.

De clareza solar, dessarte, que era mister, na hipótese sub judice, fosse cabalmente demonstrada a acumulação de proventos de aposentadoria com vencimentos de outro cargo público. Malgré tout, a despeito de adentrar na intrincada celeuma acerca da constitucionalidade e legalidade da referida cumulação, falhou a autoridade em demonstrá-la. A documentação acostada às informações (fls. 112 a 186) é, para tal finalidade, inidônea.

Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo para conceder a segurança, sem condenação em honorários advocatícios (Súmulas 105 do STJ e 512 do STF).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros e Maria do Rocio Santa Ritta, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 7 de novembro de 2000.

*Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.021494-0, DE SÃO JOSÉ**Relator: Des. Francisco Oliveira Filho**

Apelação cível — Mandado de segurança — Servidor público municipal — Decesso remuneratório durante período de readaptação funcional — Prestações de trato sucessivo — Inocorrência de decadência — Cobrança de verbas pretéritas — Meio inadequado — Comprovação da percepção da vantagem antes da impetração — Procedência parcial do pleito — Recurso rechaçado — Reexame necessário provido apenas para afastar a condenação em custas do erário.

Sendo renováveis mês a mês os atos que propiciaram o manejo do writ, da mesma forma se reinicia o interstício decadencial.

Para consubstanciar o decesso remuneratório à guisa de pré-constituição de prova à impetração do remédio heróico, bastam os demonstrativos de pagamento emitidos unilateralmente pela pessoa jurídica de direito público a que é vinculado o impetrante.

Se, na esteira da exegese de reiterados precedentes desta Corte, possui o servidor, durante o período de readaptação, direito líquido e certo à percepção de todas as vantagens a ele conferidas no exercício das funções originárias, quanto mais o possuirá após findo aquele período.

“O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança” (Súmula 269 do STF).

Sendo a autoridade coatora remunerada pelos cofres públicos, ilegal a condenação do erário em custas processuais (Lei Complementar Estadual n. 156/97, art. 35, i, com a redação dada pela Lei Complementar Estadual n. 161/97).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.021494-0, remetidos pelo Juízo de Direito da comarca de São José (Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em

que é apelante o município de São José, sendo apelada Dilma Souza Nunes:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, desprover o apelo, e prover o reexame necessário para isentar o erário de custas.

Sem custas (art. 35, i, da LC n. 156/97).

Dilma Souza Nunes impetrou mandado de segurança em face de ato praticado pelos Secretário da Educação e Cultura e Procurador Adjunto, ambos do município de São José, que lhe negaram o direito à hora/atividade correspondente a 20% do valor do vencimento que percebia por ocupar o cargo de Professora de Artesanato.

Relatou ter sido readaptada em 23/4/1998 nos quadros funcionais do Município e que, em 27/5/1998, sofreu acidente de trabalho que lhe retirou a capacidade laborativa, motivo pelo qual foram-lhe concedidas sucessivas licenças para tratamento de saúde. Desde junho de 1998, porém, o Município passou a suprimir de sua remuneração a verba referente às horas-atividade que percebia desde a sua admissão. Frisou ter reclamado seu direito administrativamente inclusive com pedido de reconsideração, e teceu considerações outras que, por brevidade, restam incorporadas a esta suma. Pugnou pela concessão de medida liminar e por sua confirmação ao final, com a determinação do pagamento dos atrasados.

O Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de São José, considerando-se incompetente, remeteu os autos ao Juízo da Vara da Fazenda, tendo este suscitado conflito de competência. A egrégia 4ª Câmara Cível desta Corte julgou-o procedente.

Volviendo os autos à unidade jurisdicional de origem, a autoridade coatora prestou informações pugnano pelo reconhecimento: da decadência, eis que a requerente deixou de receber a verba pleiteada em junho de

1998, só tendo em 11/3/1999 impetrado o mandamus; da carência de ação, uma vez que não há prova pré-constituída da prorrogação da readaptação concedida e da improcedência do pedido por inexistir direito líquido e certo na espécie, já que a verba postulada é de caráter *propter laborem*.

A liminar, então, foi denegada.

O Ministério Público opinou pela concessão da ordem. A prestação jurisdicional é parcialmente positiva, negando-se o pedido de pagamento dos atrasados.

Irresignado, apelou o município de São José, por seu procurador, reeditando as assertivas despendidas nas informações prestadas.

Em resposta, o ato jurisdicional profligado é arduamente defendido.

Há parecer do Parquet no sentido do desprovitamento do reclamo e do reexame necessário.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt, manifesta-se pelo desprovitamento do apelo e provimento do reexame necessário com a finalidade de isentar-se a Fazenda Pública de custas.

É o breve relato.

Verifica-se, a teor da prova carreada aos autos, que a verba remuneratória concernente às horas/atividade percebidas pela impetrante foi-lhe regularmente concedida até junho de 1998 (fl. 65). A partir de então, mensalmente, até janeiro de 1999 — data do último contracheque presente nos autos —, os demonstrativos foram emitidos sem o acréscimo daquele montante.

O mandamus, tendo sido protocolizado em 11/3/1999, é tempestivo, eis que a hipótese é de prestações de trato sucessivo, cujo prazo decadencial reinicia-se mês a mês.

Pertinente, a respeito, a lição de Hely Lopes Meirelles: “Nos atos de trato sucessivo, como no pagamento de vencimentos ou outras prestações periódicas, o prazo se renova a cada ato” (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, 13ª ed., São Paulo, RT, 1999, pág. 30).

Da jurisprudência, colhe-se: “Em se tratando de prestações de trato sucessivo, prevalece o entendimento de que o ato lesivo e, conseqüentemente, o prazo, se renovam a cada etapa, in casu, mês a mês, não se podendo cogitar da decadência do direito perseguido no writ” (MS n. 88.064235-0 (6.892), teve por relator o mesmo deste recurso).

No mesmo diapasão: “Nos casos de prestação de trato sucessivo, como no pagamento de estípedios a menor, o prazo decadencial, se reabre a cada mês, não se podendo falar, portanto, em decadência” (MS n. 7.043, Des. José Roberge).

Da mesma forma, a assertiva de minguada prova pré-constituída não merece guarida. É que, não obstante não restar demonstrado o ato de prorrogação da readaptação funcional da servidora — que, de fato, consoante se vislumbra à fl. 29, incorreu –, há provas do decurso remuneratório, quais sejam, os já mencionados demonstrativos de pagamento (fls. 65 a 69).

Sopesadas essas questões, resta perquirir acerca do meritum causae.

Prevê o art. 38 do Estatuto do Magistério Público do município de São José (Lei n. 2.761/95):

“Art. 38 (...).

“§ 1º O membro do magistério terá na sua jornada de trabalho 20% (vinte por cento) de horas/atividade”.

Segundo o art. 226 do mesmo corpo normativo, “aplicam-se subsidiariamente ao membro do magistério as disposições do Estatuto dos Funcionários Públicos de São José”. Incidente, portanto, o § 3º daquele cânone (Lei n. 2.248/91) que dispõe: “Em qualquer hipótese, a readaptação não poderá acarretar aumento ou redução da remuneração do servidor” (grifou-se).

Não bastasse a expressa previsão legal, as decisões provindas deste egrégio Areópago são uníssonas no sentido da inadmissibilidade de redução da remuneração de servidor em decorrência de readaptação funcional. Nesse sentido, mutatis mutandis, o seguinte aresto: “Conforme reiteradamente vem decidindo esta Corte, não é permitida qualquer supressão ou redução de vantagem de servidor integrante do magistério público estadual que, por motivos de saúde, é submetido a processo de readaptação funcional, uma vez que o instituto da readaptação não se confunde com o da transferência e o art. 49 da Lei Estadual n. 6.844/86 impede o decurso ou aumento de remuneração, durante o respectivo período. Obviamente, inserida neste contexto está a ‘gratificação de regência de classe’, benefício que não pode ser suprimido ou restringi-

do a este pretexto" (ACMS n. 99.017639-8, Des. Carlos Prudêncio).

Vislumbra-se que a impetrante já percebia a vantagem pecuniária antes de ser readaptada, tendo sido durante o período em que esteve nesta situação que cessou o pagamento.

No entanto, não houve prorrogação do período semestral de readaptação, tendo o mandamus sido impetrado já passados mais de seis meses daquele período.

Ora, se motivos não havia para a não inclusão daquela verba na remuneração da servidora durante o período de readaptação, menos ainda existiam após ter ela retornado às funções de origem, embora não as estivesse exercendo, já que sucessivas licenças para tratamento de saúde lhe foram concedidas.

Essa a razão pela qual era líquido e certo o direito da impetrante a que fosse dada continuidade à percepção da vantagem, sendo mesmo despidiendo questionar-se acerca de se caracterizar como gratificação ou adicional.

Até porque, de acordo com a Súmula 269 do Excelso Pretório, "o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança". A mesma exegese é repetida na Súmula 271 daquela Corte, que reza: "Concessão de mandado de segurança não pro-

duz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria".

Malgré tout, merece reforma o ato decisório sub judice no que concerne à condenação em custas infligida à Fazenda Pública, vez que o ato foi praticado por servidor que percebe remuneração dos cofres públicos.

Já se decidiu: "Nos termos do art. 35, i, da Lei Complementar n. 156/97, a Fazenda Pública é isenta do pagamento de custas e emolumentos em demanda em que tenha sido vencida quanto a ato praticado por servidor remunerado pelos cofres públicos" (ACMS n. 98.017597-6, Des. Carlos Prudêncio).

Ante o exposto, desprovê-se o apelo, e se provê o reexame necessário para isentar o Erário de 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. Kurt Ernesto Hamerschmidt.

Florianópolis, 23 de novembro de 2000.

*Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.022745-6, DE TUBARÃO

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Mandado de segurança — Prestação jurisdicional negativa — Apelo — Ato de exoneração de servidor municipal concursado — Ausência de prova da posse — Indispensabilidade — Desprovinimento.

O writ of mandamus é processo de rito sumário e documental, sendo indispensável, para a procedência do pedido formulado em seu âmago, a existência de prova pré-constituída dos fatos embasadores do direito invocado.

“A investidura do servidor no cargo ocorre com a posse” (Hely Lopes Meirelles).

Sendo assim, inexistindo prova da posse em cargo público de servidor concursado, é de ser denegada a ordem que visa a restituí-lo naquele.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.022745-6, da comarca de Tubarão (Vara da Fazenda), em que é apelante Tomaz Marciano Vieira, sendo apelado o Prefeito Municipal de Capivari de Baixo:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, desprover o apelo.

Custas pelo impetrante.

Tomaz Marciano Vieira impetrou mandado de segurança em face de ato praticado pelo Exmo. Sr. Prefeito Municipal de Capivari de Baixo, qual seja, a exoneração sumária e violadora de direito líquido e certo do impetrante. Relatou que em 22/1/95 prestou concurso público naquele Município para o cargo de “Professor II —

20h”, no qual obteve aprovação, de acordo com a lista homologada em 30/1/95 (fl. 23), tendo sido nomeado mediante portaria subscrita pelo alcaide em 20/11/96. Afirmou que, logo após iniciado o mandato do prefeito que sucedeu àquele, em virtude de perseguições políticas, foi exonerado imotivada e arbitrariamente do cargo por meio de portaria lavrada em 16/5/97. Teceu outras considerações que, por brevidade, restam incorporadas a esta suma. Requereu a concessão de medida liminar e, ao final, sua confirmação.

Deferida aquela, a autoridade tida por coatora prestou informações pugnando pela legalidade do ato, haja vista jamais ter o impetrante sido empossado no cargo, conquanto tenha sido nomeado. Destacou, outrossim, que o impetrante ocupou o cargo comissionado de Diretor do Departamen-

to de Meio Ambiente até 30/12/96, e que por isso não tomou posse do cargo a que fora nomeado nos 30 (trinta) dias subseqüentes à nomeação, tal qual exige a legislação específica. Acostou documentos (fls. 53 a 59).

Há parecer ministerial no sentido da denegação da ordem. A prestação jurisdicional é negativa.

Irresignado, apelou o impetrante reeditando a tese da proemial e sustentando que efetivamente tomou posse no cargo, mas que o ônus de provar a regularidade do ato não lhe pode ser atribuído uma vez que a respectiva evidência encontra-se nos arquivos da Prefeitura Municipal, fora de seu alcance.

O prazo assinado para resposta transcorreu in albis.

O Parquet, em primeira instância, manifestou-se pelo provimento do reclamo com fulcro na Súmula 21 do egrégio Supremo Tribunal Federal.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Dr. Luiz César Medeiros, opinou pelo desprovimento do reclamo.

É o breve relato.

Data venia, o pleito não merece acolhimento.

Como é curial no writ of mandamus, a prova demonstradora dos fatos que embasam o direito invocado há de vir jungida à vestibular.

Hely Lopes Meirelles, a respeito, ensina que “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 superve-

niente 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).

Dirigindo-se o remédio heróico a acoirar de ilegal ato de exoneração de servidor, é indispensável que haja prova de que o impetrante ocupe o cargo de que foi destituído.

Mais uma vez, pertinente a lição de Hely Lopes Meirelles, quando afirma que “a nomeação é o ato de provimento de cargo, que se completa com a posse e o exercício.

“A investidura do servidor no cargo ocorre com a posse. A posse é a conditio juris da função pública. Por ela se confere ao servidor 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” (Direito Administrativo Brasileiro, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pág. 390).

Por conseguinte, indispensável, in casu, que tivesse a prova da posse acompanhado a exordial, já que só com ela se perfectibiliza a investidura do servidor no cargo público.

Nosso egrégio Areópago, nesse diapasão, decidiu:

“A nomeação é ato de provimento do cargo, que se completa com

a investidura através da posse e o exercício da função pública.

“Indemonstrada a posse, incogitável é a presença de direito líquido e certo” (ACMS n. 4.717, teve por relator o mesmo deste recurso).

E não se argumente que, diante de estar o documento tendente a demonstrar o ato de posse em poder da autoridade coatora, dela seria o ônus da prova. É que poderia o impetrante se valer do preceptivo do parágrafo único do art. 6º da Lei n. 1.533/51, que autoriza o requerimento à autoridade judiciária para que requisi-te as peças indispensáveis à propositura da actio mandamentalis a quem de direito, dê que evidenciada a recusa em fornecê-las.

Inaplicável à espécie, portanto, a Súmula 21 do Excelso Pretório, que

cuida de situação de exoneração sumária — sem a observância do devido processo legal administrativo — de servidor regularmente investido em cargo público.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Torres Marques e Wilson Antunes do Nascimento, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz César Medeiros.

Florianópolis, 9 de novembro de 2000.

*Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 00.001968-2, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Mandado de segurança — Fixação de horário bancário em lei municipal — Incidência da Súmula 19 do egrégio Superior Tribunal de Justiça — Desprovemento do apelo e do reexame necessário — Suscitação do incidente de inconstitucionalidade.

“A fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União” (Súmula 19 do STJ).

Ademais, “o STF consolidou entendimento no sentido de que a matéria — horário de funcionamento bancário — é da competência exclusiva da União, porque transcende ao peculiar interesse do município” (RE n. 130.684-0, Min. Carlos Velloso, in RT 675/264).

Ex vi do art. 481 do Cânone Processual, acolhida por órgão fracionário de tribunal a alegação de inconstitucionalidade de lei, há que se submeter a questão ao tribunal pleno, que em nosso Estado

constitui-se em Órgão Especial (art. 2º do Ato Regimental n. 2/89).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 00.001968-2, da comarca de Criciúma (Vara da Fazenda Pública, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que é apelante o município de Criciúma, sendo apelada a Federação Brasileira das Associações de Bancos — Febraban:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, arguir a inconstitucionalidade da Lei n. 3.761, de 15 de abril de 1999, do município de Criciúma, perante o Órgão Especial do Tribunal Pleno.

Sem custas (art. 35, i, da LC n. 156/97).

A Federação Brasileira das Associações de Bancos — Febraban impetrou mandado de segurança em face de atos praticados pelos Exmos. Srs. Prefeito Municipal de Criciúma e Secretário Municipal de Finanças. Referiu que o primeiro sancionou a Lei n. 3.761, de 15 de abril de 1999, que estabeleceu horário ininterrupto de funcionamento, das 9 às 17 horas, para os estabelecimentos bancários municipais, e que o segundo, em decorrência do descumprimento da norma, lavrou diversos autos de infração em face de alguns de seus associados, cominando-lhes multa diária. Fundamentou seu pedido em Súmula do egrégio Superior Tribunal de Justiça e em Resolução emanada pelo Banco Central, argüindo a inconstitucionalidade da norma municipal. Requereu a concessão de medida liminar e sua confirmação posterior.

Juntou documentos (fls. 15 a 44).

Deferida aquela, a autoridade tida como coatora prestou informações pleiteando, preliminarmente, pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva ad causam e, no mérito, pela regularidade das autuações e pelo descabimento da tese de inconstitucionalidade erigida na proemial.

O parecer ministerial foi favorável à concessão da ordem. A prestação jurisdicional é positiva.

Em apelo, pretende o município de Criciúma seja reformado o decisor, sustentando a constitucionalidade da norma impugnada.

Na resposta ofertada reeditaram-se os argumentos inseridos na peça vestibular.

O Parquet, em primeira instância, manifestou-se no sentido de que fosse negado seguimento ao reclamo ou, alternativamente, fossem desprovidos o recurso e o reexame necessário, opinião partilhada pela Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Dr. Jobél Braga de Araújo.

É o breve relato.

O art. 30, I, da Carta Magna, é verdade, estabelece terem os municípios competência para legislar "sobre assuntos de interesse local".

Questiona-se, pois: está inserta na esfera de competência legislativa municipal a questão acerca da fixação de horário bancário para atendimento ao público?

A Lei n. 4.595/64 dispõe, em seu art. 4º, que compete "privativa-

mente ao Conselho Monetário Nacional: (...) VIII — regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta Lei, bem como a aplicação das penalidades previstas”.

Ora, se há norma federal atribuindo a competência para legislar sobre o assunto a determinado órgão federal, é mister reconhecer que o interesse legislativo transcende o municipal.

De se frisar, outrossim, que o Banco Central do Brasil, pela Resolução n. 2.301/97, facultou “às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil o estabelecimento, a seu critério, do horário de atendimento ao público nas respectivas sedes e demais dependências, observado o seguinte: I — o horário mínimo de expediente para o público será de 5 (cinco) horas diárias ininterruptas, com atendimento obrigatório no período de 12 às 15 horas, horário de Brasília”. A transcendência da esfera de interesse munícipe é patente.

Tal exegese é a prevalecente em nossos tribunais, consoante vislumbra-se em decisão do colendo Supremo Tribunal Federal de que foi relator o Min. Carlos Velloso: “O STF consolidou entendimento no sentido de que a matéria — horário de funcionamento bancário — é da competência exclusiva da União, porque transcende ao peculiar interesse do município” (RE n. 130.684-0, in RT 675/264). A mesma interpretação é refletida na Súmula 19, taxativa a respeito: “A fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União”.

Da mesma toada, afirmou-se que “compete ao Conselho Monetário Nacional fixar o horário bancário para atendimento ao público, ultrapassando, dessa forma, o interesse municipal” (STJ, REsp n. 1.795/PR, Reg. n. 890013016-1, Min. José de Jesus, 1ª Turma, unânime, DJ 13/8/90). Ainda, veja-se REsp ns. 2.951, 6.654, 3.161 e 2.518.

Por conseguinte, ex vi do art. 481 do Cãnone Processual, há suscitar o incidente de inconstitucionalidade perante o egrégio Órgão Especial do Tribunal Pleno. Nesse diapasão, com referência a leis semelhantes à sub judice editadas pelos municípios de Içara e Balneário Camboriú, respectivamente nos autos de ACMS ns. 98.014040-4 e 5.554, considerou a egrégia Primeira Câmara Civil de nosso colendo Areópago, em decisão da lavra do Des. Newton Trisotto, que, “sendo plausível a tese da inconstitucionalidade da lei municipal que impõe normas de segurança aos estabelecimentos bancários, suspende-se o julgamento do recurso para que a quaestio seja submetida ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça (CPC, art. 481)”.

Ante o exposto, por unanimidade, argúi-se a inconstitucionalidade da Lei n. 3.761, de 15 de abril de 1999, do município de Criciúma, perante o Órgão Especial do Tribunal Pleno.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Cézar Medeiros e Maria do Rocio Santa Ritta, e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 7 de novembro de 2000.

*Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.019192-3, DE JOINVILLE

Relator: Des. Anselmo Cerello

Mandado de segurança coletivo — Impetração contra ato de membro do Ministério Público estadual atuante em primeiro grau de jurisdição — Competência originária do Tribunal de Justiça — Inteligência do disposto nos arts. 125, I, da CF/88, 83, XI, c, da CE/89 e 41, I, da LOMP — Preliminar de incompetência acolhida — Processo anulado.

Se a Constituição Estadual de Santa Catarina, em seu art. 83, XI, c, determina ser da competência originária do Tribunal de Justiça o conhecimento de mandado de segurança quando impetrado contra ato de Juízes de primeiro grau de jurisdição, segundo o tratamento igualitário estabelecido no art. 41, I, da LOMP, torna-se também a Corte de Justiça Estadual originariamente competente para definir o mandado de segurança quando figurarem como indigitados coatores membros do Ministério Público Estadual atuante em primeiro grau de jurisdição.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.019192-3, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é apelante o representante do Ministério Público, sendo apelada a Federação Brasileira das Associações de Bancos — Febraban:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, acolher a preliminar de incompetência do Juízo e anular o processo.

Custas legais.

Trata-se de mandado de segurança coletivo impetrado perante a 1ª Vara Cível da comarca de Joinville por Febraban — Federação Brasileira das Associações de Bancos e Fenaban — Federação Nacional dos Bancos, contra ato do Exmo. Promotor de Justiça do Centro de Promotorias da Coletividade da comarca de Joinville/SC.

Alegou o requerente ser ilegal o ato que requisitou informações às agências bancárias localizadas na comarca de Joinville, a respeito dos dispositivos de segurança, cuja requisição deveria ser feita pelo Ministério da

Justiça, por intermédio do Departamento de Polícia Federal, não sendo assim da competência do Ministério Público Estadual.

Aduziu que a Lei Federal n. 7.102/83 é a única apta a disciplinar a segurança bancária. Com relação à fiscalização das instituições bancárias, asseveram que as Leis ns. 7.102/83 e 4.595/64 são as responsáveis pela determinação de quem são as autoridades competentes para exercê-la.

Nesses termos, requereu a concessão de liminar, suspendendo a inconstitucional e ilegal exigência formulada na requisição do Exmo. Sr. Promotor de Justiça, impedindo a expedição de novas notificações, bem como obstando a adoção de medidas cíveis, administrativas e criminais. Ao final requereram a confirmação da liminar, com a concessão da ordem.

O pedido liminar restou deferido (fl. 94), vindo a autoridade coatora prestar informações (fls. 99/103), argüindo ilegitimidade das impetrantes e, no mérito, informando que o ato se revestiu de legalidade em razão da legislação que trata da atuação do Ministério Público na defesa do interesse social.

Instado a se manifestar, o Ministério Público por seu representante legal opinou pela denegação da ordem.

Devidamente notificada, a autoridade impetrada prestou suas informações, defendendo o ato guerreado, argüindo sobre sua legalidade com base na legislação aplicável, postulando, ao final, pela denegação da ordem.

Encaminhados os autos ao Órgão Ministerial, este manifestou-se

pelo conhecimento e provimento do presente recurso, acolhendo a preliminar de nulidade de sentença ou, alternativamente, no mérito, dando-se provimentos às razões que embasam a legalidade do ato praticado pelo Promotor de Justiça do Centro das Promotorias de Defesa da Coletividade.

Sentenciando, o digno Magistrado a quo julgou procedente o pedido de segurança, confirmando a liminar anteriormente concedida.

Irresignado com o teor da prestação jurisdicional prestada, o órgão do Ministério Público de primeiro grau, oficiando como custos legis, interpôs recurso de apelação contra Febraban — Federação Brasileira das Associações de Bancos, pretendendo a reforma da respeitável sentença de fls. 120/127 que concedeu a segurança pleiteada.

O apelante argumentou, fls. 133/146, merecer reforma a sentença hostilizada, preliminarmente, pela nulidade da sentença por incompetência de Juízo, e, no mérito, porque o Ministério Público tem o poder de requisitar informações para instruir procedimento administrativo, instaurado na defesa dos interesses difusos e coletivos, mormente na defesa dos direitos humanos e da cidadania.

Regularmente intimadas, as apeladas apresentaram suas contrarrazões às fls. 149/156, nas quais refutam os argumentos expendidos na peça recursal, afirmando que a apelação é intempestiva, que a sentença não é nula, pois a prerrogativa de foro só se aplica nos crimes comuns e de responsabilidade, que o ato é ilegal, uma vez que a lei que o fundamenta é inconstitucional.

O recurso fora recebido em seus efeitos legais e, após contra-razões de apelação, ascenderam os autos a este egrégio Tribunal, vindo a Procuradoria-Geral de Justiça a manifestar-se pelo conhecimento do recurso e pelo seu provimento, para anular a r. sentença hostilizada por incompetência de Juízo, e extinguir o mandamus por ilegitimidade ativa ou, no mérito, para julgar improcedente o mandado de segurança.

É o relatório.

Trata-se de mandado de segurança coletivo impetrado perante a 1ª Vara Cível da comarca de Joinville pela Federação Brasileira das Associações de Bancos — Febraban e pela Federação Nacional dos Bancos — Fenaban contra ato do Exmo. Promotor de Justiça do Centro de Promotorias da Coletividade da comarca de Joinville/SC.

Inicialmente, a autoridade apelante sustenta a nulidade da sentença por incompetência de Juízo, para tanto, necessário se faz a verificação do foro competente para julgar o mandamus.

A Constituição da República de 1988, em relação à organização da Justiça, dispõe em seu art. 125, I:

“Art. 125 — Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

“§ 1º — A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça”.

Portanto, verifica-se que o art. 125 da Carta Magna delegou às

Constituições Estaduais autoridade para regular as competências dos Tribunais de Justiça.

Com efeito, tratando-se de competência para julgamento dos Magistrados, e in casu dos Promotores de Justiça, deve ser considerado o disciplinado pela Lei Orgânica do Ministério Público.

A Lei n. 8.625, de 12/2/93, em seu art. 41, I, determina que os membros do Ministério Público, no exercício de sua função, devem receber o mesmo tratamento jurídico que os membros do Poder Judiciário perante os quais oficiem, in verbis:

“Art. 41 — Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica.

“I — receber o mesmo tratamento jurídico e protocolar dispensado aos membros do Poder Judiciário junto aos quais oficiem”.

Portanto, da leitura do supracitado dispositivo legal evidencia-se que para a aferição do foro competente para a impetração do presente mandamus deverá ser considerado aquele competente para o processamento do magistrado o qual este oficiem.

Por sua vez, para o completo entendimento do foro competente para o julgamento dos magistrados e promotores de justiça deve ser associado o citado dispositivo legal com o disposto no art. 83, XI, c, da Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989, em atenção à Constituição Federal de 1988, abordando as atribuições e competência deste egrégio Tribunal

de Justiça no tocante aos seus julgamentos originários:

“Art. 83 — Compete privativamente ao Tribunal de Justiça:

“XI — processar e julgar, originariamente:

“c) os mandados de segurança e de injunção e os habeas data contra atos e omissões do Governador do Estado, da Mesa e da Presidência da Assembléia Legislativa, do próprio Tribunal ou de algum de seus órgãos, dos Secretários de Estado, do Presidente do Tribunal de Contas, do Procurador-Geral de Justiça e dos juízes de primeiro grau”.

Em atenção ao disposto na Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989 combinado com o art. 41, I, da Lei Orgânica do Ministério Público, no seu art. 41, I, verifica-se que o mandado de segurança impetrado contra ato do juiz de primeiro grau, bem como do representante do Ministério Público de primeiro grau deve ser julgado por este egrégio Tribunal de Justiça.

Assim, para que seja dispensado o igual tratamento jurídico aos membros do Ministério Público, o presente mandamus deve ser decidido, originariamente, por este Tribunal.

Nesse sentido:

“Recurso extraordinário. Competência. Habeas corpus contra ato de Promotor de Justiça. Competência do Tribunal de Justiça do Estado (Constituição Federal, art. 96, III). Recurso extraordinário conhecido e provido para que o Tribunal a quo prossiga no julgamento do habeas corpus” (STF — RE n. 01412119-210/SP — 2ª T. — Min. Néri da Silveira, j. 26/5/92).

Do corpo do v. aresto:

“Com razão o recorrente.

“A Constituição Federal no seu art. 125 delegou às Constituições Estaduais poder para disciplinar a competência dos Tribunais de Justiça. Por outro lado, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 74, inciso IV, decidiu que cabe ao Tribunal de Justiça processar e julgar o habeas corpus quando coator, ou paciente, for autoridade, diretamente sujeita à sua jurisdição. Portanto, não pode, aquele Tribunal de Justiça, negar-se a conhecer habeas corpus no qual aponta-se como autoridade coatora promotora pública. Tanto esta quanto o Procurador de Justiça encontram-se entre os órgãos do Ministério Público, referidos pelo art. 87 do Código de Processo Penal como possuidores de foro privilegiado pela prerrogativa da função.

“Portanto, opina-se pelo conhecimento do recurso extraordinário, cujo tema constitucional encontra-se devidamente prequestionado, e pelo seu provimento, a fim de que aquela Sexta Câmara do Tribunal de Justiça aprecie o habeas corpus, cuja autoridade apontada como coatora é Promotora Pública estadual”.

A Constituição Federal de 1988 conferiu às Constituições Estaduais autoridade para definir questões referentes à competência de foro por prerrogativa de função. Por sua vez a Constituição deste Estado atribuiu a este egrégio Tribunal de Justiça a competência para julgar originariamente os mandados de segurança impetrados contra atos praticados por juízes de primeiro grau de jurisdição, segundo o disposto no art. 83, XI, c, da CE/89.

Assim sendo a teor do comando do art. 41, I, da LOMP, também é originariamente competente o Tribunal de Justiça para conhecer dos mandados de segurança quando figurar como autoridade coatora membro do Ministério Público Estadual atuante em primeiro grau de jurisdição, motivo pelo qual o processo de ser anulado, sendo acolhida a preliminar de incompetência do Juízo, com fulcro no art. 125, I, da CF/88, art. 83, XI, c, da CE/89 e art. 41, I, da LOMP.

Em face do exposto, decidi esta Segunda Câmara Civil acolher a preliminar de incompetência de Juízo e anular o processo.

É o voto.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. João Martins, e dele participaram, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira, e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 11 de maio de 2000.

Anselmo Cerello,

Presidente para o acórdão e Relator.

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

Votei vencido, ousando dissentir do entendimento sufragado pela douda maioria, por não reconhecer, no caso em tela, a incompetência do magistrado a quo para processar e julgar o mandado de segurança contra ato do representante do Ministério Público.

Isto porque, não obstante a Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público) dispor, em seu art. 41, que “constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: I — receber o mesmo tratamento jurídico e protocolar dispensado aos membros do Poder Judiciário junto aos quais oficiem”, a Constituição Federal, norma de hierarquia superior, em seu art. 96, estabelece que “compete privativamente: (...) III — aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral”.

Tal prerrogativa de foro constitucionalmente prevista é expressa e taxativa, e não exemplificativa, não podendo, por esse motivo, ser ampliada pela referida Lei Orgânica, de modo que o processo e julgamento de juízes estaduais e membros do Ministério Público, perante os tribunais de justiça dar-se-á tão-somente nas hipóteses de crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada, por óbvio, a competência da Justiça Eleitoral.

Por outro lado, o art. 83, XI, c, da Constituição Estadual, que dispôs sobre a competência originária do Tribunal de Justiça para o processo e julgamento dos mandados de segurança e de injunção e os habeas data contra atos e omissões de várias autoridades, dentre elas os juízes de primeiro grau, não ampliou a esfera de atribuições estabelecida na Carta Magna. Ao contrário, atendendo ao princípio da imparcialidade pelo qual devem ser pautados todos os julgamentos, ape-

nas esclareceu e reafirmou que não será o julgamento da competência do próprio magistrado impetrado ou de outro de mesmo grau de jurisdição que lhe faça as vezes, devendo ser sua decisão revista pelo órgão hierárquica e imediatamente superior, caso dos juízes estaduais de primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Estado.

Não se vislumbra, portanto, neste caso, privilégio inerente ao membro do Poder Judiciário, mas sim ao jurisdicionado, cuja pretensão não será submetida à apreciação daquele

que lhe oferece resistência. Não há, destarte, como estender ao membro do Ministério Público prerrogativa da qual aquele investido na atividade judicante não dispõe.

Estas, pois, as razões do meu dissenso.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2001.

Gaspar Rubik,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.006368-2, DE JOINVILLE

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Mandado de segurança — Tributário — Lei municipal que isenta servidores públicos do pagamento de imposto de renda e proventos de qualquer natureza — Inconstitucionalidade da Lei n. 2.061/85 e art. 89 da Lei Complementar n. 21/95 do município de Joinville reconhecida no decisum — Aparente ofensa aos arts. 153 inciso III, 150, inciso II, e 37, todos da Constituição Federal vigente — Competência — Órgão Especial do Tribunal Pleno — Inteligência dos arts. 480 e 481 do Código de Processo Civil.

Acolhida pela câmara a alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo de poder público, impõe-se a instauração, perante o Órgão Especial do Tribunal Pleno, do incidente previsto no art. 480 e seguintes do CPC, que deve ser procedido pela forma estipulada nos arts. 159 a 161 do RITJSC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.006368-2, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é apelante o município de Joinville e apeladas Aldanora Maria Neumann e outras:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, suscitar incidente de inconstitucionalidade perante o egrégio Órgão Especial deste Tribunal.

Custas legais.

I — Relatório

Trata-se de apelação interposta pelo município de Joinville, pretendendo a reforma da respeitável sentença de fls. 395/400, proferida nos autos n. 038.97.061740-7, de mandado de segurança, contra si impetrado por Aldanora Maria Neumann, Dorotil Rodrigues, Dercília Santana Medeiros, Edla Stratmann, Elizabeth da Silva Cardoso, Helga Wagner, Laura Lindaura Pereira, Olivete Tanner, Sandra Eliana Ferreira, Sebastiana Tambosi, Teresinha Bueno Leonardi e Zenilde Batista, perante a 1ª Vara Cível da comarca de Joinville, pela qual o douto Magistrado de primeiro grau concedeu a segurança postulada, garantindo-lhes, dessa forma, em definitivo, o direito à percepção mensal, juntamente com os proventos de suas aposentadorias, do exato valor equivalente ao imposto de renda mensalmente retido na fonte, a ser restabelecido de imediato por parte da digna autoridade apontada como coatora, dada a flagrante inconstitucionalidade de que se revestiu o ato por ela praticado, deixando de condená-la em verba honorária, posto que incabível na espécie (Súmulas — STJ e 512 — STF).

Na busca pela desconvalidação do decreto judicial que contrariou seus interesses, o apelante, numa repetição do deduzido nas informações, argüiu as preliminares de ilegitimidade passiva para figurar no pólo passivo da lide, e a impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, insistiu na inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 2.061/85, e do art. 89 da Lei Complementar n. 21/95, que instituíram o benefício financeiro da “ajuda de custo”.

As recorridas apresentaram suas contra-razões (fls. 423/427), nas quais aplaudem os termos do veredito hostilizado e clamam pelo desprovidimento do reclamo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. João Fernando Q. Borrelli, manifestou-se pelo provimento do recurso voluntário e da remessa necessária, reformatando a sentença vergastada para denegar a segurança.

Além do recurso voluntário, a matéria comporta reexame necessário, a teor do artigo 475, inciso II, do Código de Processo Civil.

II — Voto

O município de Joinville autorizado pela norma estabelecida na Lei n. 2.061/85 e, posteriormente, repetida no art. 89 da Lei Complementar n. 21/95 pagava a seus servidores, aí incluídas as apeladas, uma ajuda de custo na exata proporção do valor referente à retenção do imposto de renda.

A Lei n. 2.061, de 24 de setembro de 1985, que instituiu o indigitado benefício, estabelecia:

“Art. 1º. Ficam, a Prefeitura Municipal e a Câmara de Vereadores de Joinville, autorizados a efetuarem o pagamento, mensalmente, a título de ajuda de custo, aos servidores municipais que sofram retenção de imposto de renda na fonte, de valor equivalente ao total mensal do imposto retido e que constitui receita orçamentária do Município”.

A partir de então, as impetrantes passaram, na prática, a não recolher imposto de renda mesmo quando

devido, posto que os valores retidos eram automaticamente reembolsados.

Posteriormente, com a edição da Lei Complementar n. 21, de 27 de junho de 1995, que instituiu o Regime Jurídico e o Estatuto dos Servidores Públicos do município de Joinville, das Autarquias e das Fundações Públicas Municipais, a citada norma foi recepcionada no art. 89 deste édito, com a seguinte redação:

“Art. 89. A ajuda de custo será devida aos servidores sempre que sofram retenção do imposto de renda devido na fonte e corresponderá a valor idêntico ao dessa retenção”.

Considerando que a situação fática das impetrantes se subsumia na hipótese legal, como mostram os contracheques juntados aos autos, todas percebiam a crédito, a título da apregoada ajuda de custo, o que a débito era consignado a título de imposto de renda retido na fonte.

De outra banda, a Lei n. 860/67 em seu art. 166, com a redação que lhe deu a Lei n. 1.403/75, estabelece a garantia de que todas as vantagens incorporam-se aos proventos por ocasião da aposentadoria; por isso as impetrantes entendem que não lhes poderia ter sido suprimida a ajuda de custo, integrando esta, para todos os efeitos, o seu patrimônio jurídico-funcional.

A Lei Complementar n. 36/97 revogou expressamente o art. 89 da Lei Complementar n. 21/95, extinguindo, por consequência, a dita ajuda de custo. Entendem as impetrantes que os efeitos desta lei, em respeito ao princípio da irretroatividade, não lhes

atinge; apegam-se na garantia do direito adquirido.

O Município argúi a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 2.061/85 e do art. 89 da Lei Complementar n. 21/95 — na verdade tais leis concedem indiretamente isenção do imposto de renda sobre proventos de qualquer natureza aos servidores municipais de Joinville; além disso, o Município devolveia o IR em forma de ajuda de custo e os beneficiários por ocasião do ajuste anual teriam o direito a receber de volta (sem que tivessem pago) o valor retido a maior a título de imposto de renda.

Assiste razão ao Município, pois, em tese, os diplomas legais que dão amparo à pretensão das autoras encontram-se em dissonância com as disposições constitucionais da Carta de 1988.

1. Da afronta ao art. 153, inciso III, da Constituição Federal

Não há necessidade sequer de uma hermenêutica muito acurada para concluir que o disposto na Lei n. 2.061/85 e no art. 89 da Lei Complementar n. 21/95 conferia isenção do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza aos servidores do município de Joinville.

A instituição e o regramento acerca deste tributo é de competência exclusiva da União; somente ela pode legislar sobre a matéria nos termos do art. 153, inciso III, da Constituição Federal.

O ilustre Promotor de Justiça e doutrinador Pedro Roberto Decomain, em sua obra Anotações ao Código Tributário Nacional, consigna:

“O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza é de competência da União. Tal resulta não apenas do art. 43 do CTN, como também do art. 153, III, da Constituição Federal de 1988” (op. cit., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 171).

Resulta clarividente que o município de Joinville não poderia editar lei que isentasse seus servidores do pagamento do imposto de renda, ainda que pela via da devolução da correspondente retenção sob a rubrica de ajuda de custo.

A ordem jurídica integral consiste no sistema jurídico positivo que engloba todas as normas jurídicas válidas, subdividindo-se em subconjuntos e subsistemas, que guardam perfeita correlação entre si.

O saudoso mestre Geraldo Ataliba nos ensina: “Dentro de um sistema normativo são reconhecidos diversos sistemas parciais a partir de perspectivas materiais diversas. Estes sistemas compõem o sistema global — repita-se — não pela sua soma, mas por sua conjunção recíproca, de maneira harmônica e orgânica. O conjunto de normas constitucionais forma o sistema constitucional. O conjunto de normas da constituição que versa sobre matéria tributária forma o sistema (parcial) constitucional tributário (in Sistema Tributário Brasileiro, pág. 4).

No mesmo sentido se posiciona Paulo de Barros Carvalho: “a homogeneidade desse sistema decorre da natureza lógica das entidades normativas que o compõem. Já a sua unidade emerge de duas circunstâncias: estarem todas elas legitimadas pela mesma fonte — a norma hipotética

fundamental — e consubstanciarem o ponto de confluência do direito positivo, no que concerne à matéria que lhe dá conteúdo. Os elementos desse sistema mantêm entre si relação de coordenação horizontal, situadas que estão no mesmo plano de escala hierárquica, tecendo, com idêntico status de juridicidade, a rede do sistema” (Curso de Direito Tributário, pág. 89).

Assinala Geraldo Ataliba que: “em contraste com os sistemas constitucionais tributários francês, italiano ou norte-americano, por exemplo, o constituinte brasileiro esgotou a disciplina da matéria tributária, deixando, à lei, simplesmente a função de regulamentar. Nenhum arbítrio e limitadíssima esfera de descrição foi outorgada ao legislador ordinário. A matéria tributária é exaustivamente tratada pela nossa Constituição, sendo o nosso sistema tributário todo moldado pelo próprio constituinte, que não abriu à lei a menor possibilidade de criar coisa alguma — se não expressamente prevista — ou mesmo variações não prévias e explicitamente contempladas. Assim nenhuma contribuição pode a lei dar à feição do nosso sistema tributário. Tudo foi feito e acabado pelo constituinte” (ob. cit., pág. 18).

E arremata: “bem o contrário é o que ocorre nos demais sistemas, onde a lei ordinária tem as mais amplas acessibilidades de concorrer para o delineamento das feições do próprio sistema tributário, onde a constituição ficou nos ditames dos princípios genéricos mais amplos” (ob. cit., pág. 18).

Concluindo, podemos dizer que o sistema tributário caracteriza-se por quatro traços fundamentais:

1 — minúcia e exaustividade no delineamento do âmbito de outorga das competências impositivas;

2 — privatividade;

3 — rigidez das competências tributárias outorgadas a cada ente;

4 — garantia aos contribuintes que implica nas limitações à atuação impositiva do legislador infraconstitucional.

Perante nosso sistema tributário, portanto, a faculdade jurídica de instituir tributos é outorgada pela Constituição Federal às entidades político-constitucionais — União, Estados, Distrito Federal e Municípios —, as quais haurem toda a sua competência tributária diretamente da Constituição Federal, que por sua vez preceitua, com minúcias, os fatos suscetíveis a ser eleitos como hipótese de incidência tributária, limitando, restringindo e tolhendo a atuação do legislador ordinário.

Diante desse contexto, o Prof. Geraldo Ataliba chegou a proclamar: “o sistema constitucional tributário brasileiro é o mais rígido dos quantos se conhece, além de complexo e extenso. Em matéria tributária tudo foi feito pelo constituinte, que afeiçãoou integralmente o sistema, entregando-o pronto e acabado ao legislador ordinário, a quem cabe somente obedecê-lo, em nada podendo contribuir para plasmá-lo” (ob. cit., pág. 21).

Ora, substanciado nos ensinamentos colacionados, a toda evidência, ressumbra a flagrante inconstitucionalidade da norma municipal que, por vias transversas, isentou os servidores públicos do pagamento do imposto de renda.

2. Da afronta aos artigos 150, inciso II, e 5º, caput, da Constituição Federal

A inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 2.061/85 e do art. 89 da Lei Complementar n. 21/95 também se verifica por colidir com o princípio da igualdade inserido de forma genérica no art. 5º, caput, e, especificamente, no art. 150, inciso II, da Constituição da República que preceitua:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

“I — exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

“II — instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos (...)” (não grifado no original).

A norma de regência do imposto de renda sujeita a todos que nela se enquadrarem a pagá-lo e a reter na fonte as importâncias apuradas mensalmente. Inconstitucional é, pois, a norma que isenta, de forma direcionada, contribuintes dessa obrigação tributária, como no caso, das leis que beneficiavam os servidores públicos de Joinville.

No estudo sobre o “princípio republicano e tributação”, Roque Antônio Carrazza afirma:

“Retornemos da longa digressão para considerar que, diante do princípio republicano, é proibida a concessão de vantagens tributárias

fundadas em privilégios de pessoas ou categorias de pessoas. Deveras, com o advento da República, foi-se o tempo, entre nós, em que as normas tributárias podiam ser editadas em proveito das classes dominantes, até porque, nela, extintos os títulos nobiliárquicos, os privilégios de nascimento e os foros de nobreza, ‘todos são iguais perante a lei’ (CF, art. 5º).

“(…) A lei que cria um tributo e que, nestes termos, exercita a competência tributária deve, em tese, atentar somente para os interesses do povo e para o bem-estar do País.

“Desbravando, um pouco mais, estas sendas, ressaltamos que é da índole de nosso sistema jurídico que, em princípio, todos devem sujeitar-se à tributação (salvo é claro, as pessoas imunes, nos termos da Carta Suprema)”.

E, mais adiante, insiste:

“Logo, com a República, desaparecem os privilégios tributários de indivíduos, de classes ou de segmentos da sociedade. Todos devem ser alcançados pela tributação.

“Esta assertiva há de ser bem entendida. Significa, não que todos devem ser submetidos a todas as leis tributárias, podendo ser gravados com todos os tributos, mas, sim, apenas, que todos os que realizam a situação de fato a que a lei vincula o dever de pagar um dado tributo estão obrigados, sem discriminação arbitrária alguma, a fazê-lo.

“Assim, é fácil concluirmos que o princípio republicano leva ao princípio da generalidade da tributação, pelo qual a carga tributária, longe de ser imposta sem qualquer critério, alcança a todos com isonomia e justiça. Por

outro raio semântico, o sacrifício econômico que o contribuinte deve suportar precisa ser igual para todos os que se acham na mesma situação jurídica.

“Conveniente, nesse lanço, darmos a palavra a Heinz Paulick, para que ele reforce nosso pensamento: ‘O princípio da generalidade e igualdade da tributação é um dos princípios fundamentais da fiscalidade própria de um Estado de Direito. Seu significado pode resumir-se na afirmação de que os supostos econômicos iguais devem ser igualmente gravados. Trata-se de um postulado que enuncia uma evidência, se se pensa que a igualdade da tributação é um pressuposto da boa disposição tributária dos obrigados tributários, vale dizer, de sua inclinação a pagar o tributo e, portanto, de uma fiscalidade ordenada e eficaz’”.

E complementa:

“A lei tributária deve ser igual para todos e a todos deve ser aplicada com igualdade. Melhor expondo, quem está na mesma situação jurídica deve receber o mesmo tratamento tributário. Será inconstitucional — pois burla ao princípio republicano e ao da isonomia — a lei tributária que selecione pessoas, para submetê-las a regras peculiares, que não alcançam outras, ocupantes de idênticas posições jurídicas.

“(…) Tais idéias valem, para as isenções tributárias: é vedado às pessoas políticas concedê-las levando em conta, arbitrariamente, a profissão, o sexo, o credo religioso, as convicções políticas etc. dos contribuintes. São os princípios republicano e da igualdade que, conjugados, pros-

crevem tais práticas” (Curso de Direito Constitucional Tributário, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, págs. 56/59. Não grifado no original).

Importante ressaltar que a inconstitucionalidade não fica afastada pelo fato dos valores retidos, a título de imposto de renda dos servidores municipais, serem considerados como receita orçamentária dos municípios, conforme o mandamento insculpido no inciso I do art. 158 da Constituição Federal.

Como muito bem salientou o apelante, em se tratando de receita pública, é vedado às pessoas jurídicas de direito público, incluídos, por evidente, os municípios, de vincularem, ou, ainda, cederem suas receitas aos seus servidores. O município não pode, a pretexto de isentar os servidores do pagamento do imposto de renda, ceder diretamente a esses o valor que deveria ser arrecadado a tal título, e empregado de acordo com a legislação orçamentária local.

Demais disso, o valor total dos vencimentos dos funcionários públicos ficaria vinculado à legislação do imposto de renda, ferindo a autonomia e prerrogativa do município em legislar sobre a matéria. Em outras palavras, sempre que houvesse um aumento na alíquota do imposto de renda, ou alteração na tabela do cálculo da retenção na fonte, automaticamente, o valor pago a título de ajuda de custo aumentaria, implicando em majoração automática do desembolso de numerário do ente público para cobrir a folha de pagamento.

3. Da afronta ao princípio da moralidade e impessoalidade previsto no art. 37 da Constituição Federal

Na verdade, o que o município de Joinville fez, por meio dos dispositivos legais atacados, foi criar um subterfúgio flagrantemente ilegal, com a finalidade de isentar os servidores públicos, sujeitos ao pagamento do imposto de renda, de recolher a importância a que estariam obrigados.

Inexiste qualquer tipo denexo causal entre a espúria ajuda de custo e a figura jurídica decorrente da devolução da parcela retida a título de imposto de renda e proventos de qualquer natureza. Como é cediço, a ajuda de custo tem natureza indenizatória e visa a ressarcir o servidor público de despesas de viagem ou outras de caráter extraordinário, não se integrando aos seus vencimentos e incorrendo também, quando paga pelos cofres públicos, incidência do tributo sobre ela.

A imoralidade jurídica é ainda mais escandalosa quando se observa que os servidores do município de Joinville eram, até o advento da bem-vinda Lei Complementar n. 36/97, duplamente beneficiados com a isenção do pagamento do referido imposto.

Ao receberem seus vencimentos, automaticamente tinham devolvida sob a rubrica ajuda de custo a parcela correspondente ao imposto de renda retido na fonte como já explicado no início.

Por ocasião do ajuste anual, ou seja, da declaração de imposto de renda, tinham a possibilidade de abater do imposto devido o valor consignado a título de retenção do tributo, sendo possível ainda, dependendo do caso, obterem a devolução por parte da União dos valores pretensamente retidos a maior.

Assim, além de receberem a devolução do imposto de renda no próprio contracheque, tinham a oportunidade de abater idêntica importância por ocasião do ajuste anual, inclusive a restituição de valores que nunca chegaram a ser recolhidos aos cofres públicos.

Em outras palavras: em vez dos servidores terem de arcar com o ônus tributário, a União é quem acabava, em alguns casos, lhes pagando o valor a ele correspondente.

Isso, mais que uma imoralidade, representava a possibilidade de uma locupletação indevida patrocinada pela “lei”.

Ato imoral é ato ilegal — a imoralidade, frente ao disposto no artigo 37 da CF, não pode coexistir com a legalidade. Cabe ao Judiciário acabar com a cultura de que “é imoral mas é legal”.

Desse modo, tem-se que os pagamentos efetuados a título de ajuda de custo sempre foram ilegais e indevidos. Por evidente, a postulação do recebimento de complementação que neutralize a incidência do imposto de renda é despropositada e destoante dos princípios da razoabilidade, moralidade e finalidade.

Por força do estatuído do art. 37 da Magna Carta, em se tratando da Administração Pública e seus servidores, não se admite em hipótese alguma o velho jargão dos aproveitadores e oportunistas: é imoral mas é legal. Não; por disposição expressa da Constituição, no âmbito da Administração Pública, tudo que é imoral é rigorosamente ilegal, ou mais, é inconstitucional.

Precisamos resgatar essa outra importante e essencial concepção do *due process of law*, que impõe não só limitação ao poder normativo do Estado, mas ao próprio operador do direito ao aplicar a lei, porque este é parte daquele.

A importância do *substantive due process of law*, como é sabido, ganhou corpo no mundo jurídico após a edição das 5ª e 14ª Emendas da Constituição Norte Americana. Como ilustração, marca o relevo do tema a citação do Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos — John M. Harlan — citado por Adhemar Maciel:

“Assim as garantias do devido processo, embora tendo suas raízes no *per legem terrae* da Magna Carta e considerada como salvaguardas processuais contra a usurpação e tirania do executivo, também se transformaram neste país numa (verdadeira) barreira contra a legislação arbitrária” (Maciel, Adhemar Ferreira. *Separata. Ciência jurídica*. Portugal, Universidade do Minho, 1994, pág. 373. Apud Paulo Fernando Silveira, *op. cit.*, pág. 82).

Pelo exposto, observa-se que o Substantivo Devido Processo Legal refere-se ao conteúdo ou à matéria tratada na lei ou no ato administrativo, ou seja, se a sua substância está de acordo com o devido processo, como cláusula constitucional garantidora das liberdades civis.

No Supremo Tribunal Federal o Ministro Carlos Veloso, ao despachar medida liminar, ressaltou:

“*Due process of law*, com conteúdo substantivo — *substantive due process* — constitui limite ao *Legislative*

vo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexo com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, due process of law, com caráter processual — procedural due process — garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa” (ADIn n. 1.511-7/DF).

Como conteúdo substantivo, o “princípio do devido processo legal” constitui limite ao Poder Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devendo ser razoáveis e, acima de tudo, respeitar as garantias fundamentais referentes às pessoas.

Anota Néelson Nery, que “o devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial. No direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade nada mais é do que manifestação da cláusula substantive due process. Os administrativistas identificam o fenômeno do due process, muito embora sob outra roupagem, ora denominando-o de garantia da legalidade e dos administrados, ora vendo nele o postulado da legalidade. Já se identificou a garantia dos cidadãos contra os abusos do poder governamental, notadamente pelo exercício do poder de polícia, como sendo manifestação do devido processo legal” (Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999).

No meu modo de ver, a pretensão das impetrantes não resiste a uma análise a partir do Texto Consti-

tucional. Pode até ser que as normas infraconstitucionais que fundamentam o seu pedido ensejam uma interpretação que lhes beneficie. Contudo, o produto final de tal exegese não seria calcado no princípio da razoabilidade e da moralidade, colidindo inapelavelmente com os postulados maiores de nossa Carta.

Em ensaio intitulado “O Princípio da Moralidade no Direito Tributário”, Ives Gandra da Silva Martins anotou:

“A Constituição Federal de 1988, ao incorporar o princípio da moralidade pública expressamente em seu texto, reconheceu a força da teoria elaborada por Hauriou e, desde então, hospedada por todos aqueles que estudam a Administração Pública e a ação de seus servidores.

“O art. 37 da CF, ao enunciar os quatro princípios fundamentais da Administração (impeccabilidade, publicidade, legalidade e moralidade), ofertou à moralidade relevo especial, visto que, aquele governo que não for conformado pela moralidade perde a autoridade para exigir dos administrados o cumprimento da lei”.

E acrescenta:

“Por outro lado, determinar que o administrador público deve ser impessoal, pois está à disposição da sociedade, não podendo privilegiar amigos, parentes ou interesses em detrimento do bem servir, é afetar faceta da ética administrativa, sendo, pois, a impessoalidade dimensão parcial da moralidade” (O Princípio da Moralidade no Direito Tributário. Coordenador Ives Gandra da Silva Martins; conferencista inaugural José Carlos

Moreira Alves. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, págs. 17/19).

No caso, como destacado, as leis impugnadas privilegiava um grupo seletivo de servidores — justamente aqueles que, por se enquadrarem numa faixa salarial mais alta, estavam sujeitos ao pagamento do imposto de renda.

Especificamente sobre o requisito da impessoalidade como um dos pressupostos da moralidade, acentua Celso Ribeiro Bastos:

“É de certa forma surpreendente a inclusão da impessoalidade no rol dos princípios informadores da Administração. Isto porque é difícil configurar a sua autonomia em face de outros princípios tais como o da finalidade, o da igualdade e mesmo o da legalidade. De fato, a lei tem de ser aplicada de molde a não levar em conta critérios nela não inseridos. Toda vez que o administrador pratica algum entorce na legislação para abranger uma situação por ela não acolhida ou para deixar uma outra naturalmente inclusa no modelo legal, a administração está se desviando da trilha da legalidade. Essa derrapagem nem sempre é ostensiva. Nessas hipóteses a cautela do administrador recomenda-lhe abster-se da prática que ofenda explicitamente a norma legal” (Apud op. cit., pág.19).

Enaltecendo o princípio da moralidade administrativa, arremata Ives Gandra:

“O princípio da moralidade administrativa, portanto, é princípio essencial. O mais relevante, aquele que se destaca de forma absoluta. Que torna a Administração confiável pe-

rante a sociedade e que faz do administrador público um ser diferenciado.

“Quem presta concurso para servir ao povo, sabe de antemão que sua probidade deverá ser absoluta, pois seu exemplo é fundamental para que as instituições sejam estáveis.

“Por esta razão, houve por bem o constituinte tornar o princípio da moralidade o mais relevante do concerto daqueles que perfilam a Administração Pública, não havendo setor desta, direta ou indireta, que não deva se por ele revistido” (op. cit., pág. 20).

José Afonso da Silva, após lembrar da aparente dificuldade em desfazer um ato, produzido conforme a lei, porém inquinado pelo vício da imoralidade, afirma ser isso possível “porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa” (Curso de Direito Constitucional Positivo, 18ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, pág. 652) — não grifado no original.

Aparentemente, a Lei Municipal n. 2.061/85 e o art. 89 da Lei Complementar n. 21/95, ao isentar de forma indireta os servidores públicos do município de Joinville do pagamento do imposto de renda, possibilitar uma locupletação indevida, e privilegiar um segmento do quadro de funcionários,

afronta os artigos 153, inciso III, 150, inciso II, e 37, todos da Constituição Federal vigente.

Ante o exposto, versando a controvérsia sobre a inconstitucionalidade de leis municipais, impõe-se a instauração do incidente previsto no art. 480 e seguintes do CPC, que deve ser procedido pela forma estipulada nos arts. 159 a 161 do RITJSC.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, por votação unânime, suscitaram incidente de inconstitucionalidade peran-

te o egrégio Órgão Especial deste Tribunal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 26 de outubro de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Luiz César Medeiros,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 00.011521-5, DE JOINVILLE

Relator: Des. Luiz César Medeiros

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

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

Teoricamente, não há óbice à cobrança por meio de tarifa, tudo dependendo do regime jurídico que disciplina a prestação do serviço, pois tarifa é a sua contraprestação, sendo justa a remuneração do capital investido em favor dos usuários.

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

Quer seja por considerar que em se tratando de serviço prestado mediante concessão torna-se impraticável a remuneração por taxa do gênero tributo, quer seja pela inocorrência de norma constitucional obstativa à contraprestação via preço público, de acordo com a melhor doutrina, a tarifa cobrada pelo fornecimento de água e esgotamento sanitário é preço público, não possuindo, via de consequência, caráter tributário. Não padece, portanto, de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade a cobrança do denominado faturamento de esgoto patrocinada pela Casan em obediência à Lei Estadual e Municipal, regulada pela Resolução n. 418/92.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 00.011521-5, da comarca de Joinville (Vara da Fazenda, Executivos Fiscais, Acidente do Trabalho e Registros Públicos), em que é apelante Casan — Companhia Catarinense de Águas e Saneamento, e apelada Campanha Nacional de Escolas da Comunidade — Colégio Cenecista José Elias Moreira:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso e à remessa.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de apelação interposta pela Casan — Cia. Catarinense de Águas e Saneamento, pretendendo a reforma da respeitável sentença de fls. 118/126, proferida nos autos n. 038.99.055581-7 de Mandado de Segurança, impetrado pela Campanha Nacional de Escolas da Comunidade — Colégio Cenecista José Elias Moreira, perante o Juízo da Vara da Fazenda Pública da comarca de Joinville, por meio da qual o digníssimo Juiz a

quo, concedeu “em definitivo a segurança pleiteada, reconhecendo o direito líquido e certo do impetrante e declarando a ilegalidade e inconstitucionalidade da Resolução n. 418/92 da Casan, que fixou a Taxa de Esgoto Sanitário em 80% da tarifa de água, deixando, contudo, de condenar a parte impetrada em verba honorária, porquanto incabível na espécie (Súmulas 105/STJ e 512/STF)”. Condenou, ainda, a requerida, ao pagamento de custas processuais.

Argumenta a recorrente, em síntese, que “o fator determinante da configuração da tarifa é a prestação de serviço público, quer seja compulsório ou facultativo, através de concessionária” defendendo, assim, a legalidade da cobrança da taxa. Aduz que a medida atende ao interesse dos próprios usuários eis que vem lhes sendo cobrado valor menor que o previsto na Lei Municipal n. 1.827, de 2/12/81, que fixou a taxa de esgoto em 100% do valor da tarifa de água.

A recorrida ofertou suas contra-razões (fls. 143/148), rebatendo os argumentos expendidos na peça recursal.

O representante do Ministério Público de primeira instância manifes-

tou-se às fls. 150/153, opinando pela manutenção do decisório recorrido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Raulino Jacó Brüning, manifestou-se pelo conhecimento e desprovidimento da remessa e do recurso voluntário.

II — Voto

Escudado na redação da Súmula 545 do Supremo Tribunal Federal — preços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias — e, também, em significativos precedentes desta Corte, a impetrante pretende com o presente mandamus a sustação da cobrança pela Casan da denominada “taxa de esgoto” inclusa nas faturas de água com o rótulo de faturamento de esgoto.

A linha de raciocínio da impetrante, não diferente dos fundamentos que serviram aos precedentes colacionados, é a seguinte.

A ligação do esgoto à rede pública, gerenciada pela Casan, é obrigatória por força do art. 11, da Lei n. 2.312/54 — Código Nacional de Saúde e do art. 36 do Decreto n. 49.974/A/61. E, exatamente por ser obrigatória e não facultativa, é que o valor cobrado configura a taxa, espécie do gênero tributo, sujeitando-se pois a todas as limitações constitucionais — princípio da estrita legalidade, proibição de delegação, anterioridade, igualdade, generalidade, irretroatividade etc. Desse modo, só poderia ter sido instituída por lei municipal em que fossem respeitadas as restrições constitucionais pertinentes.

A Casan, por seu turno, sustenta sua tese nas seguintes premissas:

a) a taxa de esgoto foi instituída regularmente pela Lei Municipal n. 1.843/81 — artigo 1º, e fixou a alíquota para a incidência da cobrança no art. 4º — equivalente a 100% do valor referente ao consumo de água;

b) atendendo a recomendações técnicas, editou a Resolução n. 418/92, pela qual diminuiu para 80% a equivalência preconizada em lei, harmonizando assim, o valor da tarifa ao estabelecido no Decreto Estadual n. 3.537/93 — preservação dos aspectos sociais do referido serviço;

c) a interpretação do art. 145, II, da Constituição Federal deve ser feita em consonância com o disposto no art. 175 e não isoladamente, posto que além da taxa, a Carta Política prevê outra forma de remuneração dos serviços públicos, qual seja, a tarifa. O que confere a natureza de preço público à contraprestação cobrada pela Casan pelo serviço de esgoto sanitário é o próprio ordenamento jurídico, ou o regime a que está submetido, bem assim, o fato de seu pagamento só ser obrigatório para quem se utilizar desses serviços.

Primeiramente, vale ressaltar, assiste razão à apelante no que diz respeito à origem da fixação da tarifa como contraprestação aos serviços de esgoto por ela prestados.

Conforme se deduz dos documentos trazidos aos autos e da legislação de regência, no município de Joinville, a prestação dos serviços de esgoto sanitário incumbe à Casan. Nesse sentido são os termos do Convênio n. 021/73, celebrado com respaldo no § 3º do art. 13 da Constitui-

ção Federal de 1967, e chancelado pela Lei Municipal n. 1.284, de 21 de junho de 1973. Pelo documento em apreço, o município de Joinville outorgou à empresa apelante, pelo regime de concessão, a exploração dos serviços de esgotos sanitários pelo prazo de trinta anos.

A Lei Municipal n. 1.843/81, modificada pela Lei Municipal n. 2.217/88, e que faz parte da Consolidação das Leis Tributárias do município de Joinville — Lei n. 5.054/97 — foi o instrumento legal que instituiu a “Taxa de Esgotos Sanitários” (art. 1º) e fixou a alíquota correspondente assim estabelecendo:

“Art. 4º — A taxa de que trata esta Lei será apurada com base no consumo de água, pelo mesmo contribuinte, pela alíquota de 100% (cem por cento) da tarifação de água, de acordo com as normas do Decreto Federal n. 82.587, de 6 de novembro de 1978”.

Além disso, o Decreto Estadual n. 3.537/93 estatui em seu art. 22 que a tarifa de esgoto corresponderá no máximo a 100% (cem por cento) da tarifa de água.

A Casan, conclui-se, sempre observou os parâmetros definidos em lei. A Portaria n. 418/92, considerada pela r. sentença como ilegal e inconstitucional, na verdade não instituiu ou fixou qualquer tarifa. Simplesmente ajustou o valor para um patamar inferior, em atendimento aos aspectos sociais subjacentes ao serviço em questão, tanto que nos núcleos habitacionais mais humildes a alíquota máxima é de 50%.

Assim, o ato a ser atacado deveria ser a lei instituidora da tarifa —

Lei Municipal n. 1.843/81 — e não a Resolução n. 418/92.

De qualquer forma, o ponto central de toda a controvérsia, inclusive pretoriana, reside no correto estabelecimento da natureza jurídica da nominada “Taxa de Esgoto” que serve de base para a cobrança, pela Casan, da contraprestação dos serviços de esgotamento sanitário prestados aos municípios.

A tese sustentada no presente voto é a de que a compulsoriedade, por si só, não pode servir de critério absoluto para estabelecer a natureza jurídica da denominada “Taxa de Esgoto”. A obrigatoriedade da utilização do serviço colocado à disposição dos usuários, como critério para distinguir a taxa do preço público, só se mostra relevante quando esse serviço é prestado diretamente pelo próprio Estado, e não quando realizado por meio de concessão, até porque, como sabido, é vedada a delegação dos serviços típicos do Estado.

Vale repetir: a distinção quanto à natureza jurídica do valor cobrado a título de “Taxa de Esgoto”, somente tem sentido quando é o próprio Estado quem diretamente presta o serviço. Se há delegação por meio de concessão ou permissão, o que exsurge é a contraprestação em forma da cobrança do preço público ou tarifa.

A culta e renomada administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro patrocina com vigor a defesa desse entendimento:

“Ao meu ver, a distinção quanto à natureza da imposição com base no conceito constitucional de taxa, só é cabível quando o serviço seja prestado diretamente pelo próprio Estado.

Porém, não tem nenhum sentido quando o serviço é prestado por meio de concessão ou permissão, porque a esses institutos é inerente a cobrança de tarifa. Se a Constituição permite a prestação de serviço público por meio de concessão ou permissão, também está permitindo a cobrança de tarifa. Impor a instituição de taxa (sujeita ao princípio da legalidade) aos serviços públicos concedidos tornaria inviável a utilização da concessão, já que a taxa é inadequada como meio de assegurar ao concessionário o seu direito ao equilíbrio econômico-financeiro.

“Afirmar que determinado serviço só pode ser remunerado por meio de taxa é o mesmo que afirmar que esse serviço não pode ser objeto de concessão ou permissão” (in parecer elaborado sobre contrato celebrado entre a SABESP e o município de Avaré, tendo por objeto a execução e exploração de serviços de saneamento básico e a natureza jurídica da remuneração paga pelos usuários — fls. 62/78).

Conforme demonstrado anteriormente, o contrato de concessão celebrado entre o município de Joinville e a Casan se deu sob os ditames da legislação então em vigor (art. 13, § 3º, da CF/67), ainda hoje em plena vigência, já que inteiramente compatível com a novel Constituição, mais precisamente, com a redação do art. 175 que rege a matéria nos seguintes termos:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

O art. 30, inc. V, também da Constituição da República, no que tange à competência dos Municípios para outorgar concessão ou permissão, preconiza:

“Art. 30. compete aos Municípios:

“(…)

“V— organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

É ainda a ilustre professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro quem chama a atenção para o fato da não distinção, pela Constituição Federal, dos serviços que podem e os que não podem ser executados por meio de concessão. Na verdade, obtempera, “o conceito de concessão, ao qual é inerente a remuneração por meio de tarifa, é possível para qualquer tipo de serviço de natureza comercial ou industrial, ou seja, para qualquer tipo de serviço que permita a remuneração pelo usuário; só é incompatível com aqueles serviços públicos em que se impõe a gratuidade. Nestes, os encargos são assumidos pelos cofres públicos” (Parecer, cit.).

Referindo-se às divergências doutrinárias acerca da distinção entre taxa e preço público, ensina a autora citada:

“Na realidade, nenhum dos critérios apontados pelos tributaristas permite distinção segura entre as duas imposições. Levar em conta o interesse — público ou particular — que prevalece é impossível, diante da consideração de que o Estado tem sempre que atender, preferencialmente, ao interesse público, ainda que, indi-

retamente, beneficie o interesse individual de cada cidadão. O critério da obrigatoriedade ou não também é insuficiente, uma vez que, se a atividade é prevista em lei como serviço público, ela é sempre obrigatória para o Poder Público, constituindo-se em poder-dever irrenunciável pelo ente ao qual a Constituição o atribui por sua vez, o critério baseado na interpretação literal do artigo 145, II, da Constituição (correspondente ao art. 18, II, da Constituição de 1967) considera apenas uma parcela da realidade e do sistema constitucional brasileiro.

“Com efeito, o artigo 145 cuida dos tributos, estabelecendo as suas modalidades e os respectivos conceitos. Em face do inciso II, se o Poder Público prestar um serviço público com as características de especificidade e divisibilidade, cabe a instituição de taxa, desde que o serviço seja posto à disposição do contribuinte, ainda que não utilizado efetivamente.

“Porém, essa possibilidade de instituição de taxa, como receita decorrente do exercício da soberania do Estado, convive com a possibilidade de cobrança de tarifa (preço público), quando o serviço for prestado por meio de concessão” (Ibid.) (não grifado no original).

Na Constituição de 1967, a exemplo da atual, a possibilidade de instituição de taxa, prevista no artigo 18, I, convivia com o instituto da concessão de serviço público, ao qual é inerente a cobrança de preço público. Ao mesmo tempo em que o artigo 18, I, previa a taxa em termos iguais aos do atual art. 145, II, o artigo 8º, inciso XV, atribuía à União competência para explorar, diretamente ou mediante

autorização ou concessão, vários tipos de serviços, concessão essa, regrada pelo art. 167 que dispunha:

“Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

“I — obrigação de manter o serviço adequado;

“II — tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e

“III — fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior” (não grifado no original).

Vê-se pois, já naquela época, o instituto da concessão se mostrava incompatível com a taxa na modalidade de tributo. Se o serviço público fosse delegado a empresas particulares mediante concessão, a remuneração não poderia ser por meio do recolhimento de taxa e sim de preço público sob pena de inevitável descumprimento ao estabelecido no citado art. 167 da Lei Maior de então. As diretrizes do atual art. 175 da Constituição Federal de 1988 não discrepam em muito do preconizado na Carta anterior. Por isso, inviável o estabelecimento de taxa como remuneração dos serviços executados mediante concessão do Poder Público.

Anota Jorge Miranda que “a Constituição deve ser tomada, a qualquer instante, como um todo na busca de uma unidade e harmonia de sentido. O apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem

em situá-los e defini-los na sua inter-relação e em tentar, assim, chegar a uma idônea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa" (in Manual de Direito Constitucional. Coimbra Editora Ltda., vol. II, págs. 228/229).

E complementa:

"A constituição deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê: a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação (...)"

O fato de a Constituição prever expressamente a prestação do serviço público pelo instituto da concessão ou da permissão, impõe, como resultado de uma análise sistêmica e harmônica entre os dispositivos do art. 145, inc. II, e o art. 175, a conclusão de que a Lei Maior não veda a sua remuneração por meio de tarifa, se mostrando, como já dito anteriormente, irrelevante a obrigatoriedade ou não da utilização do serviço pelo particular.

Além das características nitidamente publicistas, traduzidas pela previsão de prerrogativas públicas à empresa concessionária, como v.g., a desapropriação no interesse público, bem assim, a sua submissão aos princípios pertinentes à prestação de serviços públicos — continuidade, mutabilidade, igualdade dos usuários —, desponta na figura jurídica da conces-

são a natureza contratual das cláusulas financeiras, cuja finalidade maior é a garantia do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Essa garantia sob a égide da Constituição de 1967, norma vigente à época da celebração do Convênio 21/73 entre o município de Joinville e a Casan, era estabelecida de forma expressa no art. 167, II, que exigia o estabelecimento de tarifas que permitissem a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurassem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Atualmente, o art. 175 da Constituição Federal, em seu parágrafo único, inciso III, refere apenas que a lei disporá sobre a política tarifária. Cumpre essa tarefa a Lei n. 8.987, de 13/2/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, determinando em seu art. 9º que a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. O parágrafo 2º do mesmo artigo preceitua:

"Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro".

Em complemento, o artigo 11 do mesmo Diploma Legal cuida da possibilidade de, no edital de licitação, serem previstas outras fontes proveinentes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

As disposições contidas na atual Lei que trata da política tarifária pela prestação de serviços em regime de concessão ou permissão muito bem ilustra e reforça a base central da argumentação ora desenvolvida, no sentido de que a tarifa é inerente à concessão, tendo o seu valor e a sua forma de reajuste e revisão fixadas no próprio contrato (art. 23, inciso IV, da Lei n. 8.987/95).

Vale gizar, porém, que o contrato de concessão celebrado entre o município de Joinville e a Casan, sacramentado pela Lei Municipal n. 1.284/73, rege-se pelos termos em que foi pactuado, já que anterior à Lei n. 8.987/95, conforme, aliás, disciplina o seu art. 42, que está em sintonia com a garantia constitucional insculpida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e art. 6º da LICC.

A concessão de serviço público pressupõe a sua remuneração mediante tarifa=preço público. A adoção da taxa implicaria a descaracterização da concessão, restando tão-somente um contrato de prestação de serviço remunerado pelos cofres públicos, o que, sem sombra de dúvidas, não é a situação da relação jurídica estabelecida entre a empresa apelante e o município de Joinville.

A idéia de taxa é totalmente avessa à estipulação contratual. O art. 150, I, da Constituição Federal veda a sua instituição por outra forma que não seja a lei. Assim, não há como aceitar-se uma concessionária cobrando taxa em vez de tarifa. Não tem competência para tal, com o gravame de que a fixação por meio de lei, com obediência ao princípio da anterioridade, choca-se com a natureza da

concessão e principalmente com a natureza contratual das cláusulas financeiras que objetivam o equilíbrio econômico-financeiro, a ser mantido precisamente por meio da tarifa. Impraticável seria a utilização da taxa para essa finalidade.

De outro vértice, aceitar-se que o Poder Público institua e cobre a taxa e repasse o respectivo valor ao concessionário, como dito linhas atrás, descaracterizaria totalmente o contrato de concessão, transformando-o em simples contrato de prestação de serviço. O concessionário passaria então à condição de mero locador de mão-de-obra para a execução do serviço público, o que é impraticável e inaceitável nos termos do art. 175 de nossa Constituição.

As posições sustentadas por Marçal Justen Filho não destoam das idéias aqui defendidas:

“(…) não se admite que da prestação direta pelo Estado de serviços públicos específicos e divisíveis, de consumo espontâneo ou compulsório, possa resultar em outra exação que não a taxa com o regime tributário correspondente.

“A situação muda de figura quando se tratar de serviço público delegado a particulares, por via de concessão ou permissão. Alguns aspectos fundamentais do problema passaram despercebidos aos tributistas. A peculiaridade não reside em que o serviço concedido continua a ser público — o que é inquestionável. O ponto nodal reside em que o concessionário assume o serviço por conta e risco próprios estruturando-os segundo os postulados de direito privado.

“O regime jurídico da prestação dos serviços públicos concedidos continua a ser público. Mas o particular os exercita de acordo com as regras privadas. Promove investimento às custas de seu patrimônio, custeia as atividades necessárias. Tudo se faz para a obtenção de lucro, o que é assegurado contratualmente.

“A concessão do serviço público produz, portanto, inovações no regime jurídico aplicável. Passa-se a considerar cabível o dado da lucratividade — o que é inconcebível na atividade administrativa desempenhada pelo Estado. O particular tem assegurado o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial. Enfim o insucesso será arcado pelo particular.

“A concessão estrutura-se sobre o pressuposto de uma modalidade de remuneração norteada por princípios distintos que disciplinam a remuneração do serviço desempenhado pelo próprio Estado. O concessionário tem direitos perante o Estado, no tocante à remuneração pela prestação dos serviços públicos, que se retratam na impossibilidade de modificação da equação econômico-financeira do contrato, na garantia de lucro e na recomposição compulsória de valores. Somente é possível atribuir ao particular o desempenho dos serviços por conta e risco próprios se a remuneração a ele atribuída estiver sujeita a um regime jurídico específico.

“Esse regime jurídico específico pressupõe mutabilidade a qualquer tempo. Como o particular não é dotado de estruturas e garantias inerentes ao Estado, há risco de sua insolvência. A contrapartida de assumir o ser-

viço por conta e risco próprios é a garantia estatal de alteração da tarifa a qualquer tempo. “Quando reconhece o direito à manutenção da equação econômico-financeira e o cabimento de sua recomposição, constrói-se um regime jurídico distinto do tributário”.

Mais adiante, complementa:

“O regime tributário é incompatível com o regime jurídico da remuneração ao concessionário (permissonário). Quando o Estado outorga concessão, não se altera o regime jurídico da prestação do serviço público, mas se modifica o regime jurídico da sua remuneração. A Constituição Federal, ao tutelar a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo, produz uma espécie de redução da amplitude eficaz do sistema tributário. Retira do seu âmbito a remuneração atinente aos serviços públicos outorgados aos particulares por via de concessão ou permissão” (in *Concessões de Serviços Públicos — Comentários às Leis 8.987 e 9.074, de 1995*, São Paulo, Dialética, 1997. págs. 143/144).

O festejado tributarista Geraldo Ataliba (in *Hipótese de incidência tributária*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, pág.161), critica com insistência e muita propriedade a doutrina e jurisprudência que sustentam ter o legislador a faculdade de poder escolher o regime de remuneração dos serviços públicos. Supõe-se por essa interpretação ter o legislador liberdade para escolher o regime de taxas, ou de preço público.

Acentua o citado doutrinador que a única liberdade que a Constituição dá ao legislador é para decidir se a prestação de dado serviço público tí-

pico será remunerado ou não. Em se tratando de serviço público divisível e específico, ou seja, que possa ter prestação individual e fruição singular pelos destinatários, caso o legislador decida pela remuneração, obrigatoriamente terá que optar pela taxa (Ataliba, Geraldo. Op. cit. pág.161).

Ressalta, ainda, que a atividade de que a Constituição qualifica como serviço público é originariamente pública, que se apresenta como conteúdo de uma prestação da qual advém uma utilidade ao destinatário. Esse tipo de atividade, típica do Estado, é distinta daquelas inerentes à produção de riqueza, à exploração de atividade econômica que não incumbe necessariamente ao Estado e que a Constituição reservou à iniciativa privada na conformidade das disposições contidas no art. 173. Nesse tipo de atividade a remuneração é a finalidade e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Na prestação de serviço público pelo próprio Estado, a remuneração é meio de seu custeio, vedada a perspectiva de lucro.

Objetando o critério da compulsoriedade como elemento de distinção entre taxa e preço público (tarifa), e valendo-se dos argumentos de Hamilton Dias de Souza e Marco Aurélio Greco (A natureza jurídica das custas judiciais, Ed. OAB/SP e Resenha Tributária, 1983, pág. 54), professa:

“Atualmente, o discrimen entre taxa e preço é fornecido pelo Texto Maior na medida em que separa os campos próprios da atuação pública ou particular, reservando à primeira o instrumento gerador de receitas que é a taxa (ob. cit. pág.110).

“E prosseguem: ‘Portanto, toda a discussão doutrinária a respeito da distinção entre taxa e preço público não pode mais calcar-se na compulsoriedade ou facultatividade da figura, pela simples razão que a discussão tinha origem num dispositivo constitucional que não mais existe. Aquilo que, em 1946, era tratado de forma separada (taxas e outras rendas), hoje é englobado no art. 18, I, que prevê as taxas por serviço posto à disposição e efetivamente utilizado’ (pág. 111).

“Para advertirem, com ênfase: ‘Se o dado normativo mudou — e substancialmente — a interpretação do direito positivo não pode permanecer a mesma’ (idem).

“E concluírem categoricamente: ‘Destarte, na Constituição vigente o critério para identificar a taxa e o preço não é mais a compulsoriedade ou a facultatividade, mas o tipo de atividade exercida. Se for uma atividade econômica, tal como definida no Título III da Constituição Federal, haverá preço; se for uma atividade própria do Estado teremos taxa’ (pág. 111)” (op. cit., pág.172) (não grifado no original).

E arremata peremptoriamente:

“Pondo esta corretíssima conclusão em termos da Constituição de 1988, impõe-se afirmar que:

“Se se tratar de atividade pública (art. 175) o correspectivo será taxa (art. 145, II); se se tratar de exploração de atividade econômica (art. 173) a remuneração far-se-á por preço” (idem, ibidem).

Com efeito, assinalam Souza e Greco na obra acima citada que é totalmente inconsistente o critério tradicional adotado para diferenciar a taxa do preço público, visto não oferecer

uma distinção segura a ser utilizada nos casos práticos.

Relatam que essa dificuldade não escapou a eminentes membros do próprio Supremo Tribunal Federal, tanto que o Ministro Rodrigues Alckmin, após invocar a Súmula 545 e adotar o critério tido como clássico, segundo o qual há coerção nas taxas e não nos preços, observa que, se doutrinariamente o critério é de fácil compreensão, não o será na prática. Daí por que conclui que “a rigor, é a disciplina jurídica aposta à espécie que permitirá configurá-la como obrigação ex lege ou como prestação facultativa” (Alckmin, José Geraldo Rodrigues de. Os tributos e sua classificação, São Paulo, IBDT, Resenha Tributária, 1975, págs. 18/19).

Verdade que Hamilton Dias de Souza e Marco Aurélio Greco, contrariamente à posição de Maria Sílvia Di Pietro, perfilham-se ao entendimento de que o fato de o serviço ser prestado por concessionário não o desnatura como essencialmente público. Aduzem que o intuito lucrativo do concessionário não interfere com a finalidade e mesmo a forma de prestação do serviço, pois este — o concessionário — é utilizado como meio para atingir-se uma finalidade eminentemente pública. Mesmo assim, deixam claro que a remuneração de tais serviços será por tarifa, cujo valor máximo será estabelecida pelo Poder Público (in A natureza jurídica das custas judiciais, São Paulo, OAB/SP, Resenha Tributária, 1983, pág. 92).

In casu, conforme descrito no início, tanto a legislação estadual, quanto a municipal, além de instituírem a taxa, estabeleceram o patamar

máximo para a cobrança da tarifa de esgoto — 100% do valor correspondente ao consumo de água. Também se viu que a Casan aplica a alíquota de 80%, portanto, inferior ao teto estabelecido em lei.

Especificamente sobre os termos da Súmula 545 do STF e a sua inaplicabilidade após a edição da Constituição de 1967 que, sobre a matéria aqui ventilada, guarda similitude com a Carta em vigor, esclarecem Souza e Greco:

“A observação fundamental a ser feita é a de que esta Súmula consagra concepções normativas compatíveis com o regime constitucional vigente sob a égide da Constituição de 1946.

“Com efeito, quando a Súmula se refere à ‘prévia autorização orçamentária’ o faz em atendimento ao que dispunha o § 34 da Constituição de 1946. Esta exigência, porém, desapareceu com a Emenda Constitucional n. 18, de 1965 que a substituiu pela simples anterioridade em relação ao exercício financeiro, e que, depois de outras alterações, encontra-se explícita no atual § 29 do artigo 153.

“Isto já é o suficiente para mostrar que devemos compreender e interpretar esta Súmula em função do contexto que a originou e segundo as normas constitucionais vigentes na época em que foram proferidos os acórdãos que a fundamentaram” (op. cit., págs.104/105).

E mais à frente, logo após minucioso estudo acerca das modificações das disposições tributárias da Constituição de 1946 pela Emenda Constitucional n. 18/65 que, conforme já referido, com pequenas alterações, foram recepcionadas pela Carta de

1967, bem assim, pela atual, argumentam:

“Por estas razões entendemos que, hoje, a concepção consagrada na Súmula 545 deve ser reestudada. Ela era perfeita à época em que foi editada, pois no regime de 1946, a compulsoriedade e a facultatividade eram os elementos possíveis para explicar o item III do artigo 30. Mas, hoje, o artigo 18, I, da Constituição Federal e a existência dos dois campos constitucionais não comportam a aplicação desse critério” (op. cit., págs. 111/112).

Na verdade, a força da Súmula 545 arrefeceu, não só pela mudança operada na doutrina, mas principalmente em razão do fato de o próprio Excelso Pretório ter entendido como insuficiente o critério nela estabelecido (RTJ 98/23-C) porque existem taxas que são impostas obrigatoriamente ao particular, que só as pagará se, facultativamente, quiser se utilizar de um serviço público, como é o caso da taxa judiciária.

Além disso, importantes precedentes da Alta Corte, de forma expressa, contrariam a tese de que a contraprestação pelo serviço de água e esgoto tem natureza tributária:

“Preço público. Essa a natureza jurídica da tarifa cobrada pelo fornecimento de água. Não incidência, na hipótese, da Lei n. 4.591/64, artigo 11, porquanto aí se estabelece regra a observar para efeito tributário, não para efeito de preço público. Recurso extraordinário não conhecido” (RE n. 77.162/SP, Min. Leitão de Abreu, RTJ 82/763).

“A jurisprudência desta Corte é no sentido de ter como preço público,

e, portanto, tarifa, o quantitativo cobrado a título de água e esgoto. Confira-se com os seguintes precedentes: Recursos Extraordinários ns. 54.194, 54.491 e 77.162, relatados pelos Ministros Luiz Gallotti, Hermes Lima e Leitão de Abreu, com acórdãos publicados nos Diários da Justiça de 28 de novembro e 17 de dezembro, ambos de 1963, e 24 de maio de 1977, respectivamente. Vê-se, assim, que o decidido está em harmonia com a óptica emprestada à espécie, não se podendo vislumbrar violência aos preceitos constitucionais invocados pela Agravante” (AI n. 225.143/SP, Min. Marco Aurélio).

“As contraprestações cobradas pelo Departamento Sanitário do Estado pelos usuários das redes de água e esgotos do Recife são preço público, pois, nem toda contribuição por serviços prestados é taxa, conforme está no art. 30 da Constituição que diz competir à União, ao Distrito Federal, aos Estados e Municípios cobrar contribuição de melhoria, taxas e quaisquer outras rendas que possam provir do exercício de suas atribuições e da utilização de um bem e serviço instalado e operado pelo Estado. A renda dessas contraprestações não vem de taxa, mas de um pagamento que, na técnica fiscal e administrativa, se denomina de preço público. Além disso, a cobrança determinada pelo Departamento de Saneamento do Estado estava autorizada pela Lei n. 3.821 de 21/12/60” (RE n. 54.491, Min. Hermes Lima).

“Não há como prosperar a irrealização. Efetivamente, esta Corte já confirmou o entendimento de que a contraprestação, cobrada pelo Estado, dos usuários da rede de água e

esgoto, é preço público” (RE n. 207.609/DF, Min. Néri da Silveira).

Em posição que se ajusta a que ora se preconiza, o Ministro Victor Nunes, em voto proferido no ERE n. 54.194, ao referir-se a respeito da natureza da denominada taxa de água e esgoto, assim se manifestou:

“(…) o critério da obrigatoriedade é absolutamente insuficiente para caracterização do tributo (...).

“No caso presente, é preciso distinguir se a obrigatoriedade resulta do serviço, que se remunera, ou se resulta de outras considerações, vindo a obrigatoriedade da remuneração do serviço por via de consequência.

“(…)

“A obrigatoriedade, no caso em exame, de pagar a taxa de água e esgoto não está vinculada ao uso, ou não uso do serviço. Resulta de uma imposição de ordem sanitária, segundo a qual quem quer que construa imóvel urbano há de dotar esse imóvel dos serviços de água e esgoto (...).

“A obrigatoriedade do pagamento é indireta. Direta é a obrigatoriedade de equipar o imóvel urbano com esse serviço (...).

“O que se discute é precisamente isso: saber quando um pagamento obrigatório é taxa ou não é taxa. Não estou sustentando que não possa haver taxa que não seja obrigatória; o que estou sustentando é que há pagamentos obrigatórios, os quais, não obstante, não são taxas” (RTJ 33/374).

Importante e elucidativa é a lição extraída do julgado da 2 Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo, referente à Apelação Cível n.

021.552.4/7, da comarca de Presidente Epitácio, na qual figuram como partes a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo e o Ministério Público, verbis:

“Ação civil pública — Exoneração do pagamento de tarifa de esgoto — Propositura pelo Ministério Público — Admissibilidade — Defesa de interesses coletivos — Improcedência, no entanto, porque legal a remuneração por tarifa, inexistindo óbice para tanto, havendo base em lei federal que instituiu o Planasa — serviço público, outrossim, concedido nos termos do artigo 175 da Constituição Federal permitindo a remuneração (...)” (não grifado no original).

E do corpo do acórdão extrai-se:

“O art. 175 da Constituição Federal, em que se baseia o pedido para justificar que, sendo serviço público primário a coleta e tratamento de esgotos, não deve ser remunerada, é exatamente o dispositivo que trata dessa remuneração, ao referir-se à possibilidade de que os serviços públicos sejam repassados por concessão ou permissão, sempre através de licitação. Ora, quem fala em licitação, fala em valor, em preço, no caso, tarifa.

“Teoricamente, não há óbice à cobrança por meio de tarifa, tudo dependendo do regime jurídico que disciplina a prestação do serviço, pois tarifa é a sua contraprestação, sendo justa a remuneração do capital.

“Para que fosse remunerado por taxa, que integra, a arrecadação do Poder Público, a receita pública, assim, haveria necessidade de lei específica, o que não ocorre no caso, posto

que a Sabesp é uma empresa e a tarifa é a forma adequada.

“Isto é o que ocorre, aliás, na maioria dos municípios paulistas e na própria capital, onde se paga tarifa de água e esgotos, correspondendo a medição do consumo de água e proporcional, no caso oitenta por cento, nada havendo de arbitrário em sua fixação, que leva em conta critérios técnicos, não sendo impossível aferir-se sua medição exatamente por essas considerações, que parece, não percebeu o apelado, posto que a apelante é composta por técnicos de mais elevado padrão, nada constando em seu desabono.

“Acaso entenda o consumidor que a cobrança do serviço está sendo supervalorizada, poderá buscar seus direitos no âmbito administrativo ou mesmo judicial, porém no caminho adequado, e não por meio desta ação que, absurdamente, pretende a isenção do pagamento de um serviço, pura e simplesmente”.

E prossegue o decisum:

“Saliente-se que, embora a remuneração possa ser feita por taxa, posto que há lei, a cobrança não se afigura a mais adequada porque, em tese, injustamente faria o pequeno consumidor de água pagar o mesmo que aquele de grande consumo. Ainda que a lei dispusesse o pagamento por faixas sociais, ainda assim, haveria injustiças, ao passo que a tarifa, que considera a medição de consumo, apresenta-se mais justa, porque mais próxima da realidade”.

Nesta Corte de Justiça, vale ser citado, por percuciente e altamente judicioso, o voto vencido proferido pelo eminente Des. Cesar Abreu, no Agravo

de Instrumento n. 99.017857-9, da Capital, encimado pela seguinte ementa:

“Direito tributário. Abastecimento de água e esgoto. Preço público caracterizado. Nomen juris emprestado ao serviço: taxas de esgotos sanitários. Irrelevância. O nome não dá natureza às coisas. Obrigatoriedade da utilização do sistema. Critério não absoluto para diferenciação da receita. Preço público x taxa. Confusão que decorre da constatação de que a taxa é o tributo mais próximo das receitas de direito privado denominadas preços. Controvérsia doutrinária e jurisprudencial acentuada. Obrigação, entretanto, vista sob o prisma das exigências do convívio coletivo e não em decorrência do poder de império do Estado, hipótese última caracterizadora da taxa.

“Precedentes da suprema corte. Autoridade moral das decisões superiores prestigiada pelo legislador ao estabelecer os diversos graus de jurisdição.

“Tratando-se de preço público, não se tem por relevantes os fundamentos invocados, que dizem respeito aos princípios constitucionais a serem observados na hipótese de taxa. Dano irreparável. Impossibilidade do reconhecimento. Justa remuneração do serviço. Importância devida ao controle jurídico e não à natureza da paga.

“Violação de direito líquido e certo. Exame restrito à esfera do direito subjetivo do impetrante. Intrincado e controvertido aspecto de direito que não inviabiliza o mandamus.

“A solução da controvérsia passa por se conferir importância ao controle jurídico e não à natureza da paga (sic). Importa ao usuário a constata-

ção de que o preço público guarda relação real com o serviço disponibilizado e que não há abuso ou excesso nos preços praticados. Pouco interessa a ele se o serviço a ser remunerado está no campo da receita industrial (preço público) ou da receita tributária (taxa). A contraprestação pecuniária é devida exclusivamente pelo usuário do serviço, para não incidir o enriquecimento sem causa, impondo-se à sociedade como um todo, que já investe no sistema, a responsabilidade da manutenção de um serviço de utilização ainda restrita.

“Para a conceituação da taxa basta que a utilidade seja posta à disposição do contribuinte; na compreensão do preço de serviço só aparece a incidência com a utilização.

“Procura-se na obrigatoriedade a diferença entre taxa e preço para se concluir que, sendo o preço obrigatório, confunde-se com a taxa, incidindo com ela na exigência da legalidade formal e da previsão orçamentária. Esse critério, entretanto, não é absoluto e não oferece resistência lógica de uma diferença específica, porque variável como o próprio critério da obrigatoriedade. Efetivamente, o conceito de obrigatoriedade, além de não ser peculiar à taxa, não desnaturaliza a configuração do preço público, também obrigatório para todos que se utilizam do serviço. Assim, na ausência de um elemento diferencial oriundo da técnica de imposição tributária, que eu me abalanço a insistir em que só a tipificação do fato jurígeno permite a distinção procurada” (STF, Min. Pedro Chaves, RTJ 33/147-151).

No desenvolvimento do brilhante voto destaca o culto Magistrado:

“Não deve impressionar, para efeito de conclusão, o nome (taxa) emprestado ao serviço de esgoto. Comentando o sistema tributário na Constituição de 1988, Sacha Calmon Navarro Coêlho (Comentários à Constituição de 1988, Sistema Tributário, 3ª ed., Rio, Forense, 1991, pág. 53) assinala que o nome pouco importa na espécie e tampouco as parvoíces extrajurídicas. É que, como diria o poeta, o nome não dá natureza às coisas e o perfume de uma mulher será sempre o perfume de uma flor, pouco importando a sua graça.

“No sistema tributário uma taxa deveria ser sempre uma taxa e o preço público sempre um preço público. A confusão estabelecida pelos operadores do direito decorre da omissão legislativa e da ausência de rigor na definição da receita.

“Delano Carneiro da Cunha Câmara, em trabalho publicado na Revista Consulex, Doutrinas, Pareceres e Pontos de Vista, ao tratar da matéria Taxa, Tarifa & Preço Público, citando Kiyoshi Harada (in Direito Financeiro e Tributário), ressalta que a confusão existente entre taxa e preço público tem sido uma constante, tanto no campo legislativo como no campo jurisprudencial, apesar da nítida diferenciação do regime jurídico de uma e de outro. Conclui dizendo que ninguém é dono da verdade de forma absoluta. Assim, a presente proposta de fixação de diferença entre taxa, tarifa e preço público não constitui fato imutável, mas, sim, uma tentativa de contribuir para a elucidação dos questionamentos que pairam a respeito do polêmico assunto. Dentro de um mundo globalizado, as amarras e conceitos do passado são inadequados para a compatibili-

dade com as rápidas transformações, o surgimento de novas tecnologias e diferentes necessidades sociais (págs. 325/333).

“A. D. Giannini, invocado por Mário Jorge Góis Lopes, em comentário publicado na Revista de Direito Tributário (Ed. RT, vol. 2, pág. 275), adverte que as dificuldades surgem quando se trata de aplicá-la às situações concretas, como ocorre nos casos de exercício estatal de atividades industriais, nas quais nem sempre é fácil reconhecer a natureza pública ou privada da relação jurídica entre o Estado e o usuário. Mais adiante afirma o comentarista: Ao que parece, doutrina e jurisprudência jamais chegaram a um critério firme de distinção. O critério teórico de Giannini e o enunciado da Súmula 545 bem comportam aquela crítica de Waline à noção jurisprudencial francesa de serviço público concepção variável segundo as consequências que dela se trata de tirar nos casos concretos a propósito dos quais a questão é posta (Précis de Droit Administratif, vol. 1, Ed. Montchérien, 1969, pág. 455).

“Héctor Villegas (Curso de Direito Tributário, SP, RT, 1980, págs. 23/25), no capítulo em que alude às taxas, procurando estabelecer a diferença em relação ao preço, evidencia que a taxa é o tributo mais próximo das receitas de direito privado denominadas preço; daí a distinção entre ambas as categorias jurídicas ser um dos mais intrincados problemas do direito tributário.

“De qualquer modo, ao relacionar as diversas teorias, exalta: (...) d) finalmente, a dos que distinguem a taxa do preço, afirmando que a execu-

ção de atividades inerentes à soberania (que tenham a possibilidade de ser divisíveis) só pode dar lugar a taxas, e que todas as outras somas que o Estado venha a exigir como contraprestação de um bem (a concessão de um uso, a execução de uma obra ou a prestação de um serviço não inerente) dá lugar a um preço, que poderá ser um preço público, mas que não é o tributo denominado taxa. Esclarece, ainda, que (...) para os adeptos desta última posição, as somas de dinheiro que se exigem, por exemplo, pelos serviços postais, telegráficos, telefônicos e de comunicação em geral, de provisão de eletricidade e energia, de gás natural, de água corrente e esgoto, de instrução pública, de transporte estatizados etc., outra coisa não são senão preços públicos. E não é só, Aceitamos, desde o plano conceitual estas colocações, embora reconheçamos que em nosso direito positivo várias atividades que não podem ser consideradas inerentes à soberania dão lugar a prestações que os legisladores denominam taxas. Assim, na legislação argentina são consideradas taxas as de varreção e limpeza das ruas, as de recolhimento de lixo e as de correio e comunicação. Não são consideradas taxas as somas pagas em retribuição aos serviços de transporte e de energia elétrica, existindo grandes dúvidas e discrepâncias jurisprudenciais acerca da provisão de água corrente e dos serviços de esgoto. Porém, os critérios de distinção são caprichosos e não correspondem a nenhum conceito jurídico racional (ver, a respeito, Giuliani Fonrouge, Derecho..., t. 2, pág. 999)”.

Por derradeiro, ainda rebatendo a questão do critério da Súmula

545 do STF, é de se considerar que as legislações federal (Lei n. 2.312/94, Código Nacional de Saúde, art. 11) e estadual (Código Sanitário, Lei n. 6.320/83, art. 40, § 2º, e Decreto n. 24.980/85), que dispõem sobre a obrigatoriedade da ligação das construções habitáveis à rede pública de água e esgoto, não constituem elemento tipificador da remuneração do serviço, eis que, conforme esclarecido pelo Min. Hermes Lima no pronunciamento antes citado, denunciam apenas uma exigência do convívio em sociedade e não uma decorrência do poder de império do Estado.

Assim, quer seja por considerar que em se tratando de serviço prestado mediante concessão torna-se impraticável a remuneração por taxa do gênero tributo, quer seja pela incoerência de norma constitucional obstativa à contraprestação via preço público=tarifa, de acordo com a melhor doutrina, a tarifa cobrada pelo fornecimento de água e esgotamento sanitário é preço público, não possuindo, via de consequência, caráter tributário. Não padece, portanto, de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade a cobrança do denominado faturamento

de esgoto patrocinada pela Casan em obediência à Lei Estadual e Municipal, regulado pela Resolução n. 418/92 cuja eficácia foi sustada pela r. sentença ora examinada.

Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso voluntário e à remessa necessária, para reformar a sentença e cassar a segurança.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, deram provimento ao recurso e à remessa.

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

Florianópolis, 7 de dezembro de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Luiz César Medeiros,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 00.015875-5, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Tributário — Taxa de Fiscalização e Cumprimento de Posturas Urbanísticas — TFPU — Base de cálculo e fator de referência — Distinção — Poder de polícia — Prestação do serviço e sua prova — Provimento do recurso voluntário e da remessa.

A taxa em causa, que foi instituída em razão do poder de polícia, não tem como base de cálculo a área do estabelecimento comercial, porque não incide sobre ela uma percentagem, mas, ao contrário, estabelece valor certo em UFIR em função da classificação de seu porte (pequeno, médio e grande), o que implica dizer que a área é mero fator de referência para sua cobrança e não sua base de cálculo, não havendo, assim, ofensa ao § 2º do inciso II do artigo 145 da Constituição da República (STF — AgRgAI n. 210.773-6/DF, Min. Moreira Alves).

Não pode o contribuinte furtar-se à incidência da taxa de licença e localização, sob alegação de que o ente público não exerce a fiscalização devida, não dispondo sequer de órgão incumbido desse mister (STF, RE n. 198.904-1/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, in DJU, de 27/9/96, pág. 6.171).

Limitando-se o impetrante a sustentar que a taxa é inconstitucional porque não há prestação do serviço a ela correspondente, ante a ausência de prova que a infirme, e a impossibilidade jurídica do ente público produzi-la, deve ser tida por válida a palavra da autoridade coatora, pois, “as informações merecem credibilidade, até prova em contrário, dada a presunção de legitimidade dos atos administrativos e da palavra de suas autoridades” (Mandado de Segurança e Ação Popular, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, pág. 58).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 00.015875-5, da comarca de São José (Vara da Fazenda, Executivos Fiscais e Acidente do Trabalho), em que é apelante o município de São José, e apelada Orion Comercial Ltda.:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso e à remessa.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de apelação interposta pelo município de São José pretendendo a reforma da respeitável sentença de fls. 116/118, proferida nos autos n. 064.98.004782-3 de Mandado de Segurança, impetrado por Orion Comercial Ltda. contra ato do Senhor Secretário Municipal de Finanças, perante o Juízo da 1ª Vara Cível, da comarca de São José, por intermédio da qual o digníssimo Juiz a quo julgou procedente o pedido formulado na inicial, ao argumento de que a Taxa de Fiscalização e Cumprimento de Pos-

turas e Normas Urbanísticas — TFPU, criada pela Lei Municipal n. 2.992/96, fere o disposto no art. 145, II, da Constituição da República.

Segundo o MM. Juiz, a inconstitucionalidade reside na circunstância de incorrer a efetiva prestação do serviço público correspondente à aludida taxa, bem assim, em razão de o fato gerador não guardar nenhuma correspondência com o custo da atividade estatal.

Além do recurso voluntário, a matéria comporta reexame necessário, a teor do art. 12, parágrafo único, da Lei n. 1.533/51.

Na busca pela reforma da decisão objurgada, insurge-se o Município recorrente, repetindo os argumentos expendidos nas informações, no sentido da legalidade e constitucionalidade da TFPU. Assevera que o tributo municipal está em consonância com o estabelecido no CTN, arts. 77 e 78.

Acrescenta que existe o regular exercício do poder de polícia e que a base de cálculo não é a que serve a outro imposto, com previsão legal na Lei Municipal n. 2.992/96.

A empresa recorrida deixou transcorrer in albis o prazo para responder ao recurso interposto (fl. 138).

O representante do Ministério Público de primeira instância ao manifestar-se sobre as razões recursais (fls.140/144), em percuciente arrazoado, posiciona-se pelo desprovimento do apelo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Mário Gemin, manifestou-se pela manutenção do decisum vergastado.

II — Voto

A empresa Orion Comercial Ltda. aforou a presente ação mandamental colimando a suspensão da exigibilidade, pelo município de São José, da Taxa de Fiscalização e Cumprimento de Posturas e Normas Urbanísticas — TFPU, criada pela Lei Municipal n. 2.992/96. O sustentado pela autora e acolhido pelo MM. Juiz é de que a aludida taxa fere o disposto no art. 145, II, da Constituição da República, residindo a inconstitucionalidade na circunstância de incorrer a efetiva prestação do serviço público correspondente ao tributo, bem assim, em razão de o fato gerador não guardar nenhuma correspondência com o custo da atividade estatal.

Na verdade, pelo contido nos autos e pelos precedentes registrados neste Sodalício (ACMS n. 96.001003-3 e Arguição de Inconstitucionalidade n. 96.003784-5) observa-se que de há muito o município de São José vem tentando viabilizar juridicamente a cobrança da taxa em comento. Primeiramente, editou a Lei n. 2.445/92 que acabou sendo fulminada pelo fato de ter como base de cálculo o número de empregados. Igual destino teve a Lei n. 2.731/94, novamente, pelo fato de a base de cálculo não ter qualquer relação com o custo do serviço posto à disposição dos contribuintes.

Ao editar a Lei n. 2.992, de 31 de dezembro de 1996, que instituiu a Taxa de Fiscalização do Cumprimento de Posturas e Normas Urbanísticas — TFPU, nome pomposo da conhecida "Taxa de Licença e Localização", o Município inovou e corrigiu os equívocos das legislações anteriores. Pro-

cedeu a classificação dos estabelecimentos e estabeleceu valor fixo, variável de acordo com o padrão em que foi operado o respectivo enquadramento.

Estatui o art. 4º da Lei n. 2.992/96:

“Art. 4º. Para os efeitos da incidência da Taxa prevista no Anexo I, os estabelecimentos serão assim classificados:

“I — Atividades Comerciais e de serviços

“a) Pequeno porte: atividades exercidas em área construída máxima de 100 metros quadrados;

“b) Médio porte: atividades exercidas em área construída máxima entre 100 e 200 metros quadrados;

“c) Grande porte: atividades exercidas em área construída superior a 200 metros quadrados; (...).”

Assim, resta claro que a classificação dos estabelecimentos comerciais, na dicção do texto legal, constituiu-se, não em base de cálculo, o que estaria vedado pela Carta Magna, mas, sim, fator de referência que serve à incidência do valor fixo estabelecido no Anexo I (fl. 20) da norma instituidora do tributo, valor este que expressa quantitativamente os gastos do Poder Público com o serviço fiscalizatório pela manutenção das obras urbanísticas.

Vale gizar: a área do estabelecimento comercial não constitui a base de cálculo. Serve, tão-somente, como fator de referência para a composição do preço. O fato gerador seria a verificação do cumprimento das normas de posturas urbanísticas do Plano Diretor, especialmente, quanto à sua ade-

quação e regular funcionamento (art. 2º, Lei n. 2.992/96).

A quantidade de UFIRs representa os dispêndios da municipalidade para a execução e manutenção do serviço na proporção do status em que seja enquadrado objetivamente pela lei o estabelecimento comercial — pequeno, médio e grande.

O preço, mais uma vez ressalta-se, não é variável em função da metragem do imóvel que abriga o estabelecimento. É fixo, com base na classificação que tem como fator de referência o seu tamanho.

O anexo I da combatida Lei n. 2.992/96 que trata da tabela de preço para a cobrança da TFPU estabelece os seguintes valores:

pequeno porte	isento
médio porte.....	283 UFIRs
grande porte.....	1.075 UFIRs.

Neste Egrégio Tribunal, já se decidiu:

“Tributário — Taxa de licença — Localização e funcionamento — Base de cálculo — Poder de polícia — Renovação — Constitucionalidade — Prestação do serviço — Prova.

“1. ‘O STF tem reconhecido a legalidade da taxa de fiscalização de localização, instalação e funcionamento e também a sua renovação anual (RREE ns. 115.811; 120.391; 140.278, entre outros)’ (STF, Ministro Nelson Jobim). No entanto, só é exigível se há efetiva prestação do serviço a ela correspondente.

“2. Limitando-se o impetrante a sustentar que a taxa é inconstitucional, como ocorre no caso sob exame, impõe-se a denegação da segurança (porque é constitucional); asseveran-

do que não há prestação do serviço, deve ser extinto o processo, por carência de ação, salvo se apresentar prova pré-constituída da sua alegação, posto que ao Município, no mandado de segurança, não será permitido produzir prova da existência do fato gerador.

“3. Não incide em inconstitucionalidade a lei que fixa a base de cálculo da Taxa de Licença e de Funcionamento em valor certo, calculado sobre área ocupada do prédio, distribuída por faixas progressivas de acordo com a sua metragem, e a localização do terreno” (ACMS n. 98.009980-3, de Chapecó, rel. Des. Newton Trisotto).

Em reforço à tese sustentada no presente voto, de que não padece de inconstitucionalidade a lei que toma como fator de referência a área do estabelecimento para a determinação de valores fixos, proporcionais aos custos do serviço prestado pelo ente público instituidor do tributo, no corpo do citado acórdão colhe-se elucidativa decisão do Supremo Tribunal Federal vazada nos seguintes termos:

“A taxa em causa, que foi instituída em razão do exercício do poder de polícia, não tem como base de cálculo o patrimônio líquido da empresa, porque não incide sobre ele uma percentagem, mas, ao contrário, estabelece valor certo em BTN em função de faixas do patrimônio líquido em BTN, o que implicaria dizer que o patrimônio líquido é o fator de referência para sua cobrança e não sua base de cálculo, não havendo, assim, no caso, ofensa ao § 2º do inciso II do artigo 145 da Constituição” (AgRgAI n. 210.773-6/DF, Min. Moreira Alves).

Da mesma peça, por percuciente, vale ser citada a lição de Rogério Lei Lobo:

“É comum encontrarmos decisões, por exemplo, que inadmitem a cobrança da Taxa de Licença para Estabelecimento, por identificação de sua base de cálculo com a do IPTU, quando o legislador municipal indica a área do estabelecimento a ser fiscalizado como um dos parâmetros tomados na quantificação do tributo. Mesmo abstraída a realidade de que a base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel — e não sua área —, decisão desse quilate só se explica a partir do enfoque por demais entranhado na letra da lei (e, por consequência, conceitualmente restritivo), com absoluta ignorância do princípio geral informador da norma então aplicada. Se aquele parâmetro será utilizado em concerto com outros, na avaliação do custo específico de cada fiscalização que o Poder Público proceda (este sim, o pressuposto valorativo do gravame), é evidente que a imprescindível relação de inerência ora aludida restará preservada. Na verdade, o parâmetro ‘área do imóvel’ se alinha na alíquota da taxa ora aludida, e não em sua base de cálculo” (Revista Dialética de Direito Tributário 34/73).

No que diz respeito à impossibilidade de cobrança da aludida taxa pela não comprovação da efetividade do serviço a que ela se refere, cumpre assinalar que os argumentos expendidos pela apelada, apesar de respaldados em respeitáveis precedentes jurisprudenciais, data venia não convencem. E isso porque o poder de polícia, fato gerador da cobrança da modalidade tributária objeto de discussão, é exercício permanente, con-

forme se procurará demonstrar com base em escólios de conceituados doutrinadores.

Segundo lição de Hely Lopes Meirelles, é preciso distinguir entre o poder de polícia originário e o poder de polícia delegado, sendo aquele imanente com a própria entidade que o exerce, enquanto o outro é decorrência de transferência legal (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pág. 110). E mais à frente, com base em Caio Tácito, acentua que, na letra daquele autor, “o poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais” (op. cit., pág.111).

Ademais disso, Aliomar Baleeiro acentua que “taxas fundadas no exercício do poder de polícia devem ser entendidas, em primeiro lugar, aquelas com finalidade extrafiscal, como a de impedir ou restringir atividades e atitudes no interesse da comunidade. Em segundo lugar, as taxas para custear serviços com essa finalidade, como as licenças para localização de estabelecimentos ou atividades (...)” (Uma Introdução à Ciência das Finanças, Rio de Janeiro, Forense, 1978, pág. 245).

Em tópico posterior, referido mestre preleciona que “a taxa tem, pois, como causa jurídica e fato gerador a prestação efetiva e potencial dum serviço específico ao contribuinte, ou a compensação deste à Fazenda Pública por lhe ter provocado, por ato ou fato seu, despesa também especial e mensurável” (op. cit., pág. 249).

A Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 145, inciso II, estabelece que compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir “taxas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte e postos à sua disposição”.

Daí decorrem as seguintes colocações. A primeira no sentido de que é preciso reconhecer, no Município, o poder de polícia a ser exercitado, em termos de fiscalização, sobre a fisionomia urbana e a ocupação de seus espaços prediais e territoriais.

Em segundo plano, insta afirmar que o poder de polícia, determinante da taxa, tem ínsito em si a presunção juris tantum do serviço prestado ou posto à disposição do cidadão ou da pessoa jurídica. Assim, por óbvio que o poder de polícia não se exaure com a primeira licença, mesmo porque a fiscalização sempre existe, e há uma presunção juris tantum nesse sentido, mesmo porque pode muito bem ocorrer a hipótese de que determinado estabelecimento, que recebeu a licença para exercer atividade X, passe, algum tempo depois, a exercer atividade Y. A fiscalização e a renovação anual da Taxa de Licença e Localização, ou da Taxa de Fiscalização e Cumprimento de Posturas e Normas Urbanísticas — TFPU, como aqui denominada, tem justamente a finalidade de impedir que isso venha a ocorrer.

Destarte, a matéria concernente à constitucionalidade ou legalidade da taxa em questão, trazida como suporte de fundamentação do pedido ini-

cial e acolhida pela veneranda sentença, resta superada, pois, conforme já restou devidamente esclarecido, essa modalidade de tributo tem como fato gerador o poder de polícia, próprio do jus imperii do Município.

Resta claro, assim, que o Município estaria cobrando a taxa pela efetivação do exercício do poder de polícia, isto é, não estaria cobrando uma taxa pela prestação de serviços públicos mensuráveis, abrangidos pelos requisitos da especificidade e divisibilidade, mas, sim, cobrando pela atuação de seu poder de polícia.

O festejado Celso Ribeiro Bastos, discorrendo sobre as espécies de taxas, ao referir-se àquelas decorrentes do poder de polícia, nos brinda com a seguinte lição:

“Poder de polícia é toda atividade, preventiva ou repressiva, exercida pela Administração com o propósito de disciplinar o exercício dos direitos individuais, de molde a compatibilizá-lo com o exercício de outros direitos dessa natureza, ou até mesmo com igual direito de outras pessoas. Embora essa atividade vise o bem comum, a Administração, toda vez que se vir compelida a atuar através de medidas concretas, como, por exemplo, concedendo alvarás, interditando estabelecimentos, fiscalizando certas atividades, poderá impor ao administrado uma taxa pelo exercício do poder de polícia” (in Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, pág.151).

Também nesse sentido é o entendimento já tantas vezes sufragado pelo Supremo Tribunal Federal:

“Taxa de Renovação de Licença para Localização, Instalação e Funcionamento. Instituição financeira. Inexistência de ofensa ao artigo 18, inciso I, da Constituição Federal (EM n. 1/69). O Supremo Tribunal Federal tem admitido a constitucionalidade da Taxa de Renovação Anual de Licença para Localização, Instalação e Funcionamento de estabelecimentos comerciais e similares, desde que haja órgão administrativo que exercite o poder de polícia do Município, e que a base de cálculo não seja vedada. Recurso extraordinário não conhecido” (Recurso Extraordinário n. 115.213 — São Paulo — Relator Ministro Ilmar Galvão — Publicado no DJ em 6/9/91, pág. 12.036 — Publicada na RTJ, vol. 137/02, pág. 882) (não grifado no original).

Esta Corte de Justiça também já acolheu a tese aqui abraçada, conforme se infere do julgamento da ACMS n. 96.010774-6, de Balneário Camboriú, em que foi relator o eminente Des. Nilton Macedo Machado, verbis:

“Município — Taxa de Renovação Anual de Licença de Localização e Funcionamento — Estabelecimento comercial — Legitimidade — Remessa e recurso providos — Segurança cassada — ‘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 dispondo sequer de órgão incumbido desse mister. Recurso extraordinário conhecido e provido’ (STF, RE n.

198.904-1/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, in DJU, de 27/9/96, pág. 6.171)" (in DJESC n. 9.707, de 17/4/97).

Entendimento sufragado pelo eminente Des. Eder Graf é no mesmo sentido:

"Município — 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 dispondo sequer de órgão incumbido desse mister' (STF)" (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 97.015321-0, de Palhoça, 24/3/98).

Impende seja ressaltado, ainda, que o Município tem a prerrogativa legal de fiscalização, com a finalidade de estabelecer a normalidade da atividade policiada, fato que se ajusta ao preconizado no artigo 78 do Código Tributário Nacional que assim dispõe:

"Art. 78 — Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que limitando ou disciplinando direito, interesse, ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes (...) à tranqüilidade pública, ou ao respeito à propriedade e aos outros direitos individuais ou coletivos".

Incipientes se mostram eventuais alegativas no sentido de que os

estabelecimentos passíveis de fiscalização não teriam sofrido qualquer tipo de alteração, seja quanto à localização, seja quanto a qualquer outra condição da atividade desenvolvida, não podendo, assim, falar-se em prestação de serviços específicos e divisíveis. É equivocado tal argumento. A taxa, como se viu, pode ser cobrada por prestação — mesmo que abstratamente — de serviços cuja especificidade e divisibilidade se tenham presentes, ou quando a administração efetua serviços relativos ao poder de polícia.

Ainda sobre o poder de polícia, nunca é demais atentar-se para os sempre preciosos ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles:

"Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

"Esse policiamento se estende a todas as atividades e estabelecimentos urbanos, desde a sua localização até a instalação e funcionamento, não para o controle do exercício profissional e do rendimento econômico, alheios à alçada municipal, mas para a verificação da segurança e da higiene do recinto, bem como da própria localização do empreendimento (escritório, consultório, banco, casa comercial, indústria etc.) em relação aos usos permitidos nas normas de zoneamento da cidade (Direito Municipal Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 1993, págs. 3 e 370/371).

Não obstante as considerações antes alinhadas, os documentos juntados às fls. 59/108 permitem a conclusão de que o município de São José

mantém um serviço de fiscalização, o que comprova o efetivo exercício do poder de polícia reclamado pela impetrante.

Como é sabido, limitando-se o impetrante a sustentar que a taxa é inconstitucional porque não há prestação do serviço a ela correspondente, deve ser extinto o processo por carência de ação, salvo se apresentar prova pré-constituída da sua alegação, justamente porque o Município, a quem cabe provar a existência do fato gerador da taxa, no mandado de segurança, não será permitido fazer prova.

In casu, o MM. Juiz pelo despacho de fl. 51 oportunizou a produção da aludida prova nos seguintes termos: "O pedido possui dúplice fundamento: a) inconstitucionalidade da exação, diante da base de cálculo ser idêntica a do imposto (art. 145, § 2º, CF); b) não exercício do poder de polícia. Logo diga a autoridade apontada como coatora (e prove se possível) o efetivo exercício do poder de polícia — fiscalização — respeitante ao impetrante (guias de autuação, verificação etc.)".

Foi em atendimento a este despacho que o Município trouxe aos autos a documentação de fls. 60/108, demonstrativa da existência de um serviço de fiscalização.

Mesmo não fosse isso, conforme já registrou nesta Corte o Des. Rubem Córdova, com supedâneo nas li-

ções de Hely Lopes Meirelles, ante a ausência de prova que a infirme, deve ser tida por válida a palavra da autoridade coatora, pois, "as informações merecem credibilidade, até prova em contrário, dada a presunção de legitimidade dos atos administrativos e da palavra de suas autoridades" (Mandado de Segurança e Ação Popular, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, pág. 58).

Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso voluntário e da remessa, para o fim de reformar a r. sentença e cassar a segurança, responsabilizando-se a autora pelas custas processuais. Sem honorários nos termos da Súmula 512 do STF.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, por votação unânime, deram provimento à apelação e à remessa necessária para cassar a segurança.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 11 de outubro de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Luiz César Medeiros,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.009930-7, DE LAGUNA

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Direito autoral — Nulidade da citação afastada — Comparecimento espontâneo ao feito — Ecad — Legitimidade ativa ad causam — Aplicação dos arts. 103 e 104 da Lei n. 5.988/73 — Bailes carnavalescos e show em praça pública promovidos pelo Município — Procedência da ação — Reexame necessário recebido em parte para afastar a condenação da Fazenda Pública em custas processuais.

“Comparecimento espontâneo. O comparecimento espontâneo do réu supre a falta de citação, segundo o que dispõe o CPC, 214, § 1º. Não há necessidade de repetir o ato, mesmo que o comparecimento tenha sido apenas para argüir a nulidade. Se a argüição for rejeitada, não se reabre o prazo para a resposta” (STJ, 3ª T., REsp n. 62.545-9—GO, Min. Costa Leite, j. 13/6/1995, v.u., DJU 12/5/1997, pág. 18.796).

“Legitimidade do Ecad para promover a ação de cobrança de direitos autorais, independentemente da exibição da filiação dos compositores, cujas músicas foram executadas, às respectivas associações” (REsp n. 70.470—RS, Ministro Ruy Rosado de Aguiar (DJU de 20/5/96, pág. 16.714).

“Dá ensejo ao pagamento dos direitos autorais o aproveitamento da obra, haja ou não alguma vantagem econômica” (REsp n. 238.722—SP, j. 15/6/2000, DJ 21/8/00, Min. Barros Monteiro).

“O Estado de Santa Catarina e seus Municípios gozam de isenção das custas judiciais, por força do preceituado no art. 33 da Lei Complementar n. 156/97, com a redação que lhe deu a Lei Complementar n. 161/97” (Ap. Cív. n. 98.013674-1, Des. Silveira Lenzi).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.009930-7, remetidos pelo Juízo de Direito da comarca de Laguna (1ª Vara Inf./Juv. e Reg. Públ.), em que é apelante o município de Laguna, sendo apelado Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — Ecad:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao apelo e acolher em parte o reexame necessário para eximir o município de Laguna do pagamento das custas.

Sem custas.

O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — Ecad deflagrou actio em face do município de Laguna alegando, em síntese, que é uma entidade com a finalidade de arrecadar e distribuir direitos autorais sobre a execução musical, literomusical e de fonogramas.

Acrescentou que, durante o carnaval de 1995, este teria realizado inúmeros bailes públicos, com a animação de bandas musicais, sem a licença autoral devida e, conseqüentemente, sem o pagamento das verbas, além da divulgação pelos meios de comunicação e distribuição de material promocional (fls. 9/10).

Valorou a causa, anexou rol de testemunhas e documentos.

Citada, contestou a parte ex adversa, aduzindo como preliminar

nulidade de citação, ilegitimidade ativa e nulidade do processo. No mérito, admitiu a realização dos eventos e como a promoção não visasse a lucro, sustenta ser indevido o pagamento de direitos autorais.

Após a manifestação do Parquet, o MM. Juiz a quo entregou positivamente a lide.

Irresignado, apelou o vencido postulando a reforma in totum do decissum, ratificando as preliminares.

Ascenderam os autos ao eg. Tribunal de Justiça e, atendendo manifestação ministerial (fls. 104/105), retornaram os autos ao primeiro grau para intimação do Promotor de Justiça acerca do recurso (fl. 106).

Retornando o feito a esta Corte, o Ministério Público de segundo grau externou sua posição no sentido do desprovimento do apelo.

É o relatório.

No que concerne à alegada ausência de citação, pela análise dos autos têm-se que os apelados compareceram espontaneamente em Juízo, pois apresentaram contestação.

A propósito do tema, oportuno é o ponderado ensinamento de Humberto Theodoro Júnior:

“A citação é indispensável como meio de abertura do contraditório, na instauração da relação processual. Mas, se esse se estabeleceu, inobstante a falta ou vício de citação, não há que se falar em nulidade do processo, posto que seu objetivo foi al-

cançado por outras vias. A nulidade do processo, em razão do art. 247, só ocorre, portanto, plenamente, em caso de revelia do demandado.

“Assim é que dispõe o art. 214, § 1º, que a falta ou nulidade da citação se supre pelo ‘comparecimento espontâneo do réu’” (Curso de Processo Civil, vol. I, Forense, 1990, pág. 279).

Nelson Nery Junior atenta: “Comparecimento espontâneo. O comparecimento espontâneo do réu supre a falta de citação, segundo o que dispõe o CPC, 214, § 1º. Não há necessidade de repetir o ato, mesmo que o comparecimento tenha sido apenas para argüir a nulidade. Se a argüição for rejeitada, não se reabre o prazo para a resposta (STJ, 3ª T., REsp n. 62545-9—GO, Min. Costa Leite, j. 13/6/1995, v.u., DJU 12/5/1997, pág. 18.796)” (in Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery — Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor — 3ª edição, revista e ampliada, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1997, pág. 499).

No que tange à legitimidade da autora para a cobrança de que se trata, destaque-se que depois de o art. 73 da Lei n. 5.988/73 dizer que “sem autorização do autor, não poderão ser transmitidos pelo rádio, serviço de alto-falantes, televisão etc. composição musical, com letra ou sem ela, ou obra de caráter assemelhado”, dispondo o § 2º que “ao requerer a aprovação do espetáculo ou transmissão, o empresário deverá apresentar à autoridade policial (...) o programa (...) bem como do recibo de recolhimento em agência bancária (...) a favor do Escritório

Central de Arrecadação e Distribuição, de que trata o art. 115, do valor dos direitos autorais das obras programadas”.

O art. 104 da Lei, a seu turno, prescreve: “Com o ato de filiação, as associações se tornam mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para sua cobrança”.

Esse entendimento veio a ser confirmado no venerando acórdão no REsp n. 70.470—RS, Ministro Ruy Rosado de Aguiar (DJU de 20/5/96, pág. 16.714), com esta ementa:

“Ecad — Legitimidade ativa. Legitimidade do Ecad para promover a ação de cobrança de direitos autorais, independentemente da exibição da filiação dos compositores, cujas músicas foram executadas, às respectivas associações”.

A questão de cobrança de direitos autorais é pacífica, pois os documentos de fls. 38/47 demonstram que ocorreram os bailes públicos mencionados na vestibular, com a animação de bandas musicais.

O fato de não ter havido a cobrança de ingresso ou qualquer outra taxa e, portanto, sem o propósito de obtenção de lucro, não exime o Município da obrigação mesmo porque, indiretamente, houve benefício pois a vinda de grande número de turistas para a região aumentou o volume do comércio, revertendo-se numa maior arrecadação de impostos.

Nesse sentido é a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em seus acórdãos mais recentes:

“Direito autoral. Bailes carnavalescos e show em praça pública promovidos pelo município. Procedência da ação. Dá ensejo ao pagamento dos direitos autorais o aproveitamento da obra, haja ou não alguma vantagem econômica” (REsp n. 238722—SP, j. em 15/6/2000, DJ 21/8/00, Min. Barros Monteiro).

E ainda:

“Direito autoral. Espetáculo organizado por Prefeitura Municipal. O Poder Público não pode escapar do pagamento dos direitos autorais quando organiza espetáculo público, sob pena de locupletar-se do trabalho alheio, do criador da obra musical” (REsp n. 103793/PR, j. 13/10/99, DJ 22/5/00, Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

Por último, sobre a nulidade alegada, bem enfatizou o Magistrado de primeiro grau: “Irrelevante, no quadro exposto, a alegação do réu em relação à nulidade dos autos de fls. 40/47, pois o que está sendo discutido é a falta de pagamento dos devidos direitos autorais ao Ecad, e não a legalidade das notificações. Ademais, a prova dos autos confirma que real-

mente houve a realização das atividades carnavalescas, pouco importando se houve a notificação ou não” (fl. 75).

Outrossim, no tocante à condenação nas custas, o Estado de Santa Catarina e seus Municípios gozam de isenção, por força do preceituado no art. 33 da Lei Complementar n. 156/97, com a redação que lhe deu a Lei Complementar n. 161/97 (Ap. Cív. n. 98.013674-1, Des. Silveira Lenzi, 21/12/1999).

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo e acolhe-se em parte o reexame necessário para eximir o município de Laguna do pagamento das custas.

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

Florianópolis, 26 de outubro de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.007026-5, DE TAIÓ

Relator: Des. Alcides Aguiar

Reintegração de posse — Arrendamento mercantil — Valor residual garantido — Cobrança antecipada, concomitante às prestações locatícias — Descaracterização do contrato para compra e venda a prazo — Reconhecimento de ofício — Publicização do contrato — Descabimento do interdito possessório — Carência de ação — Ausência do interesse de agir na modalidade adequação — Extinção do processo.

A cobrança antecipada do VRG desfigura o contrato de leasing, transmudando-o em uma compra e venda a prazo, uma vez que, ao arrendatário, não resta alternativa ao final do contrato senão a aquisição do bem.

Em que pese não ter sido suscitada pela parte a quem aproveitada, a descaracterização do contrato de arrendamento mercantil pode ser feita de ofício pelo órgão julgador, consoante a teoria da função social do contrato, proclamada pela doutrina e jurisprudência modernas, permitindo ao Estado a intervenção naquele para assegurar a ordem pública por meio da igualdade entre os contratantes.

Uma vez reconhecido o desvirtuamento do contrato de leasing para uma compra e venda a prazo, inadequado é o ajuizamento da ação de reintegração de posse pelo arrendante para reaver o bem. Faltando-lhe a posse da coisa, ausente está um dos requisitos para o manejo do interdito, impondo-se a extinção do feito sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, por falta de interesse de agir na modalidade adequação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.007026-5, da comarca de Taió, em que é apelante Rohden S.A., sendo apelado BB — Leasing S.A. — Arrendamento Mercantil:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, julgar extinto o processo.

Custas na forma da lei.

BB — Leasing S.A. — Arrendamento Mercantil intentou ação de reintegração de posse com pedido de liminar, em face de Rohden S.A., visando à reintegração na posse do bem, objeto de contrato de arrendamento mercantil firmado entre as partes.

Sustentou que, em 16/3/94, entregou à requerida, pelo prazo de 36 meses, em arrendamento mercantil, o bem descrito na inicial, que perma-

neceu sob seu domínio. Em contraprestação a ré obrigou-se a pagar as quantias avençadas, sujeitas a reajustes estipulados no contrato, bem como o valor residual.

A requerida deixou de cumprir com suas obrigações a partir de 16/4/95, encontrando-se desde então com parcelas vencidas e não pagas.

Em 6/9/95, por meio do Cartório do Registro de Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas, da comarca de Taió, foi a demandada notificada extrajudicialmente para restituir o objeto do contrato em 20 (vinte) dias; a interpelação constituiu em mora a arrendatária; esta permaneceu inerte e na posse do bem objeto do contrato de arrendamento mercantil.

Ressaltou que uma vez desfeito o negócio jurídico, contratado entre as partes, a manutenção da requerida na posse do bem torna-se injusta, ca-

racterizando o esbulho e ensejando a presente actio.

Ao final, requereu a concessão de liminar reintegratória, a procedência do pedido para mantê-la na posse definitiva do bem em litígio e a condenação da ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Recebida a peça exordial, o douto Magistrado de primeira instância designou audiência, na qual a conciliação restou infrutífera. A seguir deferiu liminarmente o pedido de reintegração de posse, entretanto, por entender como essencial à manutenção da atividade laboral da demandada, determinou a permanência do bem com aquela, nomeando como depositário o seu representante legal, Sr. Genésio Rohden.

Citada, a requerida apresentou contestação alegando que o contrato de arrendamento mercantil é tipicamente de adesão, impossibilitando ao arrendatário participar da confecção das cláusulas contratuais, o que fere o princípio da equidade entre os contratantes.

Defende ainda a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários e, conseqüentemente ao caso vertente, o que resultaria na nulidade das cláusulas que estipulam juros reais e utilização da TR como índice de reajuste monetário das prestações locatícias. Ao serem elaboradas ao arrepio do disposto no artigo 51 da Lei n. 8.078/90, as referidas cláusulas seriam abusivas e leoninas e, portanto, eivadas de nulidade.

Os juros anuais estipulados em 35,27%, incidindo sobre o valor principal e correspondente majoração infla-

cionária, seriam totalmente abusivos, pois, além desses juros reais, o inadexador monetário escolhido possui em seu bojo percentual de juros. Destarte, as cláusulas que estipulam os aludidos reajustes seriam nulas, por serem leoninas e afrontarem o Código de Defesa do Consumidor.

Além dos já citados abusos contratuais, a autora ocasionou demais prejuízos à demandada ao fixar em 36% o valor residual garantido, elegendo idêntico critério de reajuste monetário e juros reais. Demonstra a arbitrariedade ao discriminar o valor estimado do bem em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), aduzindo que já pagou 33% do valor do bem, e que conforme a planilha apresentada pela autora, a quantia remanescente devida seria de R\$ 63.868,28 (sessenta e três mil, oitocentos e sessenta e oito reais e vinte e oito centavos), caracterizando lesão contratual.

Ficou evidenciada a intenção da parte autora em locupletar-se ilicitamente às custas da ré, uma vez que aquela fez incluir na planilha de débito não só os aluguéis vencidos como também os vincendos, e ainda o valor residual garantido, que só poderia ser cobrado em caso de aquisição definitiva do bem. Como a presente ação rescindiu o contrato de arrendamento mercantil, impediu a final aquisição do bem por parte da ré, implicando na inexigibilidade do valor residual garantido.

Sustenta ainda que a multa contratual pleiteada pela autora não pode ser cobrada cumulativamente nos presentes autos, mas sim em vias próprias, por ausência de pressuposto legal.

Ao final requereu a improcedência do pedido, já que o contrato de arrendamento mercantil padece de nulidade absoluta, cabendo ao autor o pagamento de custas e honorários advocatícios. Requereu ainda a produção de provas.

Réplica às fls. 83/87.

Sentenciando, o douto Magistrado a quo julgou antecipadamente a lide, na forma do artigo 330 da Lei Adjetiva Civil. Mantendo a liminar deferida, julgou procedente a demanda, inadmitindo a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato em tela, uma vez que sujeito à legislação específica. Considerou, ainda, a legalidade do índice de reajuste eleito pelas partes. Determinou que o representante legal da requerida permanecesse na posse do bem até o trânsito em julgado da decisão, quando então reverteria esta em favor do representante legal da autora.

Irresignada a demandada apelou pugnando pela nulidade da sentença monocrática por cercear a defesa, já que, ao ser prolatada antecipadamente, impediu a produção de provas, em especial a perícia contábil, destinadas a demonstrar a abusividade e conseqüente ilegalidade das cláusulas avençadas. Pleiteou, ante os ditames do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova para, caso não anulada a sentença, seja julgado improcedente o pedido, por incumbir ao autor o onus probandi para desconstituir as alegações da demandada. Requereu a improcedência do pedido reintegratório, assegurando-lhe a restituição dos valores pagos a título de valor residual garantido, a retenção do bem enquanto não devol-

vidos esses valores, e a condenação do apelado no ônus da sucumbência.

Em sua resposta o recorrido colaciona julgados que autorizam o julgamento antecipado da lide em casos análogos. Sustenta a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de leasing, a legalidade da adoção do IGPM como índice de reajuste das prestações locatícias, e a impossibilidade de restituição das quantias referentes ao valor residual. Pugnou pela manutenção do decisum.

Após, ascenderam os autos a este Sodalício.

É o relatório.

Embora entendendo que desfigurado resulta o contrato de leasing, como no caso presente, se o valor residual garantido for cobrado mensalmente com as parcelas da contraprestação pela locação do bem, propugnei inicialmente pelo desprovemento do recurso, mantendo a decisão que julgara procedente a ação de reintegração de posse, por isso que o desvirtuamento do contrato em questão não fora ventilado pelo arrendatário em sua defesa ou na peça recursal e, assim, falecia ao Juízo ad quem conhecer da matéria, posto que esta não seria de ordem pública.

Após o voto do ilustre Des. Pedro Manoel Abreu, abalancei-me em modificar meu posicionamento anterior, diante da carência da ação que se descortina nestes autos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Rohden S.A., objetivando a reforma da decisão que julgou procedente o pedido reintegratório formulado por BB — Leasing S.A. — Arrendamento Mercantil, na presente ação de reintegração de posse.

Inicialmente cumpre fazer alguns esclarecimentos acerca do instituto do arrendamento mercantil. Segundo os mais renomados juristas pátrios, o leasing é conceituado como "contrato misto, pelo qual um financiador adquire e aluga a uma empresa bens de equipamento ou de uso profissional, móveis ou imóveis, a prazo longo ou médio, facultando-se ao locatário a aquisição dos mesmos pelo preço residual" (Arnoldo Wald, Curso de Direito Civil Brasileiro, 13ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, pág. 537).

Jorge Pereira Andrade (Arrendamento Mercantil — Leasing, in Contratos Nominados, coordenado por Yussef Said Cahali, São Paulo, 1995, pág. 216), assevera que:

"É característica essencial do contrato de leasing a oferta unilateral da arrendante à arrendatária de três opções ao final do contrato, sendo que uma delas obrigatoriamente deverá ser exercida: a) comprar o bem por valor residual adredemente determinado; b) devolver o bem; e c) renovar o contrato".

Ou, ainda, no escólio de Tavares Paes:

"O leasing é um contrato de arrendamento, mas com peculiaridades: o fabricante dos bens fecha o contrato de leasing (instituição financeira) e não diretamente com o locatário. É um contrato mediante o qual uma pessoa jurídica que deseja utilizar determinado bem ou equipamento, por determinado lapso de tempo, o faz por intermédio de uma sociedade de financiamento, que adquire o aludido bem e lhe aluga. Terminado o prazo locativo, passa a optar entre a devolu-

ção do bem, a renovação da locação, ou a aquisição pelo preço residual fixado inicialmente" (P. R. Tavares Paes, RT, 2ª ed., 1993, pág. 15).

É da essência do contrato de leasing oportunizar ao arrendatário, quando do término do contrato, a faculdade de optar pela devolução do bem ao arrendante, renovar o contrato locativo, ou adquirir a coisa mediante o pagamento de um valor residual previamente ajustado.

Frise-se que, optando pela compra do bem lisado, ao arrendatário caberá cumprir o pagamento do valor residual garantido. Todavia, esta contraprestação só terá cabimento ao final do contrato, quando o arrendatário manifestar sua vontade. O pagamento antecipado do valor residual garantido, diluído nas prestações mensais de locação do bem, desvirtua o contrato de arrendamento mercantil, transmutando-o em uma compra e venda a prazo.

Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca elucida a questão ao afirmar que a opção de compra "deve ser exercida apenas por ocasião do término do contrato sob pena de a operação vir a ser considerada como compra e venda a prestação" (O Contrato de Leasing. In Novos Contratos Empresarias, Carlos Alberto Bittar (coordenador). São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, págs. 96/113).

Nesse sentido preleciona Orlando Gomes:

"O elemento essencial de caracterização do leasing é a faculdade reservada ao arrendatário de adquirir, no fim do contrato, os bens que alugou. Se não existe, o contrato não é o

de leasing” (Contratos, n. 391, pág. 524, Ed. Forense, 1993).

Maria Helena Diniz (in Tratado Teórico e Prático dos Contratos, São Paulo, Saraiva, 1993, vol. 2, págs. 358/359) anota:

“Infere-se daí que, no arrendamento mercantil, se apresentam os seguintes elementos jurídicos, essenciais à sua caracterização: (...) 5º) O arrendatário, findo o prazo do arrendamento, tem a tríplice opção de: a) adquirir os bens, no todo ou em parte, por preço menor do que o de sua aquisição primitiva convencionado no próprio contrato, levando-se em conta os pagamentos feitos a título de aluguel; b) devolvê-los ao arrendador; ou c) prorrogar o contrato, mediante o pagamento de renda muito menor do que a do primeiro arrendamento (...) É preciso, ainda, não olvidar que nada impede (Resolução n. 980/84, art. 11, e Lei n. 6.099, art. 11, §§ 1º ao 3º) o exercício da opção antes do término contratual, mas o contrato deixará de ser leasing financeiro e passará a ser considerado compra e venda a prestação”.

O preclaro Des. Arnaldo Rizzardo, em sua obra (O Leasing — Arrendamento Mercantil — no Direito Brasileiro, São Paulo, RT, 1987, pág. 61), após referir os dispositivos legais que permitem a antecipação do exercício da opção antes do término do contrato, sustenta que “uma consequência advirá: o contrato não continuará como de arrendamento mercantil. Passará a considerar-se como de compra e venda à prestação”.

Os tribunais não divergem dos doutrinadores, e do TARS extrai-se:

“A retirada da opção de compra do contrato, substituindo-a pelo pagamento do resíduo antecipadamente junto com as contraprestações, descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, tornando-o uma compra e venda a prestações ou mútuo. A opção de compra é requisito do contrato, conforme letra c do art. 5º da Lei n. 6.099/74.

“Deixando de ser arrendamento mercantil deixa de existir contrato de depósito entre as partes.

“Não havendo esbulho possessório não pode haver reintegração de posse” (AI n. 196148571, Juiz Gaspar Marques Batista, Terceira Câmara Cível, julgado em 27/11/96).

Colhe-se desta Corte:

“Reintegração de posse. Arrendamento mercantil. Cobrança antecipada do valor residual. Descaracterização do contrato para uma compra e venda a prazo.

“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. Recurso provido” (Ap. Cív. n. 98.009423-2, da Capital, rel. Des. Silveira Lenzi).

Nesse mesmo diapasão:

“Leasing — Ação de reintegração de posse — Cobrança antecipada do valor residual — Descaracteriza-

ção do arrendamento — Recurso desprovido.

“A cobrança antecipada do VRG (valor residual garantido) nos contratos de leasing o desnatura, posto que ao fim da avença não resta ao arrendatário outra opção senão receber o bem pelo qual já pagou seu valor integral” (Ap. Cív. n. 99.013694-9, da Capital, relator Des. Anselmo Cerello).

E ainda:

“Reintegração de posse. Arrendamento mercantil. Cobrança antecipada do valor residual garantido. Desvirtuamento daquele contrato em compra e venda a prazo. Pagamento, ademais, das prestações em atraso, com a efetiva sustação do protesto das notas promissórias às mesmas vinculadas. Mora não caracterizada. Decisão deferitória da liminar reformada. Agravo provido.

“No contrato de arrendamento mercantil, devem ser preservadas algumas características essenciais, sem as quais perde a natureza de leasing, como: a) aquisição do bem, ao final, pelo pagamento do valor residual adrede determinado; b) devolução do bem, ou c) renovação do contrato.

“Outra alternativa não resta à arrendatária ao final do contrato senão, após pago o preço integralmente com a soma das prestações de locativos mais valor residual garantido — VRG, receber o objeto pelo qual já fizera a opção pela compra.

“Se as principais características do contrato de arrendamento mercantil são a opção de compra ao final do pacto ou a devolução do bem, transfigura-se o contrato para compra

e venda à prestação, diante dos pagamentos antecipados pela arrendatária, dos valores do VRG, cumulados com as contraprestações locativas do bem.

“O Estado, em tema de contratos, deve interferir para assegurar a ordem pública e a igualdade dos contratantes, tendo em vista o equilíbrio social” (Apelação Cível n. 98.005629-2, de Itajaí, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 18/11/99) (AI n. 99.007330-0, de São José, rel. Des. Gaspar Rubik).

Sem olvidar que o Superior Tribunal de Justiça já adotou igual posicionamento e vem descaracterizando o contrato de arrendamento mercantil quando é cobrado, antecipada ou progressivamente, o VRG:

“A opção de compra, com pagamento do valor residual ao final do contrato, é uma das características essenciais do leasing. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11 § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83), com o desaparecimento da causa do contrato e prejuízo do arrendatário (REsp n. 181095 — rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar)”.

Nessa senda:

“Direitos comercial e econômico. Contrato de arrendamento mercantil. Leasing. VRG. Cobrança antecipada. Descaracterização para compra e venda a prestação. Empréstimo. Instituição financeira. Teto de 12% em razão da Lei de Usura. Inexistência. Lei n. 4.595/64. Enunciado 596 da Súmula/STF. Recurso parcialmente acolhido.

"I — O contrato de leasing tem como característica essencial a oferta unilateral do arrendante ao arrendatário, no termo do contrato, da tríplice opção em adquirir o bem, devolvê-lo ou renovar o contrato.

"II — A cobrança antecipada do Valor Residual Garantido, obrigação prevista em normas regulamentares, que garante ao arrendador o recebimento de quantia final de liquidação do negócio, caso o arrendatário opte por não exercer o direito de compra ou prorrogar o contrato, implica na caracterização do contrato de arrendamento mercantil, vez que tal exigência não deixa ao devedor outra opção senão a aquisição do bem.

"III — A imposição da cobrança do VRG, antecipadamente, exorbita os limites da Lei n. 6.099/74, com as alterações da Lei n. 7.132/83, sendo o pagamento de tal parcela mera faculdade do arrendatário.

"IV — A Lei n. 4.595/64, que rego o Sistema Financeiro Nacional e o Mercado de Capitais, ao dispor no seu art. 4º, IX, que cabe ao Conselho Monetário Nacional limitar taxas de juros, revogou, nas operações realizadas por instituições financeiras, salvo exceções legais, como nos mútuos rurais, quaisquer outras restrições a limitar o teto máximo daqueles" (REsp n. 187486/RS, de 26/7/2000, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Compulsando os autos, em especial o contrato firmado entre os litigantes, verifica-se claramente que o Valor Residual Garantido vinha sendo pago pela arrendatária mensalmente, cumulado às prestações locatícias. Esta prática, conforme exaustivamente demonstrado, implica na desconfi-

guração do contrato de leasing, caracterizando uma dissimulada compra e venda a prazo.

Acerca da questão nuclear da causa em exame, é mister ressaltar que por leasing compreende-se o "contrato misto, pelo qual um financiador adquire e aluga a uma empresa bens de equipamento ou de uso profissional, móveis ou imóveis, a prazo longo ou médio, facultando-se ao locatário a aquisição dos mesmos pelo preço residual" (Arnoldo Wald, Curso de Direito Civil Brasileiro, 13 ed., Revista dos Tribunais, SP, 1998, pág. 537).

Ainda que se alegue a impossibilidade de reconhecimento de ofício desta tese pelo órgão julgador, já que não foi aventada pelos litigantes, cumpre esclarecer que, em sede de direito contratual, a moderna doutrina e jurisprudência têm largamente admitido a intervenção do Estado nas relações contratuais particulares, a fim de assegurar, pela igualdade entre os contratantes, a ordem pública.

O ilustre Des. Carlos Prudêncio, ao proferir seu voto na Ap. Cív. n. 99.002882-8, de Jaraguá do Sul, assim discorreu:

"Acredito estar na hora de enfrentarmos uma realidade atual, qual seja a da supremacia das teses das instituições financeiras em detrimento da interpretação das leis. Acredito que devemos repensar as decisões que interferiram no setor econômico, até mesmo para darmos uma resposta aos empresários e à população em geral no sentido de que o Poder Judiciário não permitirá abusos contra quem quer que seja e que somente a lei, aliada ao seu fim social, prevalecerá. Na-

da mais de obedecermos resoluções, portarias e demais atos administrativos em detrimento da lei”.

A insurgência do célebre colega milita no sentido de cessar, por meio da estrita obediência, e aplicação da lei por intermédio do poder judiciário, o abuso e a desigualdade impingidos pelas instituições financeiras, detentoras do poder econômico, em face das pessoas que com elas contratam, que, sem poder discutir as cláusulas contratuais, aderem ao que fora previamente estipulado, em detrimento de seus interesses. Dessa forma, na grande maioria desses tipos de contrato, o princípio da autonomia de vontades, pilar fundamental de nosso direito contratual, e que vem sendo mitigado pelos novos anseios da sociedade proclamados pela Constituição Federal, já não prevalece de todo, pois não há a liberdade de ambos os contratantes para a negociação do conteúdo da avença.

Fran Martins, em sua obra *Contratos e Obrigações Comerciais* (13ª ed. rev. e aum., 1995, págs. 82/83) doutrina:

“64. Interferência do Estado nos contratos. Publicização do contrato — Por outro lado, para fazer face a contingências oriundas de novas situações econômicas e políticas da humanidade, surgidas principalmente com as guerras que, nos últimos decênios, têm abalado a estrutura da sociedade, o Estado vem interferindo, de maneira decisiva, nos negócios contratuais, já impedindo que os indivíduos contratem livremente, já, muitas vezes, substituindo a vontade das partes pela imposição de regras que devem ser cumpridas pelos contratantes. Assim

age o Estado, tendo em vista o equilíbrio social.

“Mas o faz tão discricionariamente que já se chegou a falar na falência do Direito motivada pela interferência do poder público nos contratos, cada vez mais restringindo a livre manifestação das partes contratantes para imperar, sobre elas, a vontade estatal.

“Indiscutivelmente, há uma evidente ingerência do Estado em questões que, antes, eram reguladas soberanamente pelas partes, mas tal ingerência não aniquilou ainda o princípio da autonomia da vontade. Interfere o Estado em assuntos que dizem respeito ao bem-estar social, deixando ainda largo campo para que, de modo privado, possam as partes livremente contratar. Esse fato, não é novo, apenas tendo sido ultimamente ampliado, dadas as radicais transformações socioeconômicas dos povos dos últimos anos. O próprio Código Civil francês, que consagrou o princípio da autonomia da vontade, já havia, também, estipulado restrições a esse princípio, ao estatuir, no art. 6º, que ‘não se pode derogar, por convenções particulares, leis que interessem à ordem pública e aos bons costumes’, e quando o Estado interfere na livre manifestação da vontade dos contratantes, impondo regras que deverão ser por eles cumpridas, o faz tendo em vista assegurar o equilíbrio social, que deve ser superior aos interesses de ordem privada.

“Inegável, entretanto, é que, dia a dia, em face mesmo das transformações por que passa a humanidade, o Estado vai aprofundando cada vez mais sua ingerência nos negócios pri-

vados, sobretudo no campo dos contratos. Este está, aos poucos, publicizando, com graves repercussões na liberdade das partes contratantes. Exemplo dessa interferência do Estado no setor dos contratos comerciais são as medidas adotadas pelo poder público para a fixação dos preços de determinadas mercadorias, nos contratos de compra e venda, a prorrogação dos contratos de locação de imóveis utilizados para fins comerciais e, assim, partes integrantes do fundo de comércio do comerciante, as restrições de importações ou exportações e muitas outras medidas que são periodicamente adotadas pelo Estado para que seja mantido o equilíbrio social”.

De fundamental importância, e muito bem ressaltada pelo insigne Desembargador Pedro Manoel Abreu em seu voto, a propagação da teoria da função social do contrato, que afasta aquela vetusta concepção patrimonialista que imperava nos primórdios da vigência de nosso Código Civil. A novel Carta Constitucional inclinou-se no sentido de proporcionar uma sociedade justa, dotada de equidade entre seus membros. O princípio da autonomia da vontade dos contratantes, antes inatingível em função da segurança jurídica que pregava, hoje, de certo modo, em virtude das desigualdades e injustiças que tem ocasionado, vem sendo limitado pela teoria da função social do contrato, que atua harmonicamente com os preceitos instituídos por nossa Constituição, bem como pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ilustrando o que foi dito, tomo a liberdade de transcrever a doutrina de Cláudia Lima Marques, oportunamente colacionada pelo eminente Desem-

bargador Pedro Manoel Abreu em seu voto:

“...se redescobre o papel da lei, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente (veja art. 1º do CDC). A lei protegerá determinados interesses sociais e servirá como instrumento limitador do poder da vontade” (in *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1995, pág. 282).

Em caso análogo ao vertente, este Tribunal teve o mesmo posicionamento. Senão vejamos:

“Ação de reintegração de posse. Arrendamento mercantil (leasing). Pagamento do Valor Residual Garantido — VRG, antecipadamente. Caracterização do contrato. Transfiguração para contrato de compra e venda à prestação. Recurso desprovido.

“No Contrato de arrendamento mercantil devem ser preservadas algumas características essenciais, sem as quais perde a natureza de leasing, como: a) aquisição do bem, ao final, pelo pagamento do valor residual adredemente determinado; b) devolução do bem, ou c) renovação do contrato.

“Outra alternativa não resta à arrendatária ao final do contrato senão, após pago o preço integralmente com a soma das prestações de locativos mais Valor Residual Garantido — VRG, receber o objeto pelo qual já fizera a opção pela compra.

“Se as principais características do contrato de arrendamento mercantil são a opção de compra ao final do pacto ou a devolução do bem, transfigura-se o contrato para compra e venda à prestação, diante dos paga-

mentos antecipados pela arrendatária, dos valores do VRG, cumulados com as contraprestações locativas do bem.

“O Estado, em tema de contratos, deve interferir para assegurar a ordem pública e a igualdade dos contratantes, tendo em vista o equilíbrio social” (grifei) (Apelação Cível n. 98.005629-2, de Itajaí, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

Ao Estado cumpre zelar pelos valores preconizados pela Constituição Federal, e a intervenção nas relações contratuais particulares visa apenas a equalização dos interesses das partes contratantes, evitando eventuais injustiças.

A admissão da intervenção, de ofício, do órgão judicante na relação contratual dos litigantes, permite a esta Corte decretar a desfiguração do contrato de arrendamento mercantil para uma compra e venda a prazo.

Assim sendo, o ajuizamento da ação de reintegração de posse pela apelada mostra-se inteiramente fora de propósito, uma vez que lhe faltam os requisitos necessários ao manejo daquela ação. Em se tratando de uma compra e venda, a posse do bem foi transmitida ao alienatário no momento de sua tradição. Dessa forma, falece ao alienante um dos pressupostos indispensáveis à propositura do interdito possessório, qual seja, o esbulho de sua posse. Saliente-se que o autor da ação reintegratória não detinha sequer a posse indireta do bem. O pedido feito pelo postulante na inicial deve ser idôneo a alcançar o fim que se almeja.

O festejado Humberto Theodoro Junior preleciona:

“O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial.

“Mesmo que a parte esteja na iminência de sofrer um dano em seu interesse material, não se pode dizer que exista o interesse processual, se aquilo que se reclama do órgão judicial não será útil juridicamente para evitar a temida lesão. É preciso sempre ‘que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto’” (in Curso de Direito Processual Civil, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 22ª edição, 1997).

A apelada elegeu via inadequada para socorrer seu direito. Com o ajuizamento da presente ação falta-lhe uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir na modalidade adequação, e, por conseguinte, a extinção do processo sem o conhecimento do mérito da causa é medida que se impõe.

Os Tribunais pátrios assim têm julgado:

“Processual civil — Ação de reintegração de posse — Contrato de leasing — Descaracterização — Inadequação da via eleita — Ausência de uma das condições da ação.

“O contrato de leasing pressupõe o pagamento de determinada quantia mensal, a título de aluguel, com a possibilidade de, ao final do prazo convencionado, ser o bem adquirido pelo arrendatário, ao qual é facultado, ainda, renovar o contrato ou devolver o seu objeto.

“Se o arrendante impõe o pagamento antecipado do ‘Valor Residual Garantido’ — VRG, resta clara a descaracterização do negócio jurídico, que se revela como compra e venda a prazo. Descaracterizado como leasing, não há como admitir a reintegração de posse sem antes obter-se expressa declaração judicial da rescisão do contrato. Sendo inadequada a via eleita, afigura-se ausente uma das condições da ação (interesse de agir), devendo o processo ser extinto sem exame de mérito” (Ap. Cív. n. 1998 01 1 032424-4, TJDFT, rel. Des. Vera Andrighi, publicado no DJU em 11/10/2000, pág. 42).

Adota o mesmo posicionamento a primeira Câmara Cível deste Tribunal:

“Apelação cível. Contrato de leasing. VRG. Antecipação de pagamento. Simulação reconhecida de ofício. Caracterização do contrato de compra e venda. Carência da ação de reintegração de posse.

“A exigência e aceitação da antecipação de pagamento do VRG caracteriza o exercício da opção de compra do bem. Assim sendo, o contrato passa a ser de compra e venda a prazo, incidindo o regramento pertinente a este tipo de avença.

“Descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil descabida é a impetração de ação de reintegração de posse, porquanto ao alienante sequer restou a posse indireta do bem. Como corolário, impõe-se a extinção do feito com base no art. 267, inc. VI, do CPC em consequência da ausência do interesse de agir na modalidade adequação” (Ap. Cív. n.

97.012600-0, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio).

O Superior Tribunal de Justiça já julgou:

“Direitos comercial e processual civil. Ação de reintegração de posse. Bem objeto de contrato de arrendamento mercantil. Leasing. VRG. Cobrança antecipada. Descaracterização para compra e venda a prestação. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Carência de ação possessória. Recurso provido.

“I — O contrato de leasing tem como característica essencial a oferta unilateral do arrendante ao arrendatário, no termo do contrato, da tríplice opção de adquirir o bem, devolvê-lo ou renovar o contrato.

“II — A imposição da cobrança do VRG, antecipadamente, exorbita os limites da Lei n. 6.099/74, com as alterações da Lei 7.132/83, sendo o pagamento de tal parcela mera faculdade do arrendatário.

“III — A cobrança antecipada do Valor Residual Garantido, obrigação prevista em normas regulamentares, que garante ao arrendador o recebimento de quantia final de liquidação do negócio, caso arrendatário opte por não exercer o direito de compra ou prorrogar o contrato, implica na descaracterização do contrato de arrendamento mercantil, vez que tal exigência não deixa ao devedor outra opção senão a aquisição do bem, de forma a tornar inadmissível o pedido de reintegração na posse” (REsp n. 255628/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 29/6/2000).

Frise-se, por outro lado, que a fiscalização da existência das condições da ação, por ser matéria de or-

dem pública, não preclui, e pode ser exercida ex officio, ainda que em sede recursal. O § 3º do art. 267 do CPC permite ao magistrado em qualquer tempo e grau de jurisdição a análise das condições da ação. Nesse sentido ensina Moniz de Aragão:

“Tais itens extravasam do poder dispositivo das partes, ficando incluídos entre os que se sujeitam à investigação de ofício pelo Estado, como uma das conseqüências de ser a ação um direito contra ele exercitável que, por isso, lhe dá o poder correspectivo, de examinar de ofício os pressupostos do processo e as condições da ação, mesmo que ocorra a revelia do réu” (Comentários ao Código de Processo Civil, ed. Forense, vol. II, pág. 536).

Os julgados deste Sodalício ratificam a tese demonstrada:

“Ação anulatória de ato jurídico. Preliminares afastadas no saneador. Acolhimento pela sentença. Preclusão. Inocorrência. Matéria de ordem pública reconhecível, de ofício e em qualquer grau de jurisdição, inclusive. Inteligência do art. 267, § 3º, do CPC.

“Ainda que afastadas em saneador, as matérias de ordem pública, tais como ilegitimidade ad causam e pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, podem ser reanalisadas por ocasião da sentença, não precluindo enquanto não proferida a sentença de mérito, nos exatos termos do art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil” (Ap. Cív. n. 97.010159-7, de Piçarras, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 10/3/98).

“As condições da ação, sendo requisitos de legitimidade da própria

atuação do Poder Jurisdicional (arts. 2º e 3º), podem ser examinadas a qualquer tempo, não se sujeitando à preclusão, enquanto não houver sentença de mérito, ainda mesmo que o saneador reste irrecorrido” (Ap. Cív. n. 49.409, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Mantendo a mesma linha de entendimento, gizou o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“A matéria relativa a pressupostos processuais, perempção, litispendência, coisa julgada e condições de admissibilidade da ação pode ser apreciada, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, enquanto não proferida a sentença de mérito (art. 267, § 3º). Suscitada a questão sobre ilegitimidade de parte, não pode o Tribunal eximir-se de apreciá-la, sob alegação de preclusão, sendo-lhe possível, no caso, examiná-la de ofício” (REsp n. 5.735—PR, j. em 4/12/90, DJU de 4/2/91, pág. 576, rel. Min. Waldemar Zveiter).

Destarte, reformulando o voto anterior, ante a ausência de uma das condições da ação, em face do errôneo ajuizamento do interdito possessório, julga-se, de ofício, extinto o presente processo, invertidos os ônus sucumbenciais.

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

Florianópolis, 20 de novembro de 2000.

*Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.011825-5, DE LAGES**Relator: Des. Alcides Aguiar**

Adoção plena — Nulidades e irregularidades processuais afastadas — Prejuízo inocorrente — Estatuto da Criança e do Adolescente — Lei n. 8.069/90 — Art. 45 — Requisitos — Ausência de consentimento ou de prévia destituição do pátrio-poder — Desnecessidade — Extinção desse direito como consectário natural da adoção — Menor entregue à adotante aos 22 dias de vida (guardiã judicial) — Mãe biológica que busca reaver a posse da menor por meio de ação de busca e apreensão após a transcorrência de mais de um ano, não obtendo êxito — Convivência longa entre adotante e adotanda — Laços familiares consolidados — Conjunto probatório favorável à adoção — Adotanda que aos 10 anos de idade manifesta ao juízo a quo seu desejo de permanecer sob a guarda da requerente, inclusive a de ser adotada por ela — Objetivo primordial da adoção é atender aos interesses do menor — Sentença mantida.

A finalidade primordial do processo é a de alcançar um provimento de mérito. Assim, a nulidade dos atos processuais deve sempre passar por uma rigorosa análise, de forma que a sua decretação só ocorra nos casos em que não se puder evitar, como naqueles em que os atos se tornem inúteis e imprestáveis ao deslinde da quaestio, ou, ainda, que de fato se traduzam em prejuízo à parte que não os tenha ocasionado.

“Pelo sistema processual civil adotado, salvo as exceções legais (verbi gratia, art. 343, § 1º), a intimação há de ser feita ao advogado constituído, não à parte, até porque esta normalmente não tem o ius postulandi” (STJ — T4, REsp n. 13557/SP, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 16/11/92).

O preceito contido no art. 130 do Código Processual possibilita a oitiva de testemunhas que porventura não tenham sido arroladas na forma do art. 407 do mesmo Código.

Verificada, pelo consignado no termo de audiência de instrução e julgamento, a efetiva participação do representante do Ministério Público dos atos processuais praticados, a simples falta da assinatura não constitui motivo para que sejam eles declarados nulos.

O artigo 45 do ECA condiciona a adoção ao consentimento dos pais ou de estarem destituídos do pátrio-poder .

Não se pode, porém, deixar a realidade dos fatos de lado — convivência longeva, laços familiares consolidados, interesse da adotanda — para se dar atenção ao preenchimento de requisitos legais que, excepcionalmente, na hipótese, se traduzem em formalismo inoperante, pois não atendem ao objetivo maior do processo de adoção, que é o de beneficiar o infante.

“A proteção ao interesse do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado” (Ap. Cív. n. 42.947, de Curitiba, rel. Des. Vanderlei Romer).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.011825-5, da comarca de Lages (4ª Vara/Inf. e Juventude), em que é apelante R. M. C., sendo apelada E. T. N.:

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

Custas na forma da lei.

E. T. N., em data de 15/12/1989, requereu a adoção plena de K. M. C., nascida em 17/3/1987, aduzindo que a menor está sob sua custódia e que não possui com ela laço de parentesco.

Juntou documentos (fls. 3/12).

O Ministério Público manifestou-se opinando pelo apensamento dos autos de verificação em situação irregular da menor; citação da mãe biológica; realização de estudo socioeconômico da requerente; juntada dos documentos necessários ao prosseguimento da adoção.

O MM. Juiz de Direito deferiu a promoção ministerial.

A genitora, não concordando com o adoção, arguiu, preliminarmente, inépcia da inicial ante a impossibilidade jurídica do pedido e a ausência de interesse processual; violação à norma constitucional, art. 133, que exige a presença do advogado à administração da justiça; litispendência diante da existência da ação cautelar de busca e apreensão que se encontra em tramitação na comarca de Curitiba.

No mérito, sustentou que a requerente declarou seu estado civil, porém, não o comprovou; a menor não pode ser enquadrada em nenhuma das hipóteses descritas nos arts. 1º, I, 2º, incisos e alíneas da Lei n. 6.697/79; indagou o motivo da juntada do documento de fl. 3 aos autos já que não possui nenhuma averbação, bem como a existência dos autos de verificação em situação irregular da menor; o descumprimento dos requisitos exigidos pelo art. 33 do Código do Menor, pois não há prova do período de convivência de três anos da menor com a pretendente à adoção.

Pugnou, ao final, pelo acolhimento das preliminares suscitadas

com a conseqüente extinção do feito sem julgamento de mérito, ou, ultrapassadas estas, pela improcedência do pedido da requerente.

Acostou documentos (fls. 25/28).

Impugnando a resposta, afirma a requerente a improcedência das alegações e arguições levantadas pela mãe da menor.

Relatou minuciosamente como tomou conhecimento da situação da menor e como lhe foi conferida a sua guarda; a convivência da adotanda com sua família, bem como os motivos apresentados pela genitora ao entregar-lhe a menor.

Destacou, em relação às preliminares levantadas, que o § 2º do art. 107 da Lei n. 6.697/79 autoriza que a petição da adoção seja assinada pelo próprio requerente; inexistente a alegada litispendência já que o objeto na ação de busca e apreensão é a guarda da menor enquanto que na presente ação, é a adoção; não há razão para a extinção do processo sem a análise do mérito, pois a autora é parte legítima e possui capacidade, e interesse processual.

No mérito, sustenta que era casada somente no religioso, motivo pelo qual não consta nenhuma averbação em seu registro de nascimento, ressaltando, porém, que sempre viveu sob a estabilidade e a decência familiar, dedicando-se aos seus três filhos com muito carinho; que preenche os requisitos exigidos pelos arts. 368 e 369 do Código Civil, aplicável ao caso ante a omissão da Lei n. 6.697/79 em relação à situação apresentada ao Juízo; a certidão de nascimento não se apresenta como título de propriedade

dos pais em relação aos seus filhos; sempre esteve presente na vida da menor a quem ela reconhece como mãe; o interesse do menor deve prevalecer; deve-se evitar prejuízos psicológicos à menor mantendo-a onde está, pois recebe todo amparo material e afetivo de que necessita; o direito dos pais de sangue sobre os seus filhos não é absoluto; o processo de adoção deve prosseguir independentemente da apreciação da ação de busca e apreensão por se tratar de matérias diversas.

Acostou documentos (fls. 39/133).

O Ministério Público manifestou-se opinando seja oficiada a 1ª Vara da comarca de Curitiba a fim de se averiguar sobre a tramitação do processo de busca e apreensão, decretando-se a suspensão do presente feito.

Solicitadas e prestadas as informações, o feito foi suspenso por um ano.

Manifestou-se o Órgão Ministerial pela designação de audiência de instrução e julgamento.

Estudo social às fls. 170/172.

Apresentadas as alegações finais pelas partes, exarou parecer o douto representante do Parquet, opinando pelo deferimento do pedido de adoção (fls.189/193).

Saneado o feito, com indeferimento das preliminares argüidas na contestação, na audiência de instrução e julgamento foram ouvidas duas testemunhas, bem como a menor adotanda.

A MMA. Juíza de Direito determinou a juntada dos documentos ne-

cessários à adoção, o que foi prontamente atendido (fls. 205/211).

Sentenciando, a Magistrada a quo julgou procedente o pedido de adoção.

Irresignada com a prestação jurisdicional, apelou a genitora da menor, alegando, preliminarmente, a nulidade do processo a partir da inquirição das testemunhas (fl. 119) por não ter sido intimada, em consequência do descumprimento do mandado de intimação via carta precatória (fls. 195/196); houve confusão em relação à data designada para a realização da audiência, tanto que à fl. 215 houve um despacho judicial questionando a respeito da verdadeira data marcada; as testemunhas ouvidas em audiência não foram arroladas com a antecedência exigida pelo Código Processual, tampouco foram anunciadas nos autos; não consta, no termo de audiência, na declaração prestada pela menor e nos depoimentos testemunhais, a assinatura do representante do Ministério Público, sendo por isso nulos os atos mencionados.

No mérito, após explanar cronologicamente os fatos e os atos processuais, aduziu que existem dois registros de nascimento da menor, sendo que do primeiro consta que a apelante a declarou como filha em 17/3/87, já o segundo, datado de 23/3/89, é omissivo em relação à declarante; defendeu a inviabilidade da procedência do pedido por não atender aos requisitos legais exigidos para a realização da adoção plena, quais sejam, o consentimento por parte da mãe biológica, ou, a decretação da perda ou da suspensão do pátrio-poder .

Ressaltou que não se manteve inerte na busca de sua filha como restou consignado na sentença, pois ingressou com a ação de busca e apreensão, enfrentando também o mandado de segurança impetrado pela pretensa adotante.

Ao final, pugnou pela reforma da decisão monocrática para que sejam acolhidas as preliminares suscitadas, anulando-se o processo a partir do saneador, ou traspassadas estas, seja julgado improcedente o pedido de adoção plena, mantendo-se, entretanto, a guarda da infante com a apelada.

Apresentou contra-razões a apelada, argumentando, em relação às prefaciais levantadas, que a alteração da data para a realização da audiência ocorreu antes da emissão do mandado de citação e carta precatória; o procurador da apelante foi intimado tendo inclusive comparecido à audiência e acompanhado os depoimentos, e nada alegou a respeito da ausência da apelante na audiência; que as testemunhas vieram acompanhadas da parte e foram ouvidas a critério do Juízo com a anuência do representante do Órgão Ministerial e do procurador da apelante que participou da oitiva, não se opondo em nenhum momento.

Assim, não tendo ocorrido nenhuma nulidade absoluta, e não tendo a tempo e modo se insurgido a apelante em relação à irregularidade e às nulidades que entende existir, precluso restou o direito de fazê-lo.

Esclareceu que o segundo registro foi constituído ante a ausência de outro, pois a apelante ao abandonar a menor não lhe entregou nenhum

documento; de acordo com o Código de Menores a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, devendo ser dispensado o consentimento da genitora para a adoção já que a infante se encontra desde seus primeiros dias de vida com a recorrida a quem considera sua mãe e manifesta a sua vontade de ver a sua situação regularizada pela adoção, por isso, deve-se, no caso, rumar-se para a destituição do pátrio-poder como opinou o douto representante do Órgão Ministerial. Ademais, a apelante nunca tentou ver a filha, e declara aceitar que ela permaneça sob a guarda da adotante, discordando tão-somente quanto à adoção; não deve a infante ser privada de ser, legalmente, o que de fato já é, isto é, membro da família da recorrida.

Manifestando-se, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e provimento do apelo.

Nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer no sentido de que seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela mãe biológica da menor objetivando impedir a adoção plena pugnada pela guardiã judicial da menor e deferida pelo Juízo Monocrático .

Impõe-se analisar, inicialmente, as nulidades argüidas pela apelante, quais sejam: a falta de intimação da mãe biológica da menor para a audiência de instrução e julgamento; a antecipação da audiência; a ausência de arrolamento prévio das testemunhas ouvidas; e, a falta de assinatura

do representante do Parquet no termo de audiência e nos depoimentos prestados.

Urge traçar algumas considerações.

Os vícios processuais, segundo Galeno Lacerda, dividem-se em nulidades absolutas, nulidades relativas e anulabilidade, e distinguem-se em razão da natureza da norma violada. Se esta for de natureza imperativa (co-gente), por se tratar de ato essencial, o vício poderá acarretar a nulidade absoluta ou relativa.

Serão absolutas se da norma transgredida prevalecerem fins ditados pelo interesse público, sendo que a sua inobservância resultará em ato insanável. Vício dessa ordem deve ser declarado de ofício, ou a requerimento das partes, a qualquer tempo. Já no caso das relativas, prevalece o interesse da parte, e por esta razão o vício pode ser sanado.

Por outro lado, se o vício do ato derivar da inobservância de normas dispositivas, que tutelam o interesse eminentemente da parte, estaremos diante de atos passíveis de anulabilidade.

Cumprе relembrar que a finalidade primordial do processo é a de alcançar um provimento de mérito. Assim, a nulidade dos atos processuais deve sempre passar por uma rigorosa análise, de forma que a sua decretação só ocorra nos casos em que não se puder evitar, como naqueles em que os atos se tornem inúteis e imprestáveis ao deslinde da questão, ou, ainda, que de fato se traduzam em prejuízo à parte que não os tenha ocasionado.

Sob este enfoque passa-se ao exame dos alegados vícios processuais.

Em relação ao não cumprimento da carta precatória para realização da intimação da mãe biológica da menor para a audiência de instrução e julgamento, tal não se traduz em causa de nulidade, pois, como se verifica às fls. 198, o procurador da parte, Dr. Artêmio Zanon, foi intimado da data designada para audiência, participando desta, inclusive.

É consabido que a intimação, em regra, é ao advogado e não à parte, cabendo a ele praticar todos os atos cabíveis no processo, cientificando e instruindo, sempre que necessário, a parte a quem defende.

Nesse sentido:

“Processo civil. Audiência. Intimação ao advogado e não à parte. Recurso provido.

“Pelo sistema processual civil adotado, salvo as exceções legais (verbi gratia, art. 343, § 1º), a intimação há de ser feita ao advogado constituído, não à parte, até porque esta normalmente não tem o *ius postulandi*” (STJ — T4, REsp n. 13557/SP, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 16/11/92).

Como já observado, o procurador da apelante compareceu à audiência, representando-a, pois conforme se depreende do instrumento procuratório (fl. 16) foi-lhe outorgado amplos poderes, de consequente, a não intimação pessoal da parte para o referido ato processual não possui o condão de gerar a nulidade pretendida, e, portanto, emerge despicie da.

No tocante à ocorrência de confusão em relação à data designada para a audiência, ante a antecipação desta pelo despacho do MM. Juiz de Direito, prolatado à fl. 195, verso, melhor sorte não socorre à apelante, pois como se constata pelo mandado de intimação (fl. 198), seu procurador legal restou intimado da nova data fixada (11/2/98, às 17h), tanto que, como já destacado, compareceu àquele ato processual.

No que tange à ausência do depósito do rol de testemunhas em consonância com a regra do art. 407 do CPC, da mesma forma, não merece ser acolhida.

Primeiro, porque a recorrente conformou-se com a oitiva, já que não interpôs o recurso cabível contra a decisão que admitiu a tomada dos depoimentos, tampouco manifestou qualquer indignação ante a sua realização. Assim, precluso restou o direito de fazê-lo (CPC, art. 245).

Nesse diapasão:

“Se o procurador da parte, presente à audiência, não manifesta de imediato o seu inconformismo com relação à oitiva das testemunhas, perde a oportunidade processual de fazê-lo, sujeitando-se aos efeitos da preclusão” (Ap. Cív. n. 97.005184-0, de Itajaí, rel. Des. Eder Graf).

Segundo, porque não está o Juízo inibido de inquirir as testemunhas consoante a regra estatuída no art. 130 do Código de Processo Civil.

Mutatis mutandis:

“Prova — Oral — Rol de testemunhas apresentado fora do prazo previsto no art. 407 do Código de Processo Civil — Irrelevância — Possibili-

dade de tais testemunhas serem inquiridas como prova do juízo, a teor do disposto no art. 130 do Estatuto Processual Civil — Nulidade afastada — Recurso desprovido” (JTJ 191/192).

Por fim, ainda com objetivo de ver anulados os atos processuais a partir das fls. dos autos, acusa a ausência da assinatura do representante do Ministério Público nas peças processuais que tratam do termo de audiência, bem como das declarações das testemunhas e da menor adotanda.

Note-se que a insurgência limita-se à ausência da assinatura nas peças processuais, e não em relação à ausência da participação do representante ministerial em tais atos. Até porque, possível é verificar a sua participação pelo consignado no termo da audiência (fl. 202) verbis: “Após, pelas partes e pelo Ministério Público foi dito que ratificavam as alegações finais já constantes dos autos”.

Destarte, tendo o douto promotor a quo participado da audiência, bem como dos depoimentos prestados, não há falar em nulidade, eis que a simples falta da assinatura não constitui motivo para que se declare nulo o processo (RSTJ 100/85).

Rechaçadas as prefaciais, passa-se à análise do mérito.

No caso em exame, observa-se que a menor se encontra integrada à família da mãe adotiva, com quem convive desde os primeiros dias de sua vida, estando atualmente com treze anos de idade.

Não se vislumbra qualquer motivo para se retirar a menor do lar em que viveu por mais de treze anos, pa-

ra entregá-la à mãe biológica, a quem sequer conhece. Mesmo porque, ao ser ouvida pelo Juízo Monocrático, manifestou a sua vontade de lá permanecer, inclusive a de ser adotada por E.

Na realidade, a divergência trazida pela apelante em sua peça recursal não versa sobre a conservação ou não da menor no lar em que se encontra, pois, como se constata, o objetivo principal é impedir a realização da adoção plena, já que ao pugnar pelo seu indeferimento, deixou consignado expressamente à fl. 235 que a guarda e a responsabilidade da menor devem permanecer com a adotante.

Alega que a adoção não pode ser deferida, eis que depende do consentimento da mãe da adotanda, requisito que só é dispensado na ocorrência da destituição do pátrio-poder, o que não houve no caso.

A insurgência não merece prosperar.

A adoção tem por objetivo maior beneficiar o adotando, pois representa, por si só, uma medida de proteção aos direitos da criança. Assim, na análise do seu processamento, deve-se privilegiar, antes de tudo, o infante, dar preferência ao seu interesse, pois ele é o maior interessado, já que de sua vida afinal se trata.

Tendo em vista este objetivo, é que a sentença recorrida deve ser mantida, pois em consonância com o conjunto probatório existente nos autos, não há dúvidas de que esta é a melhor e mais completa solução que se pode dar ao caso.

As declarações prestadas pela menor adotanda (fl. 199) ao Juízo Mo-

nocrático, à época, com dez anos de idade, fala por si só, verbis:

“Que gosta bastante da requerente. Que tem certeza que quer conviver sempre com ela. Que além de ficar na sua guarda quer também ser adotada por ela, pois quer receber o seu sobrenome e quer ser sua sucessora. Que quer ser sua filha para todos os efeitos legais. Que nunca recebeu a visita de sua mãe biológica. Que não conhece a sua mãe biológica. Que não compareceu em outras audiências. Que não sabe se sua mãe biológica tentou lhe visitar. Que nunca recebeu nenhum dinheiro de sua mãe. Que tudo o que tem foi dado pela requerente. Que a requerente nunca impediu a informante de ver sua mãe. Que se a informante quisesse poderia ficar com sua mãe biológica, porém a informante não quer”.

Como se vê, a menor, além de manifestar sua convicção de permanecer sob a guarda de sua mãe adotiva, demonstra também o seu desejo de ser adotada por ela.

A conclusão do estudo social realizado também foi favorável à permanência da menor com sua guardiã, em respeito ao interesse daquela (fl. 172).

Na mesma linha é a prova testemunhal, da qual se retira:

“Que por várias vezes o depoente viu a menor em companhia da autora e percebeu que esta lhe dispensava toda atenção. Que inclusive a matriculou no Colégio Diocesano (...) que era bem assistida tanto no aspecto material quanto no afetivo” (depoimento do Dr. José Maria Cassiano da Silva, à época Juiz de Menores da comarca de Lages).

E:

“...durante todo o tempo que ficou com a requerente recebeu toda assistência material e afetiva” (Rogério Hesenor Arruda Moreira — fl. 201, Comissário de Menores na citada Comarca).

Não se pode negar que o ECA, em seu art. 45, condiciona a adoção ao consentimento dos pais ou ao fato de estarem estes destituídos do pátrio-poder. Na espécie, a formalização da adoção requerida depara-se em princípio com este óbice processual, porquanto não se vislumbram nos autos estes requisitos.

Porém, na análise deste caso, não se pode deixar a realidade dos fatos de lado, inviabilizando a adoção, que é a solução mais completa e favorável à menor, para se dar atenção ao preenchimento de requisitos legais, que, destaque-se, excepcionalmente na hipótese em exame, se traduzem em formalismo inoperante, isto é, que não atendem ao objetivo maior do processo de adoção, que é o de beneficiar o adotando.

Diz-se, excepcionalmente, porque a menor convive com sua mãe adotiva desde os vinte e dois dias de idade; hoje encontra-se com treze anos. Viveu toda a sua infância, sob a proteção de sua guardiã, é atualmente uma adolescente que manifesta o seu interesse de ser adotada por quem de fato sempre fora sua mãe.

Ademais, não se encontra nos autos qualquer explicação plausível para negar a entrega da tutela pretendida, pois, ainda que se oponha à adoção, a mãe de sangue da menor não traz nenhum argumento que demonstre o seu real interesse no

bem-estar desta. Aceita, apenas, que a situação permaneça como está, ou seja, que a adotanda continue sob a guarda de Dona E., discordando, tão-somente, quanto à realização da adoção.

Se dúvida não se deve ter de que a recorrente veio a se arrepender em relação ao ato que à época se viu obrigada a praticar, ocorre que as conseqüências não podem ser apagadas, muito menos repassadas à adotanda em seu prejuízo. Da mesma forma que não se pode desprezar o tempo que passou ao sopesar os detalhes fáticos para entrega da tutela jurisdicional.

Bem assevera a ilustre Promotora de Justiça, Dra. Rosalina Maria Rodrigues à fl. 192: "Ora, para que privar a menor de seus sagrados direitos de filha legítima da mãe que a criou e educou com amor e dedicação, deixando-a a mercê de uma situação provisória, se outro fim mais seguro pode ser garantido?".

Destarte, considerando todo o exposto, atentando-se às minúcias e às peculiaridades da circunstância é que se chega à convicção de que a solução mais apropriada é a de se permitir a concretização da adoção plena.

Ademais, a doutrina e a jurisprudência vêm se manifestando no sentido de dispensar o processo autônomo para o pedido de destituição do pátrio-poder, entendendo, mais ainda, que este está implícito no pedido da própria adoção, como sua condicionante lógica.

Assim, cumpre salientar que não pode ser óbice à apreciação do pedido de adoção a falta de requeri-

mento expresso da destituição do pátrio-poder, porque está implícito naquela a perda deste, como diz o próprio artigo 392 do Código Civil, em seu inciso IV, quando preceitua que o pátrio-poder se extingue pela adoção.

Heloísa Helena Barboza, em artigo intitulado "o consentimento na adoção de criança e de adolescente" publicado na RF 341/71, elucida a questão:

"Razoável afirmar-se que adoção de criança e de adolescente opera a extinção do pátrio-poder dos pais naturais, que se transfere, de pleno direito e sem necessidade de qualquer procedimento específico, para os adotantes. A análise dos requisitos específicos para a adoção não revela exigência da destituição prévia do pátrio-poder. A adoção, por si só, opera o efeito extintivo, não prestando, portanto, prévia destituição a qualquer título.

"(...)

"Embora haja divergência quanto à possibilidade de cumulação do pedido de perda do pátrio-poder com o de adoção, parece assistir razão à corrente que se inclina por sua aceitação. Não há motivos materiais ou processuais que impeçam a referida cumulação, podendo mesmo o adotante dar início, como legítimo interessado, ao procedimento para a perda do pátrio-poder, consoante o art. 155 do Estatuto".

Esse entendimento também é esposado pelo Promotor de Justiça de São Paulo — José Luiz Mônaco da Silva, in *Justitia*, SP, 58 (176), out./dez. 1996, pág. 48: "...O só deferimento da adoção conduzirá automaticamente à extinção do pátrio-poder, já

que os institutos do pátrio-poder e da adoção não poderão existir simultaneamente, sendo um excludente do outro. Logo, a adoção acarretará inofismavelmente a extinção do pátrio-poder”.

A posição jurisprudencial não diverge da doutrinária:

“Menor — Adoção — Cumulação com destituição do pátrio-poder — Admissibilidade — Hipótese, em que os pedidos são compatíveis, é competente o mesmo juízo e o procedimento é adequado para todos — Inteligência do art. 169 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

“Os dois pedidos, ainda que um deles (destituição do pátrio-poder) esteja implicitamente vinculado ao outro (adoção) podem ser tratados num único processo, posto que compatíveis entre si, para ambos é competente o mesmo juízo e o tipo de procedimento é adequado para todos” (RT 692/58).

E:

“Adoção — Prévia destituição do pátrio-poder em processo autônomo — Desnecessidade — Artigos 392, inciso IV, do Código Civil e 169 do Estatuto da Criança e do Adolescente — Recurso não provido” (RJTJSP 136/309).

Ainda:

“Adoção — Deferimento sem prévia expressa destituição do pátrio-poder — Hipótese de pai não revel — Admissibilidade — Prevalência do interesse da criança, e não de formalismos que não condizem com as normas do ECA — Recurso não provido — A perda do pátrio-poder é consequência implícita da adoção, tornando-se dispensável o consenti-

mento exigido pelo artigo 45, § 1º, do ECA — A menor em questão está perfeitamente integrada ao lar e o pai já constituiu nova família e não lhe dispensa nenhuma ajuda material — Invocada violação dos artigos 227 e 229 da Constituição da República de 1988 — Improcedência eis que tais deveres têm sido cumpridos pelos adotantes” (TJSP, rel. Lair Loureiro – Ap. Cív. n. 14.039-0 — Tatuí – 20/2/92).

Por outro lado, a destituição do pátrio-poder no caso concreto, se se revelasse necessária previamente, encontraria ressonância no quadro probatório aqui reunido, por restar configurado o abandono da menor, facto que se subsume aos preceitos do artigo 395 do CC; outrossim, ao teor do artigo 24 c/c o art. 22 do ECA, ante o descumprimento injustificado das obrigações decorrentes do pátrio-poder — o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores — direitos fundamentais da criança e do adolescente no âmbito familiar.

Vale ressaltar que as dificuldades financeiras então suportadas pela apelante, que por si só não justifica a destituição do pátrio-poder, não a exemem de um mínimo aceitável de dedicação afetiva para o desenvolvimento da criança. Na espécie, a menor sequer chegou a conhecer a mãe biológica, conforme declarou em seu depoimento.

Em consonância, pois, com o retratado pela prova coligida, a destituição do pátrio-poder está a dispensar o assentimento da mãe da adotanda, sem embargo de que a adoção importa automaticamente na subtra-

ção deste direito. Volta-se a reviver a jurisprudência:

“Adoção plena — Recém-nascido entregue a terceiros pela mãe — Menor já integrado no lar substituto, único que conheceu — Posterior casamento dos genitores, vindo o casal a apresentar condições satisfatórias de vida — Circunstância que em nada aconselha, do ponto de vista dos interesses da criança, seja alterada a situação existente, com entrega do menor a pessoas que as contingências da separação fizeram estranhas — Pedido deferido, destituídos os genitores do pátrio-poder — Aplicação do art. 5º da Lei n. 6.697/79.

“Se recém-nascido foi entregue a terceiros por deliberação da própria mãe, encontrando-se o menor já perfeitamente integrado no lar substituto (único que conheceu), o posterior casamento dos genitores, vindo estes a apresentar condições satisfatórias de vida, não aconselha, do ponto de vista dos interesses da criança, seja alterada a situação existente, com entrega do menor a pessoas que as contingências da separação fizeram estranhas. É de permanecer a criança na companhia de seus guardiães, regularizada a situação com o deferimento da adoção plena” (RT 649/45).

E:

“Adoção plena — Recém-nascido entregue pela mãe para colocação em lar substituto — Posterior oposição dos genitores que, mantendo relacionamento ocasional, apresentam escassa responsabilidade —

Situação irregular reconhecida — Pedido deferido ao casal que obteve a guarda provisória.

“Havendo suficiente evidência de que o menor, assim que nasceu, foi entregue a terceiro para colocação em lar substituto e de que o nascimento resultou de união ocasional, e não de relacionamento razoavelmente prolongado, entre os genitores, sendo, aliás, escassa a responsabilidade destes, deve ser reconhecida a situação irregular da criança, destituído o pátrio-poder dos pais e deferida a adoção plena ao casal que obteve a guarda provisória” (RT 649/46).

Assim, dentre as opções apresentadas ao caso, levando sempre em consideração que “a proteção ao interesse do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado” (Ap. Cív. n. 42.947, de Curitiba, rel. Des. Vanderlei Romer) não há dúvida de que a adoção é a melhor e mais completa solução.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Trindade dos Santos, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 20 de outubro de 2000.

*Alcides Aguiar,
Presidente e Relator*

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.006120-2, DE ABELARDO LUZ**Relator: Des. Anselmo Cerello**

Apelação cível — Embargos à execução — Processo principal extinto em face de acordo das partes — Homologação — Recurso prejudicado.

Prejudicado é o recurso que se tornou desnecessário posteriormente à sua interposição, despojando de qualquer utilidade a função do órgão recursal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.006120-2, da comarca de Abelardo Luz, em que é apelante Olices Stefani, sendo apelado Adelar Benedetti:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, julgar prejudicado o recurso.

Custas legais.

Olices Stefani ajuizou embargos à execução contra Adelar Benedetti, aduzindo que o embargado é carecedor de ação, posto que o embargante não é parte legítima para figurar no pólo passivo, haja vista que o título executivo embasado trata-se de um contrato de compra e venda, no qual o postulante está como avalista, o que tecnicamente é totalmente errôneo. Argumenta ser o aval garantia prestada exclusivamente em títulos cambiários ou cambiariformes, não abrangendo qualquer tipo de contrato. Alega, ainda, que o título não se encontra vencido, haja vista que inicialmente estabelece o prazo de 14/10/95 para cumprimento, e posteriormente estabelece multa de 10% (dez por cento) e 30% (trinta por cento), caso não haja o pagamento no prazo de 30 (trinta) dias após a data previamente

marcada, bem como após o decurso deste último lapso. Menciona que o pacto não estabelece se o cumprimento da obrigação deveria dar-se no domicílio do credor ou do devedor e por conseguinte não poderia estar aquele a exigir deste o resgate da dívida. Pondera também que a multa de 30% (trinta por cento) estabelecida no contrato como cláusula penal é excessiva, devendo limitar-se ao índice de 10% (dez por cento), conforme preceituado no Código de Defesa do Consumidor e Lei da Usura.

Requeru ao final a procedência dos embargos, com a redução da multa fixada a título de cláusula penal e demais cominações legais de praxe.

Valorou a causa. Acostou procuração e documentos (fls. 7/17).

Instado, o embargado ofertou impugnação, rebatendo os argumentos contidos na inicial.

Ao relatório da r. sentença que acolho, acrescento que o MM. Juiz julgou improcedentes os embargos, condenando o embargante nas despesas processuais e honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa.

Irresignado, o embargante apela pugnando pela reforma in totum do decisum.

Houve contra-razões.

O douto Magistrado Dr. Leandro Passig Mendes encaminhou petição conjunta de acordo entabulado pelas partes.

É o necessário relatório.

Dispõe o art. 462 do Digesto Processual Civil:

“Art. 462 — Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

Sérgio Bermudes, em sua obra *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1996, págs. 122/123, leciona:

“Prejudicado é o recurso que se tornou desnecessário posteriormente à sua interposição, despojando de qualquer utilidade a função do órgão recursal. Exemplo típico é o do art. 529, pois não haverá razão para julga-

mento do agravo, se integralmente reformada a decisão recorrida. A apelação ou os embargos quedarão prejudicados, se houver desistência da ação ou transação. Tecnicamente, recurso inadmissível e recurso prejudicado se equiparam, porque, na segunda hipótese, desaparece o interesse recursal, pressuposto subjetivo do conhecimento do recurso”.

Conforme já relatado, e por uma questão de economia processual, deve ser julgado prejudicado o procedimento recursal, com base no art. 269, III, e de acordo com o art. 3º c/c o art. 462, todos do Código de Processo Civil, a Câmara julgou prejudicado o presente recurso por superveniência de fato novo.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira e Vanderlei Romer.

Florianópolis, 15 de março de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.004972-7, DE DIONÍSIO CERQUEIRA

Relator: Des. Anselmo Cerello

Ação previdenciária aforada perante a Justiça Estadual — Competência recursal do Tribunal Regional Federal — Remessa dos autos — Recurso não conhecido.

“Compete ao Tribunal Regional Federal conhecer e julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes estaduais investidos de jurisdição federal, nos termos do art. 108, II, da Constituição Federal” (Apelação Cível n. 98.014480-9, de Concórdia, rel. Des. Eder Graf, j. 3/8/99).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.004972-7, da comarca de Dionísio Cerqueira, em que é apelante Marilda de Lara Dornsbach, sendo apelado o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, não conhecer do recurso.

Custas legais.

Marilda de Lara Dornsbach ajuizou ação acidentária contra o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, objetivando o percebimento do valor correspondente ao período existente entre a cessação do auxílio-doença e a obtenção da aposentadoria por invalidez acidentária, em virtude de possuir doença lombar decorrente das condições laborais.

Citada, a autarquia previdenciária contestou, alegando, preliminarmente, a carência da ação e, no mérito, pugnou pela sua improcedência, uma vez que a autora não se encontra incapacitada.

Foi colhida prova pericial e testemunhal.

O MM. Juiz de Direito julgou improcedente o pedido exordial.

Irresignada, a autora apelou, pleiteando a reforma do r. decisum sob a alegação de que este não analisou o pedido de obtenção dos valores em atraso, e que a prova produzida conclui pela incapacidade da autora.

Houve contra-razões.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em judicioso parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Dálcio Moser, opinou

pelo desprovimento do recurso da autora e provimento da remessa.

É o relatório.

A competência originária para processar e julgar as ações previdenciárias é — excetuadas as hipóteses de falências, acidentes de trabalho e outros previstos no caput do art. 109, I, da Constituição Federal — dos Juízes Federais, e de acordo com o disposto no § 3º do aludido artigo “serão processadas e julgadas na Justiça Estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do Juízo Federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela Justiça Estadual”.

Nesses casos, investem-se extraordinariamente de jurisdição federal os juízes pertencentes aos quadros da Justiça Comum Estadual.

Entretanto, em que pese a competência extraordinária dos juízes estaduais de primeiro grau, não goza o Tribunal de Justiça de competência para conhecer de recurso interposto contra essas decisões, por ser esta exclusivamente do Tribunal Regional Federal, ex vi do disposto no art. 108, II, da Constituição Federal, que confere aos TRFs competência para “julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos Juízes Federais e pelos Juízes Estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição”.

Nesse sentido:

“Compete ao Tribunal Regional Federal conhecer e julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juí-

zes estaduais investidos de jurisdição federal, nos termos do art. 108, II, da Constituição Federal" (Apelação Cível n. 98.014480-9, de Concórdia, rel. Des. Eder Graf, j. 3/8/99).

In casu, como não há provas de que a autora tenha sofrido acidente de trabalho, eis que inexistente a comprovação do nexo de causalidade entre a moléstia suportada e o suposto acidente, falece de competência para conhecer da matéria a Justiça Estadual em segundo grau de jurisdição.

Não se conhece, portanto, do recurso, determinando-se que os pre-

sentes autos sejam remetidos ao egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira e Vanderlei Romer. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Dálcio Moser.

Florianópolis, 1º de março de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.016926-9, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Anselmo Cerello

Acidente do trabalho — Ação de reajuste de benefício exclusivamente acidentário — Competência da Justiça Estadual — Inteligência da Súmula 15 do STJ — Incidência das alíquotas da Lei n. 9.032/95, que alterou o art. 86, da Lei n. 8.213/91, a fatos pendentes mas constituídos antes da vigência da lei nova — Irretroatividade inexistente — Princípio da incidência imediata das leis de alcance social — Isenção de ônus processual de autarquia federal vencida na Justiça Estadual em pleitos infortunisticos — Inadmissibilidade — Inteligência das Súmulas 20 do TFR da 4ª Região, 178 do STJ, 236 do STF, e item III, do art. 151 da CF/88 — Apelo e remessa desprovidos.

O STJ pacificou o entendimento:

“Em tema de benefício decorrente de acidente do trabalho, embora em princípio deva ser observada a lei vigente ao tempo do infortúnio, os seus valores devem ser calculados com base na lei nova mais benéfica, em face da relevância da questão social que envolve o assunto. A incidência da lei nova mais benéfica aos casos pendentes de concessão de benefício acidentário é matéria já pacificada no âmbito desta Corte. Recurso especial conhecido e provido” (STJ — 6ª T. — REsp n. 142.220—RJ, rel. Min. Vicente Leal).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.016926-9, da comarca de Criciúma (Vara dos Feitos da Fazenda, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), remetidos pelo Juízo de Direito, em que é apelante o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, sendo apelado José Machado:

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

Custas legais.

José Machado ajuizou ação acidentária contra o INSS — Instituto Nacional do Seguro Social, perante a Vara dos Feitos da Fazenda, Acidentes de Trabalho e Registros Públicos da comarca de Criciúma.

Requeru a majoração do auxílio-acidente em 50%, mais os juros de mora, correção monetária, honorários advocatícios e despesas processuais, nos termos da Lei n. 9.032/95, uma vez que o recebia no percentual de 40% desde 23/12/92.

Pleiteou assistência judiciária gratuita.

Recebida a inicial, foi designada audiência de conciliação, a qual restou inexitosa.

A ré apresentou contestação, alegando, preliminarmente, a incompetência do Juízo e, no mérito, a improcedência da ação.

O Ministério Público manifestou-se pelo provimento do pleito.

Sentenciando, o MM. Juiz a quo julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento do benefício auxílio-acidente nos termos da

Lei n. 9.032/95, bem como ao pagamento reajustado das prestações vencidas, além de juros de mora de 0,5% a contar da citação. Condenou-o, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10%, e nas demais despesas processuais, além de declarar que o crédito reconhecido tem natureza alimentar.

Irresignada, a autarquia apelou, aduzindo que não havia em 28/4/95 salário de benefício para o apelado que pudesse servir de base de cálculo para o auxílio-acidente na forma pretendida, visto que o benefício foi concedido em 29/12/82 sobre o salário de contribuição. Além do mais, a eventual pretensão de recálculo do salário de benefício nos moldes previstos na Lei n. 8.213/91, retroagindo seus efeitos a 29/12/82, é de todo impossível porque não há permissivo constitucional nesse sentido.

Apontou que a previsão legal anterior era de 40% do salário de contribuição e a determinação da Lei n. 9.032/95 é de 50% do salário de benefício, implicando diminuição da sua renda mensal, uma vez que, via de regra, o salário de contribuição na data do acidente é maior que o respectivo salário de benefício.

Alegou violação ao princípio constitucional da irretroatividade.

Finalizou requerendo a declinação da competência, a improcedência da ação e a reforma com relação às custas processuais, em face da isenção parcial proposta pelo artigo 33, parágrafo único, do Regimento de Custas deste Estado.

O apelado formulou contra-razões, asseverando a competência da Justiça Estadual para tal julgado,

segundo pleno entendimento dos tribunais pátrios.

Refutou o argumento apresentado pela autarquia apelante quanto ao parâmetro básico de cálculo, pois não havendo salário de benefício é inevitável a utilização do salário de contribuição. Além do mais, o percentual é majorado desde o momento em que foi reconhecido o direito ao percentual do auxílio-acidente de 30%, e o crédito do autor será reajustado de acordo com os índices legais até a data do efetivo pagamento.

Afirmou que é princípio básico do direito que no advento de nova lei é aplicável a lei mais vantajosa.

Finalizou requerendo a manutenção do decisum proferido.

Aportaram os autos com vista do Ministério Público de primeiro grau que se manifestou pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em judicioso parecer da lavra da Dra. Hercília Regina Lemke, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso, mantendo-se, na íntegra, os termos da r. sentença hostilizada.

É o relatório.

Inicialmente rejeito a preliminar haja vista que é pacífico o entendimento de que em tema de revisão de benefício infortunistico, decorrente de acidente do trabalho, competente é a Justiça Comum.

Da jurisprudência:

“As ações acidentárias têm como foro competente a Justiça Comum, a teor do disposto no art. 109, I,

da CF/88, que as excluiu da competência da Justiça Federal.

“Reajuste de benefício acidentário. Competência da Justiça Estadual não elidida.

“Precedentes.

“Agravamento regimental a que se nega provimento” (Agravamento Regimental (que se nega provimento) n. 154.938-6/RS, 2ª Turma, Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Paulo Brossard, DJU, Sec. II, de 24/6/94).

Sobre o tema, nesse mesmo norte, deixou consignado o Min. Celso de Mello, no Agravo de Instrumento n. 150.477-3/SC, in DJU de 7/12/94:

“A atribuição jurisdicional deferida à Justiça Comum dos Estados Membros e do Distrito Federal para o processo e julgamento das causas acidentárias abrange todas as ações que objetivem, como no caso, a recomposição dos valores pertinentes a benefícios de caráter acidentário. Essa competência da justiça local estende-se, desse modo, por efeito da cláusula de exclusão inscrita no artigo 109, I, da Carta Política, a todos os processos que se destinem a obter tanto a fixação como o reajustamento dos benefícios acidentários outorgados aos trabalhadores vitimados por acidente-tipo ou acometidos de moléstias profissionais ou de doenças do trabalho. Causas dessa natureza não se qualificam, em consequência, como litígios de índole previdenciária, razão pela qual, cabendo ao Poder Judiciário local a atribuição para conhecer das ações acidentárias, assistir-lhe-á igual prerrogativa para apreciar as questões de natureza acessória que envolvam, sempre dentro das perspectivas dos conflitos de-

correntes de acidente do trabalho, a discussão em torno da revisão dos benefícios acidentários anteriormente concedidos.

“E mais, ‘tratando-se de reajustamento de prestação acidentária concedida pela Justiça Estadual qualquer modificação em seu valor somente pode decorrer de expressa manifestação da própria esfera judicial de que emanou o reconhecimento do direito ao benefício legal titularizado pelo trabalhador interessado’.

“Constitucional. Administrativo. Processo civil. Competência. Acidente do trabalho. Juízo estadual. Constituição, art. 109, I.

“I — A disposição inscrita no § 3º do art. 109 da Constituição há de ser interpretada em consonância com o disposto no inciso I do mesmo artigo. Ora, se não cabe à Justiça Federal julgar causas de acidente do trabalho (art. 109, I) deve-se entender que a disposição posta no § 3º do mesmo artigo 109 refere-se a causas que versem sobre benefícios previdenciários em sentido estrito, porque há benefícios previdenciários decorrentes do seguro de previdência e benefícios acidentários resultantes do seguro de acidente do trabalho, estes regidos por legislação própria.

“II — No caso, o objeto da causa é o reajustamento de benefícios acidentários. Competência do Juízo Estadual.

“III — Conflito negativo de competência improcedente. Competência do Juízo da 3ª Vara Cível, Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho de Joinville—SC” (DJU de 20/11/89, pág. 17.289, Conflito de

Competência n. 405—SC relatado pelo Min. Carlos Velloso).

Cumpra registrar que no mesmo sentido se orienta a jurisprudência firmada pelas duas Turmas da Suprema Corte: Ag. n. 154.938-RS (AgRg), rel. Min. Paulo Brossard, in DJU de 24/6/94; RE 167.565—SC, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 22/11/94.

O apelo cinge-se na afirmação da irretroatividade da Lei n. 9.032/95, a qual deve ser aplicada somente a situações futuras, bem como a aplicação do novo percentual (50%), sobre o salário de benefício, implicará em perda financeira, pois o percentual de 40% sobre o salário de contribuição lhe confere um maior rendimento da renda mensal.

Por fim, pugnou pela aplicação do Regimento de Custas deste Estado na sucumbência.

A douda sentença apelada, judicious e adequadamente, entregou a prestação jurisdicional que lhe foi posta, aplicando a lei nova a fatos que, não obstante constituídos sob a égide da lei anterior, continuam pendentes e sob o império da lei nova, tendo aplicação imediata e, assim, alcançando fatos passados — efeito imediato das leis de alcance social.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça acordou:

“Em tema de benefício decorrente de acidente do trabalho, embora em princípio deva ser observada a lei vigente ao tempo do infortúnio, os seus valores devem ser calculados com base na lei nova mais benéfica, em face da relevância da questão social que envolve o assunto. A incidência da lei nova mais benéfica aos casos pendentes de concessão de benefício aci-

dentário é matéria já pacificada no âmbito desta Corte. Recurso especial conhecido e provido” (STJ — 6ª T. — REsp n. 142.220—RJ, rel. Min. Vicente Leal).

Por sua vez, do colendo Supremo Tribunal Federal:

“Benefício previdenciário — Acidente do trabalho — Regência. A regência do benefício previdenciário ocorre pela lei em vigor na data do respectivo implemento, não se podendo, sob pena de olvidar a natureza imperativa dos preceitos, pretender a aplicação de norma pretérita menos favorável e que estava em vigor na data do infortúnio” (STF — 2ª T. — ARAI n. 205.858-7, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 21/8/98, pág. 5).

Nesse mesmo sentido encontram-se as decisões deste egrégio Tribunal de Justiça (Apelações Cíveis ns. 46.282, DJ n. 9.153, de 12/1/95, pág. 10 e 45.897, DJ n. 9.192, de 10/3/95, pág. 7).

Portanto, não há falar em lesão ao direito adquirido e à coisa julgada, uma vez que a decisão vem em benefício do hipossuficiente e está calcada em legislação posterior.

Partindo-se da primícia alegada pelo apelante, no sentido de que a lei não pode retroagir em seu prejuízo, a priori, a lei nova não retroage, sendo que é importante que se diga que as normas acidentárias são de cunho eminentemente social, cuja política é ditada pelo Poder Público, da qual o apelante é mero executor e o Estado é quem produz e confere o Direito por meio de norma.

O apelante, como gestor dos benefícios, não pode se contrapor às expectativas geradas pela lei ao con-

ferir o direito ao indivíduo de perceber o benefício nos percentuais e formas estabelecidos. A retroatividade da nova lei está limitada apenas pela norma, quer seja constitucional ou infraconstitucional. Se inexistente norma limitadora dessa retroatividade, não lesando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, nada impede a aplicação retroativa da nova norma, bem mais benéfica.

Por fim, conforme já lavrei no corpo do v. aresto da Apelação Cível n. 99.011367-1, da comarca de Criciúma:

“Não merece prosperar, também, a alegação do apelante, no sentido da impossibilidade do cálculo do salário de benefício. É que, mesmo que o percentual deva ser aplicado a partir da vigência da Lei n. 9.032/95, o cálculo do salário de benefício deve ser efetuado na forma preconizada no art. 29 da Lei n. 8.213/91, ou seja, através da média aritmética simples de todos os últimos salários de contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses. Uma vez calculado o salário de benefício, deve este ser atualizado na forma determinada na sentença recorrida, até a data a partir da qual deverá ser aplicado o novo percentual, que é de 50%. Caso o valor do benefício seja inferior ao que vinha recebendo o apelado, deverá ser mantido o que lhe é mais favorável.

‘No que tange às custas, nenhum reparo merece a sentença, uma vez que a isenção decorrente da Lei

Federal n. 8.620/93 não se aplica à jurisdição estadual, consoante dispõem as Súmulas 20 do egrégio Tribunal Federal da 4ª Região, 178, do egrégio Superior Tribunal de Justiça, e 236, do egrégio Supremo Tribunal Federal' (TJSC — 2ª Câmara Civil — Apelação Cível n. 46.855, de Criciúma, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, ac. prolatado em 27/9/94).

"Súmula 20 do egrégio Tribunal Federal da 4ª Região:

'O art. 8º, § 1º, da Lei n. 8.620/93 não isenta o INSS das custas processuais, quando demandado na Justiça Estadual'.

"Súmula 178 do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

'O INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos, nas ações acidentárias e de benefícios, propostas na Justiça Estadual'.

"Súmula 236 do egrégio Supremo Tribunal Federal:

'Em ação de acidente do trabalho, a autarquia seguradora não tem isenção de custas'.

"Esse entendimento resulta do princípio que veda a União de instituir isenção relativa a tributo estadual ou municipal (art. 151, III, da Constituição da República)".

Em face do exposto, nego provimento ao recurso e à remessa, mantendo-se hígida a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira e Vanderlei Romer. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.011489-9, DE XANXERÊ

Relator: Des. Gaspar Rubik

Acidente do trabalho. Indenização de direito comum. Ausência de comprovação de conduta culposa da empregadora. Ônus que cabia ao autor/apelante. Inteligência do art. 333, I, do CPC. Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso desprovido.

"Para a procedência de pleito indenizatório decorrente de acidente do trabalho, necessária é a prova do comportamento culposo do empregador, e o nexo de causalidade entre o dano e o trabalho da vítima. Neste caso, o ônus da prova é de quem pleiteia a reparação pelo infortúnio" (Apelação Cível n. 98.013323-8, de Criciúma, rel. Des. Orli Rodrigues, j. em 1º/6/99).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 99.011489-9, da comarca de Xanxerê (1ª Vara da Infância, Juventude e Registros Públicos), em que é apelante Ivair José de Oliveira, sendo apelada Olympio Muraro & cia. Ltda.:

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

Custas legais.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Ivair José de Oliveira, porque inconformado com a prestação jurisdicional entregue pela Dr^a. Juíza Substituta da 1ª Vara da Infância, Juventude e Registros Públicos da comarca de Xanxerê, que julgou improcedente a ação de indenização por acidente do trabalho ajuizada contra Olympio Muraro & Cia. Ltda.

Alegou, em síntese, que restou devidamente comprovada a culpabilidade da empresa apelada no acidente que sofreu, haja vista que, na data de sua ocorrência, estava prestando serviços a ela, sem os equipamentos de segurança necessários, executando tarefa para a qual não havia sido treinado. Aduziu que irrelevante é o fato de as testemunhas colacionadas terem afirmado que aos domingos não havia expediente de trabalho, porquanto laborava em tal dia para cumprir a jornada devida correspondente a outro em que faltou.

Em contra-razões, sustentou a recorrida a inexistência de prova dos fatos alegados, pois, além de fornecer os equipamentos de segurança aos seus funcionários, em momento algum autorizou a utilização da máqui-

na fora do horário de expediente pelo apelante, que, aliás, continua apto ao trabalho.

Após, ascenderam os autos a este Sodalício.

É o relatório.

Desprovê-se o inconformismo recursal manifestado, pois o parco conjunto probatório amealhado pelo apelante não poderia levar a outra solução que não aquela aplicada pela douta Sentenciante de primeiro grau.

Com efeito, pois, para que se reconheça a responsabilidade civil do empregador em decorrência de típico acidente do trabalho, imprescindível é a comprovação do nexo de causalidade entre o episódio e a conduta patronal culposa, pois, a teor da norma insculpida no art. 159 do Código Civil, é responsável pela indenização dos danos àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízos a outrem.

Em outros termos, para que a responsabilidade civil reste perfeitamente delineada, exige o texto legal a demonstração de uma conduta voluntária do agente, do elemento subjetivo dolo ou culpa e de um resultado danoso advindo para o ofendido.

Essa culpa, obviamente, deve ser a subjetiva (aquiliana), pois em casos tais não há lugar para a incidência da objetiva, como preleciona o renomado civilista e processualista Humberto Theodoro Júnior:

“Hoje é ponto pacífico a possibilidade de cumulação entre a responsabilidade acidentária e a responsabilidade civil de direito comum. Mas, para que tal ocorra, mister se faz que

o evento danoso não tenha decorrido do simples risco da atividade econômica desenvolvida pelo empregador. Impõe-se a presença de uma conduta patronal de desrespeito evidente às regras de segurança do trabalho, de sorte a evidenciar, senão a vontade de lesar, pelo menos, a indiferença intolerável diante do risco sério corrido pelo obreiro” (Responsabilidade Civil — Doutrina e Jurisprudência, 2ª ed., Aide Editora, 1989, pág. 25).

Nesse sentido é da ensinança do doutrinador Valdir Florindo:

“(...) se dessa sua ação ou omissão, sobrevier um acidente de trabalho, surge, indiscutivelmente, a obrigação de indenizar o empregado acidentado, com fundamento jurídico na culpa aquiliana. Vejam ainda que o legislador constituinte, ao tratar do assunto (art. 7º, XXVIII) inovou mencionando apenas o dolo ou culpa, não mais necessitando que se trate de dolo ou culpa grave, que era a exigência do Supremo Tribunal Federal, por intermédio do verbete sumular de n. 229, que por sua vez teve que render-se ao Texto Constitucional.

“A culpa aquiliana baseia-se na teoria subjetiva, é dizer: na responsabilidade civil subjetiva” (Dano Moral e o Direito do Trabalho, 2ª ed., São Paulo, Editora LTR, pág. 74).

A matéria reside, pois, no âmbito do ônus probatório.

In casu, como bem enfatizou a douta Sentenciante, cumpria ao autor/apelante “a prova dos requisitos caracterizadores e ensejadores do dever de indenizar: a culpa (independentemente do grau), o dano e o nexo causal”.

O inciso I do art. 333 do Código de Processo Civil é incisivo ao estabelecer que compete “ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito”, o ônus da prova.

Ora, “quem alega o fato deve prová-lo”. Se o apelante alega que o sinistro ocorreu nas dependências da apelada, quando para esta laborava, cabe-lhe, indubitavelmente, a prova desse fato. E, pelo que se deduz, não logrou êxito.

Isso porque o conjunto probatório é conflitante e não autoriza, em momento algum, um julgamento de procedência do pedido inicial, a uma porque, não obstante tenha o apelante afirmado em sua peça exordial que o acidente aconteceu na presença de outros empregados da recorrida, não trouxe aos autos depoimento de qualquer deles; a duas, porque em momento algum rebateu a versão de que sua esposa é que estava, no momento do fatídico acidente, manejando o guincho; e, finalmente, a três, porque não provou que tenha recebido ordens para trabalhar naquele domingo, nem mesmo que não lhe era fornecido equipamento de segurança.

A respeito, Clodemar João Cristianetti Ferreira, à época gerente da apelada, esclareceu “que era comum ser determinado a realização de trabalho nos sábados; mas não aos domingos; que o autor não foi trabalhar no sábado e acredita que por esta razão foi trabalhar no domingo, isto é, no dia dos fatos; que a máquina com a qual aconteceu o acidente ficava num galpão aberto, com livre acesso para qualquer pessoa; que, segundo soube do próprio autor posteriormente, no dia dos fatos foi trabalhar acompanha-

do de sua esposa (do autor), sendo que enquanto mexiam no cabo a mesma manipulava a chave que conduzia o cabo, numa direção e outra, 'chave de auto-reversão'; que acredita que a esposa do autor teria manipulado erroneamente a chave, fazendo puxar o cabo de aço ao invés de empurrá-lo, causando assim o acidente; (...) que pelo que se recorda na empresa não oferecia qualquer equipamento de segurança tais como luvas, bem como não fornecia qualquer espécie de treinamento para seus empregados" (fls. 68/verso).

Irrelevante o fato de referida testemunha ter afirmado que o autor não laborou no sábado, pois em momento algum disse que este trabalhou no domingo, mas que apenas acredita que o tenha feito, porque soube por ele.

A respeito, declarou Clodoveu Ferreira que "não trabalhavam aos domingos, exceto quando 'ficava alguns serviços para fazer'; que soube na tarde do acidente, um domingo, da ocorrência do mesmo, tendo ouvido posteriormente que o autor deixara de fazer um serviço no sábado e portanto foi fazê-lo no domingo; (...) que segundo soube o autor foi trabalhar acompanhado de sua esposa que ficou manipulando a chave que enrola e desenrola o cabo de aço e a mesma teria inadvertidamente acionado a chave, causando o acidente (...)" (fl. 69 — grifamos).

José Pereira de Lima, testigo arrolado pelo demandante, esclareceu que "quando começou a trabalhar na empresa o autor já havia sofrido o acidente; (...) que na época o operário responsável pelo guincho era Jair Pa-

lhano; que quando este não estava, às vezes o trabalho era executado pelo autor; (...) que a empresa dava orientações técnicas para o trabalho, entretanto não fornecia qualquer equipamento para segurança; (...) que os operários nunca receberam ordem ou autorização para trabalhar nos finais de semana, pelo menos, 'enquanto estava lá'" (fl. 74 — grifamos).

O responsável pela operação do guincho, Jair Palhano, ouvido a título de informante, porque cunhado do autor, por sua vez declarou "que o acidente ocorreu num domingo; que a empresa proibia o trabalho em dias feriados e em finais de semana; que não sabe porque o autor trabalhava naquela data; que desconhece tenha o mesmo recebido ordem ou autorização do requerido para trabalhar naquele domingo; que não sabe se haviam outros operários trabalhando naquela data; (...) que a empresa sempre orientava seus empregados com relação aos riscos no trabalho, para prevenir acidentes; que também entregava equipamentos obrigatórios como botas e luvas (...)" (fl. 76).

Manoel Palhano, que também laborou para a empresa apelada, confirmou que esta fornecia equipamento de segurança (fl. 78).

Pelo que se deduz, o acidente deu-se única e exclusivamente "por culpa exclusiva da vítima, caso em que se exclui qualquer responsabilidade do causador do dano. A vítima deverá arcar com todos os prejuízos, pois o agente que causou o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo falar de nexo de causalidade entre a sua ação e a lesão (RT 440/74, 563/146)" (Maria Helena

Diniz, Curso de Direito Civil, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 778).

Outro não é o entendimento deste Sodalício:

“Responsabilidade civil. Acidente do trabalho. Indenização de direito comum. Falta de comprovação da conduta culposa ou dolosa do empregador. Reclamo desprovido.

“Para a procedência de pleito indenizatório decorrente de acidente do trabalho, necessária é a prova do comportamento culposo do empregador, e o nexos de causalidade entre o dano e o trabalho da vítima. Neste caso, o ônus da prova é de quem pleiteia a reparação pelo infortúnio” (Apelação Cível n. 98.013323-8, de Criciúma, rel. Des. Orli Rodrigues, j. em 1º/6/99).

E mais:

“Responsabilidade civil. Acidente no trabalho. Prova da culpa do empregador. Ônus.

‘I — Na ação de indenização, fundada em responsabilidade civil comum (art. 159, CC), promovida por vítima de acidente do trabalho, cumpre a esta comprovar dolo ou culpa da empresa empregadora.

‘II — Somente se cogita de responsabilidade objetiva (sem culpa) em se tratando de reparação acidentária, assim considerada aquela devida pelo órgão previdenciário e satisfeita com recursos oriundos do seguro obrigatório, custeado pelos empregadores, que se destina exatamente a fazer face aos riscos normais da atividade econômica no que respeita aos riscos do infortúnio laboral (RSTJ 48/162)’” (Apelação Cível n. 99.004335-5, de Blumenau, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 20/4/99).

No mesmo sentido:

“Responsabilidade civil. Acidente do trabalho. Indenização de direito comum. Falta de comprovação da conduta culposa ou dolosa do empregador. Recurso conhecido e desprovido.

“Na indenização acidentária de direito comum o ônus da prova da culpa do empregador e do nexos de causa e efeito entre o dano e o trabalho é do empregado” (Des. Amaral e Silva) (Apelação Cível n. 98.001311-9, de Ponte Serrada, j. em 17/11/98).

“Responsabilidade civil. Acidente do trabalho. Atribuição de culpa ao empregador. Nexos de causalidade. Ônus da prova do empregado. Não demonstração. Pedido julgado improcedente. Recurso desprovido.

“O pedido de indenização por danos vertidos de acidente laboral, fundado no direito comum, imprescindível da configuração da culpa do réu, tampouco do nexos causal” (Apelação Cível n. 97.001790-1, de Tubarão, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 3/12/98).

“Acidente do trabalho. Indenização de direito comum. Evento ocorrido antes do advento da Constituição Federal de 1988. Coisa julgada. Inexistência. Agravo retido desacolhido. Não evidenciação de culpa grave ou dolo da empregadora. Sentença de procedência reformada. Apelo provido.

“— Conquanto a não interdependência entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, a sentença penal condenatória que estabelece a existência do fato delituoso e a sua autoria lança reflexos absolutos na jurisdição civil, na qual esses aspectos

não mais comportarão discussão. Entretanto, para que tal ocorra, de mister é que esse estabelecimento resulte de sentença judicial, não tendo a mesma repercussão as conclusões a respeito ditadas em inquérito policial e, pois, ao desabrigo da garantia constitucional do contraditório.

“— Tendo o funcionário expe-
riente de empresa de energia elétrica
ido, em dia chuvoso, por sua conta e
risco, realizar serviços em rede ener-
gética residencial e, pois, de baixa
tensão, dispensando o uso de equipa-
mentos obrigatórios e não tomando as
mais elementares precauções, não há
que se vislumbrar culpa da empresa-
dora para a causação do acidente la-
borativo que veio a lhe ceifar a vida.
Ainda mais quando o evento ocorreu
precedentemente ao advento da atual
Carta Política, quando era exigida a
plena comprovação de uma conduta
patronal grave” (Apelação Cível n.
98.005908-9, de Gaspar, rel. Des.
Trindade dos Santos, j. em 2/9/99).

“Embargos infringentes. Res-
ponsabilidade civil. Acidente nas de-
pendências da empregadora. Vítima
que não se encontrava a serviço. Cul-
pa não provada.

“1. ‘I — Na ação de indeniza-
ção, fundada em responsabilidade ci-
vil comum (art. 159, CC), promovida
por vítima de acidente do trabalho,
cumpre a esta comprovar dolo ou cul-
pa da empresa empregadora.

‘II — Somente se cogita de res-
ponsabilidade objetiva (sem culpa)

em se tratando de reparação aciden-
tária, assim considerada aquela devi-
da pelo órgão previdenciário e satisfe-
ita com recursos oriundos do seguro
obrigatório, custeado pelos emprega-
dores, que se destina exatamente a
fazer face aos riscos normais da ati-
vidade econômica no que respeita aos
riscos do infortúnio laboral’ (RSTJ
48/162).

“2. Não se pode atribuir culpa à
empregadora só pelo fato de não ter
edificado cerca de proteção às mar-
gens de um barranco existente nas
proximidades das instalações indus-
triais da empresa, ou por não ter afixa-
do avisos de advertência, notadamente
se a vítima — que nele caiu, vindo a fa-
lecer — não se encontrava a serviço e
tinha ciência do perigo” (Embargos
Infringentes n. 99.004359-2, de Mafra,
rel. Des. Newton Trisotto, j. em
12/5/99).

Por tais razões, conhece-se do
recurso, porém nega-se-lhe provimen-
to.

Participou do julgamento, com
voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ma-
zoni Ferreira.

Florianópolis, 28 de setembro de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Gaspar Rubik,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.011822-3, DE ITUPORANGA**Relator: Des. Gaspar Rubik**

Investigação de paternidade cumulada com alimentos. Condenação lastreada em prova testemunhal e em perícia hematológica inconclusiva. Necessidade de busca da verdade real. Pretensão de realização de exame mais acurado do que ao acolhido. Determinação da realização de DNA. Conversão do julgamento em diligência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.011822-3, da comarca de Ituporanga, em que é apelante L. C. L., sendo apelado F. L. G., representado por sua mãe, R. M. G.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, converter o julgamento em diligência.

Custas legais.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por L. C. L. porque inconformado com a sentença proferida pelo Dr. Juiz de Direito da comarca de Ituporanga, que julgou procedente a investigação de paternidade que lhe promoveu F. L. G., representado por sua mãe, R. M. G., condenando-o ao pagamento de verba alimentar fixada no valor de cinquenta por cento do salário mínimo ao mês, devida desde a citação.

Objetivando a reforma da decisão objurgada, aduziu, em apertada síntese, ter o Sentenciante baseado sua decisão em apenas dois depoimentos testemunhais inconclusivos e em prova pericial duvidosa, requerendo que fosse reconhecida a necessidade de exame mais acurado.

Em contra-razões, pugnou o apelado pela manutenção da sentença proferida.

Instada a se manifestar, a doutra Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Luiz César de Medeiros, na mesma linha de entendimento do seu representante de primeiro grau, opinou pelo conhecimento e desprovidimento do recurso.

É o relatório.

Em sede de investigação de paternidade, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, sempre se faz necessária excepcional prudência do Magistrado, porquanto lhe é conferida grande liberdade na valoração da prova, que é quase que essencialmente indiciária e circunstancial, porque, no mais das vezes, ela só é apta a lhe gerar, não uma verdade absoluta, mas uma certeza relativa que resulta de um estado subjetivo de convicção. Naturalmente que se não lhe fosse conferida esta liberdade, se estivesse adstrito a regras rígidas como em outras espécies de ações, a estrita observância dos princípios que regulam a prova certamente impediria o reconhecimento da paternidade, mesmo quando dela emergissem elementos que gerassem a sua certeza.

Mas justamente porque se admite o reconhecimento da filiação com base nesses indícios e circunstâncias, é que o processo investigatório, porque nele também está em jogo o direito da personalidade e do nome a que tem direito todo cidadão, faz por merecer do Juiz aquele tratamento cauteloso no tocante à produção mais ampla possível de provas, como, aliás, deflui cristalino de aresto da lavra do eminente Des. Eder Graf, assim ementado:

“A paternidade como laço de parentesco que une imediatamente a pessoa a um ascendente, constitui, sem sombra de dúvida, núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem ao patrimônio do filho, sejam eles direitos da personalidade ou até mesmo direitos de natureza real.

“Como direito da personalidade a paternidade não pode deixar de ser investigada da forma mais ampla possível” (Des. Napoleão Amarante).

“Assim, se necessária a realização do exame de DNA para o esclarecimento dos fatos e a solução mais justa da questão, converte-se o julgamento em diligência” (Ap. Cív. n. 98.004341-7, de Caçador, rel. Des. Eder Graf, j. em 30/3/99).

Por sinal, tem excelente aplicação os arts. 125 e 130 do Codex Instrumental, ao atribuir ao Juiz, expressamente, para direção do processo, o poder para “de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo (...)”.

Atualmente, diante da incrível evolução da ciência, com a descoberta de novos e mais capazes meios que se permitem atingir, agora não

mais a certeza relativa, mas sim e praticamente a verdade objetiva e real da paternidade, possibilitando ao Julgador uma decisão firme e segura, é que deverá o Julgador usar daquela cautela extraordinária, fazendo valer esse poder que lhe é conferido.

Nesse sentido:

“Nas causas de investigação de paternidade, o julgador deve agir com prudência embora disponha de ampla liberdade na apreciação da prova, pois, no mais das vezes, onde não há uma certeza absoluta, maneja presunções e indícios capazes de gerar uma certeza relativa, que resulta em um estado subjetivo de convicção.

“A investigação da verdade, meio indispensável à distribuição da Justiça, que é a meta do processo, não pode ficar sob o controle exclusivo das partes, sob pena de frustrar o desígnio superior da atividade jurisdicional.

“A perícia do DNA (sistema de determinação de seqüências de aminoácidos codificados do DNA) e da tipagem HLA (antígenos leucocitários de histocompatibilidade), reconhecida de confiabilidade absoluta na determinação da paternidade mesmo após a morte do suposto pai, tendo afirmado probabilidade cumulativa de paternidade de 99,99999%, deve ser realizada sempre que possível, porque poderá formar, aliada ao restante da prova, inclusive testemunhal, conjunto gerador da certeza absoluta de ser o autor filho do suposto pai” (Ap. Cív. n. 98.000968-5, de Chapecó, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 27/10/98).

Na hipótese sub examen, os elementos de prova em que se anco-

rou o digno Togado a quo para julgar procedente o pedido são contraditórios e estavam, de certa forma, a ensejar maior esclarecimento para se chegar à conclusão de paternidade, com a realização do exame DNA, que se constituirá em provas que inelutavelmente não só tornará inócua, mas esvaziará a necessidade da produção das demais reclamadas para dar resposta adequada, positiva ou negativa, às teses defensivas.

Daí por que se faz conveniente a conversão do julgamento em diligência, para o que não há impedimento, mas expressa previsão legal, mesmo neste grau de recurso.

Com efeito, pois, é entendimento pacífico:

“Investigação de paternidade. Prova deficiente. Conversão do julgamento em diligência.

“A paternidade, sendo em si, um direito da personalidade, não pode deixar de ser investigada, da forma mais ampla possível. Da filiação surgem os direitos-deveres que reciprocamente unem a vida dos filhos e a dos pais, principalmente enquanto aqueles dependem da assistência moral e material destes” (Ap. Cív. n. 96.010320-1, de Taió, rel. Des. Francisco Borges, j. em 13/3/97)” (Apelação Cível n. 98.017547-0, de Chapecó, rel. Des. Francisco Borges, j. em 18/3/99).

Ainda:

“Investigação de paternidade. Exame pelo método do DNA. Prova testemunhal. Fragilidade. Necessidade de busca da verdade real. Conversão do julgamento em diligência.

“Em sede de investigação de paternidade, que trata de direito indisponível e personalíssimo do autor, mostrando-se a prova insegura, impõe-se a conversão do julgamento em diligência, para realização do exame sangüíneo pelo método do DNA” (Apelação Cível n. 99.003378-3, de Otacílio Costa, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 12/8/99).

“Apelação cível. Investigação de paternidade. Prova que deve ser segura e indubitável. Diligência. A prova do procedimento de investigação de paternidade, por suas conseqüências, deve ser segura e indubitável, não podendo prescindir, ante sua necessidade, da prova pericial, que deve ir além do simples exame hematológico simples, apenas excludente. Assim, para a certeza, imprescindível a realização de exame pelo sistema HLA (de histocompatibilidade), ou, em última análise, o teste pelo sistema de DNA, que, não obstante ainda muito oneroso, fornece quase que certeza absoluta. Conversão do processo em diligência, possível em segunda instância, para melhor lastrear a sentença declaratória-condenatória de paternidade” (Apelação Cível n. 47.120, de Itajaí, rel. Des. Solon d’Eça Neves, in DJ n. 9.313, de 5/9/95).

“Investigação de paternidade. Provas oral e hematológica simples. Dúvida emergente da paternidade. Exame técnico qualitativamente superior (DNA ou HLA) hábil a fornecer elemento seguro probatório, como convém à solução da espécie. Conversão do julgamento em diligência (art. 130, CPC). É de se converter o julgamento de ação de investigação de paternidade em diligência, faculdade conferida também à Turma em segundo grau,

para realização de exame hematológico tecnicamente superior, DNA ou HLA, com o fim de recolher elemento probante seguro ao desate da causa, esta de relevante valor social, moral e econômico" (Apelação Cível n. 44.232, de Dionísio Cerqueira, rel. Des. Alcides Aguiar, in DJ de 13/4/94).

"Investigação de paternidade. Devendo ser segura a prova de filiação, não deve ser desprezado exame pericial, pelo menos o hematológico simples, a 'voz do sangue' que deve ser sempre 'chamada a depor' (Afrânio Peixoto, apud Artur Marques da Silva Filho, RT 655/54), capaz de excluir a paternidade, embora o ideal seja a realização de exame pelo sistema HLA (de histocompatibilidade), que se constitui 'numa eficaz prova hematólógica' (autor e obra citados), realizável nesta Capital, ou, em última análise, o teste pelo sistema DNA, 'que fornece 100% de certeza' (idem, idem), mas que é, ainda, de custo muito elevado. Conversão em diligência, que pode e deve ser feita em segundo grau quando, como no caso, de todo conveniente para lastrear julgamento seguro, a fim de que, no Juízo de origem, seja providenciada a realização da perícia, de preferência pelo sistema HLA" (Apelação Cível n. 43.370, de Itajaí, rel. Des. João José Schaefer, j. em 4/11/93, in JC 73/218).

Essa, aliás, é a orientação doutrinária e jurisprudencial sobre o tema:

"O julgador de segunda instância, assim como o de primeira, em todas as questões que lhe são postas, tem o direito de formar sua livre convicção, tendo não só o direito como o dever de converter o julgamento em

diligência sempre que assim entender necessário para uma apreciação perfeita, justa e equânime da questão que lhe é posta" (Lex JTA 141/257).

"Quaisquer provas, inclusive depoimentos, requisições de documentos, perícias etc., podem ser determinadas pelo juiz, a requerimento da parte ou ex officio, em qualquer fase do processo, até a prolação da sentença final. Isso não importa dizer que se está retirando das partes o ônus de trazer aos autos do processo os elementos de prova que julguem oportunos. O que se quer, com o art. 130, é não excluir a faculdade que tem o juiz de tomar as providências que lhe parecem necessárias ou úteis à decisão da causa e à formação livre de sua convicção. Em verdade, o interesse público melhor está preservado se os juízes proferirem sentenças fundadas em verdades verdadeiras, mesmo que contra a vontade de uma ou de ambas as partes, do que em meias verdades, encobertas pelo silêncio intencional ou pelo engodo consentido do litigante aproveitador" (Sérgio Sahione Fadel, Código de Processo Civil Comentado, vol. I, 5ª ed., pág. 265).

"Lícito é ao magistrado, após encerrada a instrução, converter o julgamento em diligência, mediante despacho motivado, se, ante as provas já produzidas, estiver em dúvida que impossibilite a formação de seu convencimento" (Theotonio Negrão, Código de Processo Civil, 17ª ed., nota 3 ao art. 130; RT 430/57; RTJESP 105/319 e 108/335).

"A prova dos fatos que servem de fundamento à ação de paternidade pode ser feita com maior amplitude (RT 393/249), estando autorizado o

juiz a determinar de ofício, a realização de provas úteis à descoberta da verdade" (RTJESP 55/115 e 66/224).

Imperiosa, pois, a realização de exame DNA, que poderá ser realizado gratuitamente, se o apelado demonstrar que não tem condições de custeá-lo, pois o Estado de Santa Catarina, mediante termo de compromisso de ajustamento de conduta firmado entre a Secretaria de Estado da Saúde e o Ministério Público, por meio da Coordenadoria do Centro das Promotorias da Infância, comprometeu-se nos casos em que fique comprovada a hipossuficiência de recursos à realização de referido exame.

A coleta do material necessário ao exame deverá ser feita por profissional local, nomeado e compromissado pelo Juízo singular, para posterior remessa e com as cautelas inerentes à espécie, ao Laboratório Central da Secretaria Estadual da Saúde em Florianópolis — Lacen, procedimento este que, segundo informações do Centro de Promotoria da Infância, já é de conhecimento dos senhores Promotores de Justiça com atuação na área.

Por outro lado, se não demonstrada essa ausência de recursos por parte do apelante, o exame deverá

ser feito às suas custas, devendo ficar ciente de que a negativa, em tal circunstância, porque importará em verdadeiro ato protelatório do feito, será interpretada em seu desfavor, por se constituir em mais um indício a depor contra a negativa de paternidade na qual está a insistir.

Destarte, com fundamento no art. 116, § 1º, do Regimento Interno deste Sodalício, converte-se o julgamento em diligência, para que seja realizado o exame de DNA.

Uma vez efetuada a perícia, e aberta vista às partes e ao Ministério Público sobre as conclusões, ou acaso se furte o acionado a ela, os autos deverão ser remetidos de pronto a este Tribunal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira, tendo exarado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz César Medeiros.

Florianópolis, 31 de agosto de 2000.

João Martins,
Presidente com voto;
Gaspar Rubik,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.008016-1, DE JAGUARUNA

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Direito do consumidor. Revisional. Leasing. Antecipação do VRG. Descaracterização. Princípio da intangibilidade contratual. Resolução do contrato. Exigência das prestações vincendas. 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 vincendas 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 status quo ante. O fornecedor devolve as parcelas pagas, ressalvado o efetivo prejuízo, e o consumidor devolve o bem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.008016-1, da comarca de Jaguaruna, em que são apelantes e apeladas Autolatina Leasing S.A. — Arrendamento Mercantil e Tertuliano João Constantino—ME:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso da ré, dando-se provimento ao da autora.

Custas de lei.

1. Tertuliano João Constantino—ME ingressou com ação revisional de contrato de leasing em face de Autolatina Leasing S.A. — Arrendamento Mercantil, pretendendo ver anulada cláusula contratual que declarava vencidas as prestações posteriores à rescisão do pacto. Requereu outrossim a condenação da ré à restituição dos valores pagos a título de valor residual garantido, em vista de ter optado por não adquirir o bem.

Citada, a ré apresentou contestação, replicando os argumentos apresentados.

A MMA. Juíza de Direito julgou procedente o pedido, declarando inexigível o saldo devedor constituído pelas prestações vincendas a partir da rescisão operada com a entrega do bem. Declarou o direito da empresa autora em obter a restituição do valor residual garantido, determinando a compensação com o valor do débito a ser apurado em ação própria.

Irresignadas com a prestação jurisdicional, ambas as litigantes interuseram recurso de apelação.

A autora formulou sua insurgência pugnando unicamente pela reforma da sentença no tocante à compensação do VRG, entendendo ter direito à restituição imediata do valor pago.

A ré, por sua vez, pugnou pelo reconhecimento da legalidade das cláusulas contratuais que estipularam a possibilidade de exigência das prestações vincendas, a partir da rescisão do pacto.

Postulou fosse admitida a perda das prestações pagas e do valor residual garantido, com fundamento no princípio da obrigatoriedade e in-

intangibilidade contratual — *pacta sunt servanda*.

2. Nega-se provimento ao recurso da ré, dando provimento ao da autora.

2.1. Insurge-se a ré quanto à revisão, alegando que, pelo princípio da intangibilidade contratual, os acordos de livre vontade obrigariam as partes envolvidas, sem possibilidade de alteração do conteúdo do pacto.

É preciso, num primeiro plano, analisar a evolução do princípio da intangibilidade.

Para a doutrina clássica, o contrato, sendo ato livre e não contrário ao ordenamento, era intangível e obrigatório, pois somente pela mesma vontade criadora do pacto ou em casos excepcionálíssimos de caso fortuito ou força maior poder-se-ia rescindi-lo. Sequer a lei derogaria suas cláusulas, tão forte a declaração aposta, e nem mesmo judicialmente se admitia, para essa doutrina, a alteração do conteúdo, estando autorizada a execução da obrigação, qualquer que fosse o motivo do inadimplemento (Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1984, pág. 30). O contrato seria lei entre as partes. Daí o brocardo *pacta sunt servanda*.

A partir de pressupostos éticos e sociais, ainda de acordo com a doutrina clássica, não convinha permitir a alteração das avenças, pois a honra do declarante presumia-se ligada à palavra dada. Também o princípio da intangibilidade hasteava o pressuposto social de segurança das relações negociais (impropriamente designado comércio jurídico). Ou seja, os contratos deviam ser cumpridos a qualquer

custo, caso contrário aos negócios faltaria a devida segurança; e o descumprimento da palavra, por antiético, resultaria na perda de confiança pública do inadimplente (Darcy Bessone, *Do contrato: teoria geral*, São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 19).

Somente a partir da Primeira Guerra Mundial, com o crescimento do fenômeno da inflação, a desestabilização econômica começou a preocupar. Estudiosos do direito, necessitando buscar alguma forma de minimizar os efeitos das guerras, principalmente da quebra da bolsa de Nova Iorque, passaram a repensar o princípio da intangibilidade, abrandando a força do *pacta sunt servanda*. Os mesmos preceitos éticos e sociais que compunham a teoria clássica do contrato exigiram sua revisão (Carlos Alberto Bittar, *Direito dos Contratos e dos Atos Unilaterais*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, pág. 37).

Tendo em vista a impossibilidade material de execução de vários contratos, admitiu-se a intervenção do juiz para alterar o pacto de modo a permitir justamente o cumprimento por ambas as partes. Revitalizaram-se, com o dirigismo contratual, as teorias da imprevisão, da excessiva onerosidade da prestação e, por fim, a do desaparecimento da base do negócio jurídico (Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, *A Evolução do Direito Privado e os Princípios Contratuais*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 328, pág. 27, out./dez. 1994).

No Brasil, há pelo menos dez anos, se reconhece por lei que o princípio da intangibilidade contratual não é absoluto, tendo o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor garantido o

direito à revisão quando houver modificação das cláusulas em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Quanto à jurisprudência, Arnoldo Wald salienta que há mais de sessenta anos a teoria da imprevisão é albergada pela jurisprudência dos tribunais e da própria administração pelos pareceres da Consultoria Geral da República (O princípio *pacta sunt servanda*, a teoria da imprevisão e a doutrina das dívidas de valor e seus efeitos no caso dos planos monetários. Revista de Direito Renovar, Rio de Janeiro, vol. 2, pág. 31, maio/ago. 1995).

No mesmo sentido é o projeto do novo Código Civil, em tramitação no Congresso Nacional.

Não obstante, grande parte dos juristas ainda não recepcionou a já quase secular mudança. Tribunais não aceitam a teoria da imprevisão, calcando suas decisões no surrado princípio *pacta sunt servanda*. Juízes, em nome de uma inexistente "segurança jurídica", temem aplicar o Código de Defesa do Consumidor e as legislações de cunho mais social. Mesmo grandes estudiosos da Ciência Jurídica relutam em abandonar o voluntarismo contratual, afirmando que, uma vez livre, a vontade exteriorizada somente em circunstâncias excepcionálíssimas pode ser revista pela autoridade judiciária.

Essa mentalidade não mais se coaduna com a sistemática de proteção ao consumidor. Atualmente, qualquer contrato, por mais livre que seja a vontade das partes, não pode se sobrepor às normas cogentes do Código de Defesa do Consumidor e da legislação esparsa.

Mitiga-se o princípio para ampliar o espectro de revisão, permitindo uma maior justiça social.

2.2. Sem razão a ré/apelante quanto à possibilidade de perda das prestações e do VRG.

De fato, esta Câmara tem considerado como compra e venda em prestações os contratos de leasing em que haja antecipação do valor residual garantido.

No caso sub examine, está-se diante do mesmo tipo de contrato, no entanto a autora/apelada conforma-se com a devolução do bem, não lhe interessando mais o pacto.

A bem da verdade, é certo que considerando o contrato de leasing como compra e venda em prestações, o valor residual deve ser considerado parte do preço e, dessa forma, não se pode pleitear a devolução de tal verba, pois não é mais garantia.

No entanto, não é menos certo que em casos de resolução ou rescisão contratual não é dado ao fornecedor ficar com o bem e ainda as prestações pagas. Vale dizer, o consumidor não está obrigado, nos casos de leasing, a devolver a coisa e ainda perder as prestações já pagas, por força do disposto no art. 22, XVII, do Dec. n. 2.181/97, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor:

"Será aplicada multa ao fornecedor de produtos ou serviços que, direta ou indiretamente, inserir, fizer circular 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 rescisão do contrato e a retomada do produto alienado, ressalvada a cobrança judicial de perdas e danos comprovadamente sofridos” (grifou-se).

E a Portaria n. 4/98, considerando as decisões terminativas dos diversos Procons e Ministérios Públicos, aditou o rol do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, incluindo 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 rescisão ou resolução do contrato, ressalvada a cobrança judicial de perdas e danos comprovadamente sofridos”.

Não bastasse isso, a Portaria n. 3, da Secretaria de Direito Econômico, em 22/3/1999 determinou serem 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”.

Não se diga, contudo, que portarias, por não terem força de lei, não seriam derogadoras da vontade das partes, pois o princípio da autonomia da vontade, tão cultuado no passado em prol da chamada segurança jurídica, não pode mais ser aceito, por

inegavelmente assumir um caráter sacro e inviolável, causando, em nome de liberdade contratual, enormes desequilíbrios e injustiças flagrantes.

Clóvis Couto e Silva já ensinava que “sustentar sempre a prevalência da vontade, ainda que só a sua manifestação, ou puramente o preceito que decorre do contrato, seria uma solução que não atenderia, as mais das vezes, às situações da vida” (A Obrigação como Processo, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976, pág. 43).

Sérgio Cavalieri Filho, desembargador no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, adiciona que “o Código de Defesa do Consumidor não é apenas uma lei geral (como querem alguns), tampouco uma lei especial (como querem outros), mas sim uma lei específica, vale dizer, um Código de Consumo compreendendo todos os princípios cardeais do nosso Direito do Consumidor, todos os seus conceitos fundamentais e todas as normas e cláusulas gerais para a sua interpretação e aplicação. Daí resulta que o Código do Consumidor deve ser interpretado e aplicado a partir dele mesmo, e não com base em princípios do direito tradicional. Não se pode dar ao CDC uma interpretação retrospectiva, que consiste, na bela lição de Barbosa Moreira, em interpretar o direito novo à luz do direito velho, de modo a tornar o novo tão parecido com o velho que nada ou quase nada venha a mudar” (O Direito do Consumidor no Limiar do Século XXI. Revista Cidadania e Justiça, Rio de Janeiro, n. 7, págs. 20/31, nov. 1999, grifou-se).

2.3. Quanto à perda das prestações vincendas, igual sorte não acolhe o pleito da apelante/ré.

Rescindido o contrato, voltam as partes ao status quo ante; o arrendatário devolve o bem e o arrendante as prestações pagas, ressalvadas as perdas e danos. Como ensina Arnaldo Rizzardo, “restituem-se as prestações recebidas. Devolve-se o bem objeto da avença (...) Dá-se o retorno como se nunca tivesse existido o contrato, ou seja, de forma integral, com todos os acessórios, incidindo as perdas e danos no caso de deteriorações ou perecimento. Reconstitui-se ou reimplanta-se o status quo ante” (Rizzardo, Arnaldo. *Direito das Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, pag. 536).

O Código de Consumidor, por sua vez, coíbe as práticas abusivas, tendo ficado explícito no inciso IV do art. 51:

“São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

“(..)

“IV — estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

E não se há que pôr em dúvida que a exigência das prestações vincendas, após resolvido o contrato, é cláusula contratual estabelecidora de obrigação iníqua, colocando o consumidor em desvantagem exagerada.

Copiosa jurisprudência vem sendo estabelecida nesse sentido:

“Arrendamento mercantil. Leasing. Reintegração de posse e perdas e danos. Prestações vincendas. Inexigibilidade.

‘O leasing é contrato complexo, consistindo fundamentalmente num arrendamento mercantil com promessa de venda do bem após o término do prazo contratual, servindo então as prestações como pagamento antecipado da maior parte do preço.

‘No caso de resolução, a exigência de pagamento das prestações posteriores à retomada do bem, sem a correspondente possibilidade de o comprador adquiri-lo, apresenta-se como cláusula leonina’ (RSTJ 50/216)” (Ap. Cív. n. 96.00207-6, rel. Des. Francisco Borges).

Na jurisprudência de outros Estados já se fixou que “rescindido o contrato de leasing, com a consolidação da posse dos bens, em mão do arrendador, a pretensão à parcela indenizatória deve comprovar os prejuízos efetivos ocorridos. Contratado o pagamento de indenização, não se pode confundi-lo com multa ou com cláusula penal. Rescindido o contrato de leasing, não mais são devidas as prestações ou aluguéis vincendos, nem mesmo o valor de perda estipulado, por importarem na manutenção do contrato até seu final cumprimento” (TJMS, Ap. Cív. n. 42.493, rel. Des. Alécio Antônio Tamiozzo, DJMS 21/3/1996, grifou-se).

E em Minas Gerais: “No contrato de arrendamento mercantil é leonina e inválida a cláusula que, mesmo de forma indireta, contenha previsão para a cobrança de prestações vincendas para a hipótese de o arrendatário inadimplir o pacto” (TAMG, Ap.

Cív. n. 216.549-3, rel. Juiz Caetano Levi Lopes, DJMG 7/9/1996).

3. Provê-se o recurso da autora.

Com efeito, no contrato de leasing o pagamento do valor residual garantido é sinal de que o arrendatário desejou adquirir o bem. Ao final de um contrato de arrendamento mercantil, não se interessando o consumidor em consolidar seu domínio sobre o bem, simplesmente não paga o VRG, devolvendo a coisa.

Entretanto, no contrato sub judice, tal valor foi pago no início da avença (fl. 12), operando-se a desconstituição do leasing. Vale dizer, o contrato passa a ser considerado compra e venda em prestações, como afirmam inúmeras decisões desta Câmara.

No arrendamento ou compra e venda, não é lícito à arrendatária ficar com as prestações pagas, como afirmado no item 2.2. No primeiro caso (leasing), se o VRG deve ser pago quando da opção de compra, inexistindo essa faculdade, qualquer pagamento a esse título é indevido. No segundo caso (compra e venda em prestações), resolvido o contrato, devolvem-se as prestações pagas, ressalvadas as quantias referentes às perdas e danos.

O Código de Defesa do Consumidor acolhe esse preceito, normatizando, quanto à responsabilidade do fornecedor por vício do produto ou serviço, que a presença de vício autoriza o consumidor a exigir "a restituição imediata da quantia paga, mone-

tariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos" (art. 18, I).

E no parágrafo único do art. 42, o CDC estabelece que "o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável" (grifou-se). E esse engano justificável há que ser provado pelo fornecedor, ante a inversão do onus probandi autorizada pelo art. 6º, VII, do CDC.

Tais regras são supletivadas pelo art. 964 do Código Civil: "todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir".

De qualquer forma, a jurisprudência pátria tem reconhecido tal direito, asseverando que: "é de ser dado provimento ao pedido de devolução dos valores pagos a título de valor residual garantido, havendo devolução do bem. A correção monetária é feita com base no IGP-M" (TJRS, Ap. Cív. n. 598.181.162).

4. Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso da ré, dando provimento ao da autora.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Maria do Rocio Santa Ritta.

Florianópolis, 15 de março de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.006875-6, DA CAPITAL**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

Dano moral. Transfusão de sangue contaminado. AIDS. Hospital público estadual. Liquidação de sentença. Quantum reparatorio. Critérios de fixação. Litigância de má-fé.

“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.

“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” (cf. Prof. Dr. Fernando Noronha).

Em princípio, quem contende em juízo o faz de boa-fé. A praesumptio juris tantum derrui unicamente quando indistigável o intuito obstativo ao regular desenvolvimento do processo. À míngua de elementos consistentes que possam revelar a havida de ato atentatório à dignidade da justiça, não se há de irrogar à parte a condição de improbus litigator.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.006875-6, da comarca da Capital, em que são apelantes e apelados J. C. P. N. e o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso do réu e, quanto ao recurso do autor, por maioria de votos, dar provimento parcial ao apelo para fixar a indenização em 2.000 (dois mil) salários mínimos.

Custas legais.

1. J. C. P. N. ingressou com execução provisória de sentença em face do Estado de Santa Catarina,

fundada em decisão que, em ação de indenização, reconheceu o direito do autor à reparação dos danos morais advindos de transfusão de sangue contaminado com o vírus HIV em hospital público estadual, em montante a ser apurado em liquidação por arbitramento.

Teceu comentários sobre a gravidade do dano experimentado, defendendo a aplicação do art. 1.547 do Código Civil, referente à liquidação das obrigações por atos ilícitos resultantes de injúria ou calúnia. Afirmou que o ofensor há de pagar o dobro da multa no grau máximo da pena criminal correspondente, o que combinado com o

art. 49 do Código Penal, pertinente à quantidade de dias-multa e seu valor, somaria 1.800 salários mínimos. Essa importância, triplicada (art. 60, §1º, CP), atingiria 5.400 e, aplicada em dobro a pena pecuniária criminal (art. 1.547, parágrafo único, do mesmo Codex), perfaria 10.800 salários mínimos.

Requeru fosse fixada a verba reparatória em 10.800 salários mínimos, acrescida de três salários mínimos mensais destinados aos gastos com o tratamento da doença.

O Magistrado chamou o processo à ordem, elucidando não se tratar de execução, mas de liquidação de sentença por arbitramento. Reorganizou o processamento e nomeou perito, cujos honorários foram pagos pelo demandante.

Formulados os quesitos, o laudo pericial aportou aos autos, balizando o quantum reparatório entre 375 e 11.400 salários mínimos.

Após, as partes manifestaram-se acerca da peça técnica. O Estado impugnou-a, questionando a imparcialidade do perito e tachando de incorretos os cálculos exibidos.

O Ministério Público sugeriu a estipulação dos danos morais em 200 salários mínimos.

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito estabeleceu em 400 salários mínimos o valor da reparação, condicionando o pagamento dos gastos com o tratamento da doença a sua comprovação.

Inconformado, o requerente apelou, averbando ser inexpressivo o valor imposto se confrontado com a dimensão do dano. Destacou que

mantida a sentença estaria prejudicado o caráter pedagógico da condenação, destacando a diferença econômica existente entre as partes. Mencionou acórdãos deste e de outros tribunais em que foram estipuladas quantias vultosas. Reafirmou que 10.800 salários mínimos seriam razoáveis à mitigação do prejuízo e pleiteou o ressarcimento das despesas processuais antecipadas.

Em contra-razões, o requerido alegou que o valor dado à causa, se atualizado, corresponderia a 191,50 salários mínimos, razão por que seria incongruente majorar o montante estabelecido. Observou não ter sido intenso seu grau de culpa ante o fenômeno da janela imunológica, e estar em frágil situação financeira. Ponderou que o autor chegara ao nosocômio já inválido, como resultado de acidente automobilístico.

Igualmente insatisfeito, o Estado também apelou, afirmando que o grau de culpa deve ser levado em conta para a fixação do dano moral. Disse que o autor, antes de receber as transfusões, já estava inválido em decorrência do acidente de trânsito em que se envolvera. Aditou estar em precárias condições financeiras pois, nada obstante sua arrecadação, incumbe-lhe a manutenção de inúmeros serviços. Finalizou postulando a redução da indenização para 50 salários mínimos.

Retorquindo à apelação, o autor comentou não possuir quaisquer lesões motoras provindas do acidente e que o comprometimento de sua qualidade de vida deve-se exclusivamente à contaminação pelo vírus da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. Salientou ter direito à indenização

compatível com o gravame sofrido; censurou a conduta do Estado, a quem inculpa pelas delongas no trâmite processual, e requereu a condenação deste às penalidades por litigância de má-fé.

O Órgão Ministerial foi pela manutenção da sentença, exceto no que tange às despesas processuais, parecendo-lhe necessário irrogar ao réu as que foram antecipadas pelo requerente.

Remetidos os autos a esta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça propôs a elevação do montante da reparação a 1.000 salários mínimos.

2. Dá-se provimento parcial à apelação do autor e desprové-se o recurso do réu.

2.1. O Human Immunodeficiency Virus — HIV, como se acentuara no acórdão confirmatório da sentença, é conhecido por extenuar o sistema imunológico do contaminado, franqueando a proliferação de protozoários e helmintos, gerando infecções fúngicas, bacterianas e virais e podendo originar neoplasias malignas.

Talvez seja maior a dor de quem se sabe condenado à morte do que a do parente com o falecimento de familiar, porquanto embutidos à sintomatologia reconhecidamente avassaladora da doença, pródiga em letalidade, há efeitos de natureza diversa, mas igualmente deletérios, como a segregação social, nela compreendidos o abandono dos amigos e até mesmo a ruptura de laços familiares.

Não se discute que o soropositivo tem amesquinhas suas reputação e consideração sociais, suportando indelével abalo no plano valorativo.

Está condenado, no mais das vezes, a deambular à margem da comunidade e a alimentar sentimentos de desprezo e comiseração que contribuem para o agravamento de suas condições psicológicas.

Não há dissídio assim em se afiançar a ocorrência de acerbo sofrimento psíquico, sentimentos de desprestígio, constrangimento, descrédito, depressão e desequilíbrio emocional, efeitos da violação a direito inerente à personalidade, produto da inditosa transfusão. Tudo isso há de ser sopesado na estipulação do quantum, por auxiliar no dimensionamento da lesão.

O dano moral é definido por Carlos Alberto Bittar como aquele que se manifesta “através da turbatio animi, ou de alterações de caráter psíquico ou somático, não acompanhadas de modificação funcional orgânica, na expressão de Eugênio Bonvicini. Mas também alcançam as perdas valorativas internas ou externas, ou sejam, repercussões negativas na consciência, ou na sociedade ou no mundo fático, ocorridas na posição do lesado” (Reparação Civil por Danos Morais, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, pág. 36). Isso decorre da constatação de que “cada pessoa forma e desenvolve os bens culturais, ou valores que integram a personalidade, ou de beleza, de justiça, de verdade, de bondade, de elegância, de utilidade. De outro, recebe do meio, ou de cada grupo em que se inscreve, conceitos ou considerações, com os quais passa a ser identificada em suas interações sociais: daí deriva o modo como é recebida, respeitada, considerada, ou tratada, nos diferentes ambientes

ou circuitos em que transita, social ou profissionalmente” (op. cit., pág. 45).

A condenação imposta ao Estado, além de mitigar a dor sofrida, há de conter cargas punitiva e dissuasória e não as teria, convenhamos, se fixada em valor módico. Cumpre infligir ao requerido a sanção necessária e suficiente para compeli-lo a ser diligente, cercado-se de todas as precauções para que fatos do mesmo jaez não se repitam, tornando-o cômico de que os custos de aprimoramento da qualidade e segurança dos serviços prestados à população são menores dos que os de reparação dos prejuízos causados. Apenas a punição exemplar fá-lo-á retrogradar na incúria.

Embora ainda distante de um posicionamento consensual, a jurisprudência tem procurado listar critérios de fixação dos danos extrapatrimoniais, a exemplo de 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” (Apelação Cível n. 96.001203-6, da Capital, j. 16/10/97)

Extrata-se do corpo do julgado:

“Com efeito, a fixação da verba reparatória tem sido problema de árdua resolução, havendo até mesmo quem negasse a reparação do dano extrapatrimonial com base no argumento de que seria inviável estabelecer o pretium doloris. Afortunadamente, tal orientação não logrou perdurar na boa doutrina e na jurisprudência de sorte que hoje é remansoso o entendimento de que, não obstante os entraves à fixação do quantum, os danos morais merecem reparação. Assentada a reparabilidade desse tipo de dano, longos embates doutrinários ainda se travam no afã de identificar os critérios para a estipulação das cifras devidas.

“No remoto ano de 1965 já se buscou identificar elementos balizadores do dano moral, na III Conferência Nacional de Desembargadores, evento promovido no Rio de Janeiro, tendo-se concluído que ‘o arbitramento do dano moral será apreciado livremente pelo juiz, atendendo à repercussão econômica, à prova da dor e ao grau de dolo ou culpa do ofensor’ (apud Wilson Melo da Silva, O Dano Moral e sua Reparação, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, pág. 668).

“O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62, art. 84)

já definia alguns critérios, ad litteram: 'Na estimação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa.

"Também a Lei de Imprensa dispôs acerca do assunto, delineando, nos incisos I e II do art. 53, que se deve ter em conta, em síntese, a gravidade da lesão, as condições do lesado e as do responsável.

"Preleciona Arnaldo Marmitt que 'Na fixação do quantum considerar-se-á especialmente a posição familiar, cultural e social do autor do dano e da vítima, tendo em vista o cidadão médio' (Perdas e Danos, Rio de Janeiro, Aide, 1987). Acrescenta: 'Outro lado de fundamental importância na mensuração do montante devido agasalha-se na dosagem da culpa com que se houve o autor das perdas e danos. Importa auscultar a conduta do agente, antes e depois da prática danosa' (op. cit., pág. 139).

"Indiscutível que ao magistrado é dada uma boa parcela de discricionariedade, redundando, na visão de alguns, em verdadeiro arbítrio, de modo a pôr em risco a segurança jurídica. Objetivando pôr cobro a essa situação, há quem advogue a tese de que o dano moral deve ser apreciado in abstracto, tendo por base padrões de comportamento, procedendo-se, inclusive, a uma tarifação da dor.

"Contra essa orientação insurge-se Carlos Alberto Bittar, comentando que 'o conhecimento prévio do quantum pode conduzir os refratários a assumir o ônus correspondente, de modo deliberado, desrespeitando,

intencionalmente, os bens jurídicos protegidos nessa área (como, por exemplo, em certa atividade de comunicação, feita a equação custo-benefício, opte o explorador por usar indevidamente imagem alheia, diante de perspectivas favoráveis de obtenção de resultados financeiros compensadores)' (Reparação Civil por Danos Morais: A Questão da Fixação do Valor, in Tribuna da Magistratura, julho de 1996, pág. 36). Completa: 'Deve-se, pois, confiar à sensibilidade do magistrado a determinação da quantia devida (...). O contato com a realidade processual e com a realidade fática permite-lhe aferir o valor adequado à situação concreta' (op. cit., pág. 36).

"Todavia, elucida o doutrinador prefalado que não se há confundir apreciação in concreto com arbítrio judicial ou ausência de parâmetros, salientando que o magistrado haverá de atentar para 'a) as condições das partes, b) a gravidade da lesão e sua repercussão e c) as circunstâncias fáticas' (op. cit., pág. 37).

"(...)

"A reparação dos danos morais, no caso em apreço, deve lastrear-se nos fatores declinados pelo destacado Professor Doutor Fernando Noronha (in Apostila da Escola Superior da Magistratura), quais sejam: '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'. Observa o doutrinador que (...) 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”.

Veja-se 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” (TJSP, RT 706/67).

“Ação de indenização — AIDS — Vírus adquirido através de infusão de sangue em decorrência de ato e omissão de funcionários do nosocômio — Indenização que deve corresponder à dor suportada e à possibilidade do hospital” (TJSP, Ap. Cív. n. 260.549-1, j. 16/3/95).

“O valor da reparação por dano à honra deve ser fixado prudentemente pelo julgador, a fim de que não se transforme em fonte de enriquecimento da vítima nem seja ínfimo ou simbólico” (TAMG, 3ª CC, Ap. Cív. n. 212.489-6, rel. Kildare Carvalho, in RT 734/468).

“O arbitramento da indenização por dano moral deve ser moderado e equitativo, atento às circunstâncias de cada caso, evitando que a dor se converta em instrumento de captação de vantagem. Os critérios a se observar são: a condição pessoal da vítima, a capacidade econômica do ofensor, a natureza e a extensão do dano moral” (TJMS, 2ª TC, rel. Des. José Augusto de Souza, in DJMS 616/97).

“A indenização por dano moral não tem objetivo de reparar a dor, mas de compensá-la de alguma forma, minimizando os sofrimentos do beneficiário, devendo o julgador agir com

cautela e bom senso, de acordo com as particularidades de cada caso” (TJMS, 1ª TC, Ap. Cív. n. 47.107-4, rel. Des. Chaves Martins, in DJMS 16/8/96).

“Ao fixar a indenização do dano moral, leva-se em consideração as condições das partes, nível social, grau de escolaridade, seu ramo de atividade, perspectiva de avanço e desenvolvimento no ramo de atividade que exercia, grau de suportabilidade do encargo atribuído ao ofensor, porque não adiantaria estabelecer indenização por demais alta, sem que o ofensor possa suportá-la, tornando inexequível a indenização” (TARS, 7ª CC, Ap. Cív. n. 196110316, rel. Barrôco de Vasconcellos, in JTARS 100/365, j. 16/10/96).

“No direito brasileiro, o arbitramento da indenização do dano moral ficou entregue ao prudente arbítrio do juiz. Portanto, em sendo assim, desinfluyente será o parâmetro por ele usado na fixação da mesma, desde que leve em conta a repercussão social do dano e seja compatível com a situação econômica das partes e, portanto, razoável” (TJRJ, EI n. 4.130, rel. Des. Marlan Marinho, j. 11/1/94).

“Critérios para o arbitramento do dano moral: a) a reparação do dano moral tem natureza também punitiva, aflitiva para o ofensor, com o que tem a importante função, entre outros efeitos, de evitar que se repitam situações semelhantes, de vexames e humilhações aos clientes dos estabelecimentos comerciais; b) deve ser levada em conta a condição econômico-financeira do ofensor, sob pena de não haver nenhum caráter punitivo ou aflitivo; c) influem o grau de culpa do

ofensor, as circunstâncias do fato e a eventual culpa concorrente do ofendido; d) é ponderada a posição familiar, cultural, social e econômico-financeira da vítima; e) é preciso levar em conta a gravidade e a repercussão da ofensa” (TJRS, 6ª CC, Ap. Cív. n. 593133689, rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, j. 8/2/94, in JTJRS 164/312).

“Na fixação do quantum referente à indenização por dano moral, não se encontrando no sistema normativo brasileiro método prático e objetivo, o juiz há que considerar as condições pessoais de ofensor e ofendido; grau de cultura do ofendido; seu ramo de atividade; perspectivas de avanço e desenvolvimento na atividade que exercia, ou em outra que pudesse vir a exercer; grau de suportabilidade do encargo pelo ofensor; e outros requisitos que, caso a caso, possam ser levados em consideração. Requisitos que há de valorar com critério de justiça, com predomínio do bom senso, da razoabilidade e da exequibilidade do encargo a ser suportado pelo devedor. Quantum que nem sempre deverá ser inferior ao do dano patrimonial, eis que a autoestima, a valoração pessoal, o ego, são valores humanos certamente mais valiosos que os bens meramente materiais ou econômicos. Inconformidade com a sentença que fixou o montante da indenização por dano moral” (TJRS, 6ª CC, Ap. Cív. n. 592066575, rel. Des. Osvaldo Stefanello, j. 23/11/93, in JTJRS 163/261).

“A reparação do dano moral deve ter um caráter punitivo e, também, um caráter compensatório. Assim, o seu arbitramento deve recair no arbitrium boni viri do juiz” (TARJ, 4ª CC,

Ap. Cív. n. 10.499, rel. Mauro Fonseca, j. 18/3/92).

Sem descuidar das peculiaridades do caso concreto, convém reunir adminículos em precedentes da Casa. Na Apelação Cível n. 97.009181-8, da Capital, relatada pelo ilustre Des. Cláudio Barreto Dutra, em caso de discriminação profissional em razão de o ofendido possuir cônjuge infectado pelo HIV estabeleceu-se em R\$ 250.000,00 o importe da reparação. Na Apelação Cível n. 50.995, de Ituporanga, da relatoria do preclaro Des. Francisco Xavier Medeiros Vieira, em caso de transfusão de sangue contaminado, foi estipulada a importância de R\$ 200.000,00.

Observe-se que por mais combatidas estejam as finanças do Estado é indissolúvel a abissal distância entre as condições deste e as que ostenta o requerente. Ademais, a intensidade da dor é de grau máximo; quanto a sua duração, acompanhará o requerente por toda a vida — abreviada pela doença — e o fato causador é particularmente grave, uma vez que o dano foi causado em estabelecimento destinado a promover a recuperação da integridade física e mental, dele não se esperando o agravamento do estado de saúde dos pacientes. À luz dos critérios citados e das regras da experiência comum (art. 335, CPC) majora-se a quantia firmada para 2.000 salários mínimos.

2.2. Apesar de isento do pagamento das custas processuais, compete ao Estado ressarcir ao autor as despesas antecipadas por este, tais como as respeitantes aos honorários do perito (fls. 193/5), como determina o art. 20, caput, do Estatuto Proces-

sual Civil. Por isso, modifica-se a sentença também neste ponto.

2.3. No concernente à alegada litigância de má-fé, em que pese terem sido várias as objeções apresentadas pelo requerido, impugnando a nomeação de perito por duas vezes, depois questionando a idoneidade do laudo pericial, não se pode concluir tenha agido com malevolência.

Em princípio, quem contende em juízo o faz de boa-fé. A praesumptio juris tantum derrui unicamente quando indisfarçável o intuito obstativo ao regular desenvolvimento do processo. À míngua de elementos consistentes, que possam revelar a havida de ato atentatório à dignidade da justiça, não se há de irrogar à parte a condição de improbus litigator (v. Al n. 98.017314-0, de Tubarão, relatado pelo subscritor, j. 25/3/99). Na mesma senda, cita-se:

“Existe litigância de má-fé somente quando caracterizada a mani-

festa intenção de prejudicar. Presume-se que os litigantes estejam agindo sempre de boa-fé” (Ap. Cív. n. 50.445, de São Carlos, rel. Des. Eládio Torret Rocha, in DJ de 4/12/95).

3. Por todo o exposto, provê-se em parte o recurso do autor e desprové-se o do réu.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Solon d’Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 17 de agosto de 2000.

Alcides Aguiar,
Presidente para o acórdão;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.002567-5, DE PONTE SERRADA

Relator: Des. Trindade dos Santos

Execução. Cédula de crédito industrial. Embargos acolhidos em parte. Renegociação de débitos vinculados a operações bancárias anteriores. Não entranhamento, nos autos, dos contratos precedentes. Inexigibilidade, incerteza e iliquidez do quantum debeatur. Incidência do art. 618, I, do CPC. Extinção que se decreta. Apelo dos executados, para tanto, provido. Reclamo recursal do credor prejudicado.

Cuidando-se de contratos sucessivamente renovados, existente, pois, encadeamento negocial entre inúmeros ajustes de concessão de crédito, com os posteriores destinando-se a saldar débitos existentes, alguns deles sem qualquer condição de executoriedade, a

última dessas celebrações depende, para a sua executabilidade, do carreamento aos autos de todos os contratos precedentes, a fim de que se tornem averiguáveis os termos das cláusulas tomadas em consideração para a apuração do quantum debeatur levado em conta para a renegociação sob execução. A indispensabilidade da trazida ao bojo do feito executório dos demais pactos torna-se ainda mais premente quando vislumbra-se, dos termos contratados, não a existência de uma novação propriamente dita, senão apenas a renovação do prazo para o pagamento de débitos vencidos, mediante a inserção de novos encargos. Não carreados aos autos executórios os contratos precedentes, a execução proposta inquina-se de incontestável nulidade, por descaracterizadas a liquidez, a certeza e a exigibilidade do débito motivador da demanda, com total afronta ao disposto no inciso I do art. 618 do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.002567-5, da comarca de Ponte Serrada, em que são reciprocamente apelantes e apelados Serraria Gitozzo Ltda., Deomar Tozzo, Enio José Girardi e Banco do Brasil S.A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, emprestar provimento ao recurso dos executados, extinguindo, em decorrência, a executória embargada, prejudicado, conseqüentemente, o apelo intentado pelo exequente.

Custas de lei.

I — Relatório

Serraria Gitozzo Ltda., Deomar Tozzo e Enio José Girardi opuseram embargos à execução da Cédula de Crédito Industrial n. 95/60739-0 intentada pelo Banco do Brasil S.A., tendo por objeto a cobrança do montante de R\$ 994.364,01 (novecentos e noventa

e quatro mil, trezentos e sessenta e quatro reais e um centavo), valor esse atualizado até 23/1/98.

Aduziram que a cédula de crédito industrial tem origem na renegociação de várias dívidas da empresa e do saldo devedor da conta corrente — Cheque Ouro — e que, por tal motivo, o montante inicial do débito encontra-se viciado pela cobrança de juros acima do limite legal, de comissão de permanência, juros capitalizados mensalmente, além de outros encargos ilegais. Dessa forma, pugnaram pela revisão do contrato no âmbito dos embargos deduzidos, com a decretação de nulidade da execução, nos termos do previsto no art. 1.007 do CC.

Em preliminar, invocaram a carência de ação ante a inexigibilidade da cédula de crédito industrial, tendo em vista que a casa bancária, logo após ao ajuizamento da execução, protocolou o pedido de busca e apreensão dos bens alienados fiduciariamente o que, consoante o disposto no

art. 5º do Decreto-Lei n. 911/69, entendem ser defeso, pois o credor pode optar pela executiva ou pela busca e apreensão, não podendo ajuizar as duas demandas ao mesmo tempo.

Ainda em preliminar, argüiram a nulidade da cédula de crédito executada por ter sido emitida para quitar as cobranças de juros lançadas acima de 12% ao ano, incidentes sobre as movimentações da conta corrente, bem como pela incidência de comissão de permanência e outros encargos ilegais e potestativos.

Argumentaram, mais, que a novação da dívida realizada pela citada cédula de crédito industrial encontra-se eivada do vício de simulação, pois a instituição financeira efetuou o cálculo do débito com base nos valores originais das cédulas, quando deveria fazê-lo sobre os respectivos saldos devedores, pugnando, assim, pela decretação de nulidade do título com base nos arts. 145 e 1.007 do Código Civil.

No mérito, defenderam a possibilidade de revisão do contrato em defesa apresentada em embargos do devedor; a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; a limitação dos juros ao patamar fixado pelo art. 192, § 3º, da Constituição Federal, bem como a declaração de ilegalidade de anatocismo; a nulidade da cláusula de inadimplemento descrita na cédula de crédito industrial, visto que determina a incidência de comissão de permanência "à taxa de mercado", infringindo sobremaneira a norma do art. 51, IV e X, do CDC e a do art. 115 do CC ao permitir que o credor altere o preço unilateralmente.

Insurgiram-se, também, contra a cobrança de encargos com base na TBF, afirmando que tal taxa é totalmente inconstitucional.

Finalizaram requerendo o acolhimento das preliminares com a consequente extinção da execução ou a procedência do pedido inicial, declarando a nulidade da cobrança de juros acima de 12% ao ano, bem como da cobrança de comissão de permanência à base da taxa de mercado e a inconstitucionalidade da TBF. Pleitearam, ainda, a condenação do embargado ao pagamento de honorários advocatícios e custas processuais.

Na impugnação que ofertou, o estabelecimento bancário credor impugnou todas as preliminares argüidas e, no mérito, manifestou-se acerca da inaplicabilidade dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor por considerar que a relação existente entre as partes não é de consumo; disse que o art. 192, § 3º, da CF não é auto-aplicável por depender de regulamentação, sendo perfeitamente legal, ao contrário, a taxa de juros pactuada, mesmo que capitalizados sejam eles.

Enfatizou a legalidade da incidência da comissão de permanência nos termos do disposto no contrato, bem como a possibilidade, in casu, da aplicação da TBF.

Concluindo, pugnou pela rejeição dos embargos com a condenação dos embargantes em honorários advocatícios e demais cominações legais.

Houve resposta à peça de impugnação (fls. 90 a 101).

A audiência de conciliação realizada resultou inexitosa (fl. 109).

Em julgamento antecipado, por tratar-se apenas de matéria de direito, o douto Magistrado a quo acolheu parcialmente o pedido inicial e determinou a limitação dos juros em 12% ao ano no cálculo do débito em execução; declarou a ilegalidade da comissão de permanência e a cobrança de encargos com a utilização dos índices relativos à TBF.

E, em face da sucumbência recíproca, condenou cada parte a arcar com a metade dos valores correspondentes às custas processuais e, quanto aos honorários, acolheu a lição de Humberto Theodoro Júnior, citando que “se a derrota for igual (50%), a verba de um anulará a do outro, de modo que não haverá honorários” (fl. 136).

Irresignados com o teor do decisorium prolatado, os embargantes interuseram recurso de apelação, reiterando as preliminares suscitadas na peça inicial dos embargos, pugnando pela carência de ação pela inexigibilidade da cédula de crédito industrial e a conseqüente nulidade da executória.

No mérito, insurgiram-se contra a decisão do Magistrado que declarou incabível a revisão dos contratos em sede de embargos do devedor, posto terem eles aduzido o excesso de execução em razão de se originar a cédula exequenda em dívidas novadas, o que demonstra uma relação continuativa negocial, devendo ser reconhecidas, aqui, as nulidades de todos os encargos pactuados, revisando-se a dívida desde sua origem.

Rebelaram-se os embargantes, também, contra a disposição da sentença acerca dos honorários advocatí-

cios, anotando que tal verba jamais poderia ser anulada, pois, com o advento da Lei n. 8.906/94, os honorários passaram a pertencer aos advogados e não às partes, havendo, então, uma derrogação de parte do art. 21 do CPC, afastando, assim, a possibilidade de compensação.

Requereram, por isso, o provimento do apelo e a condenação da casa bancária ao pagamento dos honorários advocatícios e custas processuais.

A instituição financeira exequente igualmente deduziu recurso de apelação contra o provimento jurisdicional expedido, enfatizando, mais uma vez, a exigibilidade da comissão de permanência, a possibilidade de incidência dos juros acima de 12% ao ano, a legalidade da utilização de índices relativos à TBF, pugnando pelo provimento do apelo ou, na hipótese contrária, a indicação do referencial a ser aplicado tanto no período de normalidade como para o período de inadimplência, tendo em vista que a decisão não determinou a incidência de qualquer índice em substituição aos declarados ilegais.

Ambos os apelos foram respondidos (fls. 163 a 171 e 173 a 183).

II — Voto

O recurso intentado merece provimento para reconhecer a nulidade da execução aforada pelo Banco do Brasil S.A. contra Serraria Gitozzo Ltda., Deomar Tozzo e Enio José Girardi, ficando as preliminares, então, prejudicadas em sua análise.

Tanto na exordial dos embargos interpostos, como na vestibular

apelatória, os embargantes fazem presente a arguição de que o título exequendo — Cédula de Crédito Industrial n. 95/60739-0 — teve origem em débitos referentes a outras cédulas de crédito industrial e de contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente — Cheque Ouro — fato esse que resta confirmado pelos próprios termos do ajuste exequendo, quando assim dispõe:

“O crédito destina-se única e exclusivamente à liquidação/amortização das seguintes dívidas do emitente junto ao Banco do Brasil S.A.:

“— operação 95/00109-3, emitida em 18/4/95 no valor original de R\$ 120.000.00; 95/00125-5, emitida em 5/6/95 no valor original de R\$ 40.000.00; 95/00128-X, emitida em 13/6/95 no valor original de R\$ 150.000.00; 95/60289-5, emitida em 6/7/95 no valor original de R\$ 110.000.00; 95/00116-6, emitida em 29/5/95 no valor original de R\$ 30.000.00; 95/00101-8, emitida em 5/5/95 no valor original de R\$ 65.000.00; 94/30289-8, emitida em 30/11/94 no valor original de R\$ 8.000.00, e saldo devedor de Cheque Ouro” (fl.18 dos autos da execução em apenso).

Tem-se, então, de modo explícito e confessado pelo próprio exequente, que o título executado teve como objetivo saldar débitos inadimplidos pelos embargantes, referentes a outras operações econômicas, dentre as quais a de saldo negativo de contrato de crédito rotativo.

Denota-se que o contrato bancário em epígrafe conferiu apenas nova modalidade de pagamento ao débito oriundo das operações creditícias

anteriores, renovando o prazo de seu pagamento, sem ter ocorrido novação, consoante se observa na própria avença contratual, substituindo-se apenas as anteriores e englobando-as em um único contrato, acrescendo o débito anterior de novos encargos.

O contrato exequendo, é de ser sublinhado, não contém cláusula que expresse a intenção de novar, ou mesmo qualquer manifestação de vontade de assim fazê-lo.

Sabe-se que a novação permite que se substitua uma dívida pela outra, sendo que, com a assunção da segunda, a primeira torna-se extinta.

Diz o art. 999 do Código Civil:

“Dá-se a novação:

“I — quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior”.

Inscribe-se no art. 1.000, porém que:

“Não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira”.

Em lição que se acopla qual uma luva à situação aqui detalhada, observa o insigne Antunes Varela:

“Se a idéia das partes é apenas a de alterar ou modificar o objeto da obrigação, o tempo ou o modo do seu cumprimento (elevando a taxa de juros, incluindo correção monetária, alterando o lugar da entrega da mercadoria etc.), mas sem a intenção de a dar por extinta, não há novação. Há apenas modificação ou alteração da obrigação” (Direito das Obrigações, Forense, 1978, vol. II, pág. 214).

De forma idêntica, proclama o lapidar Washington de Barros Monteiro:

"(...) não há novação, quando à obrigação apenas se adicionam novas garantias, quando se concede moratória ao devedor, ou quando se lhe defere abatimento do preço, maiores facilidades de pagamento ou reforma do título".

Linhas após, diz o respeitado jurista:

"Em resumo: intenção de novar não se presume. Deve ser expressamente declarada pelas partes, ou resultar, de modo inequívoco, da natureza das obrigações inconciliáveis entre si. Não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira" (Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, Saraiva, 1960, 1º vol., pág. 326).

Segundo o lapidar J. M. Carvalho Santos:

"O animus novandi é erigido em elemento decisivo para a novação. Não se presumindo, necessário se faz que seja expresso, ou pelo menos tácito, resultando dos termos da convenção, ou das circunstâncias de modo a tornar destacada a segunda obrigação da primeira" (Código Civil Brasileiro Interpretado, 6ª ed., Livraria Freitas Bastos, 1955, pág. 178).

Assim:

"Ação ordinária. Contrato de abertura de crédito fixo. Novação. Inocorrência. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade aos contratos bancários. Multa contratual. Redução para 2%. TBF pactuada. Cumulação com comissão de permanência. Impossibilidade. Juros. Capitalização. Vedação legal. Limitação a 12% ao ano. Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, CF.

"É indispensável, para ocorrer novação, que assim seja da vontade expressa das partes ou por incompatibilidade entre o novo pacto e o anterior, isto porque, não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira" (RT 591/149).

Da mesma forma, colhe-se do escólio do abalizado Sílvio Rodrigues:

"...há novação quando as partes criam obrigação nova para extinguir uma antiga. Assim, a novação é um modo de extinção de obrigações. Todavia, ao mesmo tempo que através dela a primitiva obrigação perece, uma outra surge, tomando seu lugar. Aliás, é o surgimento desta última que produz a extinção da anterior. Dessa maneira, a novação é uma operação que, de um mesmo alento extingue uma obrigação e a substitui por outra, que nasce naquele instante" (Direito Civil: parte geral das obrigações, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, vol. II, pág. 231).

E, ao manifestar-se a respeito do animus novandi, assinala o mestre:

"Este elemento é de tal relevância no caracterizar a novação que a própria lei determina que, não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira" (op. cit., pág. 239).

No caso em exame, insistimos, os apelantes/embarbantes não contraíram nova dívida com a casa financeira recorrida, com o objetivo de extinguir e substituir os negócios originários, e sim, apenas, efetuaram uma renegociação da dívida pendente com o alargamento do prazo para pagamento.

E sabe-se que:

“A tolerância quanto à observância de prazo, seja pela prorrogação, ou eliminação daquele ajustado, autoriza, à falta de outras obrigações em sentido contrário, tão-somente, o reconhecimento de alteração ou modificação da obrigação originária, posto que não se caracteriza, nestas hipóteses, a novação, cujos elementos essenciais não sejam afetados. Outrossim, a intenção de novar não se presume. Deve ser expressamente declarada pelas partes, ou resultar, de modo inequívoco, da natureza das obrigações inconciliáveis entre si; não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira” (JB 124/170).

Também, disse este Pretório, pelo acórdão da lavra do sempre lembrado Des. Eder Graf, que:

“Novação não se presume” (Ap. Cív. n. 32.857).

Ainda deste Tribunal:

“A novação não se presume, devendo o animus novandi resultar cabalmente provado” (JC 53/140).

“Como preleciona o insigne Clóvis Bevilacqua ‘A novação de dívida pressupõe: 1) o acordo entre as partes; 2) uma obrigação válida anterior; 3) o ânimo de novar, expresso ou claramente demonstrado deduzido dos termos da nova obrigação, porque, na falta desta intenção, subsistem as duas obrigações, vindo a segunda a reforçar a primeira; 4) validade da segunda obrigação” (Ap. Cív. n. 23.810, rel. Des. Ernani Palma Ribeiro, JC 51/133).

“Novação. Sem que uma dívida seja efetivamente substituída pela outra, não há novação” (AI n. 3.421, rel. Des. Norberto Ungaretti).

Da nossa lavra:

“Novação — Ausência de animus novandi — Descaracterização.

“Para que resulte caracterizada a novação, de todo imprescindível é a comprovação da existência de uma efetiva intenção de novar, pois essa intenção, consistente na vontade irrefutável de extinguir o crédito primitivo, é o elemento tipificador por excelência do instituto em causa. O ânimo de novar, todavia, não se presume, pelo que, expressamente excluído ele pelas partes, a nova obrigação estipulada há que ser entendida como meramente confirmatória da anterior” (Ap. Cív. n. 52.273, de Imituba).

No caso em exame, insistimos, os apelantes não contraíram nova dívida com o apelado, com o objetivo de extinguir e substituir o contrato originário e sim, apenas, efetuaram uma renegociação da dívida, com o alargamento do prazo para pagamento.

Ensina, a propósito, o emérito Sergio Carlos Covello:

“O contrato pode ser prorrogado ou renovado. Em se tratando de prorrogação, o que ocorre é simples modificação de um dos elementos do contrato — o prazo — e não implica em novação das obrigações contratuais que subsistirão em sua integridade. Na renovação, ao contrário, dá-se um novo contrato, supondo-se que o primitivo se extinguiu no vencimento do prazo prefixado, se não houve nenhuma prorrogação antes do termo final. Nesta hipótese, as obrigações que a partir do momento da renovação vinculam as partes não são derivadas do contrato primitivo, mas as nascidas do segundo contrato” (Contratos Bancários, Saraiva, 1991, 2ª ed., pág. 209).

Na hipótese sub judice, presente na celebração contratual que instrui o feito executório cláusula de ratificação das obrigações precedentes há verdadeira confissão de dívida, sem que se vislumbre a intenção de extinguir as obrigações anteriores, o que se afasta por completo a ocorrência de novação.

A ratificação em questão há que ser entendida como confirmação das obrigações ratificadas e cujos saldos devedores deram margem ao nascimento do título sob execução, à luz do art. 1.000 do Código Civil, mantido intacto o liame obrigacional primitivo.

E, inexistente novação, a apresentação do demonstrativo completo da evolução de toda a dívida desde sua origem e dos contratos que a originou (operações descritas anteriormente — fl. 18 da execução) são condições essenciais para o desenvolvimento válido e regular do processo, sendo nula a execução que assim não o fizer.

In casu, verifica-se que o exequente, além de não apresentar o demonstrativo completo, também não juntou aos autos os contratos que originaram a dívida, estando, por conseguinte, a execução destituída de qualquer condição de procedibilidade.

Portanto, a Cédula de Crédito Industrial n. 95/60739-0 apresentada, sem as anteriores que deram procedência à dívida e ainda sem a demonstração da evolução de todo o débito desde os seus primórdios, não se reveste dos requisitos essenciais que formam o título executivo, restando frustrada a execução por falta desse mesmo título.

O processo executório, enfatize-se, deveria, para a sua plena validade, fazer-se instruído com todos os documentos representativos da obrigação originária, vez que as cláusulas contidas nos contratos precedentes integram o contexto da lide, assumindo extrema relevância para possibilitarem a discussão acerca da liquidez, certeza e exigibilidade do quantum debeatur.

O Superior Tribunal de Justiça conforta esse entendimento, quando diz:

“...não há razão para limitar o exercício jurisdicional na revisão de contratos sucessivamente renovados, mesmo no caso de emissão de título, porque a dívida que serve de ponto de partida para o cálculo do débito resulta da aplicação de cláusulas previstas em contratos anteriores, em um encadeamento negocial que não pode ser visto isoladamente” (REsp n. 218.701/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Em precedente que bem demonstra a atual tendência deste Órgão Fracionário acerca do assunto, foi dito:

“Embargos à execução lastreada em ‘instrumento particular de contrato de abertura de crédito com reconhecimento e quitação de dívidas e outras avenças’ — Julgamento antecipado da lide — Cerceamento de defesa não demonstrado — Sentença bastante fundamentada — Nulidade afastada.

“Novação objetiva tácita — Inocorrência — Reconhecimento de débito e sua renegociação com o prolongamento do prazo para o pagamento — Obrigação originária que não se al-

terou na substância, na forma, ou no objeto — Imprescindibilidade para a instrução do feito da juntada dos documentos que deram origem à dívida.

“Ausência do contrato consolidado na confissão de dívida — Liquidez não evidenciada — Nota promissória que não goza de autonomia — Extinção do processo sem o julgamento do mérito — Inteligência do inc. I do art. 618 do CPC — Recurso desprovido.

“Em não havendo novação, torna-se imprescindível à instrução do feito a juntada dos documentos que originaram o débito, de modo a caracterizar a liquidez, a certeza e exigibilidade do quantum debeat.

“Destarte, ausente o contrato consolidado na confissão de dívida, inviável se apresenta a execução diante da inegável falta de liquidez e certeza do título executado, visto que mister se faz a análise dos créditos reconhecidos para que não prevaleçam vícios desconhecidos” (Ap. Cív. n. 98.015113-9, de Santa Cecília, rel. Des. Alcides Aguiar).

Adicione-se o seguinte acórdão de nossa relatoria:

“Execução — Contrato de confissão e composição de dívidas — Novação contratualmente arredada — Indispensabilidade da juntada aos autos do contrato originário — Execução nula — Reconhecimento judicial — Incensurabilidade do decisum — Reclamo recursal desatendido.

“Renegociados débitos anteriores, com exclusão contratual expressa de novação, o que ocorre é apenas a dilatação do prazo de vencimento da obrigação anterior em a inserção de novos acessórios e com o instru-

mento de renegociação complementando apenas o contrato originário.

“Nesse contexto, a expressão executória do ajuste de repactuação perpassa pelo entranhamento aos autos do contrato renegociado, demonstrada a evolução do débito desde os seus primórdios” (Ap. Cív. n. 99.019803-0, de Anita Garibaldi).

Em julgamento mais recente, disse este Pretório:

“Embargos à execução. Execução fundada em confissão de dívidas de cédula de crédito comercial e contrato de abertura de crédito rotativo. Ratificação expressa das cláusulas das obrigações precedentes. Inocorrência de novação. Confirmação das obrigações anteriores. Artigo 1.000 do Código Civil. Perda da autonomia da confissão de dívida. Impossibilidade de se executar contrato de crédito rotativo. Falta de título executivo. Extinção do processo. Litigância de má-fé afastada.

“Não há novação estribada em confissão de dívida que se limita a repactuar contrato anterior, mantendo ou ratificando cláusulas convencionadas originalmente.

“Ante a presença de cláusula contratual que ratifica as obrigações precedentes à confissão, sem que se vislumbre a intenção de extinguir aquelas, afasta-se por completo a ocorrência de novação. Por isso, a confissão há de ser entendida como confirmação das obrigações anteriores, à luz do artigo 1.000 do Código Civil, mantido intacto o liame obrigacional primitivo.

“Certificada a inexistência de novação, perece a autonomia da confissão de dívida fundada em contrato

de crédito rotativo, ressurgindo a obrigação confessada. Não sendo ela representada por título executivo, nula é a execução, impondo-se a extinção do processo.

“Em todos os ordenamentos jurídicos tem-se consagrado o entendimento segundo o qual ‘a situação emergente da ilicitude originária não desaparece com o reconhecimento da dívida’ (Pierangelo Catalano)” (Ap. Cív. n. 98.012653-3, de Sombrio, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJE n. 10.669, de 26/3/2001, pág. 25).

Da mesma forma, disse o egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul:

“Contratos bancários. É cabível a revisão de todos os contratos mesmo consolidados em renegociação de débito. Relações negociais que constituem uma situação jurídica continuativa que deve ser encarada como uma unidade. Limitação legal de juros e sua capitalização. Juros moratórios. Sucumbência. Provimento do apelo adesivo” (Ap. Cív. n. 196104160, rel. Juiz de Alçada Moacir Leopoldo Haeser).

“Relação jurídica continuativa. Revisão dos contratos. Possibilidade.

“É possível a revisão dos contratos, argüida em defesa nos embargos do devedor, quando o último, ora em execução, consolida débitos anteriores. Nesses casos a relação jurídica deve ser examinada como uma unidade. Aplicação dos arts. 939 e 1.007 do CC. Limite legal de juros remuneratórios, moratórios e capitalização. Aplicação do Decreto n. 22.626. redefinição da sucumbência. Apelo parcialmente provido” (Julgados do TARGS 103/246, Ap. Cív. n.

196192462, Juiz de Alçada Moacir Leopoldo Haeser).

“Contrato bancário. Revisão judicial deferida, inclusive para contratos já quitados. Incidência do art. 965 do CC.

“Se a prova revela que entre o Banco e o devedor se estabeleceu continuidade negocial em que contratos subseqüentes quitavam os anteseqüentes, gerou-se situação jurídica continuativa, a possibilitar a revisão negocial em sua globalidade, inclusive para retirar juros inconstitucionais dos contratos já quitados. Inconstitucionalidade dos juros é nulidade que não convalesce (...)” (Ap. Cív. n. 194.0029-03, de Estrela).

Ainda porque, essencial para que se decida acerca do efetivo quantum debeat de responsabilidade dos executados, é que se examine as pretensas nulidades existentes nos contratos solidificados na cédula de crédito sob execução, possibilitando-lhes a extirpação, acaso comprovado afrontarem os encargos impostos do ordenamento jurídico pátrio, mormente o Código de Defesa do Consumidor.

E há disposição expressa no Código Civil, mais precisamente em seu art. 1.007, que não se podem validar por novação obrigações nulas ou extintas.

Não há, diremos, nulidade maior do que a infração expressada na Lei de Usura, da limitação legal dos juros e do próprio Código de Defesa do Consumidor, com indevida submissão do devedor à vontade do credor.

Assim, perfeitamente possível o exame da legalidade do débito em execução, desde sua origem, porquanto essencial à própria validade da

execução, podendo a matéria ser arguida em defesa com base na regra do art. 939 do CC, que autoriza a retenção do pagamento até que o credor dê quitação regular do valor efetivamente devido.

Por outro lado, impõe-se observado que a cédula de crédito em execução engloba em parte repactuação sobre saldo devedor de contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente — Cheque Ouro — contrato esse absolutamente inexecutível.

Mais uma razão, pois, a contornar visceralmente a questionada cédula de crédito como título hábil a, isoladamente, fomentar processo de execução.

Ora, conforme já fixou este Tribunal, por acórdão da lavra do eminente Des. Pedro Manoel Abreu:

“O contrato de abertura de crédito em conta corrente, mesmo acompanhado dos respectivos extratos, não constitui título executivo, nos termos do art. 585, inc. II, do CPC. ‘Os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade devem estar ínsitos no título. A apuração de fatos, a atribuição de responsabilidades, a exegese de cláusulas contratuais tornam necessário o processo de conhecimento, e descaracterizam o documento como título executivo’ (RSTJ 8/371)” (Ap. Cív. n. 98.002728-4, de Xanxerê, j. 30/3/2000).

Aliás, este Pretório, pela sua egrégia Seção Civil, culminou por sumular a matéria, via verbete 14, que enuncia in verbis:

“O contrato bancário de abertura de crédito rotativo em conta corrente, ainda que acompanhado dos respectivos extratos de movimentação

da conta corrente e assinado pelo devedor e duas testemunhas, não é título executivo extrajudicial”.

Mas, visando a contornar os efeitos dessa inexecutoriedade, as entidades financeiras pátrias começaram a promover, com seus clientes, termos de confissão de dívida ou de renegociação de débito, lançando mãos de instrumentos executoriamente hábeis, a fim de emprestar exequibilidade a saldos devedores que não a tinham.

Atentos a essas manobras totalmente fraudulentas e atentatórias contra a dignidade da Justiça e contra os princípios inseridos na Codificação Protetiva dos Consumidores, os nossos Tribunais passaram a considerar ilícidos e, pois, inexecutáveis os títulos de crédito vinculados a contratos destituídos das condições de executoriedade.

Assim, disse este Pretório:

“Perde a autonomia a nota promissória emitida como garantia do cumprimento da obrigação contida no contrato de abertura de crédito em conta corrente, e se este não possui liquidez, aquela segue o mesmo destino” (Ap. Cív. n. 99.000972-6, de Criciúma, rel. Des. Silveira Lenzi).

Os estabelecimentos bancários, certamente insatisfeitos com a verdadeira poda que foi feita em suas pretensões de conferir executoriedade, por vias transversas, a contratos destituídos de liquidez, certeza e exigibilidade, passaram, como dito, a transformar os respectivos saldos devedores em termos de confissões de dívida, em repactuação por meio de contratos de abertura de crédito fixo e, até mes-

mo, de cédulas de crédito em qualquer uma de suas modalidades.

A propósito, de total valia é a lição que nos é dada por Pierangelo Catalano, quando observa com extrema acuidade que:

“Em todos os ordenamentos de Direito Civil a situação emergente de ilicitude originária não desaparece com o ‘reconhecimento da dívida’. No ordenamento jurídico argentino o artigo 723 do Código Civil dispõe: ‘Si el acto del reconocimiento agrava la prestación original, o la modifica en perjuicio del deudor, debe estarse simplemente al título primordial, si no hubiese una nueva y lícita causa de deber’” (Princípios Gerais do Direito, Direito à Vida e Dívida Externa. Cidadania e Justiça. Rio de Janeiro, 1º semestre/2000).

É que não se pode simplesmente erradicar, pela mera confissão, vícios que maculavam os créditos reconhecidos, pois esses vícios, entre os quais se incluem a falta de liquidez e certeza, transferem-se ao título expressor do reconhecimento ou confissão de dívida, nele subsistindo e desqualificando-o como título executivo extrajudicial.

Resulta do exposto que a execução promovida encontra-se contaminada de absoluta nulidade, conforme resulta o disposto no inciso I do art. 618 do CPC.

Destarte, reconhece-se o vício no título executivo apontado pelos embargantes, qual seja, sua nulidade, decretando-se, então, a extinção da execução.

III — Decisão

Diante do exposto, apresenta-se provimento ao apelo instaurado pelos executados/embargantes, reconhecendo-se o embargado como carcedor da ação executiva, conforme art. 267, incisos IV e VI, do CPC, condenado-se, por consequência, a instituição financeira apelada ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, estes que ficam arbitrados em R\$ 20.000,00, conforme art. 20, § 4º, do CPC.

Em decorrência, julga-se prejudicada a insurgência recursal promovida pelo estabelecimento de crédito exequente.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Des. Maria do Rocio Santa Ritta.

Florianópolis, 29 de março de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.008467-0, DE ITAJAÍ**Relator: Des. Silveira Lenzi**

Danos morais. Inscrição indevida no Serasa. Ação de consignação ajuizada anteriormente.

“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” (Min. Barros Monteiro).

Comprovação do dano. Desnecessidade.

Em sede de dano moral, na sistemática atual, não se cogita da necessidade de prova do prejuízo sofrido. A consciência de que determinado procedimento atinge a moralidade e a tranqüilidade psíquica do indivíduo é suficiente para estar configurado o dano, bastando a demonstração da prática do ato ilícito e o nexu causal.

Quantum indenizatório. Fixação pelo juiz. Código Civil, art. 1.553.

O juiz tem amplos poderes para estabelecer a forma e o valor da reparação aplicável ao caso concreto. É pacífico na doutrina que ao juiz é dado o poder de decidir acerca do quantum debeatur, devendo agir de forma prudente e eqüitativa, sopesando aspectos importantes, tais como: o nível econômico do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, o grau de culpa do ofensor e a extensão do dano.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.008467-0, da comarca da Itajaí (2ª Vara), em que é apelante Banco ABN—AMRO S.A., sendo apelado Eduardo de Abreu:

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

Custas na forma da lei.

1 — Relatório

Trata-se de ação ordinária de indenização por perdas e danos morais por abalo de crédito, cumulada com pedido de antecipação de tutela aforada por Eduardo de Abreu, em que figura como réu Banco ABN—AMRO S.A.

Colhe-se da demanda que as partes firmaram, em data de 13/3/97, contrato de financiamento com alienação fiduciária, tendo por objeto o veí-

culo Fiat, modelo Palio, financiado em 24 (vinte e quatro) parcelas, com vencimento a partir de 13/4/97 e termo final em 13/3/99.

Em 21/1/99, o autor ingressou com uma ação de consignação em pagamento (fls. 27/34) para a discussão dos valores de parcelas em atraso, às quais foram acrescidos, segundo ele, valores extorsivos e abusivos. Na mesma data, o réu ajuizou ação de busca e apreensão (fls. 42/49), cuja liminar foi deferida em 22/1/99 (fls. 50/55), cujo mandado restou prejudicado em face da sentença proferida na ação de consignação e pagamento, que suspendeu a ordem (fls. 36/37).

Entretanto, após proferida a sentença na ação de busca e apreensão, o autor, ao realizar compras no comércio da cidade de Brusque, deparou-se com a impossibilidade de fazê-las mediante emissão de cheque visto haver restrição impeditiva constante do banco de dados da Centralização de Serviços Bancários — Serasa.

Sentenciando, o Togado a quo julgou procedente o pedido, pela sentença de fls. 211/220, condenando o réu ao pagamento, a título de danos morais, do valor de R\$ 268.500,00 (duzentos e sessenta e oito mil e quinhentos reais), equivalente a 100 (cem) vezes o valor do débito consignado, devidamente atualizado e acrescido de juros de mora, a partir do ajuizamento da ação até a data do efetivo pagamento, bem como custas e honorários advocatícios, fixados estes em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Irresignado, apela o vencido, afirmando que: a) a inserção do nome do autor nos órgãos restritivos de crédito deu-se em virtude de ele ter deixado de pagar parcela vencida, decorrente do contrato de financiamento, e que tal providência é medida meramente administrativa; b) o apelado não apresentou provas dos danos sofridos; c) o valor fixado a título de dano moral é excessivo; e d) a condenação em honorários advocatícios e custas processuais foi fixada em percentual muito elevado.

Apresentadas as contra-razões, alçaram os autos a esta Superior Instância.

2 — Voto

Compulsando os autos, depreende-se que a inserção do nome do autor no Serasa é fato incontroverso, tendo sido expressamente confessado pelo réu, que afirma se tratar de uma providência meramente administrativa, não tendo o banco obrado com culpa ou dolo.

Todavia, é pacífico o posicionamento jurisprudencial no sentido de que havendo discussão judicial acerca do montante da dívida, inoportuna a inscrição do nome do devedor nos órgãos de controle de crédito, tais como Serasa e SPC, particularmente quando não demonstrado o perigo para o credor.

O Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, assim já decidiu:

“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, Min. Barros Monteiro, j. 24/6/98, DJU 21/9/98).

E:

“Processual civil — Cautelar — Suspensão de medida determinativa de inscrição do nome do devedor no SPC ou Serasa.

“I — Não demonstrado o perigo de dano para o credor, não há como deferir seja determinada a inscrição do nome do devedor no SPC ou Serasa, mormente quando este discute em ações aparelhadas os valores sub iudice, com eventual depósito ou caução do quantum. Precedentes do STJ.

“II — Recurso conhecido e provido” (REsp. n. 161.151/SC, Min. Waldemar Zveiter, DJU 29/6/98, pág. 175).

Nesse sentido: REsp n. 247.231/BA, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18/4/00, DJU de 5/6/00, pág. 175; AGREsp n. 165.669/MG, Min. Nilson Naves, j. 22/2/00, DJU 19/6/00, pág. 141; AGA n. 240.361/RS, Min. Waldemar Zveiter, j. 3/2/00, DJU 17/4/00, pág. 62; AGA n. 265.718/PR, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 22/2/00, DJU 10/4/00, pág. 90; e AGA n. 204.150/SP, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14/12/99, DJU 8/3/00, pág. 123.

Assim, verifica-se que o apelante incorreu em culpa grave ao inserir irregularmente o nome do apelado no cadastro do Serasa, advindo daí conseqüências funestas para a vida do apelado, resultando em danos morais que devem ser devidamente indenizados.

O insurgente afirma, ainda, que o apelado não fez prova dos danos sofridos.

Contudo, em sede de dano moral, na sistemática atual, não se cogita da necessidade de prova do prejuízo sofrido. A consciência de que determinado procedimento atinge a moralidade e a tranqüilidade psíquica do indivíduo é suficiente para estar configurado o dano, bastando a demonstração da prática do ato ilícito e o nexo causal.

Carlos Alberto Bittar leciona:

“O dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva.

“(…)

“Não cabe ao lesado, pois, fazer demonstração de que sofreu, realmente, o dano moral alegado” (Reparação Civil por Danos Morais, 3ª ed., São Paulo, RT, 1998, pág. 216).

O Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, assim já se manifestou:

“Processo civil. Agravo interno. Recurso especial. Dissídio não caracterizado. Dessemelhança fática dos julgados confrontados. Dano moral. Inscrição irregular. Serasa. Prova. Desnecessidade. Orientação da Turma. Recurso desprovido.

“I — Dessemelhantes as bases fáticas, não há falar em dissídio jurisprudencial, não obstante tenha a parte observado a necessidade do cotejo analítico.

“II — Nos termos da jurisprudência da Turma, em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, ‘a exigência de prova de dano mo-

ral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular nesse cadastro” (AGA n. 203.613/SP, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21/3/00, DJU 8/5/00, pág. 98).

Na mesma linha: REsp n. 86.271/SP, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 10/11/97, DJU 9/12/97, pág. 64.684; REsp n. 165.727/DF, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16/6/98, DJU 21/9/98, pág. 196; REsp n. 51.158/ES, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 27/3/95, DJU 29/5/95, pág. 15.525.

Outro não é o entendimento deste Tribunal, como se pode colher do seguinte julgado:

“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, Des. Carlos Prudêncio, j. 4/5/99).

Nesse sentido: Ap. Cív. ns. 99.012909-8, de Concórdia, Des. Carlos Prudêncio, j. 21/10/99; 98.011452-7, de Criciúma, Des. Sérgio Paladino, j. 23/11/99; 99.015775-0, de Chapecó, Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 9/11/99.

Finalmente, no que tange à fixação do quantum debeatur, é pacífico na doutrina que ao juiz é dado este poder, devendo, de forma prudente e equitativa, sopesar aspectos importantes, tais como: o nível econômico do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, o grau de culpa do ofensor e a extensão do dano. Outra não é a exegese do art. 1.553 do CC.

Na aferição do binômio nível econômico do ofendido e capacidade econômica do ofensor, o juiz deve pautar-se pela moderação, estabelecendo um valor tal que seja possível ser suportado pelo lesante, posto que na doutrina atual o principal objetivo da fixação do valor indenizatório é servir de desestímulo à prática de novos ilícitos, não se descurando, entretanto, de que a indenização visa, também, a proporcionar ao ofendido uma compensação pelo dano sofrido.

Caio Mário da Silva Pereira, invocando lições de Mazeaud e Mazeaud e Alfredo Minozzi, leciona:

“Na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o pretium doloris, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material” (Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1989, pág. 338).

No caso em exame, o ofendido é pessoa de situação econômica favorável, desfrutando de bom conceito perante a comunidade em que vive, sendo profissional da área de direito, na qual, particularmente, sabe-se, a lisura na conduta serve de cartão de apresentação. O ofensor, por sua vez, é instituição financeira internacional, detentora de uma extraordinária condição econômica, estando entre os maiores bancos do mundo, podendo, portanto, arcar com a indenização imposta, a qual serve, primordialmente,

como fator de desestímulo à prática de novos atos dessa natureza.

Quanto ao grau de culpa do agente, verifica-se que o apelado em nada contribuiu para que o seu nome fosse incluído no cadastro de maus pagadores. Por outro lado, afirma o apelante que a inclusão foi uma providência meramente administrativa. Entretanto, agiu o insurgente com culpa grave ao inserir o nome do apelado no cadastro do Serasa enquanto pendia ação de consignação em pagamento, da qual tinha plena ciência, e que inclusive obstou a busca e apreensão do bem.

Inquestionáveis as conseqüências trazidas pelo ato à boa fama do recorrido.

Igualmente, descabe a argumentação de que não houve repercussão no patrimônio do apelado, pois não se trata de indenização por dano material, e, sim, moral.

Dessa forma, em face dos elementos carreados aos autos, verifi-

ca-se adequado o valor de R\$ 268.500,00 (duzentos e sessenta e oito mil e quinhentos reais), fixado a título de indenização por dano moral, não caracterizando enriquecimento sem causa, servindo, antes, de desestímulo à prática de atos desta natureza.

A sucumbência deve ser mantida nos termos da sentença.

3 — Decisão

Do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 22 de agosto de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.021559-8, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Indenização com base no direito comum — Denúnciação da lide ao motorista do veículo (art. 70, inc. III, do CPC) — Indeferimento — Decisão acertada — Inexistência de relação jurídica entre a litisdenunciante e o litisdenunciado — Agravo retido desprovido — Funcionário de concessionária — Acidente do trabalho provocado por cliente quando da realização de test drive — Precariedade do sistema adotado pela empresa — Culpa demonstrada — Sentença de procedência do pedido mantida — Apelação desprovida — Antecipação parcial da tutela — Necessidade de correção cirúrgica em caráter de urgência, conforme atestado médico incluso — Presença dos requisitos do art. 273 do CPC — Deferimento.

— “A jurisprudência do STJ acolheu entendimento no sentido de que, não havendo relação jurídica entre litisdenunciante e litisdenunciado, não há como se admitir o pedido de denunciação da lide” (Theotonio Negrão, in *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 28ª ed., 1997, à pág. 130).

— Com o advento da Constituição Federal de 1988, ampliou-se a responsabilidade das empresas no que pertine à segurança de seus empregados, cuja reparação por danos ocorridos depende, tão-somente, da comprovação de dolo ou culpa, esta ainda que em grau leve.

— “Poderá ocorrer que a situação de perigo de dano irreparável ao direito se configure quando o processo esteja na sua fase recursal. Se couber medida cautelar, esta deverá ser requerida diretamente ao Tribunal (‘interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao Tribunal’, diz o parágrafo único do artigo 800, na sua atual redação), que a concederá ou não à luz dos pressupostos próprios do processo cautelar. Porém, se a única maneira de afastar o perigo ao direito é a sua satisfação antecipada, a solução que o novo sistema oferece é o pedido de antecipação, que, igualmente, será dirigido ao Tribunal e será apreciado pelo órgão competente para o julgamento do recurso, ou pelo relator, conforme dispuser o regimento interno. A concessão da medida dependerá do atendimento das exigências do art. 273: risco iminente de perecimento ou de dano ao direito, prova inequívoca e verossimilhança da alegação” (apud Ap. Cív. n. 97.007356-9, de Balneário Camboriú).

I — Relatório

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.021559-8, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que é apelante Itavel — Itajaí Veículos Ltda., sendo apelado Everton Freitas de Souza:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo retido e à apelação, concedendo a antecipação parcial da tutela postulada às fls. 343/344.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Itajaí, Everton Freitas de Souza, qualificado à fl. 2, com base nos artigos 159 e 1.521, inc. III, Código Civil, aforou ação de reparação de danos por acidente do trabalho contra a empresa Itavel — Itajaí Veículos Ltda., para haver desta uma indenização correspondente a “R\$ 116.453,12 (cento e dezesseis mil, quinhentos e cinquenta e três reais e doze centavos) a título de despesas médico-hospitalares e transporte aé-

reo; 200 (duzentos) salários mínimos como dano moral e uma complementação de R\$ 542,50 (quinhentos e quarenta e dois reais e cinquenta centavos) a título de lucros cessantes desde a época do acidente até a data da alta do benefício previdenciário, correspondente à redução salarial que vem sofrendo o suplicante”.

Para o escopo pretendido, alega que em 24 de maio de 1996, na função de vendedor, “ao sair do interior da empresa para fazer um teste de rua com um cliente, sendo este posicionado ao volante, como é orientação e praxe de todas as revendas de automóveis, veio a sofrer acidente do trabalho, quando, na Rodovia Jorge Lacerda, o aludido veículo desgovernou-se, vindo a chocar-se em uma árvore, ocasionando sérias lesões por todo o seu corpo, tendo que ser transportado com urgência em táxi-aéreo para o Hospital Albert Einstein em São Paulo, após receber os primeiros socorros no Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen em Itajaí, pois corria risco de vida” (sic). Asseverou que em razão dos “danos corporais físicos causados pelo acidente, encontra-se atualmente inválido, dependendo em tudo da família, até para suas necessidades fisiológicas, agravado, ainda, pelo fato de ter sua remuneração mensal reduzida, vez que percebe do INSS a importância de R\$ 957,50, havendo portanto uma redução mensal de R\$ 542,50 em seus vencimentos”. Sustentou, outrossim, que a culpa pelo ocorrido deveu-se única e exclusivamente ao fato de a ré não possuir “local próprio para tais testes, de forma que o suplicante estava exposto a acidentes perfeitamente possíveis; em não exigir qualquer

exame de habilitação dos clientes que testam os veículos antes da compra; pelo fato de não manter qualquer tipo de seguro, e, ainda, permitir que referidos testes sejam realizados em plena via pública, numa rodovia que por si só é perigosa, e os riscos de acidentes são iminentes”. Requereu a procedência do pedido a fim de que a demandada fosse condenada ao pagamento dos valores acima mencionados, acrescidos de juros e correção monetária, bem como despesas processuais e honorários advocatícios. Juntou os documentos de fls. 11/95.

Determinada a redistribuição dos autos ao Juízo da 1ª Vara Cível, a ré foi citada para, em 15 (quinze) dias, oferecer contestação, bem como intimada a comparecer à audiência de conciliação, que restou inexitosa (fl. 113). Em sua defesa, aduziu que o acidente deu-se por culpa exclusiva do autor, por ter contrariado as normas da empresa, tais como: o “Regulamento Interno”; a “Circular n. 03/96”, e o “roteiro para demonstração de vendas e para teste de veículos da oficina”. Sustentou, ainda, na hipótese de procedência do pedido, a redução do valor a título de despesas médico-hospitalares em face de os documentos de fls. 42/94 não terem sido emitidos em nome do autor. Juntou os documentos de fls. 131/182.

Às fls. 114/115, a demandada com base no artigo 70, inc. III, do Código de Processo Civil, requereu a denunciação da lide de José Renato Severino, motorista do veículo sinistrado, que foi indeferida conforme se observa do despacho de fl. 193, de cuja decisão agravou de instrumento, pedindo ficasse ele retido nos autos a fim de que, preliminarmente, “conheça o

Tribunal por ocasião do julgamento de eventual apelação, consoante o artigo 523 do Código de Processo Civil”.

Réplica à contestação às fls. 185/192.

Na audiência de instrução e julgamento, foi colhido o depoimento pessoal da ré, e inquiridas 7 (sete) testemunhas, sendo Cliverson Schiarelli contraditado pela demandada, cuja exceção de suspeição foi, a final, rejeitada (fl. 206).

À fl. 221, o Magistrado, revogando em parte a decisão de fl. 97, determinou a reautuação da ação para acidente do trabalho, bem como a intimação das partes para, em 5 (cinco) dias, produzir “outras provas”, que ocorreu tão-somente pelo autor (fl. 225).

À fl. 229, o requerente postulou a juntada de documentos (fotografias), de tudo ciente a ré que se manifestou às fls. 235/236, os quais foram mantidos nos autos consoante decisão de fl. 236 verso. Finda a instrução com a ouvida de mais 1 (uma) testemunha, as partes ofertaram alegações finais em forma de memorial (fls. 240/249 e 251/261).

O Juiz de Direito proferiu a decisão julgando procedente o pedido.

Apelou a vencida. Preliminarmente, requereu a apreciação do agravo retido, e no mérito, aduzindo, além dos fatos anteriores, ser responsável, tão-somente, pelo seguro obrigatório que mantém com a Previdência Social. Alternativamente, postulou a anulação da sentença a fim de que fosse realizada prova pericial a comprovar a “incapacidade laboral do autor”.

Com as contra-razões, os autos, preparados, ascenderam a este Tribunal, e aqui a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer suscitado pelo Dr. Raul Schaefer Filho, opinou pela ausência dos pressupostos do artigo 82 do Código de Processo Civil.

Às fls. 343/344, o autor, consoante atestado médico incluso, requereu a “antecipação parcial da tutela” a fim de compelir, de imediato, a recorrente ao pagamento do item a da sentença (fl. 268), tendo em vista a necessidade de ele submeter-se urgentemente (pelo risco de lesão intracraniana) a uma cirurgia para “correção de defeito ósseo grosseiro fronto-orbitário mediano e esquerdo”.

II — Voto

Inicialmente, impende asseverar o desprovimento do agravo retido interposto contra a decisão que indeferiu a denunciação da lide ao motorista do veículo sinistrado, eis que inaplicável, ao caso dos autos, a hipótese prevista no artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil, segundo a qual: “a denunciação da lide é obrigatória àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, por acórdão estampado na RSTJ, vol. 64, à pág. 44, sustentou que “não havendo relação jurídica entre litisdenunciante e litisdenunciado, não há como se admitir o pedido de denunciação da lide” (Theotonio Negrão, in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 28ª ed., 1997, pág. 130, nota 11b, do art. 70).

Quanto à apelação, tem-se as seguintes considerações:

Rui Stoco, discorrendo a respeito do “Acidente de trabalho sofrido pelo empregado”, leciona que “a questão aqui tratada é diversa daquela prevista no art. 1.521, inciso III, do Código Civil, que cuida da responsabilidade do patrão, amo ou comitente pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos, que causem danos a terceiros.

“Aborda-se aqui a responsabilidade do patrão perante seus funcionários pelos danos materiais ou pessoais que estes venham a sofrer em serviço, decorrentes de ação ou omissão daquele, mediante dolo ou culpa grave.

“O art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988 dispõe ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais, o ‘seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa’.

“A responsabilidade do patrão perante seus funcionários quando em serviço é contratual e segue a regra geral estabelecida no art. 159 do Código Civil, fundando-se no dolo ou na culpa.

“O empregador, por força do contrato de trabalho que estabelece com seu empregado, obriga-se a dar-lhe condições plenas de trabalho, no que pertine à segurança, salubridade e condições mínimas de higiene e conforto.

“Se no decorrer da jornada de trabalho o empregado sofre danos decorrentes de ação ou omissão intencional, ou proceder culposo do emprega-

dor, responde este civilmente perante aquele.

“O recebimento de auxílio-acidente ou pensão acidentária da Previdência Social não exclui a indenização do direito comum, como estabelece a Carta Magna.

“Mas agora já não mais se exige dolo ou culpa grave do empregador para que responda por danos sofridos por seus empregados.

“Já muito antes da CF/88 a responsabilidade do empregador se desvinculara do dolo (ou da culpa grave, com que aludira a jurisprudência). A regra hoje expressa no art. 7º, inciso XXVIII, da Carta Magna vigia antes.

“Como demonstrou o Desembargador Costa de Oliveira em brilhante exposição, na vigência do Decreto-Lei n. 7.036/44, quando o empregador ou a sua seguradora indenizava o acidentado por causa acidentária, não se sujeitava a outra ação do empregado, a menos que tivesse obrado dolosamente por si ou por preposto seu. A pesquisa revelou que ao dolo tinha de equiparar-se a culpa grave (art. 31). Esta regra foi, contudo, derogada pelo art. 22 da Lei n. 6.367, de 19/10/76. Essa derrogação não ocorrera com o art. 42 da Lei n. 5.316, de 14/9/67.

“Com a ausência da lei, desde a derrogação da regra sobre inexistência da ação do acidentado, pelo direito comum (exceto no caso de culpa grave do empregador — ‘dolo’), fica o intérprete diante do problema jurídico seguinte: Se tiver havido qualquer culpa do empregador, tem o acidentado ação contra ele pelo direito comum? Ora, a resposta é afirmativa. Primeiro, porque desapareceu a restrição à

ação do direito comum (antes, somente no caso de dolo = culpa grave). Segundo, por indicação dos fatos sociais no seu constante evoluir, eles que são o mais seguro indicador do sentido das regras jurídicas e da orientação delas no espaço-tempo.

“Note-se ser a linguagem apenas um dos componentes dos fatos sociais. Ora, se o autor não dispuser de ação contra o empregador culpado (qualquer que seja a intensidade da sua culpa), complicam-se os fatos sociais e sofre profundo golpe a adaptação social pelo Direito. Em tal hipótese o empregador, fiado no recolhimento das contribuições legais ao Instituto de Previdência, descansado com a sua restrita responsabilidade pelo acidente — 15 dias seus, o mais por conta do INPS —, baixará as guardas, afrouxará a vigilância, deixará o empregado brasileiro ao destino das leis da física, não cuidará de investir em segurança no trabalho, contribuirá para o aumento dos acidentes no trabalho. O número de acidentes no Brasil é dos mais altos do mundo, mesmo considerada a estatística fundada na proporcionalidade (número de empregados, percentual dos acidentes ocorridos). Esse descalabro não pode ser admitido pelo Direito. Logo, desaparecida a regra que limitava a responsabilidade do empregador perante o empregado acidentado à só hipótese de culpa grave, temos de interpretar o sistema vigente deste modo: configurada qualquer culpa do empregador, direta ou por seus prepostos, responde ele perante o acidentado segundo o direito comum. Irrelevante que o INSS também indenize, por responsabilidade objetiva — pela fatalidade pa-

ra a qual o empregado não concorreu com culpa exclusiva sua.

“As causas jurídicas (= fatos jurídicos) dessa eficácia de direitos-deveres são diversas: 1. paga o INSS porque o acidente ocorre e há os recolhimentos compulsórios para a previdência social (o empregado também colabora); 2. para o empregador sozinho pelo direito comum pela ilicitude da culpa (dimensão objetiva).

“Já não se pode levar em conta a velha tese da culpa grave. Culpado o empregador, em qualquer grau, responde”.

E mais adiante assevera o renomado autor:

“Para Humberto Theodoro Júnior ‘a maior novidade da Constituição de 1988, em tema de responsabilidade civil, situa-se, talvez, no campo de acidente do trabalho’, observando-se que além de manter o regime de seguro previdenciário para o acidente do trabalho, deu o passo final para separar, total e definitivamente, o regime da infortunística do regime da responsabilidade civil, acrescentando: ‘Esse dispositivo trouxe uma grande e fundamental inovação, pois, com ele, a responsabilidade civil do patrão caiu totalmente no regime do Código Civil. Não se cogita mais do tipo de culpa para impor o dever de reparar o dano regulado pelo direito comum. Qualquer que seja, portanto, o grau de culpa terá o empregador de suportar o dever indenizatório, segundo as regras do Direito Civil, sem qualquer compensação com a reparação concedida pela Previdência Social’ (Alguns Impactos da Nova Ordem Constitucional sobre o Direito Civil, RT 662/11).

“Desse modo, o patrão só se exige de ser responsabilizado se provar a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior” (in Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 4ª ed., 1999, págs. 404/406).

Segundo a tese esposada pela requerida, o autor, vendedor experiente e motorista habilitado que era, teria “burlado a portaria do pátio, retirando o veículo ‘Vectra CD’ para a realização de um test driver para dois amigos (José Renato Severino, o denunciado à lide, e Cliverson Schiarelli), que não possuíam interesse nem mesmo condições financeiras para adquiri-lo, desrespeitando, desta forma, as normas internas da empresa empregadora”.

Aludidas normas seriam as constantes do “Regulamento Interno” (práticas não permitidas, item 17, à fl. 136); da “Circular n. 03/96” (fls. 139/140), e do “roteiro para demonstração de venda e para teste de veículos da oficina” (fl. 141), em que a “saída de veículos da empresa” estaria condicionada a uma autorização “por escrito” de pessoas ali indicadas, cabendo a Júlio César Emendorfer, João Herivelto Balduino e Valter E. da Silva, concernente ao veículo ora sinistrado, cujo percurso e velocidade seriam realizados de acordo com o teste a ser desenvolvido por este.

O procedimento para a realização do referido teste de acordo com a testemunha Amauri Baungartner (fls. 211/212) seria “inicialmente obter uma autorização do diretor da concessionária onde é anotado o veículo, o horário de saída e a quilometragem, arrecadando-se, outrossim, a docu-

mentação de identidade dos clientes, salvo na hipótese de cliente especial, sendo o itinerário predefinido, visto que, se houver alguma multa, o vendedor é quem será responsável caso saia fora do percurso, ficando o vendedor posicionado ao lado do motorista, suposto interessado na aquisição do bem, a fim de demonstrar e discorrer a respeito do painel e demais detalhes do veículo...”, cumprindo ao vendedor, tão-somente, em caso de não atendimento do cliente quanto às determinações ora esposadas (como de fato veio a ocorrer, dado que o acidente ocorreu na SC 470, no trecho Itajaí—Ilhota), segundo ponderou a testemunha da requerida, Flávio Wolf, “a imediata comunicação do vendedor ao diretor quanto à desobediência do roteiro por ele (vendedor) indicado” (fl. 238).

A precariedade do sistema de teste de veículo para venda ao público da ora apelante restou também demonstrada pelo fato de permitir a saída do autor sem a devida autorização, conclusão a que se chega ao compulsar os testigos de Edimir Mário, Roberto Schiarelli, e do porteiro Valmir Leutz (fls. 208, 210 e 214/215), senão vejamos: “que o depoente é cliente da ré; que na véspera do acidente fez um test drive com o Vectra CD a convite do vendedor Amauri Baungartner; que, na véspera do ocorrido, o depoente se dirigiu à ré para um conserto no seu veículo e, enquanto aguardava o vendedor, Amauri convidou o depoente para conhecer o veículo e, mesmo diante do desinteresse do depoente em adquiri-lo, indagou se gostaria de dar uma volta com o veículo, após o que com a concordância do depoente este chamou uma funcionária de no-

me Cris, pedindo para que ela o acompanhasse; que o depoente nada assinou, não precisou apresentar qualquer documento e não viu se foi feito qualquer controle de entrada e saída da concessionária com o veículo; que ao ingressar no veículo indagou à funcionária se havia algum roteiro, tendo esta afirmado que o depoente poderia dirigir para onde quisesse”.

“Que o depoente estava interessado em adquirir o veículo objeto da demonstração, realizada tendo comprado o mesmo três meses após o teste realizado; que o test drive foi feito a convite do autor, na época vendedor, o qual acompanhou o depoente; que para efetuar o aludido teste não foi solicitada qualquer documentação do depoente e tampouco foi realizada qualquer autorização para saída; que não percebeu qualquer anotação de quilometragem, horário de saída ou qualquer controle sobre o veículo a ser testado”.

“Que pelas normas internas o depoente não deveria ter aberto o portão para a saída do veículo sem a correspondente autorização; que foi a primeira e única vez que o fato ocorreu; que o depoente foi chamado a atenção em razão de tal procedimento”.

Bem por isso, asseverou o Magistrado que “todos os testigos produzidos pela requerida informam as qualidades de bom vendedor do autor, fato que leva, inexoravelmente, à conclusão de que no dia fatídico, o abuso por parte do motorista testador do Vectra não pôde ser impedido ante a estrita obediência do autor à orientação da empresa, isto é, nada poderia

ser feito contra o cliente, salvo comunicar à diretoria. Nesse caminho, vejo, pois, a culpa da empresa em adotar um sistema plenamente falível, expondo seu empregado a risco potencial de vida, inclusive sem qualquer meio de defesa própria, ante a orientação interna. Finalmente, nada poderia ser feito pelo autor a evitar o episódio de tristes conseqüências. Entendo, portanto, culpada a empresa na vigilância e segurança do seu empregado e, também, do seu patrimônio. Deve indenizar” (fl. 267).

No tocante à redução dos valores pleiteados a título de despesas médico-hospitalares, não tem sentido, já que os documentos de fls. 42/94 foram firmados em nome de pessoas ligadas à família do autor, quais sejam: Maurício de Souza, seu pai; Eliene Freitas de Souza, sua mãe; e Jefferson Freitas de Souza, seu irmão.

Da mesma forma, no que diz respeito à pretendida anulação da sentença para a realização de perícia a comprovar a “capacidade laboral do apelado”, eis que a recorrente, intimada a especificar provas (fl. 221), deixou transcorrer in albis o prazo para tanto, restando, pois, precluso o aludido direito. Não fosse isso, deve-se atentar para o “laudo de exame médico” expedido pelo INSS, asseverando, no item 9, que o “acidentado durante o trabalho deverá afastar-se do trabalho”; o “relatório do paciente”, firmado pelo neurocirurgião Pascoal Passarelli Neto, do Hospital Israelita Albert Einstein; nas fotografias de fls. 230/231, e, por fim, no atestado médico de Luiz Renato Mello, conceituado neurocirurgião do Instituto Catarinense de Neurologia e Neurocirurgia (ICANN), em que assevera a necessidade de o au-

tor submeter-se (urgentemente pelo risco de lesão intracraniana) a uma cirurgia para correção de defeito ósseo grosseiro fronto-orbitário mediano e esquerdo, objeto, aliás, de pedido de “antecipação parcial de tutela” postulado às fls. 343/344.

Tal pretensão deve ser deferida, porquanto postulada pela parte diretamente ao Tribunal, e comprovados os requisitos do art. 273, inciso I, do Código de Processo Civil.

Com efeito, a prova inequívoca está assentada nos documentos colacionados pelo pretendente, não só no pedido específico, como também naqueles que fizeram parte da instrução no primeiro grau. Já a verossimilhança da alegação deflui logicamente da prova produzida no seu todo, na decisão do juiz e na confirmação, pela Câmara, da referida sentença, ensejando, ipso facto, que se antecipe parcialmente a tutela, no que tange ao pagamento da importância mencionada no item a, da parte dispositiva da sentença, ou seja, o pagamento de R\$ 116.453,12 (cento e dezesseis mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e doze centavos), visando a cobrir os gastos com as despesas médicas e o tratamento necessário.

Outro não é o entendimento da Corte, conforme se observa do excerto publicado na *Ajuris* n. 64, à pág. 407, inserido na *Apelação Cível* n. 97.007356-9, de *Balneário Camboriú*, da lavra do Desembargador Carlos Prudêncio:

“Poderá ocorrer que a situação de perigo de dano irreparável ao direito se configure quando o processo esteja na sua fase recursal. Se couber medida cautelar, esta deverá ser re-

querida diretamente ao Tribunal (‘interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao Tribunal’, diz o parágrafo único do artigo 800, na sua atual redação), que a concederá ou não à luz dos pressupostos próprios do processo cautelar. Porém, se a única maneira de afastar o perigo ao direito é a sua satisfação antecipada, a solução que o novo sistema oferece é o pedido de antecipação, que, igualmente, será dirigido ao Tribunal e será apreciado pelo órgão competente para o julgamento do recurso, ou pelo relator, conforme dispuser o regimento interno. A concessão da medida dependerá do atendimento das exigências do art. 273: risco iminente de perecimento ou de dano ao direito, prova inequívoca e verossimilhança da alegação”.

III — Decisão

Posta a questão nesses termos, nega-se provimento ao agravo retido e à apelação, mantida a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, inclusive no tocante à verba honorária advocatícia fixada, concedendo-se a antecipação parcial da tutela, no que tange ao item a da parte dispositiva da sentença de fl. 268.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2000.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.009590-7, DE ITAJAÍ**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

Ação ordinária de rescisão de contrato com pedido de tutela antecipada e cautelar — “Carência de ação” por inépcia da inicial — Preliminar repelida — Arrendamento mercantil — Valor residual garantido (VRG) — Cobrança juntamente com as prestações — Desfiguração do contrato para compra e venda a prazo — Correção monetária pela variação cambial (dólar norte-americano) — Impossibilidade — ISS — Cobrança arredada — Inclusão do nome da autora nos cadastros de proteção ao crédito — Possibilidade somente após o trânsito em julgado da sentença — Juros, capitalização e correção monetária cumulados com comissão de permanência — Incidência não demonstrada — Codecon — Aplicação aos contratos bancários — Redução, portanto, da multa contratual — Sentença mantida — Recurso desprovido.

— *“A opção de compra, com o pagamento do valor residual, ao final do contrato, é uma característica essencial do leasing. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83), com o desaparecimento da causa do contrato e prejuízo ao arrendatário” (REsp n. 178.272/RS, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, julgado em 18/3/99).*

— *“É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior” (art. 60 da Lei n. 8.880/94).*

— *“A inscrição nos cadastros do SPC e Serasa somente será possível após o trânsito em julgado da sentença que dissipe qualquer dúvida que paire sobre o quantum debeatur e, principalmente, sobre o an debeatur. Até porque, não havendo certeza a respeito de algum desses aspectos a informação contida no cadastros se apresentaria falsa, constituindo verdadeiro ato ilícito” (AI n. 96.004332-2, de Tijuca).*

— *Mutatis mutandis, “é sabido que a contagem de juros sobre juros somente é permitida quando na legislação relativa à operação financeira realizada haja previsão expressa. Contudo, compete à parte demonstrar a exigibilidade e ocorrência da cumulação indevida, sob pena de ver inacolhido o seu pleito” (Ap. Cív. n. 96.012161-7, de Brusque).*

— *“As atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras incluem-se no conceito legal de serviços, previsto no Código de Defesa do Consumidor, sendo-lhes aplicável a legislação pertinente” (Ap. Cív. n. 00.005652-9, de São José).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.009590-7, da comarca de Itajaí (3ª Vara Cível, Infância e Juventude), em que é apelante Safra Leasing S.A., sendo apelada Railan Artefatos de Cimento e Malharia Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar a preliminar, e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Ação ordinária de revisão de contrato, com pedido de tutela antecipatória e cautelar, aforada pela empresa Railan Artefatos de Cimento e Malharia Ltda., contra Safra Leasing S.A. — Arrendamento Mercantil, alegando, em suma, o seguinte:

Que no dia 18 de março de 1994 firmou, com a requerida, contrato de arrendamento mercantil envolvendo um caminhão, ano e modelo 1994, a ser pago em 37 (trinta e sete) parcelas, sendo a primeira no valor de CR\$ 2.075.800,00. Asseverou que em razão dos constantes aumentos im-

pingidos pela ré, o preço pago mensalmente bem como o saldo devedor ficaram em muito onerados já que considerando a soma do que foi pago e o que ainda restava para pagar, o valor do aludido bem seria elevado no “mínimo em 120%”; que tal decorreu em face da cobrança antecipada do valor residual garantido, e de incidência de “cláusulas nitidamente abusivas”, tais como: a cobrança de juros capitalizados e acima do permitido constitucionalmente; da TR como índice de correção monetária; do imposto sobre serviços (ISS); de aplicação da taxa ANBID; de comissão de permanência e desta cobrada cumulativamente com a correção monetária, bem como da multa contratual e de juros moratórios. Postulou, a final, a exibição de todos os “extratos de pagamento”, cumpridos às fls. 270/274; a concessão de liminar na forma dos “artigos 273 e 798 do Código de Processo Civil” (deferida pela decisão de fls. 41 e 41 verso), a fim de que pudesse depositar a “25ª parcela, com vencimento em 18 de março de 1996, no valor de R\$ 1.064,18, bem como as vincendas, vedado à ré o protesto de notas promissórias em branco, e a inscrição de seu nome junto aos órgãos

de proteção ao crédito, até decisão final da ação”; a “declaração de modificação do referido contrato em compra e venda à prestação, e a conseqüente compensação de todas as quantias pagas a título de valor residual garantido com as prestações futuras; a devolução, em dobro, de valores pagos a maior, e a aplicação à hipótese das disposições do Código de Defesa do Consumidor”. Juntou os documentos de fls. 19/45.

Citada, a demandada ofereceu contestação reportando-se, inicialmente, ao agravo de instrumento interposto da decisão que deferiu a tutela antecipada. Na ocasião, sustentou, também, a competência do Juízo da comarca de Blumenau para processar e julgar o presente feito, tendo, em preliminar, argüido a carência de ação pela “inexistência dos requisitos indispensáveis à propositura da ação”, e, no mérito, rebatido um a um os argumentos expendidos, postulando, a final, a improcedência.

Réplica às fls. 276/299.

Designada audiência de conciliação, que restou inexitosa, a requerente postulou a realização de prova pericial, deferida à fl. 424, tendo o Magistrado determinado que esta trouxesse aos autos, no prazo de 24 horas, “eventuais depósitos de pagamento, e bem assim o contrato de seguro envolvendo o veículo objeto da presente ação”, que restou cumprida conforme se observa às fls. 404/418.

Às fls. 436/445 consta o laudo pericial, tendo sobre ele se manifestado apenas a demandada.

Finda a instrução, somente a requerida apresentou alegações finais.

O Juiz de Direito substituto julgou procedente o pedido.

Apelou o vencido, ocasião em que, preliminarmente, argüiu a “carência de ação” por inépcia da inicial, tendo no mérito aduzido, além dos fatos anteriores, a redução da verba honorária advocatícia para 1% a 5% do valor atribuído à causa.

Sem as contra-razões, não obstante intimada a autora, os autos, preparados, ascenderam a este Tribunal.

II — Voto

Argüi a apelante a carência de ação, pois, segundo alega, teria havido “má formação do pedido, já que ao tempo em que a autora solicita a manutenção do contrato, pleiteia que o mesmo seja considerado como de compra e venda a prazo, devendo portanto ser restituídos e ou compensados os valores pagos a maior”.

Razão não lhe assiste. Analisando a inicial, observa-se que os fatos ali narrados permitem, a toda evidência, concluir a identificação da pretensão posta em Juízo, possibilitando à recorrente, inclusive, o oferecimento de ampla e estruturada defesa, não havendo, pois, que se falar em carência de ação por inépcia da inicial.

A respeito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Suficiente a exposição dos fatos, claro o fito do autor, evidenciado que a parte ré, bem compreendendo a demanda, sem prejuízo e com amplitude, exercitou a defesa, estabelecendo-se o contraditório, a petição inicial não deve ser reconhecida como inapta” (REsp n. 170.202/SP, rel. Ministro

Milton Luiz Pereira, in DJU, de 24/8/1998, pág. 00029).

Quanto ao mérito, tem-se as seguintes considerações:

No dia 18 de março de 1994 as partes entabularam contrato de arrendamento mercantil (n. 75.502.177.1), no valor de CR\$ 57.528.300,00, visando à aquisição por parte da autora do bem ali descrito, a ser pago em 37 (trinta e sete) prestações.

Consta da avença que o valor residual garantido (VRG) seria pago em igual número de prestações fixadas no contrato, sendo a primeira no valor de CR\$ 2.075.779,00 paga no ato (fls. 446/448). Acordaram, ainda, que o referido VRG seria cobrado juntamente com as prestações de leasing, o que de fato veio a ocorrer, consoante se observa do documento estampado à fl. 37, e também pela perícia levada a efeito às fls. 434/445.

A Câmara, em reiteradas decisões sustentava que a cobrança do VRG juntamente com as prestações do contrato era perfeitamente cabível, não importando tal fato em "transformação do arrendamento mercantil em compra e venda a prazo", até que o Superior Tribunal de Justiça, por acórdão da lavra do Ministro Ruy Rosado Aguiar (in REsp n. 178.272/RS), julgado em 18 de março de 1999, veio de vez espancar qualquer dúvida a respeito, ao asseverar que "a opção de compra, com o pagamento do valor residual, ao final do contrato, é uma característica essencial do leasing. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei

n. 6.099, de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132 de 26/10/83), com o desaparecimento da causa do contrato e prejuízo ao arrendatário". Nesse sentido, vejam-se, também, as Apelações Cíveis ns. 97.015314-7, de Joinville e 99.019904-5, da Capital, em que foi relator o eminente Desembargador Silveira Lenzi.

Estando, pois, descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil para um de compra e venda a prazo, forçoso convir que resta inadmissível a cobrança do imposto sobre serviços (ISS). Outrossim, a correção monetária das parcelas pela variação cambial do dólar norte-americano, devendo portanto ser utilizado o INPC. A propósito, o artigo 8º da Lei n. 8.880 de 27 de maio de 1994:

"É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior".

Não há que se falar, também, na possibilidade de inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito.

A questão já se encontra pacificada na Corte, a par de reiterados julgamentos no sentido de que enquanto inexistir o trânsito em julgado da sentença que dissipe qualquer dúvida acerca do quantum devido, "inadmissível é o lançamento do nome do devedor no SPC/Serasa, cujo ato configura instrumento de apoio visando à percepção do crédito controvertido, independente do desfecho da deman-

da” (Ap. Cív. n. 96.004286-1, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Nesse sentido o voto proferido pelo Desembargador Carlos Prudêncio, no Agravo de Instrumento n. 96.004332-2, de Tijucas, consubstanciado nos seguintes termos: “Estamos cansados de saber que tal lançamento unilateral tem como finalidade única coagir o devedor a pagar a conta apresentada — também unilateralmente — com índices que somente as casas bancárias sabem manipular e, com razão, dizem que há um contrato assinado pelas partes. Isso acontece somente no Brasil, onde vigorou uma ditadura imposta por Generais mandatários até a eleição de Tancredo Neves e, de lá para cá, persistem os ranços ditatoriais que estão impregnados na precária cultura brasileira, pois os que mandam continuam entendendo que o povo se mantém em sua prolongada passividade. Temos que romper com essa letargia e isso só acontecerá se o judiciário cumprir rigorosamente seu papel, que é o de expurgar das leis e dos costumes referidos atos ditatoriais, determinando que as autoridades públicas — infelizmente aí incluídos os banqueiros, pois estes mandam mais que aqueles devido à simbiose que há entre ambos — se acordem para o fato de que a grande transformação social por que passa o mundo não permite que a maioria numérica com direitos democráticos se submeta aos poucos que ainda estão impregnados de conceitos da monarquia absolutista”.

E continua o renomado Desembargador: “sempre que se pretender questionar a relação obrigacional ou estiver sendo discutida e, portanto, sobre ela estiver pendendo dúvida,

não se pode admitir que o devedor seja lançado como inadimplente de modo a sofrer todo o tipo de discriminação e indiscutível abalo de crédito frente ao meio empresarial e social, comprometendo, sobremaneira, sua atividade financeira.

“Não raro, o devedor admite quitar débito que sabe indevido apenas para não ter seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito. Não se desconhece que existem maus pagadores, todavia, não se pode sacrificar o bom pagador por causa destes. E, somente se saberá quem é mau ou bom pagador ao final da ação principal, motivo pelo que ad cautelam deve-se determinar que se exclua o seu nome da lista de inadimplentes sob pena de se estar retirando-lhe o direito ao contraditório garantido constitucionalmente.

“Desta forma a inscrição nos cadastros do SPC e Serasa somente será possível após o trânsito em julgado da sentença que dissipe qualquer dúvida que pairasse sobre o quantum debeat e, principalmente, sobre o an debeat. Até porque, não havendo certeza a respeito de algum desses aspectos a informação contida no cadastro se apresentaria falsa, constituindo verdadeiro ato ilícito”.

Quanto aos juros reais: a capitalização destes e a comissão de permanência cumulada com a correção monetária, como bem salientou o Magistrado, seriam excluídos da avença “se porventura existentes, e ou aplicados no contrato” (fl. 607). Como o laudo pericial (fls. 437 e 445) aduziu não haver nos autos qualquer prova acerca da exigibilidade e ocorrência de tais

encargos, forçoso convir que a respeito deles nada há que se perquirir.

Quanto à aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, a Corte mantinha o posicionamento de não admiti-la. Entretanto, com o julgamento proferido no Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 142799/RS), em que foi relator o Ministro Waldemar Zveiter, “os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor”.

A título de ilustração, colhe-se da Internet (site jurídico do Superior Tribunal de Justiça — Notícias), no tópico titulado O Código de Defesa do Consumidor — Codecon é aplicável às Operações Bancárias as seguintes considerações:

“O Código de Defesa do Consumidor é aplicável a todas as operações bancárias, sejam elas os contratos de financiamento ou até mesmo os serviços oferecidos pelas instituições financeiras a seus clientes. Esse foi entendimento unânime da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o recurso especial do Banco Itaú contra o casal Mallmann, que havia contratado com o banco o financiamento de uma parte do valor pago pela compra de sua residência. A Turma acolheu o recurso em parte, autorizando apenas a incidência de juros remuneratórios de 14,93% ao ano, estipulados no contrato e reduzidos pelas instâncias anteriores para 12% ao ano.

“O engenheiro agrônomo Francisco Mallmann e sua esposa, a professora Maria Lúcia Mallmann firma-

ram, em 15 de junho de 1994, um contrato de financiamento hipotecário com o Banco Itaú. O contrato garantiu o empréstimo de cerca de 191 milhões de cruzeiros pelo Itaú, quantia correspondente a 38% do valor do imóvel comprado pelo casal. O acordo previu o reajuste dos valores à taxa de juros de 14,93% ao ano, equivalente a 1,2% ao mês, além da atualização mensal pelo índice das cadernetas de poupança.

“No decorrer dos pagamentos, período em que a moeda mudou para o Real, o casal entendeu que as correções seriam abusivas e, então, entrou com uma ação de revisão do contrato. O pedido foi acolhido pela primeira instância que entendeu ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor — CDC ao acordo em debate e, por isso, anulou uma cláusula que previa a autorização irrevogável para o débito das prestações mensais na conta corrente dos clientes. O julgamento também reduziu a taxa de juros do contrato para 12% ao ano, a ser capitalizada anualmente, e a multa, estipulada pelo Itaú em 10%, para 2%. A sentença manteve, ainda, a atualização mensal pela caderneta de poupança, além de aplicar juros moratórios de 1% ao ano.

“O Itaú apelou, mas seu pedido foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O Banco, então, recorreu ao STJ, alegando que o CDC não se aplicaria às operações bancárias. O recurso também defendeu como legal o acordo da taxa de juros acima de 12% ao ano.

“O Ministro Barros Monteiro, relator do processo, acolheu em parte o recurso do Banco. Em seu voto, o Ministro confirmou as decisões anterior-

res com relação à aplicação do CDC. Dessa forma, ficaram mantidas a redução da multa e a anulação da cláusula que previa a autorização irrevogável para cobrança das prestações mensais na conta corrente. 'Tratando-se de mutuário que se dirigiu ao estabelecimento bancário a fim de obter financiamento para aquisição de bem imóvel, na qualidade, pois, de consumidor final, os bancos ficam submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, como prestadores de serviços', afirmou.

"A respeito da mesma questão, o ministro Cesar Rocha, ao acompanhar o relator, destacou: 'O CDC incide sobre todas as relações e contratos pactuados pelas instituições financeiras e seus clientes, e não apenas na parte relativa à expedição de talonários, fornecimento de extratos, cobrança de contas, guarda de bens e outros serviços afins. As relações existentes entre os clientes e o banco apresentam nítidos contornos de uma relação de consumo'.

"O pedido do Itaú para elevar a taxa dos juros moratórios também foi rejeitado pelo relator com base no Decreto n. 22.626/33, permanecendo a taxa de 1% ao ano. O recurso do Banco foi acolhido apenas com relação aos juros remuneratórios. O ministro Barros Monteiro concluiu que a correção prevista no acordo — 14,93% ao ano — é válida. O relator lembrou a jurisprudência já consolidada pelo STJ e pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando que a Lei da Usura — que limitaria a taxa de juros a 12% ao ano — não seria aplicável às operações das instituições financeiras. 'A Suprema Corte assentou que os percentuais das taxas de juros se sujeitam unica-

mente aos limites fixados pelo Conselho Monetário Nacional".

A corroborar tal assertiva, a decisão proferida na Apelação Cível n. 00.005652-9, de São José, em que foi relator o Des. Silveira Lenzi, cuja ementa é a seguinte:

"Ação revisional de contrato bancário. A revisão judicial dos contratos decorre da política de proteção ao consumidor, que relativizou a autonomia da vontade e o princípio do pacta sunt servanda, objetivando assegurar a supremacia da ordem pública, preservar o equilíbrio contratual e a realização do bem comum.

"Contrato de financiamento. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Possibilidade. Fornecedor. Prestação de serviços de natureza bancária, financeira e creditícia. Inteligência do art. 3º, caput, e § 2º da Lei n. 8.078/90.

"As atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras incluem-se no conceito legal de serviços, previsto no Código de Defesa do Consumidor, sendo-lhes aplicável a legislação pertinente.

"Contrato atrelado à variação cambial. Brusca alteração da política econômica. Fato superveniente. Modificação de cláusula excessivamente onerosa. Substituição do critério de reajuste das prestações. Aplicação do INPC.

"A desvalorização do Real, em relação ao dólar norte-americano, decorrente da drástica mudança da política cambial, onerou excessivamente as contraprestações dos contratos de arrendamento contendo cláusulas vinculadas a essa moeda, caracterizando-se como fato superveniente, impli-

cando num desequilíbrio manifesto das relações contratuais.

“Recurso desprovido”.

Disso resulta que a multa contratual pactuada em 10% deverá ser reduzida para 2%, por força do disposto na Lei n. 9.298/96 que alterou a redação do § 1º do art. 52 da Lei n. 8.078/90. Nesse sentido, a lição de Parizatto mencionada pelo Magistrado às fls. 604/605, segundo a qual, “a redução das multas moratórias de dez por cento (10%) para dois por cento (2%), é medida tendente a adequar tal penalidade pelo atraso no pagamento de uma obrigação, à baixa inflação reinante no país. (...) Ainda que haja estipulação em sentido contrário, feita anteriormente ou posteriormente à edição da Lei n. 9.298, de 1º de agosto de 1996, a multa moratória não poderá ser exigida acima de dois por cento (2%). (...) A nosso ver, tal teto deverá ser observado nos contratos bancários, nas prestações de lojas, consórcios, financiamentos, leasing,

pagamento de duplicatas (...) enfim em todas as relações de consumo e de prestação de serviços, sem qualquer exceção, sob pena de não se observar a regra de que a lei deve ser igual para todos e em todos os casos, sem distinção, seja qual for o motivo”.

III — Decisão

Posta a questão nesses termos, rejeita-se a preliminar de “carência de ação” por inépcia da inicial, e, no mérito, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 17 de outubro de 2000.

Silveira Lenzi,

Presidente com voto;

Cláudio Barreto Dutra,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.019077-3, DE JOINVILLE

Relator: Des. Sérgio Paladino

Arrendamento mercantil. Reintegração de posse. Cobrança do valor residual juntamente com as prestações. Inadmissibilidade. Descaracterização do contrato. Improcedência do pedido. Apelo provido.

“Segundo recente e firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (...), a antecipação do pagamento do valor residual garantido descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, este passando a configurar mera compra e venda a prazo, não mais prevalecendo as regras do leasing” (AI n. 00.004585-3, de Criciúma, rel. Dr. Nilton Macedo Machado).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.019077-3, da comarca de Joinville (3ª Vara), em que é apelante Adilson Macário de Oliveira e apelado Ford Leasing S.A. Arrendamento Mercantil:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Ford Leasing S.A. Arrendamento Mercantil intentou ação de reintegração de posse contra Adilson Macário de Oliveira, alegando que o réu arrendou, por meio de contrato de arrendamento mercantil, o veículo marca Ford, modelo KA 1.0, modelo e ano de fabricação 1998, cor cinza Viena, a gasolina, chassi n. 9BFZZZGDAWB579153, comprometendo-se a efetuar o pagamento em 36 (trinta e seis) prestações.

Diante do inadimplemento das parcelas n. 7, 8 e 9, caracterizando a mora do devedor e acarretando o vencimento antecipado da dívida, o credor pleiteou a concessão da medida iníto litis. Concluiu postulando a procedência do pedido com todos os seus consectários.

A liminar foi deferida e cumprida.

Na contestação o réu argüiu, preliminarmente, a inépcia da inicial, ao argumento de que o credor não especificou corretamente o quantum debeat e, ainda, a carência de ação, em face da impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que notificou a arrendante com o fito de rescindir o contrato, colocando à disposição o veículo arrendado.

Asseverou também a descaracterização do contrato de arrendamento para compra e venda, haja vista o pagamento antecipado do valor residual garantido.

Postulou, por derradeiro, a devolução das importâncias pagas a título de VRG.

A autora falou sobre a resposta (fls. 44/51).

Sentenciando, a Dra. Juíza de Direito julgou procedente o pedido, rescindindo o contrato e reintegrando a autora na posse do bem.

Inconformado, apelou o vencido, reiterando os argumentos ventilados na contestação.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

“Entende-se por arrendamento mercantil ou leasing o contrato segundo o qual uma pessoa jurídica arrenda a uma pessoa física ou jurídica, por tempo determinado, um bem comprado pela primeira de acordo com as indicações da segunda, cabendo ao arrendatário a opção de adquirir o bem arrendado findo o contrato, mediante um preço residual previamente fixado.

“(…)”

“O arrendamento mercantil ou leasing aparece, assim, como uma modalidade de financiamento ao arrendatário, facilitando-lhe o uso e gozo de um bem de sua necessidade sem ter esse de desembolsar inicialmente o valor desse bem, e com a opção de, findo o prazo estipulado para a vigência do contrato, tornar-se o mesmo proprietário do bem, pagando nessa ocasião um preço calçado no valor residual do mesmo” (Martins,

Fran, Contratos e Obrigações Comerciais, 13ª ed. rev. e aum., Rio de Janeiro, Forense, 1995, pág. 449).

Examinando-se o contrato que instrui a inicial (fls. 11/13) a partir do conceito supratranscrito, que esboça os contornos do instituto do arrendamento mercantil, constata-se que o valor residual garantido foi cobrado com as prestações, logo, antecipadamente.

Diante disso, em que pese tenha inicialmente entendido que a cobrança antecipada do VRG não descaracteriza o contrato de arrendamento, transformando-o em compra e venda a prazo, não permitindo ao credor o manejo do interdito possessório, convencido, cede aos argumentos da corrente oposta, para a qual a cobrança antecipada do valor residual garantido obsta a opção de compra, viciando o contrato de arrendamento mercantil, considerando que deve ser pago no término do contrato, a critério do arrendatário.

Em hipótese assemelhada, assentou esta Corte:

“Reintegração de posse — Leasing — Mora — Indeferimento da liminar — Pagamento antecipado e progressivo do valor residual garantido — Descaracterização do contrato — Novo posicionamento jurisprudencial — Decisão mantida.

“Segundo recente e firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com ressalva do ponto de vista do relator, a antecipação do pagamento do valor residual garantido descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, este passando a configurar mera compra e venda a prazo, não mais prevalecendo as regras do leasing (...)” (AI

n. 00.004585-3, de Criciúma, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

No mesmo sentido: Ap. Cív. n. 98.009423-2, da Capital, rel. Des. Silveira Lenzi.

Nesse rumo, consoante o escólio de Humberto Theodoro Júnior, verificando-se que “o pedido é impossível de ser atendido, porque o autor, materialmente, não detém o direito subjetivo arrolado na inicial, a hipótese não é de carência de ação, nem de inadequação do rito, mas simplesmente de improcedência do pedido. Assim, se alguém propõe ação especial possessória sem ser, realmente, possuidor, ou se reivindica posse de área que ainda depende juridicamente de demarcação ou divisão, dá-se a improcedência do pedido, porque na realidade o pedido foi formulado dentro dos limites e requisitos do procedimento escolhido. O que inexistia era o suporte fático-jurídico para a acolhida do pedido. A sentença será, destarte, de mérito, e não meramente terminativa” (Curso de Direito Processual Civil, v. III, 17ª edição, 3ª tiragem, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 10).

Diante de tudo quanto foi dito, impõe-se a improcedência do pedido e, como consectário, a inversão dos ônus da sucumbência.

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 14 de novembro de 2000.

*Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.015938-7, DE TUBARÃO

Relator: Des. Sérgio Paladino

Agravo retido. Prova testemunhal requerida e não produzida. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

Não se caracteriza o cerceamento de defesa quando há nos autos elementos suficientes à formação do convencimento do juiz, permitindo-lhe o julgamento antecipado da lide.

Prova. Pedido dos autores com vistas a que o banco exhibisse três dos cheques apresentados para desconto. Alegada impossibilidade, pelo fato de haver sido destruído em face do tempo transcorrido entre a data da primeira apresentação e a da ordem de exibição. Obrigação de conservar o documento que tem como limite o prazo de prescrição do título. Lapso em muito superado. Circunstância que não se equipara à escusa e justifica a asseveração.

“Os microfilmes originais e os filmes cópias resultantes de microfilmagem de documentos sujeitos à fiscalização, ou necessários à prestação de contas, deverão ser mantidos pelos prazos de prescrição a que estariam sujeitos os seus respectivos originais” (art. 18 do Decreto n. 1.799, de 30 de janeiro de 1996).

Cheques cujos pagamentos foram bloqueados e devolvidos em face da diferença entre a firma neles aposta e a constante do cartão de assinaturas. Ausência de ilícito. Dano moral não configurado. Indenização indevida.

Só a prática de ato ilícito autoriza a composição do dano que dele possa resultar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.015938-7, da comarca de Tubarão (3ª Vara), em que é apelante Banco Real

S.A. e apelados Marcelo da Silveira Chagas e Ana Lúcia B. C. Chagas:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo e dar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Tubarão, Marcelo da Silveira Chagas e Ana Lúcia B. C. Chagas intentaram ação de reparação de danos, com pedido "de liminar", contra o Banco Real S.A., alegando que no ano de 1995 tiveram 11 (onze) cheques devolvidos, apesar da suficiência de fundos em sua conta corrente, e que tal ocorreu durante viagem que realizaram ao sul do país, fato que lhes acarretou, além do dano moral, gastos com a recuperação e troca dos cheques por dinheiro, visto que necessitaram retornar àquelas localidades para esse fim. Cientificaram a instituição bancária do acontecido, a qual devolveu, mediante estorno, a importância de R\$ 78,63 (setenta e oito reais e sessenta e três centavos), referente às taxas que seriam devidas pela devolução de cheques, por ausência de provisão de fundos.

Invocaram como causa agravante do abalo de credibilidade o fato de residirem na cidade de Tubarão há pouco tempo e desempenharem profissões que dependem de aprovação da sociedade, a saber, médico e engenheira.

Concluíram postulando a condenação do réu ao pagamento da importância de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por folha de cheque devolvida, acrescido o montante de juros de mora e correção monetária, além das despesas adicionais em razão do ocorrido, tais como viagens, e honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da con-

denação. Requereram ainda à guisa de "liminar" que se impedisse o banco de inscrever seus nomes nos cadastros de inadimplentes do Serasa ou, no caso de havê-lo feito, que se lhe ordene o cancelamento.

Juntaram documentos (fls. 8/23 e 25/28).

Citado, o réu apresentou contestação, suscitando, em preliminar, ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, à mingua de poderes da procuradora do autor Marcelo da Silveira Chagas para atuar no feito. No mérito, admitiu a devolução dos cheques, sustentando, porém, que resultaram de efetiva culpa dos autores, aditando, outrossim, que, desde julho de 1994, envia aos seus clientes os talonários de cheques pelo correio, procedimento autorizado pelo Banco Central, asseverando que, para maior segurança dos correntistas, tendo em vista a possibilidade de extravio e furto, os talonários saem das agências bloqueados, operando-se o desbloqueio mediante requerimento pessoal à agência bancária ou por meio de senha especial, fornecida pelo telefone, existindo ainda um procedimento direto para o desbloqueio, o qual consiste na apresentação do primeiro cheque do talonário desde que a assinatura nele aposta confira com uma daquelas constantes dos cartões de assinaturas do cliente.

Salienta, outrossim, que os cheques não foram devolvidos por insuficiência de fundos, conforme afirmam os autores, mas por contra-ordem/sustação, devido ao fato de se haver constatado divergência entre a assinatura do primeiro cheque apre-

sentado ao banco e as apostas nos aludidos cartões de assinaturas. Ademais, não procedeu à inscrição do nome dos autores nos cadastros do SPC ou do Serasa, enfatizando que providenciou a restituição dos valores cobrados pela devolução dos cheques na oportunidade em que estes afirmaram serem suas as assinaturas constantes nos cheques devolvidos.

Alega, por derradeiro, que os autores não demonstraram em que consistiu seu prejuízo, tampouco provaram ter o réu agido com dolo ou culpa, insurgindo-se, também, contra o quantum pleiteado, asseverando que os autores pretendem, na realidade, enriquecer às suas custas.

Concluiu pleiteando, alternativamente, o acolhimento da preliminar, extinguindo-se o processo, sem julgamento do mérito, em relação ao autor Marcelo da Silveira Chagas, ou a improcedência do pedido, com todos os seus consectários.

Juntou documentos (fls. 40/68).

Os autores impugnaram a contestação, rebatendo todos os seus termos.

Infrutífera a tentativa de conciliação, proposta pelo Magistrado em audiência para tal designada, impugnada a contestação, realizou-se audiência de conciliação, que resultou inócua, devido a ausência do réu.

No despacho saneador a Dra. Juíza de Direito rejeitou a preliminar argüida pelo réu e deferiu o pedido de exibição das cópias microfilmadas dos cheques de ns. 10.326, 10.329 e 10.333 requeridas pelos autores na réplica.

O réu, atendendo à decisão interlocutória, veio aos autos para informar da impossibilidade de exibir os documentos, pelo fato de terem sido inutilizados.

Realizou-se a audiência de instrução e julgamento, na qual foi renovada a proposta de conciliação, que não foi aceita pelas partes, que dispensaram a produção de provas.

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito julgou procedente em parte o pedido, condenando o réu a pagar aos autores o montante equivalente a 100 (cem) salários mínimos, acrescido de juros legais a partir da citação e correção monetária da data do ajuizamento da ação, bem como a arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Inconformado com a decisão proferida na audiência de instrução e julgamento (fl. 95), que indeferiu a produção de prova testemunhal que requerera em tempo hábil, o réu interpôs agravo retido.

Em outra peça apelou, alegando, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa em virtude do julgamento antecipado da lide, postulando a apreciação do agravo retido, a teor do preceituado no art. 523, § 1º, do CPC, com a conseqüente anulação do veredicto. No mérito, ratificou os argumentos deduzidos na contestação, rebelando-se, outrossim, contra o valor da condenação, afirmando-o excessivo, circunstância que ensejaria o enriquecimento ilícito dos autores. Gizou que não agiu com culpa ou dolo, não merecendo, como corolário, suportar a reparação imposta, máxime

porque o dano não ficou comprovado, eis que os apelados não tiveram seus nomes inscritos nos cadastros das instituições de proteção ao crédito. Postulou, por derradeiro, alternativa-mente, a improcedência do pedido ou a redução do quantum para o equivalente a 10 (dez) salários mínimos, distribuindo-se proporcionalmente os ônus da sucumbência, a teor do disposto no art. 21 do CPC.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Corte.

É o relatório.

O agravo retido não merece provimento, pois não se caracteriza o cerceamento de defesa quando há nos autos elementos bastantes para formarem o convencimento do julgador. Na espécie, há prova documental suficientemente hábil a permitir o correto julgamento, tornando-se dispensável a prova testemunhal requerida. Destarte, agiu acertadamente o Dr. Juiz de Direito ao julgar antecipadamente a lide, a teor do preceituado no art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

A respeito, assentou o Superior Tribunal de Justiça:

“Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder” (STJ — 4ª Turma, REsp n. 2.832—RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 14/8/90, DJU de 17/9/90, pág. 9.513).

Com efeito, “inexiste cerceamento de defesa se os fatos alegados haveriam de ser provados por documentos, não se justificando a designação de audiência (STJ — 3ª Turma, REsp n. 1.344—RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 4/12/89)” (Negrão, Theo-

tonio, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, São Paulo, Saraiva, 1998, 29ª ed., pág. 305, nota 6b ao art. 330).

Por isso, não procede a prefacial de cerceamento de defesa, nem a pretendida produção de outras provas, eis que o fato que o agravante pretendia provar por meio de testemunhas — que o autor tinha conhecimento dos procedimentos para desbloquear o talonário de cheques — foi confessado na audiência pela parte adversa, tornando-se desnecessário demonstrá-lo.

Diversa, entretanto, é a sorte do apelo.

Com efeito, o bloqueio dos cheques e a respectiva devolução não se deveu à falta de fundos ou negação da existência de provisão, mas sim à constatação de que a firma neles aposta diferia das constantes do cartão de assinaturas, conduta que demonstra zelo da instituição financeira no trato com o numerário pertencente aos correntistas, e cautela relativamente aos seus procedimentos com vistas a prevenir prejuízo.

Do cotejo que se faça entre as assinaturas lançadas nos cheques — um dos originais anexado pelos autores (fl. 23) e cópia de outro juntada pelo réu (fl. 48) — com as apostas no cartão de assinaturas (fl. 47) constata-se, sem esforço, a diferença, afigurando-se prudente o bloqueio até o reconhecimento da autenticidade daquelas, afirmada posteriormente pelo autor, procedendo então o réu à compensação.

Portanto, não se pode afirmar que a devolução e o bloqueio tenham sido desarrazoados ou indevidos e

que configurariam ato ilícito capaz de autorizar a reparação de eventual dano à imagem, pois dano à imagem sequer ocorreu.

Por outro lado, nem se diga que seria suficiente para amparar o reconhecimento de possível ilícito a circunstância de o banco não haver exibido documentos, consoante lhe ordenara, no saneador, a Dra. Juíza Substituta.

Ora, instado a fazê-lo, informou o réu que não lhe era possível, posto que inutilizara os documentos, em virtude do tempo decorrido (fl. 87).

O exame dos autos revela que transcorreram 4 (quatro) anos desde a data da primeira apresentação dos cheques ns. 10.326 (fl. 12v.), 10.329 (fl. 11v.) e 10.333 (fl. 11v.) e a da juntada do mandado de intimação para que o banco exibisse as respectivas cópias microfilmadas (fl. 85v.). E tal procedimento lhe era permitido pela Lei n. 5.433, de 8 de maio de 1968, incumbindo-lhe apenas observar o prazo estabelecido no art. 18 do Decreto n. 1.799, de 30 de janeiro de 1996, e no § 2º do art. 4º da Resolução n. 913,

de 5 de abril de 1984, do Banco Central do Brasil, para guarda e conservação dos microfilmes pelo lapso prescricional a que estariam sujeitos os originais, há muito consumado, a teor do estatuído no art. 59 da Lei n. 7.357, de 2 de setembro de 1985.

Impõe-se, portanto, o provimento do apelo para reputar-se improcedente o pedido, invertendo-se os ônus da sucumbência, arbitrando-se em R\$ 1.000,00 (mil reais) os honorários de advogado, a teor do preceituado no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, negou-se provimento ao agravo retido, dando-se provimento ao apelo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.017480-7, DE TAIÓ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Apelação cível. Ação de indenização. Inclusão do CPF do autor no cadastro de emitentes de cheques sem fundos. Cadastros preenchidos, em épocas diversas, com dados fornecidos por dois clientes da instituição financeira, com o mesmo CPF. Equívoco que não pode ser imputado ao banco, no caso concreto. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.

00.017480-7, da comarca de Taió, em que é apelante Vergilino Alves e

apelado Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc:

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

Custas na forma da lei.

Vergilino Alves ajuizou ação ordinária, postulando a antecipação da tutela, contra o Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, pretendendo que se determine a exclusão de seu CPF do cadastro de inadimplentes do Serasa, e que se imponha ao réu a reparação do dano moral de que foi vítima, em consequência da indevida inscrição, alegando que ao pleitear financiamento ao réu, foi informado de que seu CPF estava inscrito no rol de maus pagadores, em virtude de haver emitido cheques sem provisão de fundos.

Salienta que nunca utilizou talões de cheque do réu, realizando todas as operações com cartão magnético, circunstância que tornaria impossível a anotação.

Apesar disso, procurando a origem da indevida anotação, descobriu que outra pessoa havia se utilizado do seu CPF para abrir conta na instituição financeira ré, e como esta não tenha conferido se o número do CPF apresentado por Tânia Mariza Westarb efetivamente lhe pertencia, está obrigada a reparar o dano que a indevida inscrição lhe causou, considerando-se que a procurou tão logo teve conhecimento do desagradável acontecimento, mas não manifestou interesse em regularizar a situação, tampouco em conceder-lhe o financiamento desejado.

Ressalta, outrossim, que não foi comunicado a respeito da inclusão do seu CPF nos cadastros das instituições de proteção ao crédito, como exige o § 2º do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor.

Após enfatizar os dissabores enfrentados em razão do indevido apontamento, concluiu postulando a procedência do pedido, com todos os seus consectários, antecipando-se-lhe a tutela relativamente à exclusão de seu CPF da lista do Serasa e, por derradeiro, a concessão do benefício da assistência judiciária.

Juntou documentos (fls. 10/15).

Citado, respondeu o réu, suscitando, preliminarmente, a nulidade da citação, eis que recebida por pessoa sem poderes para tal, e requerendo a denunciação da lide à Tânia Mariza Westarb, pessoa que se utilizou do CPF do autor. No mérito, sustentou que não pode ser responsabilizado por fato a que não deu causa, posto que Tânia Mariza Westarb lhe forneceu como seu o CPF, razão pela qual foi encaminhado para o Serasa.

Enfatizou, outrossim, que seus prepostos agiram “mecanicamente dentro das normas bancárias usuais” ao anotarem o CPF na instituição de proteção ao crédito, porque constava da ficha cadastral de Tânia Mariza Westarb como se a ela pertencesse, além de não haver o autor demonstrado no que teria consistido seu prejuízo. Investiu também contra o quantum pleiteado, asseverando que o autor pretende enriquecer às suas custas.

Concluiu requerendo a improcedência do pedido.

Juntou documentos (fls. 26/40).

O autor impugnou a contestação, rebatendo todos os seus termos.

Remetido ofício à Delegacia da Receita Federal com o fito de esclarecer a quem pertence o CPF n. 247.595.979-72, em resposta comunicou aquele Órgão Federal que o titular do CPF é Vergilino Alves.

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito julgou procedente em parte o pedido, ordenando a exclusão do CPF pertencente ao autor dos cadastros de inadimplentes do Serasa. Deixou de condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, em virtude de o nome do autor nunca ter constado da lista de maus pagadores, na qual figurou apenas seu CPF.

Por ser o autor beneficiário da assistência judiciária, isentou-o dos ônus da sucumbência.

Irresignado, apelou o autor, sustentando que sofreu abalo de crédito, pois o próprio réu negou-lhe o financiamento por ter seu CPF inscrito no Serasa. Requereu a reforma parcial do veredicto para que se condene o réu ao pagamento de indenização por danos morais, causados pela inscrição indevida do número do seu cadastro de pessoa física no Serasa.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Corte.

É o relatório.

Não procede a irresignação. Com efeito, a pretensão deduzida pelo autor relativamente à parte que não foi acolhida pela sentença só mereceria agasalho mediante a demonstração de que seu nome fora indevidamente lançado no cadastro de emitentes de cheques sem fundos por negligência do apelado, circunstância

aqui não verificada, considerando-se que o réu agiu com toda a cautela que lhe era possível.

Revelam os autos que a ficha cadastral de Tânia Mariza Westarb, preenchida em 7/10/94 com dados por ela fornecidos, exhibe no campo destinado ao CPF o n. 247.595.979-72 (fl. 27). Idêntico número aparece no contrato social da empresa Marroquina Moda Ltda.—ME, de que aquela é sócia (fls. 31/33), e na respectiva alteração (fls. 29/30), bem como no recibo de entrega da declaração de rendimentos que apresentou à Secretaria da Receita Federal no ano de 1977 (fl. 34).

De outra banda, a proposta de abertura de conta de depósitos, cadastro de pessoa física, preenchida com dados fornecidos pelo autor data de 10/12/97 (fl. 37), contendo, no campo destinado ao CPF, o mesmo número do apresentado por Tânia Mariza Westarb.

Se duplicidade existe, e é inequívoca, não pode ser imputada ao banco, que se limitou a utilizar dado fornecido pela correntista, o qual — convém gizar — foi submetido ao crivo da Secretaria da Receita Federal na oportunidade em que se processou, perante a Junta Comercial do Estado, o registro e o arquivamento do contrato social da empresa, repita-se, de que Tânia Mariza Westarb é sócia, de cuja qualificação constava como seu o número do CPF que gerou a contravérsia, processo que foi então àquele Órgão encaminhado com vistas à emissão de CGC.

Além disso, em que pese ao fato de pertencer ao autor (fl. 47) e identificá-lo para alguns, mas restritos efei-

tos, não se pode dizer que o CPF integre a personalidade, a exemplo do que ocorre com o nome, o qual não foi inscrito no cadastro de emitentes de cheques sem fundos, razão pela qual não se configurou a ofensa ao bom nome ou o abalo de credibilidade capazes de justificar a reparação, à mínima de dano moral.

Correta a sentença que determinou a exclusão do CPF do autor do aludido rol impõe-se a sua manutenção.

Ante o exposto, desproveu-se o apelo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 28 de novembro de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.020923-6, DE TAIÓ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Apelação cível. Ação de indenização por dano moral. Inscrição nos cadastros de inadimplentes das instituições de proteção ao crédito. Fato imputável ao autor. Alegado abalo de crédito. Inocorrência. Recurso desprovido.

“Não faz jus à indenização por dano moral quem, por negligência, deixa de tomar medida que lhe cabia para evitar o aponte do nome no SPC” (Cahali, Yussef Said, Dano Moral, 2ª ed. rev. ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pág. 428, nota de rodapé n. 143).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.020923-6, da comarca de Taió, em que é apelante Lindomar Luetzow e apelada Losango Promotora de Vendas Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

Trata-se de ação de indenização por dano moral e abalo de crédito

intentada por Lindomar Luetzow contra Losango Promotora de Vendas Ltda., alegando, em síntese, que adquiriu bens móveis na Loja SCL & Cia. Ltda. e para o pagamento do débito firmou contrato de financiamento com a empresa ré.

Sustenta que não recebeu cópia do contrato, nem carnê, apenas os recibos de pagamento, encontrando-se em aberto a parcela vencida no mês de abril de 1998.

Acrescenta que as prestações foram pagas rigorosamente em dia e

ao final dos 10 (dez) meses — prazo do financiamento — dirigiu-se a outra loja para adquirir mercadorias, tendo sido surpreendido com a notícia de que não dispunha de crédito, ao argumento de que seu nome se encontrava inscrito no SPC porque devia à loja SCL & Cia. Ltda. Asseverando que em decorrência disso sofreu abalo em sua idoneidade financeira, concluiu postulando a procedência do pedido, para que se condene a ré ao pagamento de indenização por dano moral, que deseja ver arbitrada no equivalente a 3.600 (três mil e seiscentos) salários mínimos, bem como ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Requeru, por derradeiro, o envio de ofício ao SPC, a fim de que este identificasse quem procedeu à indicação para apontamento, determinando-lhe, à guisa de liminar, a exclusão de seu nome dos cadastros de inadimplentes, além do benefício da assistência judiciária.

Juntou documentos (fls.15/27)

No despacho de fl. 27v. o Magistrado determinou a expedição de ofício ao SPC de Blumenau, para que este informasse se o nome do autor consta de seus cadastros.

O SPC atendeu à determinação, afirmando que o nome do autor não consta de seus cadastros (fl. 32).

Citada, a ré ofereceu resposta, sustentado que o autor ocultou fatos relevantes, tais como o pagamento em 23/3/98 da parcela vencida em 16/2/98, e em 14/4/98 da vencida em 16/3/98, não tendo pago a última parcela, vencida em 16/4/98.

Aditou, outrossim, que o autor acostou aos autos apenas 6 (seis) recibos, referentes a 6 (seis) parcelas

do total de 10 (dez), ressaltando que não fez prova das inúmeras visitas a lojas que afirmou ter realizado, enfatizando que se o fez, estava mal intencionado, pois, a partir da primeira, tinha conhecimento da inscrição de seu nome no SPC, a par de não haver demonstrado a ocorrência de dano efetivo, de conduta ao menos culposa que se lhe pudesse atribuir, e o nexo de causalidade entre esta e o dano.

Postulou, por derradeiro, a im procedência do pedido, com a condenação do autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) do valor da causa ou, alternativamente, que o valor fixado para a indenização observe o parâmetro da proporcionalidade.

O autor manifestou-se sobre a contestação (fls. 50/63).

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito julgou improcedente o pedido, deixando de condená-lo ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, por lhe haver sido concedido o benefício da assistência judiciária gratuita.

Irresignado, apelou o autor, arguindo cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado, que não lhe teria permitido a produção de provas.

No mérito, persegue a reforma do veredicto, à consideração de que apesar de nada dever à ré, a qual não negou que a empresa SCL & Cia. Ltda., sua representante na cidade de Taió, tenha recebido os pagamentos, limitando-se a afirmar que os recibos não possuem valor probante.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a este grau de jurisdição.

É o relatório.

Não procede a alegação de cerceamento de defesa, nem a pretendida produção de outras provas, eis que há nos autos elementos suficientes para a formação do convencimento do julgador, circunstância que lhe impunha o julgamento antecipado, à luz do preceituado no art. 330, I, do CPC.

Com efeito, “inexiste cerceamento de defesa se os fatos alegados haveriam de ser provados por documentos, não se justificando a designação de audiência (STJ — 3ª Turma, REsp n. 1.344—RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 4/12/89)” (Negrão, Theotonio, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, São Paulo, Saraiva, 1998, 29ª ed., art. 330, nota 6b, pág. 305).

No mérito, pretende o apelante o pagamento de indenização em face de restrição creditícia que sofreu, resultante de seu nome encontrar-se inscrito no cadastro de inadimplentes do Serviço de Proteção ao Crédito — SPC.

Incontestável o fato de ter o autor realizado compras na loja SCL & Cia. Ltda., parcelando o pagamento em 10 (dez) prestações, cujo financiamento foi intermediado pela empresa ré.

Com efeito, para que ficasse efetivamente evidenciado que a inscrição era indevida, incumbia ao autor demonstrar a quitação da dívida, o que no caso não ocorreu, pois do total de 10 (dez) prestações em que restou parcelado o financiamento, provou o pagamento de apenas 6 (seis), median-

te a juntada de 6 (seis) comprovantes (fls. 15 e 16), os quais sequer indicam a que parcelas se referem, circunstância que por si só enseja a manutenção do veredicto, por força do preceituado no art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Ora, cumpria ao autor exigir o recibo discriminado no momento em que efetuou o pagamento das parcelas; não o tendo feito — por displicência ou ingenuidade, detalhe irrelevante no caso concreto — não disporá de meios para prová-lo.

Nesse passo, à minguada de prova da quitação, não traduz ilicitude a inscrição do nome de devedor em mora no cadastro de inadimplentes das instituições de proteção ao crédito, não se podendo admitir que, na hipótese de ocorrer, origine dano.

A respeito, assentou a jurisprudência:

“Não faz jus à indenização por dano moral quem, por negligência, deixa de tomar medida que lhe cabia para evitar o aponte do nome no SPC” — 4ª Câmara do TJRJ, Apelação n. 1.655/87, maioria, DJRJ 16/2/1989, pág. 117 — transcrito por Yussef Said Cahali em sua obra *Dano Moral* (2ª ed. rev. ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pág. 428, nota de rodapé n. 143).

No mesmo sentido:

“Não caberá indenização por danos morais ou patrimoniais, se a inscrição no Serviço decorreu de fato inteiramente imputável ao próprio devedor” — TRF 4ª Região — 5ª Turma, Apelação n. 93.04.30784, 9/11/1995, DJU II 13/12/1995, pág. 86.893 (obra citada, pág. 428, nota de rodapé n. 144).

Portanto, não há o que indenizar.

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 14 de novembro de 2000.

Silveira Lenzi,

Presidente com voto;

Sérgio Paladino,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.008749-0, DE URUSSANGA

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Apelação cível — Ação de indenização por dano moral — Inscrição no Serviço de Proteção ao Crédito — Lesão comprovada — Responsabilidade civil — Fixação — Recurso parcialmente provido.

Tem-se como permissivo de fixação de indenização a título de dano moral a posição social e cultural da vítima, bem como a culpabilidade do ofensor.

É de bom alvitre aduzir que a reparação do dano moral não está interligada com o ressarcimento propriamente dito, sendo apenas uma compensação simbólica para o ofendido. Já para o ofensor, ela passa a ser uma pena para que sinta ele o mal produzido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.008749-0, da comarca de Urussanga, em que é apelante Albertina Lubelia de Souza Cechinel — ME, sendo apelados Maria de Lourdes Luciano Machado e Clube de Diretores Lojistas de Urussanga:

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

Custas na forma da lei.

Maria de Lourdes Luciano Machado interpôs ação de indenização por danos morais contra Albertina Lu-

belia de Souza Cechinel — ME e Clube de Diretores Lojistas de Urussanga, alegando que se tornou cliente do crediário da empresa, quando da constância de seu casamento, efetuando por diversas vezes compras neste estabelecimento. Ocorre que, no dia 12/11/93, alguém se passando pelo seu marido efetuou compras em seu nome, quitando apenas a primeira parcela, inadimplindo as restantes. Asseverou que a ré em momento algum exigiu qualquer documento para a realização dessa compra. Aduziu que transferiu a residência para o município de Tubarão, e requerendo abrir crédito em estabelecimento comercial foi obstada, sob a informação de que

havia negativação no Sistema de Proteção ao Crédito, decorrente de débito com a ré. Sentindo-se humilhada e envergonhada, impetrou a presente demanda, requerendo a condenação da ré a indenizá-la no valor de R\$ 60.000,00.

Contestação pelos requeridos, aduzindo a primeira que a autora, no momento do preenchimento da ficha cadastral, prestou informações não condizentes com a verdade, pois já se encontrava separada do seu marido há mais de 1 (um) ano. Asseverou que não restou provada a alegada tentativa de compra, bem como a humilhação sofrida decorrente desse ato.

O segundo requerido, por sua vez, contestou a demanda, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade passiva, pois não possui responsabilidade por dados fornecidos por seus filia-dos. No mérito, aduziu a ocorrência de má-fé exercida pela autora, já que autorizou o companheiro a passar por Valmir Machado, seu ex-marido, vindo a negar posteriormente tal fato, evitando, com isso, a quitação do débito.

Houve réplica às fls.90/95.

Sentenciando, a Magistrada julgou procedente, em parte, o pedido inaugural.

Houve embargos de declaração, tendo sido negado seu provimento.

Inconformada, a vencida apelou, levantando a proemial de incidente de falsidade do documento acostado à fl. 20. No mérito, ratifica os argumentos já expendidos na peça de contestação. Requereu a reforma da sentença para que seja julgada improcedente a presente demanda, ou, en-

tão, que seja reduzido o valor da verba indenizatória.

Transcorreu in albis o prazo para interposição das contra-razões.

É o relatório.

Prima facie, quanto ao alegado incidente de falsidade do documento de fl. 20, não pode prosperar. Precluiu o seu direito de insurgir-se contra o documento em questão, haja vista que o momento oportuno seria o da contestação. Querer agora, em fase recursal, levantar tal incidente vem a ferir por completo a forma processual amparada pela lei dominante.

Discorrendo a respeito do temário aqui enfrentado, o saudoso mestre Pontes de Miranda traça o seguinte magistério:

"O incidente de falsidade pode ocorrer a qualquer tempo, mesmo se encerrada a instrução, desde que se satisfaça o que a lei exige (e.g., na contestação, ou no prazo de dez dias, contado da intimação da juntada do documento aos autos a cujas provas ele se destina). Dissemos e.g., porque o incidente de falsidade pode ocorrer em processo sumaríssimo, em que não há propriamente a contestação de que se cogita nos arts. 300-303, e nos embargos do devedor (arts. 736-740)..." (in Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IV, Rio de Janeiro : Forense, 1974, pág. 368).

Esta instância já assentou:

"Incidente de falsidade. Preclusão.

"O incidente de falsidade pode ser suscitado em qualquer tempo e grau de jurisdição, mas sempre devendo ser obedecidos os prazos de contestação ou, então, de dez (10) di-

as, contados da intimação da sua juntada aos autos” (Ap. Cív. n. 35.727, de Gaspar, rel. Des. Wilson Guarany).

E mais:

“Nas chamadas nulidades do gênero das não cominadas, ou mesmo nas irregularidades de ordem processual, não havendo qualquer manifestação, na primeira oportunidade em que a parte falar nos autos, verifique-se a preclusão” (JC 51/78).

No mérito, trata-se de demanda indenizatória por danos morais, ocorridos em face da negativa pelo Serviço de Proteção ao Crédito — SPC, de abertura de crédito em estabelecimento comercial, em virtude de falta de pagamento de mercadorias adquiridas por terceira pessoa no estabelecimento da apelante.

É salutar ao deslinde da questão trazer à baila ensinância do Exmo. Des. Trindade dos Santos, que com o lume que lhe é peculiar deu uma introdução sobre dano moral, em acórdão exarado na Apelação Cível n. 97.014564-0:

Do voto:

“Abra-se um hiato para ressaltar-se que, conquanto a celeuma até há bem pouco tempo existente na doutrina e na jurisprudência pátrias acerca da reparabilidade do dano puramente moral, assim entendido aquele que não acarreta reflexos patrimoniais de pronto reparáveis, o melhor posicionamento, no nosso entender, sempre foi aquele que admitiu a indenizabilidade, posicionamento esse que, por seu turno, sempre teve a confortá-lo alguns dos mais eméritos civilistas, com repercussão em expressiva corrente jurisprudencial.

“Dia a dia, nos pretórios pátrios, foi-se agigantando a tese da autonomia da indenização do dano moral, tornando-se inquestionável o dever de reparar-se aqueles danos causados à honra, aos sentimentos, ao crédito e à imagem do ser humano, considerado em si mesmo e perante seus semelhantes.

“Tornou-se inócuo ponderar, como ocorria em época não muito distante, que o Direito Civil mostrava-se indiferente ao dano meramente moral; mesmo porque, abrange ele, em sua tutela, todos os interesses subjetivos, inclusive os chamados direitos da personalidade, e que giram em torno de bens imateriais, como, exemplificadamente, a vida, a liberdade e a honra. E faz-se inquestionável a existência do dano moral, que consiste, justamente, na lesão aos interesses protegidos por esses direitos individuais.

“Faz-se irrefutável, destarte, a existência do ‘dano moral’, bem como a sua relevância para o Direito Civil!

“E, se se admite a existência de danos puramente morais, se assumem eles relevância jurídica, não há por que negar-se a eles reparabilidade civil autônoma, ou seja, pelo que eles representam em si mesmos.

“Alguns, certo está, ainda negavam essa possibilidade, justificando a posição que adotam sob diversos argumentos.

“Alegavam, por exemplo, que o dano moral não tem preço, não sendo, por isso, passível de ser avaliado economicamente.

“Contudo, a dificuldade de se converter em um valor monetário o prejuízo sofrido não se restringe exclusivamente ao dano moral. Jamais

se poderá auferir, com exatidão, o valor de um braço, de uma perna ou de uma mão amputada, ou de qualquer outro membro ou órgão do corpo humano. Mas nem por isso deixou algum julgador de estabelecer indenização por essas lesões, sob o argumento de ser quase impossível fixar a sua exata correspondência monetária.

“Em razão da inexistência de uma exata adequação entre a indenização e o dano moral, não se poderia, só por isso, deixar de arbitrar uma indenização, por inexpressiva que seja.

“Esse argumento, muito usado em oportunidades antanhas, não enfocava a problemática com a necessária correção, posto que, através do ressarcimento, jamais se buscou encontrar o preço de sentimentos íntimos ou imateriais; e, sim, apenas, entregar à parte ofendida uma compensação pecuniária que pudesse contribuir para atenuar o desgaste moral havido. É o preço, não da moral em si, mas do remédio à agressão moral, que sempre se objetivou encontrar.

“Pondere-se: seria até chocante fixar-se o preço de um abalo moral imposto a alguém. No entretanto, pode-se perfeitamente encontrar o preço daquilo que contribui, ou que pode contribuir, para minorar os efeitos daquele abalo, propiciando-se a quem o sofreu um bem-estar psíquico compensatório.

“Uma exata reparação ao dano moral, assentimos, é praticamente impossível.

“Todavia, uma compensação pela via indireta do dinheiro, não o é. É um meio, mesmo, de se propiciar ao ofendido uma sensação de contenta-

mento, representando, de outro lado, uma satisfação que a lei lhe dá.

“Como com muita propriedade acentua o abalizado Amilcar de Castro:

‘Com esta espécie de reparação não se pretende refazer o patrimônio, mas se tem simplesmente em vista dar à pessoa lesada uma satisfação, que lhe é devida, por uma sensação dolorosa que sofreu e a prestação tem, nesse caso, função meramente satisfatória’ (Revista Forense 93/528).

“Na mesma linha de raciocínio, observa o insigne Wilson Melo da Silva:

‘Não se paga o preço da dor. Não se estabelece, dessa forma, o comércio dos bens morais. Entregando-se à vítima uma parcela em dinheiro, proporciona-se-lhe uma indireta reparação pelo prejuízo sofrido, ao mesmo tempo em que se inflige ao culpado uma pena pelo dano que causou’ (O Dano Moral e sua Reparação, pág. 144, ed. 1949).

“Registre-se, também, que, em seu art. 76, deixa o nosso Código Civil meridianamente clara a relevância dos interesses morais no sistema jurídico pátrio, ao estabelecer, in verbis:

‘Para propor ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral’.

“Discorrendo sobre o dispositivo em tela, ressalta o lapidar Clóvis Bevilaqua:

‘...se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo ou restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral se não exprima em dinheiro. É por uma necessidade dos nossos meios humanos, sempre in-

suficientes, e, não raro, grosseiros, que o Direito se vê forçado a aceitar que se computem em dinheiro o interesse de afeição e os outros interesses morais' (Código Civil, vol. I, pág. 313).

"Por seu turno, o art. 159 do Código Civil, ao definir o ato ilícito, conceitua-o apenas como '...toda ação ou omissão que viole direito ou cause prejuízo'.

"Não condiciona o mencionado art. 159, de modo algum, a reparação do dano à existência de um prejuízo de ordem econômica, referindo-se, tão-somente, à existência de prejuízo; não opera, dessa forma, qualquer diferenciação entre dano moral e dano material, donde concluir-se ser aquele reparável.

"Por isso mesmo, a doutrina mais antiga, repleta de exagerado dogmatismo e de interpretações algumas vezes incoerentes, foi sucumbindo diante de uma doutrina mais moderna, mais vinculada à evolução dos tempos, e que, ganhando terreno nos tribunais pátrios, viu estabelecida perante estes a convicção da autonomia da reparabilidade do dano moral.

"Assim:

'O dano moral deve ser autonomamente indenizado' (RT 553/199).

"Solidificando esse entendimento, colacione-se mais os seguintes julgados:

'Embora o dano moral seja um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, para o qual não se encontra estimação perfeitamente adequada, não é isso razão para que se lhe recuse em absoluto uma compensação qualquer. Essa será estabelecida como e quando possível, por meio de

uma soma, que, não importando uma exata reparação, todavia representará a única salvação cabível nos limites da força humana' (RT 485/230).

'O dano moral merece ressarcido mediante compensação em moeda corrente' (RT 516/188).

"Aliás, a indenizabilidade do dano moral não mais comporta qualquer discordância após a promulgação da Lex Mater em vigência.

"É que o direito a essa indenização vem inscrito, no Texto Básico, como um dos direitos individuais.

"Explicita a Lei Maior, em seu art. 5º, inciso V:

'É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem'.

"E dispõe, no item X, do mesmo art 5º:

'— São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação'.

"Por conseguinte, como já fixou este colendo Tribunal de Justiça:

'A indenização por dano moral é constitucionalmente assegurada (art. 5º, V, da CF), não se exigindo o reflexo patrimonial para a respectiva caracterização, impondo-se a reparação tanto que confirmada a ilicitude do procedimento do autor' (Ap. Cív. n. 39.689, de Joinville).

"Ainda:

'Caracterizada a ilicitude no procedimento, nasce para o réu a responsabilidade de indenizar' (Ap. Cív.

n. 39.892, de Blumenau, rel. Des. Wilson Guarany).

“E, mais:

‘Há reparabilidade do dano moral, em face do art. 5º, V e X, da Magna Carta, cuja autorização é de eficácia plena, auto-aplicável’ (Ap. Cív. n. 38.177, de Blumenau, rel. Des. Francisco Oliveira Filho)”.

Feito isso, retorna-se aos autos propriamente ditos.

Em que pesem as argumentações levantadas pela apelante, entendendo que a sentença muito bem apreciou a controvérsia.

É de praxe as lojas comerciais como um todo, no momento da venda a crédito desenvolverem determinados atos formalísticos, evitando a ocorrência da ação de estelionatários, que tudo fazem para obter lucro em desproveito de terceiros.

Contudo, no caso presente, houve um certo descuido por parte da empresa, pois tendo aparecido pessoa diversa da cadastrada, em hipótese alguma poderia ter vendido a ela sem uma autorização expressa de quem detinha o poder de compra. Ademais, tratava-se de pessoa estranha ao cadastro da empresa e titubeações quanto ao vínculo marital com a cadastrada não estão a eximir a falha decorrente da entrega da compra a terceiro.

É cediço que, quando da compra por meio de prestação, os estabelecimentos comerciais preenchem extensos cadastros de seus clientes, com as mais variadas informações, pesquisando nos órgãos de proteção ao crédito, restringindo ao máximo o ingresso, visando sempre a proteger a

integridade financeira das lojas, pois se assim não fosse estariam malfadadas ao insucesso, amargando prejuízos pela venda a pessoas irresponsáveis. Porquanto, esse cadastro é pessoal, e assim sendo não pode ser estendido a estranhos. Ademais, se tal entendimento fosse adotado, estar-se-ia favorecendo a ilegalidade e a atuação desses agentes criminosos. Ora, se a dificuldade na venda a prazo é algo conhecido de todos, e até certo ponto tem um sentido para isso, não pode agora a apelante, após amargar um prejuízo em suas contas em virtude da irresponsabilidade quando da entrega dos produtos para terceiro, estranho ao cadastro, admitir a incorporação desse ônus a quem nada autorizou expressamente.

Seria até certo ponto primário responsabilizar o cliente que detinha o cadastro na empresa, e, como afirmado pela apelante, comprava e quitava regularmente as suas obrigações, incumbindo-lhe, além de saldar a dívida, de arcar com a vexatória situação de ver seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito.

O que sobressai no presente caso é que Joanice Salvato França, valendo-se de sua experiência para os fins ilícitos, conforme fl.115, adentrou no recinto da apelante, vindo a adquirir produtos, utilizando-se do cadastro da apelada para conseguir seu intento. Contudo, a apelante, sabedora das falcaturas existentes no comércio diário, entregou sem o menor zelo as mercadorias, restando por assumir os entraves desse ato irresponsável.

Para ver-se ressarcida do ato impensado, a apelante utilizou-se do meio de que dispunha para obstar fu-

turas compras da apelada, qual seja, remeter seu nome ao órgão de proteção ao crédito. Contudo, tal ato jamais poderia ter ocorrido, pois em momento algum, como já frisado, houve o consentimento da apelada para a compra de mercadorias em seu nome. Dessa forma, jamais poderia a apelante ter-se utilizado dessa via para afetar a integridade moral da apelada. Logo, restou cristalina a caracterização de dano moral quando do lançamento do nome da cliente/apelada no Serviço de Proteção ao Crédito.

Nesse sentido decidiu esta egrégia Primeira Câmara Civil, em aresto da lavra do eminente Des. Trindade dos Santos, na Ap. Cív. n. 49.415, da Capital:

“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 atua, de prestar indenização ao ofendido”.

Restou ela impossibilitada de comprar no comércio, experimentando a situação de passar por pessoa estranha a sua personalidade e conduta, sofrendo com isso prejuízos imensuráveis.

Na lição de José de Aguiar Dias:

“O dano moral deve ser compreendido em relação ao seu conteúdo, que não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado” (in *Da Responsabilidade Civil*, vol. II, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1973, pág. 358) (grifou-se).

Por sua vez, Yussef Said Cahali, na lição de José de Aguiar Dias, ensina: “Sem dúvida é possível existir, ao lado do abalo de crédito, traduzido na diminuição ou supressão dos proventos patrimoniais que trazem a boa reputação e a consideração dos que com ele estão em contato, o dano moral, traduzido na reação psíquica, no desgosto experimentado pelo profissional, mais freqüentemente o comerciante, a menos que se trate de pessoa absolutamente insensível aos rumores que resultam no abalo de crédito e às medidas que importam vexame, tomadas pelos interessados” (in *O Dano Moral no Direito Brasileiro*, São Paulo: RT, 1980, pág. 93).

Diante dessas circunstâncias, a autora foi injustamente abalada em seu crédito, devendo, dessa forma, ser indenizada pelos danos morais que sofreu.

Quanto ao valor fixado a título de indenização por dano moral, estipulado em 50 vezes o salário mínimo, é excessivo. Ademais, a indenização por dano moral é arbitrável mediante alguns requisitos a serem analisados previamente.

Antônio Lindbergh C. Montenegro, na monografia “Ressarcimento de Danos”, assim discorreu:

“Para avaliar o dano moral, haver-se-á de levar em consideração, em primeiro lugar, a posição social e cultural do ofensor e do ofendido. (...) O segundo elemento a pesar a dosagem do quantum reparatório reside na maior ou menor culpa com que se houve o agente. (...) Insista-se, por derradeiro, em que no campo da reparação moral constitui palmar contradição pretender buscar uma perfeita equivalência econômica entre o dano e a quantia que for arbitrada a título de compensação ou satisfação simbólica. Tal desiderato somente mostra-se possível no domínio dos danos patrimoniais. Bens imateriais e preços econômicos são entidades heterogêneas que repelem denominador comum” (Ed. Âmbito Cultural, Rio, 1984, págs. 134/135).

A reparação do dano moral “não representa um ressarcimento, no sentido rigoroso do termo, e, sim, uma compensação ou satisfação simbólica, visto que nela domina a idéia de pena privada, de manifesta incompatibilidade com a sistematização dos

princípios que formam o arcabouço da teoria da indenização de danos. (...) A soma em dinheiro paga pelo agente é para que ele sinta de alguma maneira o mal que praticou” (op. cit., pág. 129).

Destarte, levando-se em conta esses requisitos, entendo que o valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) é razoável para suprimir a lesão sofrida, e, desde já, deixo de aplicar o salário mínimo como fator correccional, pois importaria admiti-lo, até o momento da liquidação da dívida, como índice de correção monetária, o que é vedado pela Carta Magna (art. 7º, IV).

Pelo exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, apenas para reduzir a verba a título de indenização por danos morais.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos.

Florianópolis, 24 de abril de 2000.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente com voto;
Solon d’Eça Neves,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.000455-4, DE TIMBÓ

Relator: Des. Solon d’Eça Neves

Apelação cível — Alimentos — Decisão que reconhece a obrigação alimentar do pai para com a filha maior, ante a incompatibilidade do horário de estudo desta, em curso superior, com a possibilidade de trabalho apto a garantir seu integral sustento — Sentença mantida — Provimento do recurso apenas para se acrescer ao r. decisum a condicionante de que o pensionamento arbitrado

está jungido à frequência, pela alimentanda, ao curso universitário noticiado nos autos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.000455-4, da comarca de Timbó (1ª Vara/Inf. e Juv./Reg. Público), em que é apelante R. V. J., sendo apelada H. M. J.:

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

Custas na forma da lei.

Na comarca de Timbó, H. M. J. aforou ação de alimentos contra R. V. J. alegando, em síntese, que desde a separação de seus pais permaneceu sob a guarda do pai, ora requerido, dependendo exclusivamente deste para seu sustento, haja vista que sua mãe não possuía rendimentos próprios. Assevera que por imposição do requerido ingressou em faculdade na Bolívia, na cidade de Cochabamba, matriculando-se na UPAL — Universidade Privada Abierta Latinoamericana, recebendo inicialmente dele a quantia de R\$ 600,00 (seiscentos reais) para custear as despesas relativas a faculdade, livros, material didático, moradia, alimentação e outros eventuais gastos, quantia esta que se apresentava insuficiente, cobrindo apenas parte das referidas despesas. Destaca que o requerido é médico renomado na cidade de Timbó, possuindo situação econômica privilegiada, capaz de suportar tranquilamente os aludidos gastos.

Após outras considerações que por brevidade ficam fazendo parte in-

tegrante deste, pugna pela procedência da demanda.

Inconformada com a decisão que relegou a apreciação do pedido liminar para exame posterior (fl.13v.), a autora interpôs agravo de instrumento objetivando a reforma do decisum, sendo negada a carga suspensiva.

Foram fixados os alimentos provisionais (fls.35/37).

Em audiência de instrução e julgamento, restando infrutífera a conciliação, foram tomados os depoimentos das testemunhas e das partes, momento em que o requerido ofertou resposta, em forma de contestação, pugnando pela improcedência do pedido.

Alegações finais às fls.106/113 e 114/118.

Sentenciando, o Dr. Juiz a quo julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o requerido ao pagamento de pensão alimentícia, em favor da autora, na importância mensal de R\$ 700,00 (setecentos reais), limitando ao prazo de 6 (seis) anos a partir da data da citação, bem como ao pagamento das custas processuais e verba honorária fixada em 15% sobre o valor das parcelas vencidas, desde a citação, e 12 (doze) das vencidas.

Irresignado, apelou o requerido, objetivando a reforma da decisão entregue, sob o argumento de que não possui mais nenhuma obrigação com a autora, haja vista ela ter atingido a maioridade. Insurge-se, outrossim, contra a obrigação alimentar fixada em 6 (seis) anos, eis que o limite de

duração do curso é de quatro anos e meio.

Devidamente contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 172/178, opinado pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

A condenação à verba alimentar, em verdade, se impunha, porquanto subsiste a obrigação consignada nos artigos 396 e seguintes do Código Civil brasileiro, ainda que a alimentante, in casu, filha, tenha alcançado a maioridade, dès que esta freqüente universidade e não possua condição de auto-sustento, na esteira da orientação pretoriana encampada pela sentença sob recurso.

Na hipótese em apreço, denota-se que a apelada, não logrando êxito nos vestibulares prestados, optou por estudar na Bolívia, precisamente na UPAL — Universidade Privada Abierta Latinoamericana, estabelecimento que prescinde do exame para o respectivo ingresso, sendo que posteriormente resolveu, sem concluir o referido curso, matricular-se na faculdade de Odontologia de Araras/SP, a qual freqüenta até a presente data.

O provimento jurisdicional entregue, no diapasão do parecer ministerial, entendeu que a autora, por estar cursando faculdade em período integral, não tem condições de exercer qualquer atividade remunerada em jornada normal de trabalho, senão como autônoma, determinando, de conseguinte, o pagamento de pensão mensal no valor de R\$ 700,00 (setecentos reais) pelo genitor, ora apelante, enquanto cumprimento da obriga-

ção alimentar, cuja limitação temporal restou fixada em 6 (seis) anos.

Anotou o Magistrado que, mesmo ciente da insuficiência da pensão para abarcar as despesas com o estudo e manutenção da alimentanda, a renda do alimentante, indicada pelo caderno probatório, não comporta a majoração do pensionamento, cabendo à autora “adequar seu modo de vida à nova situação, procurando complementar o valor que necessita para manter-se através de trabalho, pois, como já observado, ‘quem está vocacionado para o trabalho consegue desempenho como autônomo, combinando horário de estudo com horário de trabalho’ (RT 680/174)” (fl. 135).

O apelante argumenta em suas razões recursais que a demandante não faz jus a alimentos porque já ultrapassara a idade de 24 (vinte e quatro) anos, e, ainda, que a pensão alimentícia não comporta os gastos atinentes ao estudo, como pretende a ora apelada, até porque esta não se esforçou com o devido denodo nas diversas oportunidades proporcionadas, não lhe podendo ser apresentada a conta da nova empreitada de sua filha, levada a cabo sem o seu aceno, em uma faculdade do interior paulista.

Entretanto, como bem disse o ilustre representante do Parquet de segundo grau:

“Acertou o Magistrado em sua r. decisão, quando visou garantir à apelada os meios mínimos e necessários a sua subsistência, pois a mesma não pode gerar recursos para a sua manutenção, enquanto está cursando a Faculdade de Odontologia, que lhe consome todos os horários do dia em

que a mesma poderia estar trabalhando.

“Segundo Silvío Rodrigues:

‘...deve ser desatendida a reclamação, pois, sendo as filhas maiores e válidas, não têm direito a alimentos, a menos que provem que, por qualquer circunstância razoável, não conseguem ganhar o bastante para viver’ (Direito Civil, vol. 6, 16ª ed., 1989, Editora Saraiva) (g. n.)”.

E mais adiante, continua o parecerista:

“Admissível o pedido de alimentos da apelada para o apelante. Quando uma jovem ingressa em um curso universitário, exige-se uma dedicação quase que integral do cursando, onde este vê as suas chances reduzidas de obter atividade remunerada.

“Neste diapasão:

‘Ação de alimentos. Filha maior. A despeito de que a filha seja maior e curse faculdade não fica desobrigado o pai de lhe fornecer alimentos’ (TJRGS 105/251).

‘O direito a prestação de alimentos é recíproco entre pai e filho, maior ou emancipado, casado ou solteiro, que se encontre sem recursos para a sua manutenção, por estar desempregado, por cursar estabelecimento de curso superior (RT 490:108 e 109, 507:115, 544:235, 522:232, 566:54, 546:222, 531:236, 572:198, 574:188, 539:201, 534:79 e 656:206; Adcoas, n. 89.527, 1983; TJRJ, 86.076, 1982; JB 152:297 e 165:320)’”.

Para, então, concluir:

“Sendo a apelada maior, estudante e sem emprego, deve-se reconhecer o direito dela de receber os ali-

mentos pelo apelante, eis que provou não poder trabalhar e necessitar do sustento paterno, porquanto durar o curso.

‘A maioria do filho, que é estudante e não trabalha, a exemplo do que acontece com as famílias abastadas, não justifica a exclusão da responsabilidade do pai quanto a seu amparo financeiro para os estudos’ (RJTJSP 18/201).

“O fato de a apelada já ter atingido a maioria civil não implica, necessariamente, na cessação da obrigação do pai à prestação de alimentos, devendo ser analisados alguns fatores, como o fato desta estar cursando faculdade, sem ter tempo, em virtude desta, de exercer atividade remunerada, capaz de prover a própria manutenção, lógico não pode se esquivar de sua obrigação.

‘O dever de sustento se extingue com a maioria, surgindo a obrigação alimentar comum, decorrente do parentesco, mas sujeita aos pressupostos da prova da necessidade e da possibilidade’ (Ap. Cív. n. 46.618, de Criciúma, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 22/2/95, pág. 5)” (fl.175 e seguinte).

Assim, pertinente gizar que “o fato da maioria nem sempre significa não sejam devidos alimentos” (STJ, REsp n. 4.347, rel. Min. Eduardo Ribeiro), até porque, segundo a autorizada doutrina de Yussef Said Cahali, existem duas modalidades de encargos legais a que se sujeitam os pais em relação aos filhos: o dever de sustento e a obrigação alimentar. Enquanto o primeiro diz respeito ao filho menor, e decorre do pátrio-poder, “a obrigação alimentar não se vincula

ao pátrio-poder, mas à relação de parentesco, representando uma obrigação mais ampla que tem fundamento no art. 397 do CC; tem como causa jurídica o vínculo ascendente-descendente" (Dos Alimentos, São Paulo, RT, 2ª edição, 1993, pág. 504).

No mesmo norte leciona Arnald Marmitt:

"Com a maioridade cessa o pátrio-poder, mas nem sempre a obrigação de prestar alimentos ao filho. A lei estabelece a reciprocidade obrigacional entre pais e filhos, sem fazer menção à faixa etária, ou sem fixar limites de idade.

(...)

"Situações há em que a maioridade do filho ou da filha, que cursa faculdade em tempo integral, longe de casa, ou que trabalha em horas vagas, só por si não exoneram os pais de alimentos. Estes podem ser indispensáveis mesmo que o estudante trabalhe. Entretanto, sujeita-se à cassação o direito de perceber alimentos, do universitário que sem razão tranca a matrícula numa faculdade para ingressar em outra, ou que abandona bom emprego, ou que cria outros obstáculos com o intuito único de prorrogar o período de suposta necessidade" (Pensão Alimentícia, Rio de Janeiro, Aide Ed., 1993, pág. 55).

No caso em análise, não se pode afirmar que a desistência do curso realizado na Bolívia foi sem razão, porquanto decorrente das precárias condições financeiras da apelada, à falta da verba que normalmente o apelante lhe destinava, sendo que por ocasião do depoimento de fl. 61 e seguinte este também asseverou que

"preferia que sua filha estudasse no Brasil".

Ainda que conhecida orientação pretoriana indique, em caso de alimentando estudante, a idade de 24 anos como limite para recebimento da prestação alimentícia, faz-se necessário o exame casuístico para se apurar a sua necessidade, diante da dificuldade de, cursando faculdade, exercer atividade remunerada, com condições de prover o próprio sustento, em contraposição à possibilidade do alimentante (art. 400 do CC), até porque a maioridade por si só, como antes afirmado, não tem o condão de afastar a obrigação alimentar.

Nesse sentido, vale citar o ensinamento de Basílio de Oliveira:

"O filho que atinge a maioridade e, comprovadamente, necessita de pensão para custear o seu curso universitário, constitui uma exceção da prorrogação da obrigação alimentar dos pais após a extinção do pátrio-poder" (in Alimentos: Revisão e Exoneração, Aide, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1994, pág. 167).

A referida obra faz menção ao seguinte aresto:

"Maioridade dos filhos. A obrigação alimentar persiste mesmo depois da maioridade do filho, mormente se este, por estar freqüentando aulas em curso superior, se vê impossibilitado de exercer profissão lucrativa" (TJRJ, ac. un. da 5ª Câm. Cív., reg. em 10/3/86, AI n. 10.018/85, rel. Des. Narcizo Pinto) (pág. 170).

Othon Zei Amaral Santos colaciona em seu livro "Dos Alimentos" a seguinte lição jurisprudencial:

“Atingida a maioridade, o filho que vinha sendo sustentado pelo genitor em razão do pátrio-poder vê nascer a seu benefício um direito a alimentos, agora condicionado à verificação dos pressupostos do artigo 399 do CC (TJSP — AC n. 204.078-1 — 3ª C — rel. Des. Gonzaga Franceschini — j. em 9/8/94) (RJTJESP 162/166)” (Ed. Best book, 1ª edição, 1998, pág. 306).

Da obra intitulada “Alimentos no Direito de Família e no Direito dos Companheiros”, de autoria da Desembargadora Áurea Pimentel Pereira, extrai-se a seguinte lição exarada no colendo Pretório fluminense:

“Se quem pleiteia a exoneração de alimentos funda o seu pedido apenas na maioridade da filha, e se esta demonstra que está necessitando de alimentos, mais do que nunca, a consequência não pode ser um decreto burocrático de extinção de obrigação alimentar. Se resulta do próprio processo que ainda subsista a necessidade da filha, o dever de lhe prestar alimentos persiste, já agora com base no artigo 397 do Código Civil. A consequência é a reforma do julgado, para se admitir que o dever de pagar as pensões permaneça como antes, até que a ré tenha renda própria, comprovadamente” (Rio de Janeiro, Renovar, 1998, pág. 68).

Vale transladar, ainda, os seguintes arestos:

“A superveniência da maioridade dos filhos não obsta o direito de continuarem a perceber alimentos. Todavia, tal direito é originado em decorrência tão-somente da relação de parentesco, não mais em virtude do pátrio-poder, e somente poderá ser

reconhecido ante a comprovação dos pressupostos do art. 399 do mesmo diploma, através de ação própria” (Ap. Cív. n. 98.017549-6, rel. Des. Silveira Lenzi).

“Direito de família. Ação de exoneração de pensão, ajuizada pelo pai, face o filho, ao fundamento de que, tendo ele completado 24 anos de idade, não mais necessita de sua colaboração para o próprio sustento. A sentença (fl. 9v.), julgando de plano, exonerou o autor da prestação de alimentos. Inconformado, apelou o órgão do Ministério Público, pugnano pela anulação da sentença, que prescindiu da necessária citação do réu, para instalar-se o contraditório. Com razão está o apelante. A exoneração judicial não decorre simplesmente da maioridade do alimentário, que pode ainda e eventualmente necessitar das prestações alimentícias. Tal como julgado, impõe-se a anulação da sentença, com o regular prosseguimento do feito. Provimento do recurso” (TJRJ — AC 4175/95 — Reg. 070596 — Cód. 95.001.04175 — Rio de Janeiro, 6ª Câm. Cív., rel. Des. Itamar Barbalho — j. 21/3/1996) (grifei).

“Sendo o filho maior, estudante e sem emprego, tem-se-lhe reconhecido direito a alimentos pelo pai, isto por espírito de equidade, mas, para tanto, o descendente deverá provar que não pode trabalhar e que, conseqüentemente, necessita ainda do sustento paterno.

“Todo homem maior e capaz deve prover o próprio sustento, e, no caso do filho estudante, este deverá comprovar que em face do horário de suas aulas está impedido de traba-

lhar, e, assim não ocorrendo, fica o pai exonerado da obrigação alimentar.

“A obtenção de renda não depende de emprego nem de horário determinado, pois quem está vocacionado para o trabalho consegue desempenho como autônomo, combinando horário de estudo com horário de trabalho” (RT 680/174).

Pelas razões espostas, evidenciando-se a incompatibilidade do horário de estudo da demandante com a possibilidade de trabalho apto a garantir a integralidade de sua manutenção, agiu bem o Magistrado ao reconhecer a obrigação alimentícia, arbitrando valor que sem deixar à míngua a apelada não sobrecarregou o apelante, atendendo ao disposto no art. 400 do Código Civil brasileiro.

Apenas no concernente ao prazo fixado aos alimentos, qual seja, 6 (seis) anos a contar da citação, merece o decisum uma ressalva: de que tal interregno deve ser obedecido somente se a apelada estiver frequentando o curso de Odontologia da Faculdade de Araras/SP, melhor dizendo, a apelada gozará do pensio-namento, durante o prazo consignado na sentença, desde que continue es-

tudando no sobredito curso universitário, e faça prova da respectiva frequência e desempenho acadêmico.

Tocantemente à revisional, prematuramente proposta pela apelada, como notícia o apelante, vale dizer que refoge ao âmbito deste recurso, mostrando-se inoportuna e imprópria qualquer menção ou exame acerca das questões ali deduzidas, que deverão ser resolvidas no desenrolar da referida actio.

À luz do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso ofertado, tão-somente para que a pensão arbitrada obedeça à condição antes delineada.

Presidiu a sessão, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. João José Schaefer e participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 25 de novembro de 1999.

Alcides Aguiar;
Presidente para o acórdão;
Solon d'Eça Neves;
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.008843-0, DE MONDAÍ

Relator: Des. Volnei Carlin

Acidente de trânsito — Culpa recíproca dos chauffeurs envolvidos — Critérios de fixação do percentual da responsabilidade indenizatória — Direito comparado — Sentença mantida.

Consoante a doutrina, inclusive a alienígena, deve haver uma divisão de responsabilidade proporcional à intensidade do grau de

culpas perpetradas pelos motoristas comprometidos com o evento danoso.

Assim, a condenação há de estar em harmonia com a respectiva gravidade das culpas cometidas para determinar-se o quantum individual indenizatório, considerando-se, entre outros fatores, o comportamento posterior dos participantes do sinistro, as consequências deste, a observância, ou não, das precauções, a influência de fatores internos (do veículo) e externos (atmosféricos e de sinalização) e a elevação dos gastos exigidos para o restabelecimento do status quo ante.

Em havendo, portanto, concorrência de culpas e sendo elas equiparadas, dividem-se os prejuízos pela metade; se uma participação caracteriza-se como mais grave, emprega-se uma gama de frações: 1/10, 1/5, 1/3, 2/3 ou 3/4 do dano causado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.008843-0, comarca de Mondaiá, em que é autor Alberto Luiz Filincoski e réu o município de Iporã do Oeste:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O município de Iporã do Oeste ajuizou na comarca de Mondaiá ação reparatória de danos em face de Alberto Luiz Filincoski, alegando, resumidamente e em linhas gerais, que teve seu veículo Caravam, cedido em comodato, abalroado pelo Fusca de propriedade do acionado e por ele conduzido, nas proximidades do trevo de Frederico Westphalen, destacando que o automóvel do demandado cortou a sua frente. Requereu a condenação do réu ao pagamento de R\$ 3.073,00 (três mil e setenta e três reais)

corrigidos monetariamente, mais custas processuais e honorários advocatícios em 20% (vinte por cento).

O demandado, em contestação, suscitou preliminar de ilegitimidade ativa ad causam, argumentando que o autor, na condição de comodatário, não é responsável pelas condições do veículo, não podendo residir em juízo. No mérito, refutou a tese sustentada pelo postulante, impingindo a causa do sinistro ao autor que, em alta velocidade, colidiu com a lateral traseira do veículo do acionado, quando este já estava na pista de rolamento, pugnando pela extinção do feito, com fulcro no inciso VI do art. 267 do CPC ou pela improcedência da ação, quanto ao *meritum causae*.

Na ocasião, argüiu exceção de incompetência, uma vez que promoveu contra o município de Iporã do Oeste ação idêntica na Comarca onde ocorrera o evento. Diante da improcedência do incidente, foi fixada a competência do Juízo de Mondaiá, reme-

tendo-se o processo para esta Comarca. As argumentações das partes naqueles autos foram, em síntese, as mesmas acima mencionadas.

Processados e instruídos em separado seguiram os cadernos processuais ao Promotor de Justiça que exarou parecer em ambos, opinando pela procedência da ação aforada pelo município de Iporã do Oeste.

Vencida a dilação probatória o Togado Monocrático determinou a reunião dos processos e, afastando a versão dos fatos produzida por Alberto Luiz Filincoski a respeito do sinistro e entendendo haver concorrência de culpas, julgou parcialmente procedentes os pedidos, para condenar este ao pagamento de 70% (setenta por cento) das despesas pleiteadas pelo município de Iporã do Oeste. Em contrapartida, condenou o Município ao pagamento de 30% (trinta por cento) do montante pedido por Alberto Luiz Filincoski, fixando a condenação da verba honorária nos mesmos parâmetros e no patamar de 20% (vinte por cento) sobre os respectivos valores das penas pecuniárias aplicadas. Não houve recurso voluntário.

Os autos ascenderam separadamente a este Tribunal de Justiça, tendo recebido os ns. 99.008842-1 e 99.008843-0, o primeiro distribuído a este Relator e o segundo ao Juiz Cesar Abreu.

O representante do Parquet oficiou em ambos os feitos pela reunião dos processos e pelo provimento da remessa, para que se desconsidere a reciprocidade de culpas, atribuindo a Alberto Luiz Filincoski a exclusiva responsabilidade pela reparação do

dano (fls. 130/136 — Ap. Cív. n. 99.008842-1).

Após colocada em pauta para julgamento a Apelação Cível n. 99.008842-1, foi observada a conexão de ações, razão pela qual a Apelação Cível n. 99.008843-0 foi avocada para decisão conjunta (fl. 149).

No mais, tem-se como incorporado ao presente o relatório de fls.146/147, constante da Apelação Cível n. 99.008842-1, acrescendo-se que os autos foram recebidos em meu gabinete no dia 27/9/00 (fl. 145) e indicados para a pauta de julgamento no dia 19/10/00 (fl. 148).

II — Voto

Ocupam-se os autos de um acidente de circulação, no qual o município de Iporã do Oeste interpôs ação de reparação de danos contra Alberto Luiz Filincoski que, por sua vez, propôs idêntica demanda contra o primeiro, ambos objetivando o devido ressarcimento pelos prejuízos resultantes do evento danoso, conforme circunstanciada descrição dos fatos inseridos nos autos.

De natureza não diversa, as responsabilidades impostas ante a condução culposa dos guiantes dos veículos, apuradas na sua estudada sententia de fls. 107/123, mostra-se, na sua essência, incensurável tanto nos aspectos técnicos quanto na análise de fundo. Homenageia-se, inclusive, o princípio da economia processual, julgando-se os processos simultaneamente, extraindo a conclusão lógica pela manutenção da decisão e da qual não houve, repita-se, recurso voluntário.

De fato, examinando-se todos os elementos de prova inseridos nos processos, em face da reanálise, vê-se que ela não autoriza a reforma do julgado, pois bem se nota da detalhada narrativa da ocorrência procedida pelo decisum a fls. 113/117, que enquanto o motorista da ambulância do Município trafegava imprudentemente em velocidade excessiva para o local, o condutor do Fusca também não se houve com as cautelas indispensáveis para adentrar em via de rolamento principal advindo que estava em pista secundária, incorrendo este, evidentemente, com culpa gravíssima, embora, sublinhe-se, ambos os motoristas, em culpabilidades diferenciadas, contribuíram para o sinistro. Sem razão, data venia, o parecerista de fls. 130/136 em buscar a desconsideração da concorrência de culpa, uma vez que melhor prova não apresentou o Município que pudesse, per se, desconstituir sua responsabilidade civil e, tampouco, pode-se erigir a via preferencial como portadora de alvará para imprimir descabida velocidade, mesmo com boa visibilidade como afirmou o motorista da ambulância, e na existência de uma lombada próxima ao trevo (fl. 87). Deve prevalecer, portanto, a presunção juris tantum do Boletim de Ocorrência (fl. 5), corroborada pelos depoimentos colhidos e não expressamente impugnados (fls. 72, 72v., 73, 73v. e 77).

Ora, cuidando-se de culpa recíproca, embora de proporcionalidade diversa, descabe atribuir-se a indenização por metade, conforme orienta a melhor doutrina nacional e alienígena:

“A intensidade de culpas estabelece o percentual da responsabilidade indenizatória de cada um dos

motoristas” (Luz, Valdemar P. da. *Trânsito e Veículos*. 4ª ed., Porto Alegre, Sagraal Luzzatto, 1999, pág. 120).

Da obra de Arnaldo Rizzardo extrai-se:

“A culpa da vítima surte um efeito necessário sobre a condenação do demandado. Neste sentido vem decidindo e firmando a jurisprudência amparada na doutrina. A condenação ‘debe ser proporcional a la respectiva gravedad de las culpas cometidas. Si las culpas les parecen iguales dividen por la mitad; pero, si una les parece más caracterizada que la outra, emplean toda la gama de las fracciones: condenan al demandado a reparar 1/10, 1/8, 1/5, 1/4, 1/3, 2/3, 3/4, etcétera, del danõ” (A *Reparação dos Acidentes de Trânsito*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pág. 60).

E linhas adiante conclui:

“Inúmeras são as hipóteses da chamada culpa recíproca, fixando-se a indenização proporcionalmente ao grau de culpa, como quando ambos os motoristas inobservam regras elementares de tráfego, ou o motorista desenvolve uma velocidade inadequada para o local...”.

Tal orientação, aliás, cristalizada na doutrina, encontra inspiração no Código Civil Francês e nas lições da Corte de Cassação sediada em Paris:

“Lex deux conducteurs ont commis une faute

“Dans ce cas, il y a un partage de responsabilité à proportion des fautes commises, soit sur le terrain de l'article 1382, soit le terrain de l'article 1384, conjugué avec la faute de la victime.

“Exemple:

A responsable pour 1/3;

B responsable pour 2/3;

A indemnisera B d'1/3 de son préjudice;

B indemnisera A des 2/3 de son préjudice" (Roumilhac, Jean-Claude. Les Responsabilités de la route. Paris: Litec Droit, 1978, pág. 16).

A jurisprudência, por sua vez, já aceita, nesta matéria, que a intensidade de culpas estabeleça o percentual da responsabilidade indenizatória de cada um dos motoristas (Julgados do TARGS, n. 68, pág. 348, 1988).

A dificuldade, no entanto, está na fixação do grau de culpa de cada condutor para determinar o quantum da indenização que caberá a eles individualmente.

In casu, consultando-se as proporções indenizatórias atribuídas no dispositivo às partes (fls. 122/123), vê-se que se observou a gravidade da culpa de cada motorista, além de resultado lesivo, conseqüências, despesas, precauções inobservadas e a influência de fatores externos, de tal sorte que a condenação não se transformou em objeto de exploração. A sentença, por essas razões, merece integral confirmação.

Diante disso, com certeza, estará sendo aplicado o conjunto de nor-

mas legais, inclusive de cunho constitucional, de maneira uniforme perante o Poder Público (Município) e os particulares, sendo ambos "iguais perante a lei, donde a necessidade de, em sua aplicação o juiz como a Administração, tratarem-nos de modo parificado. Disso resulta que o princípio da isonomia é essencial a todo direito público" (Sundfeld, Carlos Ari, Fundamentos de Direito Público, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2000, pág. 167).

Pelas razões expendidas, conhece-se da remessa e nega-se-lhe provimento.

III — Decisão

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

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 19 de outubro de 2000.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.001737-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Volnei Carlin

Usucapião extraordinário — Imóvel localizado na Ilha de Santa Catarina — Interesse da União alegando propriedade — Ônus da prova — Competência da Justiça Estadual.

Inexiste dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência no sentido de que, para o deslocamento da competência para a Justiça Federal, é necessário que a União comprove, de forma inequívoca e em relevante reflexo prático, que a área sob reclamação esteja demarcada (administrativa ou judicialmente) e seja de sua exclusiva propriedade. O almejado pela União, ao proclamar seu interesse na causa, é examinável pelo juiz estadual a quem a ação é encaminhada.

A Ilha de Santa Catarina, por se caracterizar como costeira, não integra o patrimônio da União, pois o art. 20, IV, não extinguiu o patrimônio particular preexistente e ressalvado no seu art. 26, II, in fine, da atual Carta Política.

Usucapião — Descartada intervenção da União — Interesses privados — Competência que permanece com a Câmara de Direito Público — Ato regimental — Alcance administrativo-processual — Prosseguimento do julgamento de mérito.

Os atos regimentais provêm do poder hierárquico e objetivam a auto-organização interna dos Poderes. Movem os interesses de sua administração na busca da eficiência e do melhor rendimento dos serviços. Caracterizam-se como simples instruções, produzindo efeitos restritos, práticos e de natureza menor, daí não obstarem, per se, tenha o julgamento continuidade, visando à decisão de mérito. Atribuir-lhe entendimento diverso seria o mesmo que desconhecer a sua razão de existir, dentro de um raciocínio teleológico, além de afetar a natureza de um processo de resultado e apegar-se, na essência, a um processo de filigranas e efeitos de aspectos formais. In casu, o processo há de ser instrumento eficaz para o acesso a uma ordem jurídica segura e mais justa.

Usucapião — Julgamento antecipado — Admissibilidade.

Não havendo necessidade da colheita de outras provas em audiência, vis-à-vis os elementos de convicção inseridos no processo, admite-se, nas ações de usucapião, o julgamento antecipado da lide. Não há razão jurídica para distinguir esta actio das demais, que envolve direito disponível e encontra respaldo no art. 943 do Código de Processo Civil, o qual autoriza a observância do procedimento ordinário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.001737-0, da comarca da Capital, em que são apelantes Lúcia Sagaz Vieira e União Federal, sendo apelado Osvaldino Nunes:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, afastar as preliminares e desprover os recursos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Pretende Osvaldino Nunes, mediante a presente actio usucapione, a aquisição do domínio do imóvel descrito na peça vestibular, localizado na Ilha de Santa Catarina, Avenida Prefeito Acácio Garibaldi Santiago (Estrada Geral da Praia da Joaquina, distrito da Lagoa da Conceição), com área de 69.086,00m², asseverando ter sua posse há mais de 20 (vinte) anos, sem interrupção e sem oposição, satisfazendo, assim, os requisitos legais (arts. 550, CC, e 941 e segs., CPC) e constantes de duas áreas discriminadas às fls. 2/3. Juntou os documentos indispensáveis (fls. 18/87), inclusive escritura pública de cessão de direitos de posse.

A fl. 87, o Magistrado a quo dispensou nova justificação de posse, pois esta já ocorreu em processo anterior, julgado extinto, embora o ato processual fosse homologado, e determinou a ciência das Fazendas Públicas, o que foi efetivado (fls. 89, 91 e 97), bem como a dos confinantes.

A União, em sua defesa direta (fls. 170/176), teceu considerações no sentido de ser reconhecida a incompetência absoluta da Justiça Estadual

e da impossibilidade jurídica do pedido como preliminares, sendo que no meritum causae, asseverou acerca da impossibilidade de usucapião de bem da União. Pugnou, ao final, pela extinção do processo (art. 267, VI, CPC) ou pela improcedência da pretensão por meio do julgamento antecipado da lide (art. 330, I, CPC c/c art. 427 com a redação da Lei n. 8.455/92).

Lúcia Sagaz Vieira compareceu aos autos suscitando prefacial de nulidade processual em face da ausência de intimação das Fazendas. No mérito, aduziu que possui o bem há mais de 20 (vinte) anos, tendo o autor praticado esbulho (fls. 179/184).

Houve réplica às duas contestações (fls. 199/288), sendo que, anteriormente, colheu-se a manifestação do Ministério Público (fls. 193/194).

O Magistrado a quo julgou procedente o pedido inicial (fls. 230/248).

Irresignada, Lúcia apresentou recurso de apelação, alegando, em síntese, a incompetência do Juízo com fulcro no art. 109, I, da Constituição da República Federativa do Brasil, e o cerceamento de defesa por haver julgado antecipadamente a lide (fls. 250/262).

Inconformada, do mesmo modo, a União recorreu, reiterando os motivos trazidos na contestação (fls. 307/312).

Houve contra-razões (fls. 264/299 e 316/333).

Nesta Corte, o Ministério Público manifestou-se no sentido de se proverem os recursos encaminhando-se os autos à Justiça Federal ou, sendo diverso o entendimento, requereu a nulidade da sentença, prosse-

guindo-se o feito com a produção de provas pretendidas (fls. 342/353).

No mais, passa a fazer parte integrante deste o relatório constante às fls. 357/358, tendo sido o processo distribuído ao Relator, originariamente, na data de 27/9/00 (certidão de fl. 355), e incluído em pauta para julgamento, em 26/10/00 (certidão, fl. 359).

II — Voto

Preliminarmente, imprescindível destacar que a União compareceu aos autos, em contestação (fls. 170/176), para arguir a incompetência da Justiça Estadual, uma vez que alega possuir interesse jurídico na causa, objeto de ação de usucapião e, só por isso, haveria a necessidade de a demanda ser processada e julgada perante a Justiça Federal.

Esclareça-se, ab initio, que a manifestação do Ente Público Federal, na condição de réu, proclamando seu interesse na lide e sob a indicação de se tratar de área de seu domínio, deve ser examinada pela jurisdição estadual a quem é encaminhada a ação:

“Não cabe à Justiça Estadual, ante a simples afirmação da União, pedir a manifestação da Justiça Federal sobre a existência jurídica de tal declaração, como se proclamou em v. acórdão relatado pelo Des. João Osório” (RJTJESP 134/288).

Convém lembrar que o simples teor da Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça “não impede que o juiz estadual afaste a alegação de interesse da União, quando sem fundamentação razoável, do ponto de vista jurídico, ou por absoluta impossibilidade

física, como tem sido reconhecido, em casos tais, na instância ordinária” (RSTJ, n. 10, pág. 285, março/1998).

“Quem decide da competência é o juiz da causa, não outro e, muito menos, os postulantes” (Ap. Cív. ns. 33.079 e 36.296, ambas da Capital).

Por essa razão não há como remeter-se o feito à Justiça Federal para indagação acerca da competência, pois que se está a banir as infundáveis perlungas em torno da fixação da regra da competência.

Embora a União afirme possuir interesse no imóvel requerido por se tratar de bem público (fls. 170/172), só por isso não ocorre a necessidade de ser a causa processada perante a Jurisdição Federal. O deslocamento se impõe apenas na hipótese de restar evidente o seu interesse. Não basta, assim, haver afirmação genérica, devendo existir prova concludente (Ap. Cív. n. 51.886, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 5/5/98, pág. 3).

No mesmo sentido:

“Usucapião extraordinário — Ilha de Santa Catarina — Competência — Justiça Estadual — Ilha costeira — Domínio — Arts. 20 e 26 da Constituição Federal — Necessidade de comprovação.

“Não demonstrado interesse da União, é competente a Justiça Estadual para processar e julgar ação de usucapião versando sobre imóvel localizado na Ilha de Santa Catarina.

“O fato de estar situado em ilha costeira por si só não determina o domínio da União sobre o terreno” (Ap. Cív. n. 96.009740-6, da Capital, rel.

Juiz Nilton Macedo Machado, j. em 25/6/99).

Ainda:

“Constitucional — Usucapião — Terreno situado em ilha marítima — Interesse da União — Inexistência — Exclusão do feito — Recurso improvido” (Ap. Cív. n. 88.082901-9 (49.073), da Capital).

Cite-se mais:

“Apelação cível. Ação de usucapião. Área usucapienda na Ilha de Santa Catarina. Intervenção da União no feito requerendo a remessa dos autos à Justiça Federal. Improvimento.

“De acordo com o artigo 26, inciso II, da Constituição Federal de 1988, excluem-se da dominialidade da União as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, sob o domínio dos Estados, dos Municípios ou de terceiros” (Ap. Cív. n. 42.400, da Capital, DJSC de 7/1/94, pág. 11). Vide, também, Ap. Cív. ns. 48.972, da Capital, rel. Des. Eder Graf; 51.886, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio; 38.717, da Capital, rel. Des. Eder Graf; e AI n. 96.008534-3, de Abelardo Luz, rel. Des. Carlos Prudêncio.

Ademais, é cediço o entendimento, conforme ressaltado pela interativa jurisprudência, que deve a União manifestar interesse legítimo para intervir no feito, indicando qual a relação jurídica intercorrente entre ela e qualquer das partes.

Assim, embora a Fazenda Nacional tenha contestado o feito (fl. 170 e seg.), deveria ela apresentar, como comprovante de seu real interesse jurídico, que nunca deve ser hipotético ou baseado em meras alegações, um

laudo técnico (no dizer do Des. Trindade dos Santos, AI n. 98.016231-9, de Biguaçu), processo discricionário administrativo ou judicial — Lei Federal n. 6.383/76 —, de terras públicas ou outro meio idôneo para tanto (na afirmação do Des. Anselmo Cerello, Ap. Cív. n. 42.939, da Capital), juntada de documentos oriundos do Serviço de Patrimônio da União (segundo o Des. Sérgio Paladino, AI n. 99.011158-0, de Xanxerê), comprovar tratar-se de terreno de marinha (Juiz Nilton Macedo Machado, Ap. Cív. n. 96.009740-6, da Capital), basear-se em alguma coisa concreta, resultante de lei, contrato e documento etc. (Des. Carlos Prudêncio, Ap. Cív. n. 51.886, da Capital), transferência do domínio por carta de sesmaria (Min. Ruy Rosado de Aguiar, RSTJ 103/288). E compete à União, como é curial, o ônus da prova de que o bem público a ela pertence (RT 675/197).

Dessa forma, vis-à-vis a ausência de interesse concreto da União, suscitado sem qualquer fundamento probatório, injustificado é o deslocamento da competência para a Justiça Federal, não podendo ser entendida como parte, reconhecendo-se, assim, a competência da Justiça Estadual para conhecer e julgar o usucapião em referência.

Além disso, é de se conciliar, esclarece o Des. Anselmo Cerello (Ap. Cív. n. 88.082901-9, da Capital, j. em 7/5/98, pág. 2), como já o fez o Supremo Tribunal Federal, a regra constitucional com a realidade fática, de modo a impedir que, de repente, os bens situados em ilhas, como o prédio da Prefeitura, a residência, a igreja, a farmácia, o clube etc., passem a pertencer à União (TRF, 3ª Região, Ap. Cív.

n. 89.03.17653/SP — DOE de 20/8/90, pág. 97; RT 624/100, JTA 47/9, RT 548/439, JTA 60/111).

Nesses casos, eventual participação da União pareceria paradoxal, podendo ocasionar verdadeira convulsão social, em desrespeito aos princípios constitucionais que buscam a proteção dos indivíduos. O local da situação do imóvel está urbanizado, e o alegado pelo Ente Federal, enfim, conflita com a realidade, revelando, ademais, manifesta impossibilidade de ordem jurídica.

Ao arremate, registre-se a impossibilidade do pedido do autor argüida pela União (fl. 172, II) fundada nas razões fáticas consistentes de ser o imóvel não suscetível de usucapião, uma vez que, *in specie*, inexistem provas concretas no sentido de que o terreno pleiteado pelo acionante seja inusucapível.

Rejeitam-se, portanto, as duas prefaciais levantadas pela entidade federal (fls. 170/175, incisos I, II e III) e reiteradas em sede recursal (fls. 308/312, incisos I e II). Preliminares de nulidade da sentença e de carência de ação afastadas (fl. 312), por conseguinte, rejeitando-se a alegação de domínio formulada pela União que não é, nem nunca foi, proprietária do imóvel usucapiendo.

Julgada, assim, a ausência de interesse da União, resta examinar se persiste a competência da Quinta Câmara de Direito Público para apreciar o mérito da ação de usucapião, uma vez que a causa, agora, passou a discutir interesses privados.

É que, em havendo interesse processual pendente, a competência para seu exame deve permanecer co-

mo um todo, estendendo-se a legitimidade do julgador para o desenvolvimento do processo, solucionando-se o núcleo da lide, pois ao excluir a União, deve-se cumprir por inteiro a atividade jurisdicional. A prejudicial é apenas um iter da demanda, da qual não pode ser seccionada. Deve o pleito do autor ter um desfecho, com a real efetividade da prestação da tutela jurisdicional, pretensão maior tanto de qualquer operador do sistema quanto dos intérpretes da lei, não se podendo, nestas alturas, permitir uma interpretação que justifique o vai-e-vem processual que, *in casu*, já dura mais de 11 (onze) anos.

Fere, crê-se, a tendência processual contemporânea pretender se limite nossa jurisdição à mera apreciação do interesse processual da União. Tal orientação, diria Cândido Dinamarco, contraria a instrumentalidade do processo, pois não é lícito ao intérprete da lei olvidar que “o processo civil moderno quer ser um processo de resultados, não um processo de conceitos e filigranas” (A Reforma do Código de Processo Civil. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, pág. 22).

A instrumentalidade do processo se concentra na rapidez da prestação jurisdicional, na segurança jurídica das decisões e na efetividade dos efeitos da sentença no mundo dos fatos, convém sempre frisar.

Por oportuno, cumpre colacionar-se a lição de José Rogério Cruz e Tucci:

“O fator tempo (...) constitui, de há muito, o principal motivo da crise da Justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera ex radice o direito à tutela ju-

risdional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social" (apud Maciel, Alexandre Pena. Efetividade Processual e os Novos Direitos, *Juris Poiesis*, n. 1, Rio de Janeiro, 1999, pág. 234, nota n. 16).

Por outro lado, o acesso à Justiça equivale, igualmente, à obtenção de um resultado, de uma solução final da ação. Está certo que o autor receba uma justiça tardia, mas não seria correto, legal e moralmente, impingir-lhe esta grave injustiça, quando se lembra da máxima chiovendiana, emblematizada no slogan segundo o qual, em tempo de mudanças, o processo deve proporcionar tudo aquilo que alguém tem o direito de obter, isto é, a efetividade do processo.

Na verdade, o que se busca mostrar, isto sim e de maneira insofismável, é que conceitos como Estado, cidadania, disciplinariedade científica e competência, precisam ser revistos diante dos problemas atuais de sobrevivência das normas processuais, com um plano de coexistência que se vale de um instrumento que harmonize a convivência de ambos (do homem e do processo), numa visão interdisciplinar do direito, na lição de Wolf Paul (Oliveira Júnior, José Alcibiades. O Desafio dos Novos Direitos para a Ciência Jurídica, Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2000, pág. 107).

Em realidade, conceba-se, a mudança é um tanto célebre, notadamente em se considerando que no Judiciário é o passado que determina o presente, daí advindo o evidente descompasso entre o sistema e as necessidades e exigências de sociedade

contemporânea. É preciso se desvençar e atualizar, numa revolução de mentalidade (Dallari, Dalmo de Abreu. O Poder dos Juízes. São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 7 — nesta parte foram consideradas especialmente as suas idéias).

Aliás, o Ato Regimental n. 041/00, que atribui a competência para conhecer e julgar as ações da Quinta Câmara de Direito Público, nada mais objetiva que disciplinar o serviço funcional, produzindo efeitos restritos e atingindo unicamente as pessoas vinculadas à atividade regimental, pois oriundas do poder hierárquico e com capacidade de auto-organização interna e das corporações judiciais (Meirelles. Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pág. 171). Os regimentos se destinam, enfim, a disciplinar o funcionamento dos serviços públicos, de natureza menor e prática. Caracterizam-se como simples instruções ou orientações ao melhor exercício do serviço público.

Por todas essas razões, concluo pela competência desta Câmara para decidir o *meritum causae*.

Resolvidas as preliminares, portanto, passa-se a examinar o fundo do direito.

Com efeito, não há razão para distinguir a ação de usucapião das demais, no que concerne à possibilidade de julgamento antecipado da lide, seja por envolver direito disponível, seja porque o próprio direito instrumental determina em seu art. 943:

"A necessidade da produção de outras provas, além das já existentes nos autos, se submete à prudente discricção do juiz, impondo-se o julgamen-

to antecipado da lide quando as provas requeridas pelas partes forem absolutamente irrelevantes para o pronunciamento do juízo decisório" (JC 71/153, j. em 15/12/92).

"Usucapião — Julgamento antecipado da lide — Admissibilidade se desnecessária a produção de outras provas em audiência

"(...)

"Não havendo necessidade de produção de outras provas, admite-se, nas ações de usucapião, o julgamento antecipado da lide" (RT 694/184).

No mesmo diapasão: RT 558/196.

Cabe o julgamento de plano, eis que as provas já produzidas são suficientes para a apreciação do mérito, ex vi do art. 330, I, do Código de Processo Civil.

No mais, como já asseverado (fl. 230 e segs.), todos os elementos dos autos direcionam, com desigual segurança, no sentido de que o autor exerceu posse ininterrupta sobre o imóvel objeto da ação, sem qualquer intervenção de terceiros.

D'autre part, a prova testemunhal (fl. 75 usque 78), detalhada e categórica, mesmo em se tratando de prova emprestada, possui valor indiscutível (JC 60/176 e RJTJRS 118/318) e converge no sentido de que a posse do acionante sempre existiu, nada havendo, até o aforamento da presente actio, a indicar que ela tenha sido atingida em sua mansidão.

Há, ainda, para corroborar os testemunhos mencionados, diversos indícios de prova documental (fls. 21,

23 e 26) que conduzem à conclusão segura de que o Sr. Osvaldino Nunes, por si e seus antecessores, exerceram a posse em questão desde os idos de 1940 e 1960, respectivamente, os dois terrenos (fls. 2/3), sem qualquer oposição, por período bem superior ao exigido pela lei (art. 550, CC) para aquisição par usucapion, ou seja, a aquisição da propriedade pela prescrição aquisitiva.

Por outro lado, as defesas apresentadas pela contestante Lúcia Sagaz Vieira (fls. 98/105 e 179/183), bem assim a sua apelação trazida a fls. 251/262, não conseguiram infirmar a prova produzida pelo autor, conforme se demonstrará em seqüência.

Inicialmente, anota-se que, no recurso, que segue orientação disforme das contestações (vide fls. 98/105 e 179/183), a apelante pugna pela nulidade do processo motivada pela incompetência da Justiça Comum, prefacial já equacionada. E tollitur quaestio. No que pertine à pretensão de nulidade por que o Ministério Público não teria atuado no feito (fl. 261, b), igualmente, merece acolhida, pois, *pari passu*, extrai-se da regular tramitação da demanda, a presença ministerial (vide fls. 75, 83, 95, 152, 193/194, 199/228v.). E, finalmente, seja o processo anulado em virtude do julgamento antecipado, o que teria resultado em cerceamento de defesa da apelante (fl. 262, letra c).

Ora, a par de já haver sido analisada, aqui, a possibilidade de julgar-se, como ocorreu, o processo sem nova colheita de prova oral, in casu, primeiro foi realizada a reclamada justificação de posse, em processo anterior, que foi regularmente formalizada

e segundo porque houve a assistência permanente do Ministério Público (fl. 75 e segs.). Além disso, pela dicção da Lei n. 8.951/94, na nova redação dada ao art. 942 do Codex Instrumentalis, a audiência de justificação de posse acabou suprimida. Daí não há como alegar-se, também, por essa razão, cerceamento de defesa.

Em realidade, a apelante não esclarece, com documentos hábeis, qual é a real situação da posse que veio aos autos sustentar. Acrescenta-se que há no processado, é verdade, os autos de inventário no qual a recorrente é inventariante (fl. 133 e segs.) e não se encontra arrolado o imóvel objeto desta actio, lá não arrolado por inciência (sic fl. 151, n. 2). Demais, em nenhuma outra passagem dos autos encontram-se demonstrados atos de sua real e indispensável posse sobre o imóvel. Não apresentou comprovante de pagamento de qualquer imposto, e a matrícula de transferência do terreno apresentado à fl. 107 não está completa, haja vista não apresentar os registros posteriores. Toda a documentação por ela trazida (fls. 107/123) acha-se desconectada dos autos, pois inclusive o imóvel referido à fl. 142, localiza-se no lugar Barra da Lagoa, enquanto aquele do acionante vislumbra-se à Rua Prefeito Acácio Garibaldi Santiago (Estrada Geral da Praia da Joaquina), ou seja, distante do imóvel usucapiendo, mais ou menos 1.200m (mil e duzentos metros) da Praia da Joaquina, segundo o requerente. Ademais, diga-se a verdade, toda essa documentação, caso fosse conforme e pertinente, seria mais relativa à demonstração da propriedade do imóvel usucapiendo, nada di-

zendo, como é cediço, a respeito da posse. Além do mais, como se frisou, as informações constantes dos referidos documentos são desencontradas no que se refere à própria localização do imóvel questionado.

Bate, enfim, a apelante Lúcia, sempre na mesma tecla, alardeando os títulos de domínio que não têm, como se sabe, o condão de impedir a ocorrência da prescrição aquisitiva em favor daquele que provou o exercício ininterrupto da posse, com animus domini (teoria de Savigny). Daí o porquê de o deslinde da questão não poder ter sido outro senão o da procedência do pedido, pois também comprovada, como se viu, a posse vintenária, sem interrupção e nem oposição, pressupostos estes do usucapião extraordinário (art. 550 do Código Civil).

Diante de tais fundamentos, apreciada a ação sob os mais diversos enfoques e afastadas as prefaciais, nega-se provimento aos recursos interpostos.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, afasta-se as preliminares e desprové-se os recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz César Medeiros.

Florianópolis, 6 de novembro de 2000.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.004351-6, DA CAPITAL**Relator designado: Des. Volnei Carlin**

Dano moral — Indenização por ato ilícito — Agressões físicas e expressões dirigidas com intenção preconceituosa de raça, cor ou etnia — Responsabilidade civil do Estado — Nexo de causalidade demonstrado.

Se da prática do ato ilícito sobrevêm constrangimentos e humilhações ao ofendido que por suspeita de furto foi submetido, injustamente, a agressões corporais e xingamentos racistas por agente público e na presença de uma multidão, causando lesões psíquicas a constituírem pressuposto essencial para a configuração de danos morais, passível de indenização.

A teoria do risco administrativo, inserida no art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, exige para sua caracterização que seja demonstrado o nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida pela Administração e o dano provocado a terceiro.

Dano moral — Constrangimento sofrido por pessoa de cor — Papel do Judiciário — Interpretação constitucional tópica dos fatos.

É de todo impossível que a sociedade evite ou impeça todas as ações contrárias ao ordenamento jurídico, sendo claro que somente os julgamentos dos Tribunais farão atingir aquilo que vem idealizado pelas leis ordinárias, pelas constituições e pela democracia. E a dignidade da criatura humana é um dos princípios fundamentais do Estado Brasileiro (art. 1º, III, da CRFB), como o reconhece o próprio establishment jurídico-nacional, embora em indisfarçável desconforto sente a ineficácia dos instrumentos de defesa dos segmentos mais necessitados.

Pensar o problema, numa interpretação tópica dos fatos, consiste na técnica argumentativa de chegar, ponto a ponto e sem perder sua contextualidade, ao encontro de cada referencial (topoi ou loci), elegendo o critério, como na hipótese dos autos, que possa se adequar à solução do conflito colocado. A tópica, enfim, dá legitimidade mais abrangente ao julgador, eis que sem ela a norma constitucional se torna vazia de conteúdo e significado.

Indenização — Dano moral — Critérios de fixação da verba — Direito comparado.

Para aferição dos fatores determinantes do prejuízo moral, deve o juiz, em se valendo da experiência e do bom senso (art. 335, CPC), aplicar o princípio arbitrium boni viri, exteriorizado pela doutrina e pela jurisprudência, nas circunstâncias do caso concreto (case law), na gravidade do dano, nas condições do lesante e do lesado (punitive damages, como no direito da Comonn Law) e nas demais causas eficientes na produção da ofensa, sendo a indenização proporcional ao agravo sofrido (art. 5º, V, CRFB) e apta a servir de elemento de coerção destinado a frear o ânimo do agressor, impedindo, desta forma, a recidiva.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.004351-6, da comarca da Capital, em que é apelante Estado de Santa Catarina e apelado Eduardo Paulino Farias:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso e à remessa.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca da Capital, 2ª Vara da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho, Eduardo Paulino Farias ajuizou a presente indenizatória contra o Estado de Santa Catarina, objetivando, em síntese, ser ressarcido dos danos morais decorrentes de agressões físicas causadas em razão de ter sido, injustamente, confundido com um criminoso, preso, espancado, humilhado com evidente intenção discriminatória racial, na presença de cerca de 200 (duzentas) pessoas, por policial civil que atuava no posto do Distrito da Lagoa. Daí adveio estado depressivo,

sintomas psicóticos, perda da auto-estima e síndrome de dependência psicológica, por inteira responsabilidade do réu.

A petição de ingresso foi instruída com diversos documentos, inclusive com o processo crime instaurado contra o agente público e do qual resultou sua condenação (fls. 22/201), além de exame de lesões corporais e diversos atestados médicos (fl. 244 e segs.).

Na contestação (fls. 210/220), o Estado de Santa Catarina requereu, preliminarmente, a denunciação da li-de em relação ao policial civil Silvio Germasno Alves, como forma de garantir seu direito de regresso, o que restou indeferido (fl. 238). E tollitur quaestio.

Quanto ao meritum causae aduziu que o demandante não foi atingido em sua dignidade moral nem em sua imagem pública pelo ato administrativo praticado por autoridade competente e no exercício pleno e próprio do poder de investigação e aferição dos fatos que, com fundada suspeita, teriam sido praticados pelo autor. A

respeito dos fatos, acresce o Estado, deveriam ser por aquele provados (art. 333, I, CPC), pois assim, balizado pelos princípios da legalidade e moralidade administrativa, pugnou pela improcedência da actio.

Impugnação às fls. 222/227.

No decorrer da instrução processual, o postulante trouxe à colação novos documentos com os quais pretendeu demonstrar a necessidade de tratamento em face das lesões sofridas (fls. 243/253).

Na oportunidade da audiência de instrução e julgamento foi colhida a prova testemunhal (fls. 254/256).

Autor e réu, respectivamente às fls. 257/264 e 265/270, apresentaram memoriais, oportunidade em que reiteraram os argumentos anteriormente expendidos.

Sentenciando (fls. 279/208), a Juíza a quo, examinando os elementos inseridos nos autos, julgou procedente a pretensão, condenando o réu a pagar verba indenizatória conseqüente do dano moral no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e honorários em 10% (dez por cento) sobre o total da condenação, declarando a isenção do pagamento das custas processuais (art. 35, g, Lei Complementar n. 161/97).

Irresignado, o Estado apelou pretendendo a reforma do decisum de Primeiro Grau (fls. 292/310), devendo o pedido ser julgado improcedente ou, alternativamente, diminuído o quantum fixado na real proporção do fato ocorrido.

Contra-razões às fls. 313/322, em que se postulou a manutenção integral da sentença.

Os autos ascenderam a esta Corte de Justiça, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestado na intelligentsia de que a remessa e o apelo devessem ser conhecidos e improvidos (fls. 330/334).

O Senhor Relator proferiu seu voto no sentido de conhecer do recurso e da remessa e lhes dar provimento parcial (certidão de fl. 341).

II — Voto

Os autos se ocupam de uma ação indenizatória em decorrência de agressões físicas e morais sofridas pelo autor-recorrido, levadas a efeito por policial civil no distrito da Barra da Lagoa.

A pretensão recursal (fls. 292/310), por sua vez, objetiva desconstituir a sentença condenatória (fls. 279/208), ao argumento de não haver ocorrido qualquer conduta irregular do agente público, daí a ação dever ser julgada improcedente, ou, alternativamente, diminuído o quantum reparatório arbitrado.

No que se relaciona à responsabilidade do apelante, impositivo estabelecer o nexo de causalidade entre os danos infligidos ao apelado e o comportamento, na ocasião, do policial que resultou na descabida prisão do recorrido, impondo a ele situação extremamente constrangedora e vexatória perante uma platéia composta por cerca de duzentas pessoas; sequer conseguiu se identificar, não obstante os documentos que portava e sua forte reação "arrumando um berreiro muito grande" (fl. 124).

Da prova oral colhida na instrução extrai-se:

“Que a vítima era da raça negra e havia um comentário que haviam pessoas negras que estavam furtando na região; (...) que a vítima estava chorando e pediu que deixasse que a mesma se identificasse pois ela era funcionária do banco” (Ilor Luiz Antunes, fl. 121).

“Que o mesmo foi algemado e colocado na viatura; que o moço de cor fazia apelos veementes para não ser preso (...) que a vítima começou a gritar; (...) que se aglomerou muita gente e a vítima pedia socorro; que não era ladrão e nem marginal; que as pessoas que lá estavam ficaram perplexas” (Silvio Isaac da Costa, fl. 110).

“Sabe que o autor apanhou e apanhou bem. Estava com o olho ainda lacrimejante demonstrando que havia chorado” (Heitor Luiz Antunes, fl. 256).

Toda prova testemunhal, enfim, é significativa. Além dela, depreendem-se o auto de exame de lesões corporais (fls. 47/48); carta aberta à população que denuncia ato de discriminação racial (fl. 43); as reportagens dos jornais sobre os fatos (fls. 63/34 e 118) e a sentença resultante do processo criminal instaurado contra o policial e que dimanou em sua condenação (fls. 139/143). Por último, constata-se que os atestados médicos inseridos a partir de fls. 244 usque 253 dão conta que o autor-apelado passou, em consequência dos fatos, a ser acometido de episódios depressivos e a manifestar sintomas de alucinação e psicóticos, perda da autoestima e transtornos mentais, culminando com as diversas internações em estabelecimento hospitalar especializado.

Diante de todas essas situações concretas, a matéria dispensa outras considerações. A ilicitude dos atos, portanto, está patente nos autos.

Da indenização pelo dano moral compete encarecer que o art. 5º, X, da Carta Política proclama ser inviolável a honra e assegura indenização pelo dano material e moral decorrente da respectiva violação.

No Brasil são crônicos os preconceitos e discriminações contra os negros, ainda que sob formas disfarçadas pela hipocrisia, não obstante a Lei Afonso Arinos (n. 1.330/51).

Embora de outra maneira, mais dissimuladamente, isso já ocorre desde o tempo da escravidão, em que alguns juizes concediam, só excepcionalmente, as devidas alforrias.

Vejam-se expressões de propaganda, então vigentes:

“Vende-se uma bonita negrinha, de 11 anos, própria para presente” (in Soares, Orlando. Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro, Forense, 1996, pág. 327).

Hoje, no contexto geral, não há muita diferença. Negro vive clamando por justiça. É difícil ao discriminante entender que há limites éticos, morais e legais às ações que lhe parecem mais naturais. No racismo sempre a intenção é discriminatória ou preconceituosa. E não se diga, aqui, que o julgamento envolve, tão-só, reparação moral e nada tem a ver com racismo!

Não fosse o autor negro, garantidamente, não seria preso, algemado na presença de uma multidão (fl. 84), impedido de identificar-se, somente por estar parado num ponto de ônibus e aguardando a chegada do locatário

de seu carro, cujo contrato terminaria naquele dia; não fosse negro, por certo não seria levado para a estrada do Rio Vermelho, numa região deserta de pinus illiotis e eucaliptos, onde foi agredido e vistoriadas as suas roupas e pochete, no dizer de uma testemunha que, ao vê-lo ser detido, os gritos impressionaram (fls. 86 e 108).

Acresça-se a tudo: alega o agente policial, em seu interrogatório (fls. 33/35), que a vítima não estava embriagada e não portava arma; as diversas escoriações encontram-se detalhadas no laudo de fl. 48; a vítima diz que foi colocada num "camburão", exibindo os ferimentos em audiência, sendo o policial de compleição física avantajada e que procurava em sua pochete dinheiro ou droga além de o chamar de "negão, ladrão, sem-vergonha, sentindo-se vítima de discriminação racial", pois disse a ele: "Cala a boca negão senão te arrebento todo"; que o policial ainda lhe falou que seus documentos eram falsos (fls. 82/83).

Ora, voltando ao dano moral, o direito à honra (art. 5º, X, CRFB), como é curial, traduz-se juridicamente em larga série de expressões compreendidas como princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CRFB): o bom nome, o prestígio, a reputação, a estima, a consideração e o respeito. Nem haveria a necessidade de a Constituição declará-lo, pois é direito onipresente no ordenamento civil e penal (arts. 1.547 e 1.553, CC). Demais, trata-se de um direito universal e natural da pessoa humana. Não haveria sequer necessidade, portanto, de discutir a atual situação social, psicológica e familiar do autor para formar a idéia dos males morais de toda a ordem que o atingiram. Bastaria ver, no plano con-

creto, os atestados médicos de fls. 244/253.

É bom frisar, nessa altura, que somente os julgamentos farão atingir aquilo que vem idealizado pelas leis ordinárias, pelas constituições e pela democracia. O problema é mostrar uma justiça que não esteja de costas para o povo e que valorize a cidadania. A tranquilidade psíquica do indivíduo constitui regra geral para todos e dever do Estado.

Nesse sentido, também é a orientação do direito francês:

"La fonction du juge n'est cependant pas de juger un homme. Le juge a des devoirs à l'égard de la société (...) Il doit contribuer à la protection de la société contre les actes anti-sociaux. C'est là un des objectifs des responsabilités penale et civile. En matière civil, il doit également se soucier de l'indemnisation de la victime. Le juge doit considérer tous ces facteurs l'orsqu'il rend son jugement. Il fonde sa décision sur des considérations de politique sociale" (Tunc, André. La Responsabilité Civile, 2ª ed., Paris, Economica, 1989, pág. 108).

No caso concreto, o apelado era homem que trabalhava no Banco do Estado de Santa Catarina — Besc, reduzido às condições, segundo os referidos atestados, de anomalia psíquica com manifestações depressivas. A intensidade dos vexames pelos quais passou foram grandes, atingindo sua saúde e qualidade de vida.

Dessa forma, pertinente à questão da indenizabilidade do dano moral, na sua versão contemporânea (preventiva, compensatória e punitiva), devem ser consultados alguns parâmetros pretorianos:

1) TJSP, protesto indevido de título, R\$ 30.000,00, RT 650/63;

2) TJMG, racismo/prática, R\$ 20.000,00, Ap. Cív. n. 0272770-0, j. 9/3/99;

3) TJSC, caso AIDS, juiz fixa em 400 salários mínimos, Tribunal eleva para 2.000 salários mínimos, Ap. Cív. n. 00.006875-6, da Capital, rel. Des. Pedro Abreu, j. 17/8/00;

4) TJSC, caso discriminação profissional, R\$ 250.000,00, Ap. Cív. n. 97.009181-8, rel. Des. Cláudio Dutra;

5) TJSC, caso transfusão de sangue, R\$ 200.000,00, Ap. Cív. n. 50.995, de Ituporanga, rel. Des. Xavier Vieira;

6) TJSC, vítima de choque elétrico, 1.500 salários mínimos, JC 85/239, rel. Des. Orli Rodrigues.

Esses exemplos, tirados à vol d'oiseau da jurisprudência, apenas dão a idéia do quantum, em condições específicas, os tribunais estão fixando a pecunia doloris. Convém registrar que até hoje, em que pesem os grandes esforços analíticos e retóricos dos especialistas, inexistente sobre o fenômeno ressarcimento do dano moral explicação inteiramente clara e satisfatória.

Indenizar equivale, segundo concepção técnica dominante, a repor no patrimônio do ofendido a parte de que foi desfalcado, porque restabelece a integralidade. Podendo, no dano moral, ser estimada por aproximação (art. 1.533, CC), embora o dinheiro pago não possa recompor, totalmente, a integridade física, psíquica ou moral lesada. Não há correspondên-

cia de valores, pois os morais se situam em outra dimensão.

O apelado desta ação sofreu mal moral (duras agressões injustas, prisão arbitrária, ser algemado, impedido de se identificar, chamado de "negão", ladrão, sem-vergonha, sentindo-se vítima de discriminação racial etc.), indenizável por força dos incisos V e X do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: disposição legal expressa de ressarcibilidade ampla por violação do direito à honra do autor.

Assim, correta é a lição de A. Hudelot e E. Metman, no sentido de que:

"Tout préjudice moral se résout en un sentiment de souffrance intime, personnel de la personne lésée" (in Des Obligations, 4ª ed., Paris, Cujas, 1908, pág. 328, apud RF 337/137).

À aferição dos fatores determinantes da elaboração do prejuízo moral exige-se apreciação valorativa dos diversos fatores que concorreram para a efetivação do *damnum*, sendo ela entregue ao *arbitrium boni viri*, ou seja, ao poder de o juiz de fixar o montante indenizatório.

O julgador deverá, segundo orientação jurisprudencial, considerar todas as circunstâncias que foram causa eficiente na produção do evento lesivo (TJPR, Ap. Cív. n. 61843700, de Curitiba, rel. Juiz Ivan Bortoleto, j. 15/9/98). Deve ser a indenização proporcional ao agravo sofrido (art. 5º, V, CRFB), lembrando que os tribunais adotam a teoria compensatória e a do desestímulo no processo de avaliação dos danos morais.

Diferente não é, por exemplo, no Direito Comparado, no qual o art.

1.902 do Código Civil Espanhol prescreve:

“Ni el art. 1.902 CC, ni ninguna otra norma legal contiene critérios objetivos que permitan cuantificar la indemnización de los perjuicios causados”.

Em verdade, na doutrina contemporânea, todas parecem admitir que é mil vezes preferível uma solução imperfeita à permanência da injustiça não reparada, só para citar uma lição conhecida.

O que se constata sobre a matéria em exame é que a doutrina da responsabilidade civil, especificamente no que concerne à fixação do valor indenizatório, vem sofrendo enormes transformações nas últimas décadas. Novos paradigmas estão sendo instituídos e se concentram geralmente na defesa dos valores que propicia, na relevante função social que desempenha e na força lógica e moral de seus princípios, tudo fazendo resultar em uma construção de pressupostos axiológicos da época hodierna.

Repita-se que a reparação deve abranger todos os prejuízos, seus reflexos e incidências no plano patrimonial e extrapatrimonial do ofendido, ora acionante:

“A prova do dano causado pelo agente público e o nexos causal entre a ação do agente e os danos caracterizam a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público” (RSTJ 58/396).

“Assim, a vítima de lesão a direitos de natureza não patrimonial (art. 5º, V e X, da CRFB) deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, e arbitradas segundo as circunstâncias. Não deve

ser fonte de enriquecimento, nem ser inexpressiva” (TJSP, 7ª CC, rel. Des. Campos Mello, j. 30/10/91, RJTJSP 137/186).

Aplica-se, ainda, a teoria do valor do desestímulo:

“O valor da indenização por dano moral deve ser razoavelmente expressivo, não meramente simbólico. Deve pesar sobre o bolso do ofensor, como um fator de desestímulo, a fim de que não reincida na ofensa” (destacou-se) (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap. n. 15.530-4, rel. Des. Cunha Cintra, j. 19/3/98).

Os tribunais brasileiros seguem, pelo que se conhece, relativamente ao arbitramento do quantum indenizatório o modelo constante nos países da Common Law. É importante traçar uma unicidade no processo indenizatório, até mesmo com função indutora ou inibidora de comportamentos anti-sociais, regra pétrea da responsabilidade civil.

In casu, como se sublinhou, Eduardo Paulino Farias, da raça negra, homem simples e trabalhador, casado e com 3 (três) filhos, acabou reduzido, ante os fatos a que foi submetido, às condições de permanente anomalia psíquica, com manifestações psicótico-depressivas e com abalo no sistema neurológico, conforme se noticia às fls. 244 usque 253.

Deve-se observar mais: a perda de sua qualidade de vida, sua dignidade pessoal ultrajada, a gravidade imensurável das ofensas, o aglomeramento de, aproximadamente, 200 (duzentas) pessoas, a notícia dos fatos pelos meios de comunicação, causando grande impacto social (fls.

76/77 e 118) e abalo em suas relações funcionais, sociais e familiares, geraram, como não poderia deixar de ser, conflitos internos, sentimento de insegurança e revolta.

Essas circunstâncias todas — no contexto não dá para excluir os xingamentos racistas — é que devem levar o julgador à elaboração de um juízo de valor, pois é do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que se extraem os poderes para interpretar a lei em conformidade com o fato social, o bem comum e os princípios gerais do direito.

Para se dar uma melhor solução à lide, optou-se, aqui, por uma interpretação constitucional tópica, analisando os fatos, ponto por ponto (ver Viehweg, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979, 153 págs.) para adequar a melhor solução à causa, lembrando sempre que qualquer Constituição nada representa quando não ligada à realidade (conforme Konrad Hesse).

Diante da realidade dos autos, contudo, é fácil inferir-se de que a vítima, como se encontra, perdeu totalmente o prazer da vida, inclusive sua auto-estima. A propósito, auto-respeito (self-respect), para John Rawls, é “um dos bens primários mais importantes que uma democracia pode garantir para os seus membros” (in *Justiça e Democracia*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, pág. 373).

Estima-se razoável e sem exagero, assim, a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) arbitrada pela Juíza a quo, a título de danos morais (fls. 279/208), tendo em

vista as considerações já expendidas sobre a gravidade e a extensão dos males sofridos pelo demandante, além de ser consideradas as regras da experiência comum e do bom senso (art. 335, CPC).

Registre-se, apenas como modo de afastar possível alegação do Estado, de que suas finanças estão combatidas, que sequer marcou presença na sessão do julgamento recursal para defendê-lo, estes R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) não representam mais que um valor irrisório — o que deve ser verdade em valores absolutos — mas em termos relativos é o convencimento da maioria da Câmara que a indenização terá, certamente, a eficácia desejada (JC 77/387), embora se pondere também o desvio de comportamento, o despreparo cultural do policial para exercer sua missão no meio social e seu estado de ânimo desproporcional em que se viu envolvido.

Registre-se, à derradeira, que, na escala de valores sociais, as pessoas humildes, os pobres e os discriminados, são sempre as maiores vítimas da sociedade materialista. E os tribunais nem sempre se apercebem disso. Toda ação negativa dos agentes do Estado deve ser objeto de repulsa na ideologia de qualquer julgamento.

Daí o improvimento do recurso e da remessa, com a necessária vênia.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, decide a Câmara, por maioria de vo-

tos, negar provimento ao apelo e à remessa.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Tycho Brahe Fernandes.

Florianópolis, 23 de novembro de 2000.

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

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. João Martins:

Ousei discordar da douta maioria pelas razões que passo a expor a seguir:

Primeiramente, não exsurgem dos autos elementos suficientes a caracterizar a prática do crime de racismo pelos agentes públicos. Aliás, nem a denúncia oferecida pelo Ministério Público contra o policial Sílvio Germano Alves, no processo crime relacionado ao mesmo fato, refere-se à prática do crime de racismo, mas sim à prática do crime de abuso de poder (art. 350, parágrafo único, IV, do Código Penal), o que efetivamente restou evidenciado (fls. 24/201).

Argumenta o douto Relator designado que “Não fosse o autor negro, garantidamente não seria preso...” (fl. 7 do acórdão). Com a devida vênia, penso que cabe ao Poder Judiciário, ao decidir o caso sub judice, colher dos autos elementos concretos que mostrem com clareza o fato e o dolo do agente, e não adentrar em um abstimento subjetivo, haja vista que não

é possível garantir que se o autor fosse branco ele não seria preso, por tratar-se de mera suposição, a que não é curial se reporte o julgador.

Segundamente, no que se refere ao quantum indenizatório, votei pelo parcial provimento do apelo para que fosse este reduzido para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), por entender ser este valor suficiente para compensar o abalo moral sofrido pela vítima.

Yussef Said Cahali aponta para certos fatos e circunstâncias que devem informar o arbitramento do valor da indenização por dano moral: a natureza da lesão e a extensão do dano; as condições pessoais do ofendido e do responsável; a prudência, para não proporcionar enriquecimento sem causa à vítima, a gravidade da culpa (Dano Moral, São Paulo: RT, 2ª ed., pág. 261 e seguintes).

No caso em exame, a vítima foi abordada pelo policial civil às 21 horas e liberada às 22 horas e 30 minutos. Neste interstício foi algemada, exposta à situação vexatória diante de estranhos e conduzida a local ermo onde foram-lhe desferidos dois socos no estômago e em seguida conduzida à delegacia de polícia. É evidente o abuso de autoridade praticado pelo policial civil, que agiu em desconformidade com regras basilares do Direito. No entanto, como ensina o citado jurista, deve-se ser prudente ao fixar o valor da indenização para que não ocorra locupletamento sem causa em favor da vítima.

Entendo que pelo tempo de duração do constrangimento (uma hora e meia) e pelas lesões sofridas (dois socos no estômago), a fixação do

quantum em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) é suficiente para resarcir o abalo moral sofrido pela vítima. Fixar montante superior é proporcionar à vítima um enriquecimento desarrazoado em detrimento dos co-

fres públicos e de todos os contribuintes.

Dentro desse quadro é que disenti da douda maioria.

João Martins.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.019216-4, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Tributário — Repetição de indébito — Taxa de Serviço de Iluminação de Testada de Imóveis — TSITI — Inconstitucionalidade.

1. *“Tributário. Taxa de Iluminação Pública. Ilegalidade. Sem os requisitos da especificidade e da divisibilidade, previstos no Código Tributário Nacional, não se justifica a cobrança da taxa. O serviço de iluminação pública tem caráter genérico e não divisível ou específico, sendo prestado à coletividade como um todo, sem benefício direto para determinado imóvel ou certo contribuinte” (REsp n. 19.430, Min. Hélio Mosimann).*

2. *Declarada a inconstitucionalidade da lei instituidora da Taxa de Iluminação Pública, impõe-se a confirmação da sentença que determinou a restituição dos valores pagos indevidamente.*

Prescrição — Direito patrimonial público — Arguição em qualquer instância ou mesmo decretação de ofício.

3. *“A prescrição pode ser levantada em qualquer instância. Não deduzida em primeira, pode ser alegada em segunda instância, nas razões do recurso. E se pode, nas razões do recurso, pode também ser deduzida nas contra-razões em homenagem ao princípio da igualdade de tratamento às partes (CPC, art. 125, I)” (REsp n. 204.276, Min. José Arnaldo da Fonseca).*

Em favor da pessoa jurídica de direito público, a prescrição pode ser decretada de ofício.

4. *A TIP, e muito menos a TSITI — Taxa de Serviço de Iluminação de Testada de Imóveis, eufemismo daquela, não pode ser enquadrada como tributo sujeito a lançamento por homologação. O valor da taxa não é decorrente de lançamento pelo próprio contribuinte. É o Poder Público quem o estabelece. Ao contribuinte, cabe*

apenas recolher o valor, que, no caso, vem consignado na fatura de energia elétrica.

Código de Defesa do Consumidor — Inaplicabilidade às relações jurídicas de ordem tributária — Devolução em dobro — Art. 1.531 do Código Civil — Pressuposto da má-fé — Inocorrência na espécie.

5. “A relação jurídica tributária não se submete às normas do Código de Defesa do Consumidor porque nela não há ‘fornecedor’ e ‘consumidor’, e tampouco ‘produto’ ou ‘serviço’” (Ap. Cível n. 99.018731-4, de Itajaí, Des. Newton Trisotto).

6. “A aplicação do art. 1.531, CC, só deve ser contemplada com a demonstração inequívoca de ação maliciosa ou reveladora do perfil da deslealdade (Súmula 159, STF)” (REsp n. 94.753, Min. Milton Luiz Pereira).

7. *Honorários advocatícios — Sucumbência recíproca — Compensação — Possibilidade.*

Existe apenas uma antinomia aparente entre o disposto no artigo 23 da Lei n. 8.906/94 e o artigo 21 do Código de Processo Civil. Os honorários não deixam de ser um reflexo da sucumbência e a compensação se dá em função dela. O que resultar a título de honorários, indiscutivelmente, por força do novo Estatuto, pertencerá ao advogado.

“A Lei n. 8.906/94 (Estatuto do Advogado) inovou quanto à legitimação do destinatário dos honorários. Em relação ao instituto da sucumbência e à distribuição dos ônus, no entanto, as normas de regência permanecem no Código de Processo Civil e nas leis de assistência judiciária” (REsp n. 164.249, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

8. *O município está isento do pagamento das custas processuais (LC n. 156/97 com as alterações da LC n. 161/97).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.019216-4, da comarca de Itajaí, em que são apelantes e apelados o município de Itajaí e Supermercados Vitória Ltda.:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso do município de Itajaí, e dar provimento parcial ao recurso de Supermercados Vitória Ltda. e ao reexame necessário.

I — Relatório

Trata-se de ação ordinária de repetição de indébito ajuizada por Supermercados Vitória Ltda. contra o município de Itajaí, perante o Juízo da Vara dos Feitos da Fazenda daquela comarca, pela qual o MM. Juiz julgou “procedente, em parte, o pedido para: a) condenar o requerido na restituição do valor cobrado da autora a título de TIP/TSIP/TSITI, em relação ao imóvel supra-referido, respeitado o prazo prescricional que reconheço em relação às ‘taxas’ recolhidas em períodos pretéritos a 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da presente ação, ou seja, a autora não terá direito à restituição do que pagou em períodos anteriores a 3/2/1994. Incidirá correção monetária a partir do pagamento de cada parcela indevida e juros legais de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir do trânsito em julgado da presente sentença em relação às prestações vencidas e a partir do efetivo pagamento em relação às prestações que se vencerem após a sentença; b) cada parte arcará com 50% (cinquenta por cento) das custas processuais; c) o requerido pagará à autora honorários advocatícios, em percentual de 10% (dez por cento) sobre o total da condenação devidamente corrigida em relação às prestações vencidas; d) a autora pagará ao requerido honorários advocatícios, em percentual de 10% (dez por cento) sobre o montante atualizado das prestações reclamadas no período em que foi reconhecida a prescrição (anterior a 3/2/1994) e também 10% (dez por cento) sobre o montante atualizado do pedido de pagamento em dobro, que resultou negado; e) deve haver a compensação

de honorários, na forma do art. 21 do CPC; f) a liquidação de sentença se fará por cálculo aritmético, na forma do art. 604 do Código de Processo Civil; g) para efeito de classificação o presente crédito é de natureza patrimonial”.

Além do recurso voluntário, a matéria comporta reexame necessário a teor do art. 475, II, do CPC.

Na busca pela reforma da decisão objurgada apelou o município de Itajaí (fls. 201/209), defendendo a legalidade da cobrança da taxa em comento, uma vez que amparada no art. 145, II, da CF, arts. 77 e 79 do CTN, e na Lei Municipal n. 2.789/92.

Igualmente irredimido com a sentença que lhe foi adversa, apelou o autor, alegando: a) que o Magistrado não poderia decretar de ofício a prescrição quinquenal por tratar-se de crédito de natureza patrimonial; b) a devolução em dobro dos valores recebidos indevidamente pelo Município, sustentando a inexistência da natureza tributária da referida taxa, uma vez que regida pelo Código de Defesa do Consumidor; c) a condenação do apelado ao pagamento de juros moratórios contados do dia de cada pagamento indevido, ou, no mínimo, a partir da citação; d) por não ter ocorrido a arguição prescricional pelo apelado, requer que este arque com as verbas de sucumbência e os honorários advocatícios; e) o incabimento da compensação de honorários, de acordo com o art. 21 do CPC, por se tratar de direito autônomo do advogado.

O autor apresentou resposta ao reclamo (fls. 230/234), pugnando pela manutenção da sentença nos pontos

que lhe favorecem. O município de Itajaí, por sua vez, defendeu a decisão no que tange ao reconhecimento da prescrição quinquenal (fls. 239/246).

O representante do Ministério Público de primeiro grau oficiou também nesta fase (fls. 239/246), posicionando-se pelo conhecimento de ambos os recursos, dando provimento parcial apenas ao da empresa recorrente.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra do Dr. Sérgio Antônio Rizelo, ilustre Procurador de Justiça, manifestou-se pelo conhecimento de ambas as apelações e também da remessa necessária, e pelo provimento parcial apenas do recurso interposto pelo autor, tão-somente para que seja obstada a compensação dos honorários advocatícios (fls. 305/326).

II — Voto

1. Sobre o recurso interposto pelo município de Itajaí:

Entendo sem razão o apelante.

São incontáveis as decisões fulminando as leis municipais que instituíram a Taxa de Iluminação Pública, em razão de sua impropriedade legal:

“Ação civil pública — Liminar — Pressupostos presentes. A existência de diversos precedentes no TJSC considerando inconstitucional a Taxa de Iluminação Pública fornece suporte necessário para a confirmação de liminar concedida decretando a ilegalidade da cobrança do referido tributo” (Agravo de Instrumento n. 7.341 de Gaspar, rel. Des. Eder Graf, in DJ de 24/2/93).

A Constituição Federal, em seu art. 145, inciso II, bem como a Lei n. 5.172 (CTN) instituem a cobrança de taxa em razão do exercício regular do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, in verbis:

“Art. 145 — A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

“I — (...)

“II — taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e indivisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição”.

O art. 79 do Código Tributário Nacional, por seu turno, considera como serviços públicos passíveis de recolhimento do tributo taxa:

“Art. 79 — (...)

“I — (...)

“II — específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas;

“III — divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários”.

Na mesma esteira a Carta Estadual, em seu art. 125, inc. II, prescreve:

“O Estado de Santa Catarina e seus municípios têm competência para instituir os seguintes tributos: (...) II — taxas, 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 à sua disposição”.

Vê-se que a intenção, tanto do constituinte federal, como do constituinte estadual, foi conceituar de modo preciso as taxas e estabelecer as condições para que possam ser criadas e cobradas dos cidadãos e que ambos deixaram claro na conceituação das taxas que são uma contrapartida pelo exercício do poder de polícia, pela utilização efetiva ou potencial dos serviços públicos específicos e divisíveis, e como a iluminação pública não é um serviço específico e como não é divisível, não pode ser cobrada, justamente por afrontar os princípios contidos nos artigos citados, erigidos a nível constitucional.

Portanto, o tributo taxa corresponde, geralmente, ao pagamento de um serviço do qual o contribuinte tira ou obtém um benefício direto ou imediato, constituído em prestação por quantia certa e invariável.

O entendimento genérico e simplista de que “a iluminação pública está à disposição de todos e todos devem pagá-la, mesmo que não haja consumo pessoal”, deve ser afastado, pois não amplia o foco da questão e não torna a taxa constitucional, já que o serviço de iluminação pública não pode ser cobrado (principalmente como uma taxa), porque esta, como foi amplamente analisado, exige um serviço determinado e divisível.

A doutrina é uníssona nesse sentido:

“No serviço divisível, cada pessoa recebe uma parte que lhe interessa. São serviços que podem ser individualizados, permitindo que se identifique e avalie, isoladamente do

complexo da atividade, a parcela utilizada individualmente pela pessoa ou grupos de pessoas” (Bernardo Ribeiro de Moraes, *A Taxa no Sistema Tributário Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, pág. 99).

Segundo Ruy Barbosa Nogueira, in *Curso de Direito Tributário*, 9ª ed., Saraiva, 1989, pág. 166, “serviço específico, necessário para a instituição de taxa, é o susceptível de utilização individual pelo contribuinte e divisível é o destacável em unidade autônoma. Não há, assim, possibilidade de confusão com os serviços gerais”.

A especificidade e a divisibilidade ocorrem, em regra, nos serviços de caráter domiciliar, que beneficiam individualmente o usuário e, na medida de suas necessidades, lhe são prestados, havendo proporcionalidade entre o uso e a remuneração.

O serviço de iluminação pública, prestado pela municipalidade, justamente por ser público, pelo seu caráter geral, é um serviço prestado *uti universi* e como tal não pode ser cobrado individualmente, *uti singuli*. Não há critério de cobrança que se enquadre em uma possível sistemática que permita dividir as despesas públicas entre os cidadãos, em uma espécie de concurso universal. Insuscetível, pois, de ser considerado como fato gerador da modalidade de tributo taxa, pois beneficia toda a coletividade e não a particulares individualizados.

Como facilmente pode ser observado, não tem a empresa autora obrigação constitucional de efetuar o pagamento da Taxa de Iluminação Pública que lhe foi imposto pelo município de Itajaí, justamente em razão da flagrante inconstitucionalidade da

lei municipal que a regulariza, por afrontar o disposto no art. 145 da Carta Magna.

Na Arguição de Inconstitucionalidade n. 106, da Capital, em que foi relator o eminente Des. Álvaro Wandelli, a colenda Terceira Câmara Civil deste egrégio Tribunal argüiu a inconstitucionalidade da Taxa de Iluminação Pública instituída pelos municípios de Pinhalzinho, Modelo, Nova Erechim e Serra Alta que, como tal, foi julgada em primeira instância, destacando que a própria Terceira Câmara Civil de há muito já decidiu:

“Não constituindo a iluminação pública serviço específico e divisível, não pode configurar fato gerador de taxa.

“Dizendo a lei que a taxa tem como fato gerador a utilização efetiva ou potencial de iluminação pública, incide em inconstitucionalidade, vulnerando o art. 145, II, da Carta Política” (Apelação Cível n. 44.272, de Lages, julgada em 29/3/94, relator o eminente Des. Amaral e Silva).

No mesmo sentido, declarando a inconstitucionalidade das leis instituidoras da Taxa de Iluminação Pública por faltar-lhes os requisitos da especificidade e divisibilidade, temos a ACMS n. 1.870, Des. Wilson Guarany; Ap. Cív. n. 15.109, Des. Napoleão Amarante; Ap. Cív. n. 29.735, Des. Nestor Silveira; Ap. Cív. n. 96.001080-7, Des. Anselmo Cerello; e do STJ, REsp ns. 19.340 e 94.445, Min. Hélio Mosimann.

E mais recentemente:

“1. ‘Uma vez que o Órgão Especial do Tribunal já se pronunciou reiteradamente pela inconstitucionalidade de leis municipais de Taxa de

Iluminação Pública, desnecessário faz-se a instauração do incidente pertinente (per saltum), a teor do que dispõe o parágrafo único do artigo 160 do Regimento Interno’ (ACMS n. 5.925, Des. Pedro Manoel Abreu).

“2. Reconhecida a inconstitucionalidade da lei que instituiu a Taxa de Iluminação Pública (TIP), tem o contribuinte direito à restituição do indébito.

“3. A empresa distribuidora de energia elétrica, mesmo tendo firmado convênio com o Município para arrecadação da TIP e manutenção da rede de iluminação pública, não é litisconsorte necessário na demanda em que o contribuinte busca a restituição do indébito” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 97.014148-3 — rel. Des. Newton Trisotto).

Sendo inconstitucional a lei instituidora da TIP, ao contribuinte é lícito postular a restituição dos valores pagos indevidamente (Ap. Cív. n. 50.270, Des. Trindade dos Santos; Ap. Cív. n. 44.127, Des. Eládio Rocha; Ap. Cív. n. 50.236, Des. Pedro Manoel Abreu; Ap. Cív. n. 32.404, Des. Cid Pedroso).

Desse modo, mostrando-se indiscutivelmente ilegítima a cobrança da TIP, correta a sentença que reconheceu ao autor o direito à repetição dos valores indevidamente pagos e a imediata sustação de sua cobrança.

Considerando que o Órgão Especial deste Tribunal já se pronunciou reiteradamente pela inconstitucionalidade de leis municipais que instituíram a Taxa de Iluminação Pública, torna-se desnecessária a instauração do incidente a que alude o art. 481 do CPC, inclusive atendendo ao disposto no seu parágrafo único.

No tocante ao município de Itajaí, apenas um pequeno reparo merece a r. sentença, e a correção impõe-se por força da remessa necessária.

É que, em virtude do disposto na Lei Complementar n. 156/97, posteriormente alterada pela Lei n. 161/97, é isento de custas e emolumentos todo o processo em que tenha sido vencida a Fazenda Pública do Estado e dos municípios, diretamente ou por administração autárquica, em decorrência de ato praticado por servidor remunerado pelos cofres públicos.

Desse modo, voto pelo desprovemento do recurso voluntário interposto pelo município de Itajaí, e dou provimento parcial à remessa necessária, a fim de isentar o ente público das custas judiciais.

2. Sobre o recurso de Supermercados Vitória Ltda.:

2.1 — Insurgência contra o reconhecimento da prescrição das taxas recolhidas em período de 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento do feito.

O recorrente invoca o artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil — “não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato”. Como o Juiz, na parte final do comando da r. sentença, classificou o crédito reclamado como de natureza patrimonial, entende o insurgente deva ser aplicado o aludido dispositivo.

Na verdade, é importante salientar que o Juiz, ao classificar o crédito como sendo de natureza patrimonial, apenas fez a distinção do crédito

de natureza alimentar, isso para efeito de precatório.

Vale ressaltar, também, que a matéria aqui tratada, apesar da insistência do insurgente, não é regulada exclusivamente pelo Código de Processo Civil e pelo Código Civil, e sim pelos artigos 156, I, 165, I, e 168, I, todos do Código Tributário Nacional.

Questão idêntica à ora tratada, inclusive envolvendo as mesmas partes, foi enfrentada pelo eminente Des. Newton Trisotto quando ainda integrante da egrégia Primeira Câmara Civil, por ocasião do julgamento da Apelação Cível n. 99.018731-4, nos seguintes termos:

“De acordo com o § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil e art. 166 do Código Civil, ‘o juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes’. Nem mesmo a requerimento do Ministério Público (Ap. Cív. n. 96.003014-0, Des. Trindade dos Santos; Ap. Cív. n. 37.765, Des. Amaral e Silva; JTA 103/287; RJTJERJ 20/128).

“A regra é de natureza moral. Conforme Teixeira de Freitas, ‘há uma obrigação natural de pagar dívidas prescritas, e o devedor pode querer desonerar-se dessa obrigação’ (Consolidação das Leis Cíveis, B. L. Garnier, 3ª ed., 1876, pág. 511). Para Clóvis Bevilacqua, ‘deve o direito respeitar o escrúpulo de consciência daquele que se não quer libertar de dívida, por não ter podido pagar em determinado tempo’ (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Editora Rio, 1940, vol. I, pág. 443).

“De acordo com remansosa jurisprudência, inclusive do Supremo

Tribunal Federal, 'a competência para relevar prescrição, consumada em favor de Fazenda Pública, é privativa do Poder Legislativo' (RE n. 33.863, Min. Luiz Gallotti).

"Se não pode ser renunciada, é evidente que deveria ser argüida, e se não o foi deve o juiz ou tribunal (no reexame necessário) dela conhecer de ofício. A ratio legis dos dispositivos legais que impedem seja declarada sem invocação da parte, referidos por Clóvis Beviláqua e Teixeira de Freitas, não subsiste quando o 'direito patrimonial' é público. Da doutrina colacionadas lições que corroboram a assertiva:

'Os direitos patrimoniais, a princípio disponíveis, perdem essa condição quando são titularizados pelas pessoas jurídicas de direito público e, por conseguinte, por toda a coletividade. É quase um truísmo dizer que cabe ao administrador público apenas gerir, com toda a diligência necessária e dentro dos parâmetros legais, o patrimônio e as rendas dos entes públicos, sendo-lhe defeso praticar qualquer ato que configure disposição do acervo comum. Tenha-se presente que dispor, segundo os léxicos, significa usar livremente, fazer de algo o que bem quiser.

'Afinados pelo mesmo diapasão estão os eminentes professores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, quando asseveram:

'Mas, além dessas hipóteses de indisponibilidade objetiva, encontramos aqueles casos em que é uma especial condição da pessoa que impede a disposição de seus direitos e interesses (indisponibilidade subjetiva): é o que se dá com os incapazes e

com as pessoas jurídicas de direito público' (in Teoria Geral do Processo, 6ª ed., Revista dos Tribunais, pág. 9).

'A corroborar o que acima afirmamos está a redação do artigo 1.035 do Código Civil, in verbis:

'Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação' (sem grifo no original).

'Ora, o dispositivo supratranscrito é por demais claro quanto à impossibilidade de transação quando os direitos patrimoniais se revestirem de caráter público.

(...)

'A tese que advogamos encontra ressonância até mesmo no campo da prescrição. Vejamos.

'Uma vez considerados indisponíveis os bens e direitos que compõem o patrimônio público, surge como consequência o dever do Juiz de pronunciar a prescrição independentemente de argüição pela entidade pública acionada.

'É certo que dispõe o Código Civil, no artigo 166, que: 'O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes'.

'Todavia, é necessário fazer adequada interpretação desse texto legal. A lei não disse, conquanto devesse ter dito, que os direitos patrimoniais a que se refere são os disponíveis, ou seja, de cunho privado, em relação aos quais a lei civil confere aos seus titulares a faculdade de alegar, ou não, a prescrição. Contudo, foi essa a mens legislatoris. Ocorre que partiu o legislador da premissa de que todos os direitos patrimoniais seriam disponíveis, o que, conforme demonstra-

mos, não é verdade' (Perrud, Rogério José. Entes de direito público. Direitos indisponíveis. Conseqüências da afirmação, Revista de Direito Administrativo Aplicado 13/378).

'Dentro desta moderna conceitualização do poder do Estado e de sua ação administrativa, vem-nos à mente considerar se se deve entender aplicável às suas responsabilidades o art. 166 do Código Civil, que diz: 'O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes'.

'A razão deste dispositivo é que, se por um lado a boa razão aconselha a se pôr um termo à situação de insegurança que representa para a harmonia social um direito não exercido dentro de um lapso de tempo (Savigny, 'Droit Romain', vol. 5/274), por outro lado 'deve o direito respeitar o escrúpulo de consciência daquele que se não quer libertar da dívida, por não ter podido pagar em determinado tempo' (Clóvis, 'Código Civil', comentários ao art. 166).

'Não deve o juiz forçar a parte — dizem — a se abrigar numa trincheira que lhe não apraza defender porque, na lição de Teixeira de Freitas:

'Há uma obrigação natural de pagar dívidas prescritas e o devedor pode querer desonerar-se dessa obrigação' ('Consolidação', art. 853, nota 1).

'Tendo em vista estas razões, até certo ponto contraditórias — as do interesse público de um lado, perfilhando o instituto da prescrição em nome da paz social, e as do indivíduo, do outro, permitindo-lhe a frustração dessa finalidade em cada caso emergente, pelos motivos que se declara

— parecer-nos-ia mais lógico, do ponto de vista do direito in fieri, que aquelas razões de ordem pública prevalecessem sobre estas, quando não de um modo absoluto, pelo menos relativamente, para que o juiz pudesse dar pela prescrição, ainda que não invocada, sempre que o beneficiário dela expressamente não abrisse mão.

'Ao invés de se dizer, como Carlos de Carvalho, que 'a prescrição não alegada pela parte importa renúncia do direito' ('Nova Consolidação', art. 966), passaria a dominar a regra segundo a qual — 'a prescrição não renunciada expressamente pela parte, tem-se como admitida'.

'Há, como dissemos, contradição em afirmar-se que a prescrição é um instituto de ordem pública e ao mesmo tempo impedir-se que o juiz a reconheça, se a parte não a invocar.

'Entretanto, não deu por isso o recente Anteprojeto de Código de Obrigações, da lavra do ilustre Prof. Caio Mário da Silva Pereira, que no art. 227 manteve o dispositivo do art. 166 do Código Civil, apenas admitindo a concessão do pronunciamento ex officio em favor de pessoa absolutamente incapaz.

'Convenhamos, porém, que o silêncio da parte favorecida, no invocar a prescrição, não significa, normalmente, o desejo tácito de não querer prevalecer-se desse meio de defesa. Presumir-se isso, mesmo entre particulares, é fugir da realidade. E o direito, que é a vida, não pode esquivar-se às realidades da vida, presumindo contra o que geralmente acontece.

'Se esta presunção não tem o mínimo de veracidade nas relações de

indivíduo para indivíduo, como admitir que a tenha nas relações de direito público, supondo no Estado o desejo de uma renúncia a que não está obrigado?

‘A instância administrativa tem sido neste ponto mais realista que a instância judiciária. As prescrições contra a Fazenda Pública são ali, de regra, reconhecidas, sem necessidade de invocação pelo contribuinte. E os órgãos administrativos julgadores, quando lhes acontece verificarem que o direito reclamado pela Fazenda está prescrito, reconhecem-no de plano, independentemente de arguição. E, às vezes, até, por sugestão dos próprios órgãos fiscais, ao falarem nos processos.

‘O mesmo — e por força da maior razão — deve suceder quando a prescrição de direito favorece a Fazenda Pública, porque esta não pode estar sujeita às suscetibilidades atribuídas aos indivíduos — que dispõem do que é seu — e a respeito dos quais se pode admitir a renúncia tácita de uma defesa, que, por hipótese, não querem usar. O que está em jogo nas obrigações de direito público é o patrimônio da coletividade, onde a renúncia de direitos (mesmo os de defesa) não se deve presumir.

‘Mesmo como dispositivo de ordem privada, o art. 166 do nosso Código Civil já é obsoleto e dele podemos dizer o que Rossel dizia do artigo correspondente do Código Suíço de Obrigações: ‘qui (il) est un souvenir de législations veillies, et qui ne se justifie plus dans une époque où l’on veille si scrupuleusement à la protection du faible’ (‘Droit Civil Suisse’, 3/182, princípio).

‘Muito mais extemporâneo seria, sob o fundamento de uma renúncia tácita, pretender aplicar o art. 166 do Código Civil, em detrimento do Estado, onde o princípio de ordem pública não deve perder seu caráter’ (Nunes, Reginaldo. Prescrição em favor do Estado e sua declaração ex officio, RT 352/26).

‘Tecendo comentários ao art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, com o qual se amalgama com penitência o art. 166 do Código Civil, Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior assenta a renunciabilidade do direito como o norte conceitual da vedação ao conhecimento, sem qualquer provocação, da prescrição. Saliu, ainda, que o conhecimento, de ofício, do decurso do tempo como fator extintivo da proteção judicial de interesse jurídico diz respeito somente àqueles de conteúdo não patrimonial, onde tecnicamente se deve falar em decadência. Diz o mestre: ‘Veda a lei que o juiz, ex officio, decreta a prescrição que diga com direitos patrimoniais. A regra já se encontrava no art. 166 do Código Civil: ‘O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não invocada pelas partes’. A ratio legis é singela: tratando-se de direitos patrimoniais, portanto renunciáveis, renunciável também é a alegação da prescrição (art. 161 do Código Civil). Tratando-se de prescrição de direitos não patrimoniais, ou mais propriamente decadência, viável o conhecimento de ofício pelo juiz, extinguindo-se o processo com julgamento de mérito (art. 269, IV)’.

(...)

‘Expostas as considerações retro, aponto, finalmente, no ponto cru-

cial deste trabalho, voltado a perscrutar se o Magistrado sponte propria tem poderes, nas lides em que a fazenda pública é demandada, para o reconhecimento da prescrição ante o disposto no art. 166 do Código Civil, corroborado pelo art. 219, § 5º, do CPC, ao afirmar que o juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes.

‘Penso que a regra não é absoluta. Comporta temperamentos. Um deles é o que concerne à capacidade das partes. Para a validade da renúncia, como ato abdicativo, necessário se verificar a capacidade do renunciador, ou seja, se este pode, validamente, praticar tal ato na vida civil. Precisa a advertência de Caio Mário da Silva Pereira: ‘Pode o devedor a ela renunciar, repetimos, subordinada a validade da renúncia à circunstância de estar o renunciante na livre administração de seus bens, pois envolve indiretamente uma diminuição patrimonial, equiparável à alienação’.

‘No campo do direito público, o vocábulo capacidade transmuda-se em competência, elementar do ato administrativo integralmente vinculada. Assim, cabe à lei dispor qual o agente que possui o poder-dever de praticar determinado ato e a forma de praticá-lo.

‘Configurando a renúncia tácita uma modalidade de ato de disposição, não se deve perder de vista o cânon da indisponibilidade do interesse público, por pertencente à coletividade, sendo indispensável que o seu gestor esteja, para tanto, autorizado por lei específica.

‘Penso que a melhor exegese a ser legada ao art. 166 do Código Civil é a de que a regra que enuncia — vedação do juiz reconhecer de ofício prescrição — somente se dirige aos direitos cujo titular, ou representante, poderá dispor. A utilização da expressão patrimoniais, no lugar de disponíveis, vocábulo mais apropriado, decorre do fato de, quase sempre, aqueles se confundirem como campo da disponibilidade jurídica.

‘Prova insofismável disso, o art. 1.035 do Código Civil afirma que a transação se cinge aos direitos patrimoniais de caráter privado, porquanto não os únicos suscetíveis de ampla disposição. Aqui observe-se que o legislador foi mais preciso, qualificando a patrimonialidade com a adição da dade direito privado.

‘Outra não fora a razão por que Miguel Maria de Serpa Lopes sustentara: ‘Sobre a segunda regra, qual a de ser vedado ao juiz pronunciar-se sobre prescrição ex officio, a Jurisprudência não tem oscilado na aplicação rígida desse princípio. Os juristas, porém, têm-na entendido como suscetível de exceções. Assim, ao juiz é dado conhecer da prescrição ex officio, nos seguintes casos: a) quando fundar-se em motivos de ordem pública ou na necessidade social; b) em se tratando de ações de estado’.

‘Nesse diapasão, há elucidativo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível n. 163.440, proclamando: ‘Prescrição — Renúncia — O Poder Público pode renunciar a direito próprio, mas esse ato de liberalidade não pode ser praticado discricionariamente, dependendo de lei que o autorize. A renúncia tem caráter abdi-

cativo e em se tratando de ato de renúncia por parte da Administração depende sempre de lei autorizadora, porque importa no despojamento de bens ou direitos que extravasam dos poderes comuns do administrador público'.

'No que concerne à Administração Pública Federal, o art. 112 da Lei n. 8.112/90, encarnando o espírito da indisponibilidade do interesse público, expressamente dispõe: 'A prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração'. O preceito, por seu caráter genérico, espalha-se a toda e qualquer relação da Administração com os seus administrados, não devendo ter a sua aplicação jungida aos liames Estado-servidor.

'Forçoso ponderar, portanto, que, pelo menos no que concerne à União, suas autarquias e fundações, os arts. 166 e 219, § 5º, do Código Civil e do Código de Processo Civil, encontram-se derogados pela lex posterior, no caso a Lei n. 9.469/97.

'Sei que os tribunais pátrios, em iterativas deliberações, vêm reformando, com arrimo no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, decisões que de ofício reconheciam a prescrição em ações de execução fiscal. Todavia, aqui cabe um fundamental esclarecimento: no executivo fiscal, o titular do direito à prescrição era o contribuinte, de maneira que a arguição do evento prescritivo poderia validamente configurar renúncia tácita, haja vista que a abdicação em gozar das benesses da prescrição se encontrava na sua esfera de normal disponibilidade. Interdito, destarte, ao Magistrado, contrariando a tácita

manifestação de vontade do prescribente, reconhecer a prescrição da qual este não quer se beneficiar. Diferentemente, quando a prescrição favorece o Poder Público, em virtude de que a renúncia deste, pela omissão de seu representante em arguí-la, para ostentar validade, necessita de apoiar-se em espeque legal.

'Tampouco serve para justificar a aplicação, detrimetosa para a Administração, da regra de que a prescrição não pode manifestar-se de pleno jure, mas sempre ope exceptionis, o fato do representante judicial daquela poder ser responsabilizado administrativa e civilmente por sua omissão. É que o fato de tal responsabilidade se encontrar prevista em nosso direito positivo não serve para tornar disponível um direito que, por sua natureza, é indisponível.

'Igualmente, a distinção, forjada pela doutrina italiana, nestas plagas perfilhada no magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, entre interesse público primário (interesses perententes à coletividade como um todo) e secundário (decorrente da condição de sujeito de direito do Estado, entre os quais estão os direitos patrimoniais), não serve para fundamentar ponto de vista adverso ao aqui exposto. Em ambos os casos, há a indisponibilidade. A repulsa da distinção, para o fim de tornar o interesse secundário disponível, com certeza granjeou o prestígio do legislador, pelo menos no âmbito da Administração Federal. Isto se comprova por toda e qualquer transação relativa a direitos de cunho pecuniário necessitar de preencher os requisitos estabelecidos nos arts. 1º a 3º da Lei n. 9.469/97.

'Mister um esclarecimento: quando afirmo que o julgador pode reconhecer a prescrição, em face da existência de interesse público, não imponho uma obrigatoriedade. Esta vale para o representante judicial da fazenda pública, pena de responsabilização. Quanto ao julgador, há a faculdade de fazê-lo, tanto que, se sobrevier condenação com trânsito em julgado, não se vislumbra exitoso o ajuizamento de rescisória por tal motivo. É como prelecionou Pontes de Miranda, ao interpretar a contrario sensu o disposto no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil: 'Se o direito, a que corresponde a prorrogação da pretensão e da ação, ou só da ação, não é patrimonial, a lei atribuiu ao juiz o direito de decretar, de ofício, a prescrição.' (Nobre Jr., Edilson Pereira, Prescrição: Decretação de Ofício em Favor da Fazenda Pública, Revista de Direito Administrativo 211/221-31)".

Em seguida, após chamar a atenção para o fato de que no caso sub judice tornava-se desnecessário o exame desse aspecto da questão, com muita propriedade, complementa S. Excelência:

"É oportuno destacar que a prescrição pode ser invocada a qualquer tempo e em qualquer fase do processo, inclusive no recurso ou nas contra-razões (CC, art. 162). Da doutrina e jurisprudência colho lições e julgados que respaldam a assertiva:

'Quando pode ser alegada a prescrição? Em qualquer instância, responde o Código, neste artigo.

'A frase — em qualquer instância — equivale àquela outra — em todo ou qualquer estado da causa —, empregada em outras legislações.

'Em outras palavras: a prescrição pode ser alegada não só perante o juiz da demanda, como perante o juiz da apelação, como também perante o juiz da execução.

'Não exige a lei que a prescrição seja alegada na primeira vez em que a parte a quem aproveita a prescrição fale no feito. Até nas razões finais, é direito seu alegar a prescrição.

'Perante a instância superior da apelação, a alegação pode ser feita nas respectivas razões, embora não tenha sido alegada a prescrição em primeira instância, pouco importando que o réu seja apelante ou apelado.

(...)

'Na fase da execução, a prescrição pode ainda ser alegada, quer seja a prescrição já consumada antes da citação inicial da demanda, quer se trate, como exceção, da prescrição que se veio a consumir depois da sentença ou da penhora, como, v. g., se a demanda for julgada nula, por nulidade da sua citação inicial (Cód. Civil, art. 175).

'A regra é esta: não se presume renunciar a prescrição quem, sem a alegar, desde logo apresenta defesa sobre o mérito (cfr. Laurente, ob. cit., n. 117; Giorgi, ob. cit., n. 358), razão pela qual é admissível a alegação em qualquer fase do processo' (Santos, J. M. Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpretado, Freitas Bastos, 10ª ed., v. III, págs. 380/1).

'A doutrina interpreta a expressão 'em qualquer instância', não só com respeito às instâncias inferior e superior, mas também como fases do processo de conhecimento, de execução e cautelar. Assim, a prescrição tanto pode ser alegada nas comarcas,

como nos tribunais; na fase inicial, no curso e no fim de qualquer processo, e até mesmo nas razões e contra-razões de recursos' (Levenhagen, Antônio José de Souza. Código Civil Comentários Didáticos (parte geral), Atlas, 1995, 4ª ed., pág. 193).

'No processo de conhecimento, a prescrição pode ser alegada em apelação, embora não aduzida na contestação (RSTJ 28/380, STJ-RT 710/172, RTFR 123/191, 136/71, RT 490/94, 495/144, 501/167, RJTJERGS 186/147, maioria JTA 43/163). Pode também ser aduzida em contra-razões de apelação, se vencedor o apelado e rejeitada na sentença (JTA 97/207, 98/266)' (Negrão, Theotonio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Saraiva, 1999, 30ª ed., pág. 531).

'A prescrição pode ser levantada em qualquer instância. Não deduzida em primeira, pode ser alegada em segunda instância, nas razões do recurso. E se pode, nas razões do recurso, pode também ser deduzida nas contra-razões em homenagem ao princípio da igualdade de tratamento às partes (CPC, art. 125, I)' (REsp n. 204.276, Min. José Arnaldo da Fonseca).

"In casu, na resposta ao recurso da autora o réu argüiu a prescrição do direito à ação de repetição de indébito no tocante às quantias pagas nos cinco anos anteriores ao da propositura da demanda".

No presente feito, tanto o município de Itajaí quanto o Ministério Público argüiram a prescrição em seus arrazoados. Portanto, não teria sentido anular a sentença nessa parte, pa-

ra em seguida reconhecer a prescrição.

No julgamento da Apelação Cível n. 97.000081-2, da Capital, o eminente Des. Trindade dos Santos consignou:

"E indevida a Taxa de Iluminação Pública, face a sua total ilicitude, incumbe ao município que a cobra, quando instado a tanto, operar a devolução do que, a tal título, cobrou, acrescidos os respectivos valores de seus acessórios legais, ressalvados aqueles valores atingidos pela prescrição quinquenal, ou seja, os recolhidos precedentemente aos cinco anos anteriores à propositura da ação cautelar proposta" (não grifado no original).

O eminente Des. João José Schaefer, na Apelação Cível n. 97.000067-7, da Capital, anotou:

"Destaque-se apenas que o autor apelado comprovou, pelo menos nas notas fiscais de fls. 12 e 13 dos autos da ação cautelar, o valor do recolhimento da taxa, podendo fazê-lo, quanto ao mais, na liquidação, como expresso na sentença.

"Por óbvio, as tarifas pagas há mais de 5 (cinco) anos do ajuizamento da ação estão livres de restituição" (não grifado no original).

Por último, do corpo do acórdão prolatado na Apelação Cível n. 97.004781-9, da Capital, destaco:

"O decisum impugnado, no entanto, não aludiu à prescrição quinquenal, que deve ser observada no caso em tela, já que existem períodos por ela abrangidos, vez que a TIP foi instituída pelo Município através da Lei n. 1.760, de 23/12/80, e a demanda aforada em março/95.

“Diante do exposto, dou provimento parcial ao apelo, apenas para que seja observada a prescrição quinquenal quando da devolução dos valores indevidamente cobrados” (rel. Des. Silveira Lenzi) (não grifado no original).

A empresa recorrente tenta também fazer uma comparação da TIP com o empréstimo compulsório, para caracterizá-la como um tributo de lançamento por homologação (autolancamento) — assim, de acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o prazo prescricional da repetição de indébito não se iniciaria na data do pagamento, mas sim com a homologação. Não havendo homologação expressa, considera-se esta como sendo tácita, com a fluência do prazo de cinco anos após o fato gerador correspondente — assim, o direito à repetição somente prescreveria após 10 anos.

Sobre o lançamento por homologação, ensina o ilustre Promotor de Justiça e doutrinador Pedro Roberto Decomain:

“Do lançamento por homologação, que também é conhecido pela expressão ‘autolancamento’, cuida o art. 150 do Código. Já foi dito, nas notas ao art. 142, que o lançamento é atividade administrativa plenamente vinculada, pela qual a autoridade verifica a realização do fato gerador do tributo, sua base de cálculo e seu sujeito passivo, aplica a alíquota cabível e desse modo calcula o tributo devido, propondo também, se for o caso, a aplicação de penalidade administrativa, caso verifique a ocorrência de ilícito tributário. Pois no lançamento por homologação (ressalvada usualmente

a parte relativa a infrações tributárias) quem realiza essa operação intelectual (e também contábil) de verificação da ocorrência do fato gerador, de definição de sua base de cálculo e de aplicação da alíquota cabível, calculando desse modo o tributo devido, é o próprio sujeito passivo da obrigação tributária, mais freqüentemente o próprio contribuinte, que também fica obrigado desde logo ao recolhimento do valor do tributo por ele apurado. Posteriormente, a autoridade administrativa pode conferir as operações e cálculo realizados pelo sujeito passivo, homologando o recolhimento do tributo por ele já realizado, se o entender correto, ou realizando lançamento de ofício, pela diferença, se constatar sua presença. (...) Esse pagamento antecipado, diz o § 1º do art. 150, extingue o crédito tributário, ficando essa extinção, porém, sujeita à condição resolutiva da posterior homologação pela autoridade administrativa” (Anotações ao Código Tributário Nacional. São Paulo, Saraiva, 2000, págs. 547-548).

Resta evidente que a TIP, e muito menos a TSITI –Taxa de Serviço de Iluminação de Testada de Imóveis, eufemismo daquela, não pode ser enquadrada como tributo sujeito a lançamento por homologação. Inaceitável sob todos os aspectos a tese sustentada pela apelante. O valor da taxa não é decorrente de lançamento do próprio contribuinte. É o Poder Público quem o estabelece unilateralmente. Ao contribuinte cabe apenas recolher o valor que, no caso, vinha consignado na fatura de energia elétrica.

Não tem, portanto, procedência o reclamo nesse aspecto. A r. sentença está correta.

2.2 — Do termo inicial dos juros moratórios.

Conforme defluiu da Súmula 188 do Superior Tribunal de Justiça, que resulta da interpretação do art. 167, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, “os juros moratórios, na repetição de indébito, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença”.

2.3 — Da devolução em dobro dos valores cobrados, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor.

“Ao insurgir-se contra tributo incidente sobre o consumo de energia elétrica, a parte reveste-se da qualidade de consumidor; quando postula a restituição do tributo cobrado indevidamente, de contribuinte. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável apenas à primeira relação jurídica (fornecedor/consumidor); na segunda (tributante/contribuinte), não há falar em ‘consumidor’, ‘fornecedor’, ‘produto’ ou ‘prestação de serviço’ e, por isso, não está compreendida nas normas protetivas nele previstas” (Apelação Cível n. 96.008100-3, de São Francisco do Sul, rel. Des. Newton Trisotto).

Nesse aspecto, valho-me novamente dos judiciosos argumentos expendidos na Apelação Cível n. 99.018731-4:

“O Código de Defesa do Consumidor somente é aplicável às relações de consumo que se estabelecem entre consumidor e fornecedor (Lei n. 8.078/90, arts. 2º e 3º, caput); a relação jurídico-tributária perfaz-se entre ‘a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir’ o cumprimento do tributo e ‘a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou

penalidade pecuniária’ (CTN, arts. 119 e 121). A primeira tem por objeto o consumo de um produto ou serviço (Lei n. 8.078/90, art. 3º, § 1º e 2º); a segunda, ‘prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada’ (CTN, art. 3º).

“À relação jurídica tributária, na qual inexistente ‘fornecedor’, ‘consumidor’, ‘produto’ ou ‘serviço’, não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Para reforçar a tese, da jurisprudência colho os seguintes julgados:

‘2. Ao insurgir-se contra tributo incidente sobre o consumo de energia elétrica, a parte reveste-se da qualidade de consumidor; quando postula a restituição do tributo cobrado indevidamente, de contribuinte.

‘O Código de Defesa do Consumidor é aplicável apenas à primeira relação jurídica (fornecedor/consumidor); na segunda (tributante/contribuinte), não há falar em ‘consumidor’, ‘fornecedor’, ‘produto’ ou ‘prestação de serviço’ e, por isso, não está compreendida nas normas protetivas nele previstas’ (Ap. Cív. n. 51.023).

‘A certidão de dívida ativa, até prova em contrário que a desconstitua, goza de presunção de liquidez e certeza, como título apto a embasar a executacional.

‘Havendo previsão legal para aplicação da multa no art. 44 da Lei Estadual n. 7.547/89, não rende lugar ao comando inserto no art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, que se circunscreve às relações de

consumo, não à esfera tributária' (Ap. Cív. n. 51.002, Des. Pedro Manoel Abreu).

'Não tem legitimidade ativa ad causam associação de defesa do consumidor para propor ação declaratória, objetivando declaração de inconstitucionalidade de tributo municipal, cumulada com repetição de indébito, uma vez que 'consumidor' e 'contribuinte' não se equivalem e, se estão, as associações de defesa do consumidor, expressamente autorizadas à promoção da defesa dos direitos deste último, o mesmo não ocorre com relação ao contribuinte, pois, tratando-se de lançamento de tributos pela municipalidade, não se identifica esta com categoria de entidade comercial ou prestadora de serviços. Ademais, consigna o enunciado da Lei n. 7.347/85 que a representatividade tutelada por estas associações envolvem danos causados ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e ao próprio consumidor, sem fazer, contudo, qualquer alusão à categoria de contribuinte. Ora, os interesses difusos não se identificam com os individuais, de modo que a ação civil pública não se presta à reparação de prejuízos causados a particulares, pela conduta comissiva ou omissiva de entidades públicas. Distingue os interesses coletivos ou difusos de situações em que há interesses com a pluralidade de sujeitos, com a autoridade que lhe é peculiar, José Carlos Barbosa Moreira (in Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos em Temas de Direito Processual, 3ª série, Rio, 1984, págs. 193 e seguintes)' (Ap. Cív. n. 96.002624-0, Des. Anselmo Cerello).

'O limite de 2% da multa moratória previsto no Código de Defesa do Consumidor não se aplica às obrigações de natureza tributária' (TAPR, AC n. 104250800, Juiz Lauro L. de Oliveira; AC n. 103653500, Juiz Idevam Lopes).

'No tocante à TSITI, a relação entre as partes tem natureza tributária (CTN, arts. 119 e 121). Destarte, não têm aplicação as regras do Código de Defesa do Consumidor.

'Ademais, parece-me absolutamente irrelevante perquirir se a relação jurídica se submete ou não às normas do Código de Defesa do Consumidor".

E sobre o não cabimento da incidência da pena estabelecida no artigo 1.531 do Código Civil, arremata o eminente julgador:

"Dispõe o art. 1.531 do Código Civil: 'Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação'.

"A toda evidência, a regra tem por objetivo penalizar o credor de má-fé, aquele que 'demandar por dívida já paga' ou que pede 'mais do que for devido'. Não a hipótese do caso concreto, em que o excesso de execução decorre da declaração da nulidade de cláusula do contrato. A jurisprudência corrobora a conclusão:

'Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil' (STF, Súmula 159).

'A aplicação do art. 1.531, CC, só deve ser contemplada com a demonstração inequívoca de ação maliciosa ou reveladora do perfil da deslealdade (Súmula 159, STF)' (REsp n. 94.753, Min. Milton Luiz Pereira).

'A aplicação da penalidade estabelecida no art. 1.531 do Código Civil pressupõe o ajuizamento de demanda com malicioso pedido de pagamento de dívida já paga ou de quantia maior do que a realmente devida' (REsp n. 46.203, Min. Barros Monteiro).

'A aplicação da 'pena privada' do artigo 1.531 do Código Civil pressupõe o ajuizamento de demanda com malicioso pedido de pagamento de dívida já paga ou de quantia maior do que a realmente devida. Não se caracteriza se a afirmação do crédito é feita extrajudicialmente, ou em defesa em demanda pendente' (REsp n. 14.016, Min. Athon Carneiro).

'Indenização. Pena prevista no art. 1.531 do Código Civil. A aplicação da penalidade estabelecida no art. 1.531 do Código Civil pressupõe o ajuizamento de demanda com malicioso pedido de pagamento de dívida já paga ou de quantia maior do que a realmente devida. Recurso especial conhecido e provido' (RSTJ 73/351-2, REsp n. 46.203-7, Min. Barros Monteiro).

'I — Sem a prova inconcussa e irrefragável do dolo, não há como impor-se ao litigante a condenação de que trata o disposto nos artigos 1.531 e 1.532 do Código Civil, quando promove lide dita temerária.

'II — Razoabilidade da proposição da busca e apreensão de veículo vendido sob a modalidade de aliena-

ção fiduciária para garantir-se contra eventual inadimplência da parte em relação à qual foi celebrada a transação.

'III — Negativa de vigência dos artigos 1.531 e 1.532 do Código Civil não caracterizada. Dissídio jurisprudencial não comprovado' (REsp n. 1.964, Min. Waldemar Zveiter)".

2.4 — Sobre a sucumbência recíproca.

Com todo o respeito, afigura-se clarividente a sucumbência recíproca. O Supermercado Vitória pleiteou na exordial a condenação do município de Itajaí na restituição em dobro de todos os valores indevidamente recolhidos a título de Taxa de Iluminação Pública, acrescidos de juros moratórios e correção monetária, contados do dia do pagamento.

Ora, a sentença acolheu apenas parte do pedido: rechaçou a restituição em dobro; fixou os juros moratórios a partir do trânsito em julgado da decisão e excluiu as parcelas alcançadas pela prescrição.

Anota Nelson Nery Júnior:

"Há sucumbência recíproca quando uma das partes não obteve tudo o que o processo lhe poderia proporcionar" (Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997).

Yussef Said Cahali, trazendo à colação jurisprudência do Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, registra:

"Se há vários pedidos cumulados num único processo, perfeitamente separáveis, acolhido um deles e rejeitado o outro, caracteriza-se a mútua sucumbência, influenciando na distribuição dos respectivos ônus; sendo equiva-

lente a decadência do autor e réu, exclui-se a imposição dos honorários de advogado” (Honorários Advocatícios. 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 505).

Assim, os honorários advocatícios devem ser distribuídos proporcionalmente entre as partes, ou seja, o Município arcará com honorários em 10% sobre o valor da condenação, devidamente corrigidos. O Supermercado Vitória, por sua vez, responderá com o pagamento da verba honorária correspondente também a 10%, porém incidentes tão-somente sobre a parte que sucumbiu no pleito principal — as prestações alcançadas pela prescrição.

É que a empresa autora, como visto, requereu fosse o Município condenado a pagar em dobro a quantia indevidamente cobrada, fundamentando seu pedido no art. 1.531 do Código Civil. Inaccolhido o pleito nessa parte, o MM. Juiz lhe impôs a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios sobre o valor a ele correspondente.

Atento ao fato de que a regra insculpida no aludido dispositivo constitui, na verdade, um pedido acessório, ou, mais precisamente, uma sanção àquele que reclama dívida já paga, ou importância maior do que lhe é devida, mostra-se razoável a conclusão de que a sua rejeição não deve ser considerada para efeito de incidência de honorários advocatícios.

2.5 — Da compensação das verbas honorárias.

Segundo o disposto no art. 23 da Lei n. 8.906/94 — Estatuto do Advogado — “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou

sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”.

Neste Tribunal, a exemplo de alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e de precedente no Superior Tribunal de Justiça (cfe. Recurso Especial n. 205.044, com voto dos Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito), chegou-se a decidir que, diante da nova disciplina do Estatuto dos Advogados, a compensação dos honorários não é mais possível (Apelação Cível n. 96.010591-3, de São Carlos — rel. Des. Eládio Torret Rocha, e Apelação Cível n. 98.006946-7, de Jaraguá do Sul — rel. Des. Silveira Lenzi).

Em que pesem os entendimentos em contrário, prefiro acompanhar a posição do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“A Lei n. 8.906 (Estatuto do Advogado) inovou quanto à legitimação do destinatário dos honorários. Em relação ao instituto da sucumbência e à distribuição dos ônus, no entanto, as normas de regência permanecem no Código de Processo Civil e nas leis de assistência judiciária”.

Na verdade, existe apenas uma antinomia aparente entre o disposto no artigo 23 da Lei n. 8.906/94 e o artigo 21 do Código de Processo Civil, pois os honorários não deixam de ser um reflexo da sucumbência, e a compensação se dá em função dela. O que resultar a título de honorários, indiscutivelmente, por força do novo Estatuto, pertencerá ao advogado.

Tanto é assim que, vencida totalmente uma das partes, nada de honorários será atribuído ao seu advogado.

Diversos outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça fazem coro com esse entendimento:

“Processo civil. Honorários de advogado. Sucumbência recíproca.

“Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, os honorários de advogado devem ser compensados. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes” (EDREsp n. 95.300/SP — rel. Min. Ari Pargendler. DJ 1º/9/97).

“Processo civil. Sucumbência parcial. Honorários de advogado. Artigo 21, caput, do Código de Processo Civil.

“Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca mas também proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários advocatícios” (REsp n. 161.502/SP — rel. Min. Hélio Mosimann. DJ 7/2/2000).

“Processo civil. Honorários de advogado. Sucumbência recíproca.

‘Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas’ (CPC, art. 21, parágrafo único), procedendo-se à compensação dos respectivos valores até onde couber. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 170.706/SP — rel. Adhemar Maciel. DJ 7/2/2000).

“Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca.

“Decaindo a autora de parte substancial do seu pedido, incide a regra do artigo 21 do CPC, impondo-se

a repartição proporcional de despesas e compensação da verba honorária. Recurso conhecido e provido em parte” (REsp n. 94.225/SP — rel. Min. Ruy Rosado Aguiar. DJ 9/9/96).

Sem razão, portanto, a empresa recorrente também nesse tópico do reclamo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso do município de Itajaí; dou provimento parcial ao reexame necessário para isentar o Ente Público do pagamento das custas processuais; e, finalmente, dou provimento parcial ao recurso interposto por Supermercados Vitória Ltda. para afastar a incidência dos honorários sobre o valor correspondente ao não atendimento da parte do pedido referente à devolução em dobro dos valores pagos a título de TSITI — Taxa de Serviço de Iluminação de Testada de Imóveis. No mais, permanece hígida a r. sentença atacada.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, por votação unânime, negaram provimento ao recurso do município de Itajaí; deram provimento parcial ao reexame necessário; e deram provimento parcial ao recurso de Supermercados Vitória Ltda.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 9 de novembro de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente;
Luiz César Medeiros,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.014568-8, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Administrativo — Responsabilidade civil objetiva — Morte de menor em creche mantida pelo Município — Teoria do risco administrativo — Arquivamento de inquérito policial — Irrelevância — Independência da responsabilidade civil e penal — Custas processuais — Isenção do Município — Recurso voluntário desprovido — Remessa necessária provida, em parte.

A obrigação de indenizar, por força da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco administrativo, resulta da simples prova do dano e do nexo causal entre ele e a falta do serviço.

O arquivamento do inquérito policial em decorrência da ausência de indícios no sentido de que as funcionárias da creche municipal tenham agido, ao menos, culposamente, não impede seja investigada a responsabilidade civil pelo evento danoso.

Danos morais — Valor — Limite.

A indenização por danos morais pode ser fixada em salários mínimos, porém, convertidos em reais na data da sentença, incidindo sobre o resultado a correção monetária e os juros legais.

De acordo com a Lei Complementar n. 156/97, a Fazenda do Estado e dos Municípios, direta ou por administração autárquica, quando vencidos nos processos em geral, estão isentos do pagamento das custas e emolumentos (art. 35, alínea i, com as alterações da LC n. 161/97).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.014568-8, da comarca de Itajaí, em que é apelante o município de Itajaí, e apelados Givaldo Santana Silva e Gildete dos Santos Matos:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso voluntário e prover parcialmente a remessa necessária.

I — Relatório

Trata-se de apelação interposta pelo município de Itajaí, pretendendo a reforma da respeitável sentença de fls. 80/92, proferida nos autos n. 033.98.013156-4, da ação reparatoria de dano decorrente de ato ilícito, ajuizada por Givaldo Santana Silva e Gildete dos Santos Matos perante o Juízo da Vara dos Feitos da Fazenda Pública da comarca de Itajaí.

Alegam os autores que por ato de negligência dos funcionários da Creche Municipal do Bambuzal, em Itajaí, o seu filho Thierry dos Santos Matos Silva de 4 meses veio a falecer no dia 2/9/96, vítima de asfixia por aspiração de leite. Requerem indenização por “luto da família” (art. 1.537, II, CC), dano eventual englobando lucros cessantes e danos morais.

O Município apresentou defesa (fls. 37/47), alegando, preliminarmente, a carência de ação pela falta de intimação do Ministério Público, e, no mérito, a inexistência de culpa dos funcionários da creche e a ocorrência de caso fortuito, ambos amparando a ausência de responsabilidade civil para o ressarcimento do dano causado por ato ilícito.

O processo foi saneado à fl. 57, afastando o MM. Juiz a preliminar suscitada pelo requerido na contestação.

Na audiência de instrução e julgamento, o representante do Ministério Público manifestou-se pela procedência da exordial.

O douto Magistrado a quo, na mesma ocasião, pela sentença de fls. 80/92, julgou parcialmente o pedido, “exclusivamente para condenar o requerido a indenizar os autores por da-

nos morais em valor equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos. Arcará o requerido com honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor da condenação devidamente corrigido. Arcarão também os autores com honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 136,00, em relação à parte que resultaram sucumbentes (art. 20, § 4º, do CPC). As custas processuais ficam estabelecidas em 50% para cada parte”.

O vencido interpôs recurso de apelação aduzindo, em síntese, os mesmos argumentos da peça contestatória (fls. 98/104).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 118/122), o representante do Ministério Público de primeiro grau manifestou-se no sentido de ser improvido o recurso, mantendo-se hígida a sentença prolatada (fls. 204/208).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra do Dr. Sérgio Antônio Rizelo, opinou pelo provimento parcial do apelo, apenas para isentar o apelante do pagamento das custas e despesas processuais (fls. 134/142).

A sentença também se reexamina por força do disposto no art. 475, II, do CPC.

II — Voto

Trata-se de ação de indenização decorrente de ato ilícito aforada por Givaldo Santana Silva e Gildete dos Santos Matos contra o município de Itajaí, em que os autores alegam, em resumo, que, no dia 2/9/96, faleceu seu filho, Thierry dos Santos Matos Silva, vítima de asfixia, provocada por leite, em uma Creche Municipal deno-

minada Núcleo de Desenvolvimento Infantil Bambuzal, na cidade de Itajaí, em decorrência de negligência das funcionárias do referido estabelecimento que, ao alimentar o infante, não aguardaram que fizesse a digestão.

Do laudo pericial de exame cadavérico extrai-se “pelo histórico apresentado, visamos a abertura da traquéia, inicialmente, constatando-se conteúdo espumoso sobre a mucosa hiperemiada (congesta), com presença de mínimos grumos esbranquiçados caracterizados como corpo estranho (leite). A observação dos pulmões mostra edema e congestão” (fl. 17).

A insurgência do Município não encontra guarida na prova coligida.

O argumento central do recurso aforado reside em dois pontos: ausência dos requisitos caracterizadores do direito ao ressarcimento, vez que não restou comprovado nos autos a culpa do município/apelante e a ausência de prejuízo aos apelados/autores causados pelo ente público.

Restou claramente demonstrado nos autos que o fator decisivo para o triste desenlace foi a conduta negligente das funcionárias da creche municipal. Em outras palavras: é razoável a conclusão de que se as servidoras não tivessem agido daquela forma o acidente não teria ocorrido.

É o que basta para firmar a responsabilidade do Município diante do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição da República.

De outro lado, as alegativas do Município se sustentam no depoimento inconsistente de uma das suas funcionárias que, de todas as formas, procura isentar o Município da responsabilidade do evento danoso.

Sendo assim, observa-se que os autores demonstraram suficientemente, nos presentes autos, o nexo causal entre a negligência do Poder Público Municipal e o evento danoso e, por outro lado, diante da ausência de comprovação por parte do Município da existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, impõe-se-lhe o dever de indenizar os autores, diante do que dispõe o já citado art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pois trata-se de responsabilidade objetiva da Administração.

A responsabilidade objetiva advinda da teoria do risco administrativo não obriga o Poder Público a indenizar todo e qualquer caso, mas, sim, dispensa a vítima da prova de culpa do agente da Administração, cabendo a esta a demonstração da culpa, total ou parcial, do lesado no evento danoso, para que aí, sim, fique total ou parcialmente livre da indenização.

Sobre o assunto, importante o escólio do festejado doutrinador Rui Stoco:

“Não se pode deslembrar que a responsabilidade do Estado se assenta no risco administrativo e independe de prova da culpa, bastando que se demonstre o nexo causal entre o acidente e o dano.

“Aliás, sequer se exige a prova de culpa do servidor causador do dano.

“Em casos que tais o ônus da prova é invertido: ao Estado é que compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior.

“Fora daí, por força da teoria do risco administrativo, ao Estado cabe

responder pelos danos decorrentes de acidentes de veículos de sua propriedade. Sua responsabilidade é objetiva" (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais).

O mestre Hely Lopes Meirelles, abordando a mesma teoria, pondera:

"Por esta teoria o Município, suas autarquias, entidades paraestatais e demais delegados de sua Administração respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros. Essa responsabilidade independe da culpa do Município ou de seus agentes ou prepostos. Para obter a indenização basta que a vítima demonstre o nexo causal entre o ato e a injusta lesão ao seu patrimônio" (Direito Municipal Brasileiro, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, pág. 128).

De outro norte, Maria Helena Diniz, tecendo comentários acerca da aplicação do artigo 159 do Código Civil, assim preleciona:

"O ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando o direito subjetivo individual. Causa dano a outrem, criando o dever de repará-lo. Logo, produz efeito jurídico, só que este não é desejado pelo agente, mas imposto pela lei. Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano moral e material decorrentes do mesmo fato; e c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente" (Código Civil

Anotado, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 169).

E, nesse âmbito, oportuna a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

"Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível. (...).

"Há casos em que se prescinde totalmente da prova da culpa. São as hipóteses de responsabilidade independente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

"Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiro. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa" (Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 18).

Nesse mesmo sentido, José da Silva Pacheco, em parecer publicado na RT 635/103, apresentou algumas considerações sobre o tema:

"Houve, pelo art. 37, § 6º, da CF de 1988, alteração no concernente à responsabilidade civil, inspirada no princípio basilar do novo Direito Constitucional de sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, aos ditames da ordem jurídica, de modo que a lesão aos bens jurídicos de terceiros traz como consequência para o causador do dano a obrigação de repará-la".

Por derradeiro, entendo oportuno que se escreva, acerca do risco administrativo, lição do abalizado Tupi-

nambá Miguel Castro do Nascimento Responsabilidade Civil do Estado, São Paulo, Aide Editora, 1993, pág. 19):

“No risco administrativo, há duas nuances fundamentais. Sua própria compreensão e a deslocalização do ônus probatório. Nele, basta o A. provar o dano sofrido e seu nexos causal com a atividade estatal prestada. O respeito à esfera jurídica alheia, patrimonial ou moral é que gera a obrigação de indenizar. A responsabilidade nasce de uma presunção: houve falta anônima da administração pública, o que, na doutrina francesa, se chama *faute de service*. O A. da ação não necessita comprovar qualquer culpa ou dolo, visto ser a responsabilidade objetiva, nem comprovar que existiu a falta anônima. Tanto a culpa quanto a falta do serviço são presumidas. A nosso sentir, trata-se, quanto à primeira, de presunção absoluta, não se admitindo prova em contrário; quanto à segunda, só se admitem específicas excludentes.

“No entanto, a carga probatória, para se eximir da responsabilidade, passa a ser do Estado, e assim mesmo limitadamente. Não basta comprovar a inocorrência de culpa de seu agente, ou do próprio Estado, ou se pretender provar que não houve, concretamente, falta anônima da administração. Prova neste sentido é irrelevante e desimporta ao julgamento da causa ou à definição do ressarcimento. O que passa a ser ônus do Estado e, em compreensão, útil à isenção da responsabilidade é provar uma das excludentes admitidas: culpa exclusiva da vítima, ou de terceiro que não agente público em atividade, e caso fortuito ou força maior (...)” (Res-

ponsabilidade Civil do Estado, São Paulo, Aide, 1993, pág. 19).

Ante o quadro fático delineado nos autos, não há isentar o insurgente da responsabilidade pelo acontecimento lesivo. Era ele, o município de Itajaí, quem tinha e tem a incumbência de conservar a integridade física e a saúde das crianças que freqüentam a creche que mantém, o que importa, por consequência, em sua responsabilidade.

Repita-se: comprovado o nexos causal entre a ação da funcionária da Creche Municipal e o dano efetivo, e não se demonstrando a culpabilidade do prejudicado, exsurge, de forma automática, a obrigação da reparação civil por parte da Administração.

É da ensinança, novamente do saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles que, “para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexos causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o quantum da indenização” (Direito Administrativo Brasileiro, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, pág. 611).

No mesmo diapasão os excertos jurisprudenciais deste Sodalício:

“Responsabilidade civil — Morte de menor — Culpa por imprudência e negligência caracterizada — Indenização devida.

“(..).

“Responsabilidade civil objetiva — Município — Ato culposo de preposto — Art. 37, § 6º, da CF/88.

“O Município responde objetivamente perante o terceiro prejudicado por dano que seu agente, nesta qualidade, venha a causar-lhe, ressalvado o direito de regresso, por ter o preposto agido com culpa manifesta” (Ap. Cív. n. 52.028, de Tubarão, rel. Des. Eder Graf).

“Ação de indenização por danos morais e materiais. Cerceamento de defesa. Prova pericial. Indeferimento. Ausência de recurso. Preclusão. Art. 183 do CPC.

“Abstendo-se a parte de impugnar, oportunamente, decisão que indefere requerimento de prova pericial, cuja relevância não foi satisfatoriamente demonstrada, sujeita-se aos efeitos da preclusão, não lhe sendo possível argüir cerceamento de defesa em grau de apelação.

“Ação de indenização. Morte de menor com seis anos de idade. Queda de trave de futebol em creche mantida pelo município de Videira. Teoria do risco administrativo. Aplicação. Pensão mensal e dano moral. Cumulação. Admissibilidade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. Arquivamento de inquérito policial a requerimento do Ministério Público. Irrelevância. Art. 1.520 do CC. Honorários advocatícios. Verba elevada. Redução. Recurso e remessa parcialmente providos” (Ap. Cív. n. 51.324, de Videira, rel. Des. Paulo Gallotti).

Descabida a tentativa do apelante em querer excluir-se da responsabilidade, sob o argumento de que não restou demonstrada a ocorrência de culpa das suas funcionárias. O fato é que, em sede de responsabilidade objetiva não há perquirir acerca de culpa e tão-somente se da ação decorreu o evento danoso, ou seja, a ocorrência do nexo de causalidade entre a ação e o resultado.

Nesse sentido a RT 606/133, entre outros julgados, como a seguir se transcreve:

“Administrativo — Responsabilidade civil do Estado — Buraco na via pública — Acidente — Teoria do risco administrativo — Recurso desprovido — Precedentes jurisprudenciais:

“(..).

“Para a indenização no risco administrativo, basta prova do dano e do nexo causal entre ele e a falta do serviço” (Ap. Cív. n. 49.184, de Blumenau, rel. Des. Amaral e Silva).

Ainda:

“Acidente de trânsito. Responsabilidade civil do Município. Dano material e pessoal. Choque de motocicleta com monte de pedras britadas colocadas em rodovia. Ausência de iluminação e, tampouco, de placas de sinalização de advertência no local. Responsabilidade objetiva. Risco administrativo. Culpa da vítima, por excesso de velocidade, falta de capacete de segurança e embriaguez, indemonstrada. Remessa e recurso desprovidos.

“(..)

“A responsabilidade, nesses casos, deve-se à teoria do risco administrativo, segundo a qual o ente público responderá pelo ilícito que tenha

causado independentemente de ter agido com culpa, só se eximindo, total ou parcialmente deste encargo, quando comprovar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior” (Ap. Cív. n. 96.012646-5, de Concórdia, rel. Des. Gaspar Rubik) (sem grifo no original).

“Responsabilidade civil — Município — Defeito na pista — Acidente de trânsito causado por falta de manutenção e ausência de sinalização — Reparação dos danos — Teoria do risco administrativo.

“Acidente de trânsito — Responsabilidade objetiva das pessoas de direito público interno: na CF/1988, continua o princípio da responsabilidade objetiva do poder público, por atos de seus funcionários — Art. 37, § 6º. Responsabilidade pelas vias públicas: é de quem tem a jurisdição sobre estradas, cabendo-lhe manter tais vias desobstruídas e sinalizadas — Especialmente em caso de obstrução por obras — Art. 30 e § 1º, Código Nacional de Trânsito” (Ap. Cív. n. 97.008773-0, de Joinville, rel. Des. Anselmo Cerello).

Correta também a r. sentença no que pertine ao valor correspondente à indenização pelos danos morais.

É sabido que o dano moral, que é a dor resultante da perda de irrecuperável bem jurídico, não se confunde com o dano patrimonial. Este se liga diretamente à idéia de que ocorreu uma conduta que provocou uma diminuição no patrimônio da vítima, tendo o sentido de restaurar, de restabelecer, o equilíbrio atingido. Aquele, por não poder ser resolvido por meio de uma equivalência, já que impossível

indenizar os sofrimentos que são insuscetíveis de avaliação, merece receber uma satisfação a ser paga pelo causador de uma só vez.

A respeito, colhe-se do corpo do acórdão publicado na Jurisprudência Catarinense n. 77, págs. 288/289:

“(…) Preleciona, ainda, Yussef Said Cahali:

‘Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física — dor-sensação, como a denomina Carpenter — nascida de uma lesão material; seja a dor moral — dor-sentimento, de causa material’ (Dano e Indenização, RT, 1980, pág. 7).

“Destarte, a perda de marido e pai acarreta profunda dor e tristeza aos membros da família, verdadeiro sentimento de perda inabalável, eis que ficam eles privados de seu convívio para sempre.

“Novamente Yussef Said Cahali, citando Brebbia, discorre:

‘El caso más grave — y también el más comum — de lesión a las afecciones legítimas, lo constituye el que resulta de la muerte de un miembro de la familia’ (ob. cit., pág. 43).

“Assevera, a seguir:

‘Não se cuida, assim, de resarcir os danos materiais apenas, como despesas com o tratamento da vítima e seu funeral; mas sim propiciar aos seus familiares ainda uma compensação pecuniária reparatória do dano moral, que lhes possibilite, para satisfação pessoal e conforto espiritual, tributar à memória do falecido o preito de saudade e reverência póstuma’ (ob. cit., pág. 42)”.’

Neste caminho trilha outro posicionamento deste Tribunal:

“Na reparação do dano moral, que tem feição preventiva e punitiva, não se busca atribuir preço à honra, ao afeto, à imagem, à vida, mas oferecer uma compensação, um lenitivo à vítima ou a seus familiares, pela dor injustamente infligida. Visa-se mitigar o sofrimento, minimizar os efeitos da lesão e não eliminar o dano, porque uma vez perpetrado não é possível a sua reversão.

“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, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Demonstrado que a sentença agiu com acerto ao formular condenação por dano moral aos autores pela morte de seu filho, resta analisar o quantum, estipulado em duzentos salários mínimos.

Sabe-se que inexistem parâmetros legais para o arbitramento do valor da reparação do dano moral, lecionando Yussef Said Cahali que “um dos obstáculos levantados pela teoria negativista da reparabilidade do dano moral diria respeito exatamente às dificuldades de sua identificação e à sua valoração econômica como forma de satisfação do ofendido, o que levaria os tribunais a desfrutar de um incommensurável arbítrio na sua estimação” (Dano Moral, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, pág. 170).

Mais adiante, o mesmo autor afirma que “não há como eliminar certo ‘subjativismo’ na estimação pecuniária do dano moral, fenômeno que

igualmente ocorre na estimação do dano patrimonial, em que, segundo a experiência, os valores fixados nem sempre correspondem ao exato valor do dano econômico sofrido” (op. cit., pág. 172).

Portanto, consideradas as circunstâncias peculiares do caso tem-se que a fixação em 200 (duzentos) salários mínimos cumpre o sentido compensatório inerente à reparação de danos de tal natureza.

É óbvio que a quantia relativa ao dano moral não pode ser tão grande que se converta em fonte de enriquecimento pela perda de um ente querido. Porém, não deve ser pequena a se tornar insignificante, frisando-se, mais uma vez, a necessidade de se levar em conta a forma brusca e trágica com que o filho dos apelados foi retirado do convívio familiar.

Nesse sentido:

“É cabível a indenização do dano moral ocorrido pela morte de pais e irmãos, devendo o julgador, ao fixar, e à falta de critérios objetivos, agir com prudência atendendo, em cada caso, às suas peculiaridades e à repercussão econômica da indenização, de modo que o valor da mesma não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo” (Repertório IOB Jurisp., 3/7.679).

No entanto, nesse aspecto, a sentença merece um pequeno reparo. Não obstante a possibilidade de a reparação por danos morais ser fixada em salários mínimos, o importe deve ser convertido em reais na data da sentença, incidindo sobre o resultado a correção monetária e os juros legais.

Não se pode olvidar, também, que o Município não pode arcar com as despesas processuais, eis que a Lei Complementar n. 156/97, alterada pela Lei Complementar n. 161/97, estatui a isenção dessas despesas, quando for sucumbente o ente público. Com efeito dispõe o art. 35, alínea i, da referida Lei Complementar:

“Art. 35. São isentos de custas e emolumentos:

“(…)

“i — O processo em geral, no qual tenha sido vencida a Fazenda do Estado e dos Municípios, direta ou por administração autárquica, quanto a ato praticado por servidor remunerado pelos cofres públicos”.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso voluntário interposto pelo município de Itajaí e dou provimento parcial à remessa necessária para fazer constar da sentença que o valor da indenização dos danos morais

deverá ser convertido em reais, incidindo sobre o resultado a correção monetária e os juros legais, bem assim, para isentar o Município do pagamento das custas processuais.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, por votação unânime, negaram provimento ao recurso e deram provimento parcial à remessa.

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

Florianópolis, 19 de outubro de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Luiz César Medeiros,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 35.437 (88.091016-7), DE GUARAMIRIM

Relator: Des. Vanderlei Romer

Processual civil. Liquidação de sentença. Pretendida compensação. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 610 do CPC.

“Liquidação. Compensação. Indeferimento. É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença que a julgou (art. 610 do CPC), somente se admite, na execução, arguição de compensação, se o título a ser compensado foi posterior à sentença, não se cuidando de pagamento feito à parte, inadmissível a compensação. Sentença homologatória do cálculo mantida” (Ap. Cív. n. 1612186/DF, rel. Mário Machado, DJU 13/5/98).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 35.437

(88.091016-7), da comarca de Guaramirim, em que é apelante Hélio

Emmendoerfer, sendo apelado Nelson Theilacker:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Nelson Theilacker ingressou em Juízo com ação ordinária de indenização, perdas e danos, cumulada com reintegração definitiva de posse contra Hélio Emmendoerfer que, segundo a inicial, teria adquirido 300 (trezentas) cabeças de gado de terceiro não identificado.

Ocorre que o réu não logrou êxito em obter o financiamento bancário destinado a pagar as reses, quando, então, procurou o autor para que as adquirisse, pelo preço unitário de Cr\$ 450,00, sendo o preço pago à vista.

Consta que, por ocasião da venda, 242 (duzentas e quarenta e duas) cabeças de gado foram marcadas na face direita, permanecendo na fazenda do réu, deixando de ser marcadas as restantes.

Dito gado deveria ali permanecer até 5 de março de 1986.

Todavia, quando o requerente e seus prepostos dirigiram-se à propriedade do vendedor para retirar parte do lote, foram recebidos pelo requerido e seus "capangas" que se negaram a fazer a entrega.

Posteriormente, o requerente ficou sabendo que a parte ex adversa se apropriou de 124 cabeças de gado de sua propriedade, sendo que por ocasião do cumprimento de mandado

de apreensão e remoção, postulado e obtido em cautelar, este último apresentou apenas 169 cabeças, dizendo que desconhecia o paradeiro das demais.

Posto isso, pugnou pela reintegração definitiva na posse das 214 cabeças de gado apreendidas, ou seja, 169 na fazenda do acionado e 45 na fazenda do Sr. Lauro Pamplona.

Oferecida a contestação e instruído o feito, o Dr. Juiz de Direito sentenciou para julgar procedentes a ação cautelar e principal ajuizadas, consignando que deve "ser efetuado em liquidação de sentença a apuração do prejuízo auferido pelo autor no que diz respeito à quantidade de gado não recuperado, sem prejuízo, no entanto, haja vista o reconhecimento de que o fato controvertido ora admitido como verdadeiro, a compensação relativa que teria devido a ambas as partes se até final o negócio mantido. Isto deve ser apurado em liquidação de sentença por artigos".

Não obstante o recurso do vencido, a decisão a quo foi mantida na íntegra.

Os autos retornaram à origem.

Intimadas as partes, o postulante pugnou pela remessa do processo à Contadoria, para apuração das custas processuais e demais despesas por ele efetuadas.

Após a elaboração do cálculo, o requerente deflagrou a liquidação por artigos.

Em resposta, Hélio Emmendoerfer expôs que os cálculos apresentados foram realizados de forma unilateral, haja vista a adoção de média do

peso diversa da usada nos cálculos dedutivos.

Salientou, de outra parte, que os lucros do negócio são divididos meio a meio e considerando-se que o autor se encontra na posse de 214 cabeças de gado, das 338 consignadas nos autos, tem direito de haver — um correspondente ao período em que o gado esteve em suas pastagens e dobraram de peso na ocasião, equivalente a 169 cabeças de gado e não de 50 cabeças como atribuiu o autor aleatoriamente.

Quer, então, a dedução da importância de Cr\$ 6.473.183,00 referente ao gado apreendido (214 cabeças), bem como a exclusão da importância de Cr\$ 2.060.055,00 referente aos honorários.

Diz, enfim, que lhe sobra um crédito de Cr\$ 3.421.238,00.

Seguiu-se a instrução, com a produção de prova testemunhal, culminando o processo com a sentença de fl. 301 que reconheceu ser o réu devedor de 14.572 quilos.

Nova apelação de Hélio Emmendoerfer, dizendo que olvidou o Magistrado de que “na parceria as regras relativas à sociedade, só podem ser provadas por escrito pelos parceiros para, sem amparo de qualquer prova neste sentido, estabelecer o critério de divisão dos lucros inseridos na r. sentença”.

Em sendo assim, inexistindo prova escrita do contrato, afirmou que o decisum se baseou em presunções sobre a parceria, sendo que os depoimentos prestados em nada esclarecem ou se relacionam diretamente com as regras, condições ou detalhes do referido instrumento.

Houve resposta

É o relatório.

II — Voto

O recurso reúne os pressupostos de admissibilidade, devendo, pois, ser conhecido.

Todavia, não pode prosperar, por tríplice motivação.

A uma, a sentença executada não dispôs sobre a compensação mencionada, sendo defeso, em fase de liquidação, discutir de novo sobre a obrigação principal.

Trata-se de princípio inculcado no art. 610 do Estatuto Processual Civil:

“É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença que a julgou”.

Bem assim, “a sentença deve ser executada segundo o que nela se contém, de modo expresso e implícito, fielmente, adotando-se o adjetivo preciso. Ao diverso proceder, à evidência o desacato à autoridade da coisa julgada” (STJ, Ag. n. 34.410, rel. Min. Fontes de Alencar, j. 30/3/1993, DJU 6/4/1993, pag. 5.953).

Mais especificamente, já decidiu o colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

“Liquidação. Compensação. Indeferimento. É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença que a julgou (art. 610 do CPC). Somente se admite, na execução, arguição de compensação foi posterior à sentença, não se cuidando de pagamento feito à parte, inadmissível a compensação. Sentença homologatória do cálculo mantida” (Ap. Cív.

n. 1612186/DF, rel. Des. Mário Machado, DJU 13/5/98, pág. 43).

A duas, a perícia não apurou valores como os pretendidos, a título de compensação.

E, por derradeiro, se tais despesas existiram, e, efetivamente, podem ter ocorrido, não podem ser debitadas ao apelado, parte vencedora, sendo que só por reconvenção caberia pedi-las.

Nesses termos, é de ser negado provimento ao recurso, mantendo-se incólume a sentença a quo.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, desprover o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 13 de outubro de 1999.

*Vanderlei Romer,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.001073-4, DE BLUMENAU

Relator: Des. Vanderlei Romer

Embargos à execução. Duplicatas endossadas para o apelado. Ajuizamento concomitante de ação de declaração de inexistência de dívida por parte do apelante. Procedência desta. Alegação de que a sentença proferida na ação de conhecimento não pode prejudicar terceiros, in casu, a recorrida. Inteligência do artigo 472 do Código de Processo Civil. Possibilidade de cobrança. Duplicatas aceitas. Requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade previstos no artigo 586 do Codex Instrumental satisfeitos. Validade da executio-nal. Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.001073-4, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante Odevi Confecções de Moda Ltda., sendo apelada Sulfabril Factoring Ltda.:

ACORDAM, em Câmara Especial — Processos Cíveis, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Tratam os presentes autos de embargos à execução rejeitados in totum no Juízo a quo.

A vencida, Odevi Confecções de Moda Ltda., interpôs recurso de apelação, clamando pela reforma do decisório, ao argumento de que o Julgador simplesmente ignorou sentença proferida em processo anterior, a qual fez coisa julgada entre as partes.

No referido feito — ação declaratória de inexistência de débito cumulada com anulação de duplicata — determinou-se a sustação das cópias de crédito, com sua conseqüente anulação.

Apontou, de outra parte, a ocorrência do cerceamento de defesa, dizendo, para tanto, que a instrução processual era indispensável para o correto deslinde da quaestio juris.

Apresentadas as contra-razões, alçaram os autos, determinando-se a baixa do processo à origem para o pensamento da ação de execução.

É o relatório.

II — Voto

A primeira assertiva a ser examinada é a referente ao cerceamento de defesa, posto que, se acolhida, impõe-se a anulação do processo desde o momento em que esta ficou caracterizada.

Segundo o apelo formulado pela embargante, ora apelante, o MM. Juiz de Direito julgou antecipadamente a lide sem atentar para a prova requerida a fim de comprovar a irregular emissão das cópias, especialmente o depoimento pessoal do representante da empresa que emitiu os títulos de crédito.

Em que pese o inconformismo da recorrente, agiu acertadamente o douto Magistrado, posto que a matéria em análise não necessita de maiores esclarecimentos, haja vista ser eminentemente documental.

Basta observar que a questão referente à emissão correta ou não das duplicatas executadas já foi verificada quando do ajuizamento da ação

declaratória de inexistência de dívida, cuja sentença prolatada possui cópia juntada nos presentes autos, tendo, inclusive, transitado em julgado.

Dessa forma, é certo que é desnecessária a produção de outras provas para comprovação da validade ou não dos títulos executivos extrajudiciais.

Nesse sentido, anota-se julgado deste egrégio Tribunal de Justiça:

“Embargos do devedor. Julgamento antecipado da lide. Prova pericial. Desnecessidade. Sentença. Nulidade por falta de fundamentação. Inocorrência. Recurso desprovido.

“1 — Versando os embargos sobre matéria de direito, descabendo dilação probatória, evidente que o julgamento antecipado da lide não constitui cerceamento de defesa”.

E do corpo do acórdão:

“O apelo restringe-se, basicamente, à arguição de cerceamento de defesa e nulidade do decisório compositivo da lide por carência de fundamentação.

“Razão se lhe não assiste, entretentes.

“No que tange à primeira hipótese, o caso dos autos era mesmo de julgamento antecipado da lide, nos termos do parágrafo único do artigo 740 do CPC, razão pela qual não há de se falar em cerceamento de defesa”.

Neste sentido tem-se posicionado o Tribunal:

“Em tema de embargos do devedor, afasta-se preliminar de cerceamento de prova, quando a matéria é exclusivamente de direito e o processo encontra-se suficientemente ins-

truído. Ademais disto, a regra do art. 740, parágrafo único, do Estatuto Processual é cogente, não se admitindo a produção de provas inúteis ou meramente protelatórias” (Apelação Cível n. 96.012224-9, de Joinville, rel. des. Nelson Schaefer Martins).

Igualmente:

“Não constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado dos embargos, se a matéria é de direito e de fato e, após a fase postulatória, o material de prova for suficiente para formar a convicção do Magistrado” (Apelação Cível n. 88.083453-7 (49.254), de Turvo, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Portanto, afasta-se a assertiva de cerceamento de defesa, em virtude de as provas carreadas aos autos serem suficientes para o deslinde da questão.

No que tange ao mérito, destaca-se que o cerne do recurso baseia-se no fato de que o nobre Magistrado ignorou a decisão proferida em ação declaratória de inexistência de débito, c/c anulação de duplicata, sob o argumento de que faz coisa julgada somente entre as partes litigantes daquele processo, não produzindo efeitos em relação à embargada, aqui apelada.

Cumprе salientar, primeiramente, que a presente executiva refere-se a duas duplicatas de ns. 930A e 930B, no valor de R\$ 9.215,00 (nove mil, duzentos e quinze reais) cada, com vencimentos em 3/4/95 e 13/4/95, respectivamente, possuindo, em ambas, o aceite da embargante (ora recorrente).

Ressalta-se, igualmente, que no momento em que a apelante tomou

ciência de que tais cópias seriam levadas a protesto, ajuizou ação declaratória de inexistência de dívida, c/c sustação de protesto contra To You Bordados Ltda., então emitente das duplicatas.

Julgada a referida actio, o MM. Juiz de Direito entendeu por bem em declarar inexistente a dívida da recorrente para com a citada empresa, referentemente a algumas duplicatas, estando incluídas entre elas a de n. 930/95, no valor de R\$ 9.215,00, cujo vencimento deu-se em 3/4/95.

Transitada em julgado esta decisão, a recorrente a utilizou para tentar obstar a execução efetuada, afirmando que, mesmo que a sentença tenha produzido efeitos somente entre as partes, não pode ser relegada ao esquecimento no julgamento desta executiva.

De fato, a existência de uma sentença judicial não deve ser simplesmente ignorada, ainda mais quando a matéria decidida naqueles autos está intrinsecamente ligada com este processo.

Vale gizar, contudo, que o artigo 472 realmente dispõe que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando terceiros (...)”.

Extrai-se, então, que “(...) Não quer dizer isto que os estranhos possam ignorar a coisa julgada. ‘Como todo ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos’. Não é certo, portanto, dizer que a sentença só prevalece ou somente vale entre as partes. O que ocorre é que, apenas a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença não podem preju-

dicar, nem beneficiar, estranhos ao processo em que foi proferida a decisão transitada em julgado (...)" (Humberto Theodoro Júnior, in Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 9ª ed., Forense, 1992, pág. 534) (sem grifo no original).

Mutatis mutandis, no caso vertente não se está discutindo a coisa julgada do decisum prolatado, mesmo porque esta somente vale entre as partes do processo cognitivo, quais sejam, a recorrente e a terceira estranha a esta lide, To You Bordados Ltda.

O que se deve verificar é se o comando exarado por aquela decisão pode ser utilizado na hipótese em apreço, beneficiando ou prejudicando terceiro estranho à ação de declaração de inexistência de débito, isto é, a apelada.

Tem-se, então, que se a sentença prolatada nesta executiva observasse o julgamento proferido na ação declaratória ajuizada pela apelante em face da sacadora (empresa To You Bordados Ltda.), estaria prejudicando sobremaneira terceiro estranho à referida lide, que, no caso vertente, é a própria apelada.

Isso ocorre porque a determinação exarada naqueles autos não pode atingir a recorrida, sob pena de estar-se desobedecendo a um comando do Codex Instrumental.

Assim, vê-se que a cobrança da duplicata questionada é plenamente válida, porque o decisum proferido na ação declaratória não produz efeitos em relação à empresa Sulfabril Factoring Ltda., a qual não integrou a citada demanda.

Além disso, também não se pode olvidar que a duplicata atacada pela apelante possui o aceite exigido pela legislação correlata.

Sobre esta matéria é importante destacar que "A duplicata é título causal por excelência, já que a sua emissão vincula-se sempre a uma transação de compra e venda a prazo. Entretanto, aceita pelo sacado, desvincula-se ela da transação que lhe deu origem, posto que, com o ato do aceite, o devedor não apenas reconhece-lhe a exatidão, como também a obrigação de equacioná-la na data aprazada para o seu vencimento. O aceite confere à duplicata o caráter de liquidez e certeza, pelo que é defeso ao aceitante, na tentativa de revogar ou restringir os efeitos da assinatura lançada, invocar a falta de causa para a emissão, posto que já reconhecida, pelo próprio aceite, a existência de causa debendi. Encontrando-se aceita a duplicata, inócua faz-se a exigência do encartamento aos autos, pelo credor, da nota fiscal que, emitida em razão da transação de compra e venda ajustada entre as partes, deu azo à emissão do título, como também em nada afeta a liquidez, certeza e exigibilidade da cédula a inexistência da prova da efetiva entrega da mercadoria, prova essa só cabível quando tratar-se de título não aceite" (AC n. 97.008328-9, de Itapiranga, relator Des. Trindade dos Santos).

Logo, comprovada a liquidez, certeza e exigibilidade da cédula, a executiva é válida, não se podendo acolher as alegações expostas no presente reclamo.

Por outro lado, salienta-se que a outra duplicata executada, além de

não ter sido especificada na sentença prolatada na ação de declaração de inexistência de débito, possui o correto aceite da apelante, sendo considerada, igualmente, título executivo extrajudicial em virtude da obediência aos requisitos dispostos no artigo 586 do Códex Instrumental.

Via de conseqüência, impõe-se a confirmação da sentença prolatada pelo Juízo a quo, afigurando-se plenamente correta a execução proposta pela apelada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu-se, por votação unânime, desprover o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 28 de junho de 2000.

Vanderlei Romer,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.002760-5, DE ITUPORANGA

Relator: Des. Vanderlei Romer

Ação de nulidade de compromisso de compra e venda. Existência de vício de consentimento. Prazo prescricional disposto no artigo 178, § 9º, V, do Código Civil (quatro anos). Contagem a partir da celebração do contrato. Prescrição reconhecida. Recurso conhecido e improvido.

“Ex vi do preceituado no art. 178, § 9º, letra b, do Código Civil, a ação para anular os contratos em geral, aí incluídos os compromissos de compra e venda, prescreve em quatro anos. Esse prazo prescricional começa a fluir, não da data do registro da avença e nem da de sua definitivação, mas sim da data da própria celebração contratual, quando foi ela estabelecida com o sócio-mandatário da pretendente à anulação” (Ap. Cív. n. 97.012457-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Trindade dos Santos).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.002760-5, da comarca de Ituporanga, em que são apelantes Bonifácio de Mello e Leocádia Filipus Mello, sendo apelados Sociedade Colonizadora Catarinense S.A. e Sílvio Vicente Pretti:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Tratam os autos de recurso de apelação interposto por Bonifácio de Mello e Leocádia Filipus Mello contra sentença que julgou extinta ação de nulidade de ato jurídico c/c indenização que deflagraram contra Sílvio Vicente Pretti e Sociedade Colonizadora Catarinense S.A.

Referido decisum fundamentou-se nos artigos 269, inc. IV, e 267, inc. V, todos do CPC.

Os vencidos, irresignados com o teor da prestação jurisdicional entregue, interpuseram recurso de apelação, expondo que pela presente actio buscavam a anulação de contrato de compromisso de compra e venda de imóveis rurais loteados por instrumento particular, e a restituição da posse dos autores. Aduziram que são analfabetos, condição esta que, necessariamente, exige que se contrate por instrumento público, o que, como visto, não ocorreu. De outra banda, sustentaram que a nulidade postulada não pode ser confundida com anulabilidade, posto que envolve matéria de direito real. Quanto ao reconhecimento da coisa julgada, afirmaram que a partir da nulidade do ato jurídico é que se abrirá o prazo de dois anos para o ingresso com a competente ação rescisória.

Contra-razões pela manutenção do decisório objurgado.

É o relatório.

II — Voto

A quaestio juris é complexa.

Depreende-se da farta documentação acostada aos autos que o li-

tígio existente entre as partes data do ano de 1974, quando a apelada — Sociedade Colonizadora Catarinense S.A. — ajuizou ação de reintegração de posse contra o apelante, sob o argumento de que este havia adquirido da primeira os lotes de terra ns. 15, 16 e 18, mediante compromisso de compra e venda, não tendo este último pago o valor acordado pelos imóveis, o que autorizaria a concessão da referida medida judicial.

Irresignado, o então réu, ora apelante, contestou o feito, aduzindo que “o r., de boa fé (sic), mansa, pacífica e ininterruptamente, possuía as glebas de terras descritas na inicial da A., há bem mais de vinte anos, quando, em fins de julho do ano passado (1974), apareceu em sua casa, um preposto da dita ‘Colonizadora’, pedindo para que assinasse uns papéis a fim de receber os ‘documentos das terras’ (sem grifo no original)”.

Salientou, ainda, que “o R., sendo ‘semi-analfabeto’ (sabendo apenas assinar seu nome) e não tendo em sua casa quem mais soubesse, de boa-fé, assinou e fez com que sua mulher, também semi-analfabeta, assinasse aqueles papéis (sem grifo no original), e, satisfeito, ficou aguardando os documentos prometidos mediante o pagamento, que fez no ato, da importância de Cr\$ 1.000,00 (um mil cruzeiros) para custeio dos ditos documentos.

“Passado algum tempo, compareceu em sua residência um cidadão que dizia-se Oficial do Registro de Imóveis da comarca de Bom Retiro, pedindo para que o R. e s/m assinassem um papel, e, ante a indagação do R. sobre o que se tratava, este alegou

que era só para comprovar a sua estada lá naquele dia. Mais uma vez, vítima da boa-fé e ignorando o que lhe estava sendo 'preparado', convidou sua esposa e juntos assinaram o 'papel', pois nem cópia receberam".

Rechaçada naquele processo de reintegração a arguição de que foram ludibriados pela autora da actio, ora apelada, o MM. Juiz de Direito julgou procedente o pedido, reintegrando a Sociedade Colonizadora Catarinense S.A. no imóvel anteriormente alienado aos recorrentes Bonifácio de Mello e sua mulher.

Paralelamente, os apelantes também ingressaram com ação de reintegração de posse contra a recorrida, a qual restou inexitosa pela existência da coisa julgada, pois a matéria já havia sido examinada em outro processo cuja sentença não foi questionada.

Além disso, ante a assertiva de que as assinaturas apostas no compromisso de compra e venda não pertenciam aos então requeridos, foram solicitadas providências, inclusive criminais, contra a serventuária que reconheceu as firmas, não tendo restado provado que estas foram falsificadas.

Portanto, fazendo-se a necessária conjunção entre os fatos ocorridos no processo de reintegração de posse já ultimado e esta ação de nulidade de ato jurídico c/c indenização, vê-se que há divergências importantes nas alegações efetuadas pelos recorrentes.

Primeiramente, nos autos da reintegratória disse o apelante que assinou os documentos apresentados pela apelada, apesar de ter sido enga-

nado quanto ao conteúdo destes por ser analfabeto.

Já neste caderno processual o recorrente alegou que as firmas apostas no compromisso de compra e venda não foram efetuadas por ele ou por sua mulher, pois não sabem sequer assinar seus nomes.

Na prática, o esclarecimento dessa contradição influencia sobremaneira no prazo prescricional que deve ser utilizado para o caso vertente.

Melhor explicando: aposta falsamente a firma dos apelantes no compromisso de compra e venda, como querem fazer crer os recorrentes, o mencionado prazo é de 20 (vinte) anos e não 4 (quatro) anos, conforme previsão do artigo 178, § 9º, V, do Código Civil, e segundo o entendimento do douto Magistrado a quo para a presente hipótese.

Isso porque "o disposto no art. 178, § 9º, n. V, só se aplica aos casos em que houve vício de consentimento, pressupondo, portanto, que tenha havido o consentimento, nunca se podendo aplicar aos casos em que houve absoluta ausência de consentimento, até mesmo porque o ato seria nulo e ainda por isso não se aplica o texto supra" (Código Civil Brasileiro Interpretado, in J. M. Carvalho Santos, vol. III, 14ª ed., 1997, pág. 500).

Assim sendo, falsificada a assinatura, evidentemente não teriam os recorrentes tomado conhecimento acerca do compromisso de compra e venda, inexistindo, na espécie, os vícios de consentimento dispostos pelo Código Civil, quais sejam, erro, dolo, coação, ou os denominados vícios sociais — simulação e fraude.

Todavia, na hipótese in comento, não se pode olvidar a primeira explicação dada pelos recorrentes no autos da reintegração de posse: os apelantes assinaram os papéis fornecidos pela apelada sem que esta demonstrasse a real intenção.

Verificando, então, tal hipótese, anota-se que simplesmente ocorreu um dos denominados vícios de consentimento previstos no Digesto Material, o que autoriza, portanto, o emprego do prazo prescricional do artigo acima mencionado.

Convém ressaltar que se utiliza a primeira versão apresentada pelo apelante, pois é certo que se esta foi a explicação dada quando os recorrentes tiveram oportunidade de falar em Juízo não se pode olvidar que a segunda versão disposta nestes autos já foi devidamente coadunada com os fatos que ocorreram posteriormente à sentença lançada na actio reintegratória.

Dessa forma, ainda que não tenha ficado provada a falsidade das firmas — por meio do processo de reintegração de posse ou da ação criminal intentada para elucidar a dúvida —, se os apelantes pretendiam a anulação do compromisso de compra e venda, somente o poderiam ter feito no prazo prescrito no artigo 178, § 9º, V, do Código Civil (quatro anos).

Logo, tem razão o nobre Julgador quando entendeu prescrito o direito dos recorrentes em anular o negócio jurídico realizado com a apelada em virtude do citado vício, haja vista a impossibilidade de aplicação de outro prazo, senão vejamos:

“Ato jurídico. Compromisso de compra e venda. Anulação. Art. 178,

§ 9º, b, do Código Civil. Contagem. Prescrição ocorrida. Sentença de improcedência confirmada por razão diversa. Apelação desprovida.

“Ex vi do preceituado no art. 178, § 9º, letra b, do Código Civil, a ação para anular os contratos em geral, aí incluídos os compromissos de compra e venda, prescreve em quatro anos. Esse prazo prescricional começa a fluir, não da data do registro da avença e nem da de sua definitivação, mas sim da data da própria celebração contratual, quando foi ela estabelecida com o sócio-mandatário da pretendente à anulação. Isso porquanto, nos exatos termos do art. 1.390 do Código Civil, os atos praticados pelo mandatário, dentro dos poderes do mandato, são, também, atos do mandatário” (Ap. Cív. n. 97.012457-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Trindade dos Santos).

De qualquer forma, reconhecida a prescrição do direito dos apelantes, nunca é demais lembrar, a título de esclarecimento, que, se a prescrição não fosse demonstrada, incidiria a hipótese de coisa julgada.

Ab initio, anota-se que o intuito da declaração de nulidade do compromisso de compra e venda é a reintegração dos recorrentes na posse dos imóveis em litígio.

Dessome-se, então, que se a sentença proferida na ação de reintegração de posse já concedeu a prestação jurisdicional justamente para garantir que os apelantes sejam retirados dos lotes de propriedade dos apelados, não podem os primeiros objetivar novamente esta proposição.

Tal fato se deve pela ocorrência da coisa julgada, pois a sentença pro-

ferida naquele processo de reintegração não foi questionada em nenhum momento, tanto que as partes não interpuuseram recurso (certidão de fl. 189), conformando-se tacitamente com os fundamentos do decisum.

In casu, ainda que diversa a nomenclatura desta actio, o fim primordial é o mesmo, o que reafirma a existência da coisa julgada pela conjugação dos seguintes requisitos: identidade de partes, de objeto e de causa de pedir.

A propósito, leciona o doutrinador Alexandre de Paula, o qual entende que “para que se possa reconhecer a existência de coisa julgada, é indispensável que haja duas decisões sobre a mesma lide. Duas lides são idênticas entre si quando têm as mesmas partes, o mesmo objeto e a mesma causa de pedir. Se não há identidade entre as duas lides, improcede a alegação de coisa julgada” (Ac. un. da 1ª T. do STF de 19/4/1983, em AgRg no Ag n. 91.690-3/PA, rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 10/6/1983, pág. 8.469).

E ainda: “Configura-se a coisa julgada quando há identidade de fato e de relação jurídica entre duas demandas. A res judicata torna imutáveis os efeitos da sentença e impede, assim, que entre as partes se renove a discussão sobre o mérito da pretensão decidida. Sua essência consiste

em não admitir que em processo posterior se anule ou diminua bem tutelado em julgamento anterior” (Ac. un. da 15ª Câm. do TJSP de 3/5/1994, na Ap. n. 228.903-2/1, rel. Des. Roberto Stucchi; Supl. Trib. Adv. 302, verb. 144.166)” (Código de Processo Civil Anotado, vol. 2, 7ª ed., RT, 1998, págs. 1.484/1.485).

Por conseguinte, já decidida a questão da reintegração de posse, não há falar em rediscutir a matéria nestes autos posto que abrangida pelo pálio da coisa julgada.

Destarte, tendo decidido acertadamente o Juízo a quo, impõe-se o conhecimento do recurso de apelação e o seu improvimento.

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. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 21 de dezembro de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.002786-3, DE JOINVILLE

Relator: Des. Vanderlei Romer

Pedido de modificação de guarda. Genitora com dependência química. Lar paterno adequado para o desenvolvimento das meno-

res. Manifestação das crianças pelo convívio diário com o pai e sua atual companheira. Necessidade de respeito ao interesse das infantes. Improvimento do apelo.

“O princípio que norteia as questões que envolvem menor é a conveniência de se garantir a situação que mais beneficie aquele, mantendo-o na companhia do ascendente que pode oferecer mais condições, não se verificando insegurança ou imoralidade para o infante, não se revelando negligência, incapacidade, abuso do pátrio-poder, perversidade ou mau exemplo do genitor com quem se encontra o menor, com o qual é preferível a manutenção da guarda” (Ap. Cív. n. 97.008721-7, de Canoinhas, rel. Des. Anselmo Cerello).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.002786-3, da comarca de Joinville (Vara Fam./Inf. e Juv. e Reg. Publ.), em que é apelante M. G. S., sendo apelado N. da S.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Tratam-se os autos de ação de modificação de cláusula da separação judicial consensual proposta por N. da S. contra M. G. S.

Aduziu o requerente que foi casado com a requerida, tendo nascido dessa união duas filhas menores, as quais convivem com a mãe.

Gizou, contudo, que nos últimos meses as menores vêm reclamando do comportamento maternal, pois a requerida encontra-se sempre embriagada, além de manter relacionamento sexual com diversos homens na frente daquelas.

Solicitou, assim, a modificação da guarda das filhas do casal.

Devidamente contestado e instruído o feito, o nobre Julgador a quo proferiu sentença, acolhendo o pedido formulado na peça preambular.

Apelando, a vencida argumentou que as assertivas apresentadas pelo recorrido são inverídicas, tendo este realizado “lavagem cerebral” nas filhas do casal.

Afirmou, por fim, que realmente se encontra em estado depressivo decorrente da abrupta retirada das menores do convívio maternal, o que agrava a situação, pois não possui condições financeiras para arcar com os custos do tratamento psiquiátrico.

Alçados os autos a esta instância, o digno representante do Parquet manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

É o relatório.

II — Voto

O reclamo não comporta provimento.

Segundo as provas carreadas ao autos, a modificação da guarda

das menores S. da S. e G. da S. é medida que se impõe para o bom desenvolvimento físico, intelectual e psicológico destas.

Vê-se que a guarda das infantes havia sido concedida à genitora quando da separação judicial com o apelado, tendo sido acordados determinados dias de visita para este último.

Todavia, não se pode olvidar que a situação fática mudou drasticamente quando o recorrido — pai das menores — tomou conhecimento acerca do modo de vida que a apelante estava levando e, por conseguinte, as filhas do casal, o que propiciou o pedido de modificação de guarda.

Vale destacar que as assertivas apresentadas na peça exordial restaram plenamente comprovadas, seja pelos depoimentos das crianças, seja pelo estudo social formulado pela assistente social do Fórum da comarca de Joinville.

De acordo com a menor S. da S. (filha do casal), esta informou que “quando morava com sua mãe, esta bebia e usava drogas na frente da depoente; que usava um pó branco que dizia que era cocaína e uma erva verde que a depoente não sabe o nome; que a mãe da depoente batia todos os dias nela; que a depoente ia à escola mas quando dormia algum homem com sua mãe, esta não deixava ela ir (...) que diversas vezes a depoente e sua irmã dormiam fora de casa e sua mãe foi a bailões; que faziam refeições na casa de Dona M., que é uma vizinha que cuida de crianças; que às vezes iam comer no galpão da igreja; (...) que não gostou das visitas feitas pela mãe, nos últimos tempos junto

com a assistente social; que a sua mãe numa dessas ocasiões tentou lhe bater, porque a depoente não quis falar com ela; (...) que a depoente não gostaria que as visitas continuassem; que quando morava com sua mãe não tinha diálogo; que sua mãe dizia se ela contasse ao pai dos homens que sua mãe colocava dentro de casa, ela iria bater na depoente; que um dia sua mãe colocou um homem dentro do quarto da depoente, para lhe estuprar, diz que sabe o que é estuprar; que sua mãe botava vários homens dentro de casa”.

A outra infante, G. da S., também aduziu que “quando morava com a mãe esta lhe batia sem ela fazer nada; que um dia sua mãe lhe ofereceu uma maçã com uma ‘coisinha branca dentro’ e disse que era maconha; que não sabe o que é maconha; que a comida que a mãe fazia era ruim; que sua mãe tomava cachaça pura com comprimidos; que cachaça é uma bebida com álcool; (...) que depois de beber a cachaça sua mãe ia para a cama e dormia; que tem se encontrado com a mãe junto com a assistente social de nome M.; que não gosta dos encontros; que não gostaria que eles continuassem; que antes dos encontros com a assistente social a mãe não ia visitar a depoente; que a atual companheira de seu pai chama-se F. e trata bem a depoente”.

Do parecer juntado no presente processo pela assistente social extrai-se a seguinte conclusão: “A Sra. M. G. mostrou-se conturbada, abatida e desestruturada com o afastamento físico e afetivo de suas duas filhas sendo que nos primeiros contatos percebemos que não sabia o que fazer para aproximar-se das crianças.

“Em algumas ocasiões a genitora demonstrou descomprometimento com a situação, como por exemplo na oportunidade em que simplesmente não contactou conosco para saber o horário e o local do primeiro encontro com suas filhas, alegando que ‘o orelhão estava estragado e ninguém empresta telefone’, e no momento do primeiro encontro sequer limpou ou organizou sua casa ou mesmo preparou algo para recepcionar suas filhas, bem como nos últimos contatos, frente às dificuldades de cativar S. e G., disse que não sabia se queria vê-las novamente, como se de nada adiantassem os encontros.

“Em várias oportunidades a genitora em tela queixou-se das dificuldades financeiras enfrentadas para manter-se e continuar seu tratamento médico, colocando que só recebe 120,00 reais de pensão, e que não recebe o aluguel de sua casa, colocando-se numa atitude cômoda e de dependência ao seu ex-marido.

“Conforme verificamos in loco, parece-nos que as crianças estão recebendo, por parte do pai e de sua companheira, os cuidados necessários para o desenvolvimento das mesmas.

“A Sra. F. demonstrou participar de forma bastante ativa na criação e educação das crianças.

“Porém percebemos que expressões utilizadas por parte do genitor e de sua companheira estão presentes no discurso das crianças, que referem-se à mãe como ‘a outra’, ‘os machos dela’, falam em cocaína e estupro, sem no entanto terem clareza do que realmente significam estes termos. Pareceu-nos que o discurso foi incorporado e realimentado no meio

onde vivem, apesar do genitor negar que isso aconteça.

“(…)”.

Constata-se, então, que a permanência das menores sob os cuidados do pai é a melhor solução para a hipótese, pois este lhes dispensa a atenção e carinho necessários, nisso incluída sua companheira, dando todo o apoio material e psicológico.

Ademais, extrai-se nitidamente das conclusões apresentadas pela assistente social, bem como pelo reclamo interposto pela apelante, que um dos motivos norteadores da manutenção da guarda das menores com esta última tem caráter econômico, ante o pagamento da pensão alimentícia pelo genitor para cada filha.

Logo, como deve-se ter em mente que o intuito da legislação dirigida ao menor é a proteção do seu interesse, mostra-se inviável, no caso vertente, a concessão da guarda das infantes à genitora destas, devido a dependência química sofrida pela última, a qual acarreta, ou certamente pode propiciar, sérios prejuízos à formação da personalidade das crianças.

A propósito, é interessante reproduzir julgados desta Corte de Justiça, in verbis:

“Guarda e responsabilidade — Menor — Requerimento tendo em vista o interesse desse.

“O princípio que norteia as questões que envolvem menor é a conveniência de se garantir a situação que mais beneficie aquele, mantendo-o na companhia do ascendente que pode oferecer mais condições, não se verificando insegurança ou

imoralidade para o infante, não se revelando negligência, incapacidade, abuso do pátrio-poder, perversidade ou mau exemplo do genitor com quem se encontra o menor, com o qual é preferível a manutenção da guarda" (Ap. Cív. n. 97.008721-7, de Canoíhas, rel. Des. Anselmo Cerello).

"Apelação cível — Pedido de modificação de guarda agasalhado em primeira instância — Conjunto probatório a apontar o lar paterno como mais adequado para o acolhimento da criança — Pujança do interesse do menor — Desprovemento do apelo interposto" (Ap. Cív. n. 99.016053-0, de Abelardo Luz, rel. Des. Solon d'Eça Neves).

E do corpo deste último aresto:

"De fato, não está a merecer reparo o decisório em exame, porquanto em vista do interesse do menor, exsurge dos autos que o lar paterno está em melhores condições de acolher o menor, em atendimento as suas necessidades e possibilitando-lhe um desenvolvimento sadio.

"Calha bem, porque oportuna, a lição de Guilherme Gonçalves Strenger:

'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' (Guarda de Filhos, 1ª ed., São Paulo, LTr, 1998, pág. 56).

"E mais adiante:

'Considera-se interesse do menor todos os critérios de avaliação e

solução que possam levar à convicção de que estão sendo atendidos os pressupostos que conduzem ao bom desenvolvimento educacional, moral e de saúde, segundo os cânones vigentes e identificáveis, através de subsídios interdisciplinares, obtidos com a cooperação de especialistas' (op. cit., pág. 92).

"(...)

"Importa transcrever excerto do parecer ministerial de fls. 145 e seguinte:

'Os autos demonstraram que o ambiente familiar oferecido pelo genitor apresenta vantagens em relação ao apresentado pela genitora e privar o infante de uma possibilidade menos indigna de sobrevivência não seria justo para com seus interesses.

'...Diante da disputa pela guarda do infante é de se refletir qual dos genitores detém as melhores condições para propiciar um desenvolvimento mais tranqüilo, saudável e condigno para com sua situação particular.

'A Constituição Federal de 1988 disciplinou que homens e mulheres são iguais perante a lei, consequentemente detentores dos mesmos direitos e obrigações.

'Portanto, em matéria de guarda de filhos menores, quando a lei infraconstitucional aponta de que quando da separação ou divórcio, o que não é o caso presente, a mulher deve preferencialmente permanecer com a guarda dos filhos menores advindos da relação, não assegura para esta, em todas as situações tal direito.

'Quando a Constituição Federal assevera, ainda que os direitos das crianças e adolescentes, quanto aos

seus variados aspectos, detém prioridade absoluta significa que deve-se sobrepor também aos interesses dos genitores, sendo que quanto a sua colocação sob a guarda de um dos pais deve-se primeiramente atentar para o fato de qual deles poderá suprir mais adequadamente suas necessidades quanto à saúde, quanto a moral, e porque não, quanto às necessidades econômicas que lhe garantam um melhor alento’.

“E conclui o nobre parecerista:

‘Sem esmiuçar as provas e mazelas da situação social de qualquer das partes, mas sopesando-se tão-só os interesses do infante conclui-se que estaria melhor assistido através do convívio paterno, uma vez que este apresenta melhores condições para proporcionar-lhe maiores garantias aos seus direitos fundamentais, obviamente garantindo-se o direito de visita da genitora’.

“Também a douta Procuradora anotou que ‘o interesse do menor está a recomendar que continue ele sob a guarda do pai’, ressaltando, contudo: ‘com o passar do tempo, já com capacidade de discernir, o próprio menor, em contatos mais amiúdes com sua mãe, poderá ele próprio, optar pelo lar materno’ (fls. 154).

“Ainda que se tenha reserva de retirar uma criança do convívio mater-

no, não há margem para melhor solução em se verificando que o pai reúne melhores condições para deter a guarda da mesma, ou seja, para exercer o pátrio-poder em plenitude, com os direitos e deveres daí advindos.

“(...)”.

Assim sendo, a sentença prolatada pelo Juízo a quo é irretocável, ante a aplicação correta do direito com a preservação do interesse das menores.

Diante do exposto, conhece-se do recurso interposto, mas nega-se-lhe provimento.

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. Mazoni Ferreira. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Joel Rogério Furtado.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.006528-5, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Vanderlei Romer

Processual civil. Legitimidade. Autora que ingressa em Juízo com ação de despejo referente a imóvel que lhe foi legado pelo loca-

dor. Titularidade da actio evidente.

“A sub-rogação do herdeiro na locação pode ocorrer quando falecer o locador ab intestato. Mas se houver testamento, poderá haver o legado do imóvel locado quando o legatário passará a ser o interessado direto. (...) Não obstante, desde o dia da morte do testador pertence ao legatário a coisa legada, com os frutos que produzir” (João Carlos Pestana de Aguiar, Nova Lei das Locações Comentada, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris Ltda., 1993, pág. 38).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.006528-5, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), em que é apelante Djalma Correa de Lima, sendo apelada Ibis Salete Doce:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuidam os autos de ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de encargos locatícios e rescisão contratual movida por Ibis Salete Doce contra Djalma Correa de Lima, Sidnei Correa de Lima e esposa, Fátima Cristina Laureano Foto de Lima — o primeiro locatário e os dois últimos fiadores — ao argumento de que o primeiro réu estaria inadimplente com os valores dos aluguéis e demais verbas.

O pedido inicial foi devidamente contestado.

Seguiu-se a sentença que julgou procedente a actio, dando azo ao presente recurso de apelação interposto por Djalma Correa de Lima que arguiu, em preliminar, ilegitimidade

ativa, porquanto a avença locatícia está em nome de Abis Evaristo Doce que não integra os autos, tampouco está representado pela autora. Mencionou que o testamento por ela trazido à colação não satisfaz os pressupostos necessários para sua validade e, ainda, que não há prova cabal do falecimento do locador.

In meritis, afirmou ter suspenso o pagamento ante a confusão existente acerca da morte deste último e de quem seria seu procurador.

Requer, na hipótese de ser mantida a sentença, indenização pelas benfeitorias efetuadas no local com fulcro no art. 35 da Lei n. 8.245/91.

O prazo para resposta transcorreu in albis.

É, na concisão necessária, o relatório.

II — Voto

Conheço do apelo, porque satisfeitos os pressupostos de sua admissibilidade.

O ponto crucial da controvérsia, a meu aviso, consiste em se saber se a autora estava legitimada para ajuizar a ação de despejo.

Humberto Theodoro Júnior, citando Liebman, consigna que legitimidade “é a pertinência subjetiva da ação” (in Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1992, pág. 56). Doutrina o eminente processualista que a legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão. Alerta, ainda, que “o conceito da legitimatio ad causam só deverá ser procurado com relação ao próprio direito de ação, de sorte que ‘a legitimidade não pode ser senão a titularidade da ação’. E, para chegar-se a ela, de um ponto de vista amplo e geral, não há um critério único, sendo necessário pesquisá-la diante da situação concreta em que se achar a parte em face da lide e do direito positivo” (ob. cit., págs. 57/58, sem grifo no original).

In casu, a legitimidade de Ibis Salete Doce adviria do testamento lavrado pelo locador, seu irmão, que a constituiu como herdeira do imóvel alugado, ao que se contrapõe o apelante, firme no entendimento de que ao espólio cumpriria defender os interesses pertinentes a este. Aduziu, outrossim, que o documento em tela estaria sendo impugnado pelos demais legatários.

Quanto a esta última alegação, é ela inócua para o fim pretendido, ante a total ausência de prova quanto a sua veracidade.

No particular, registro que o insurgente sequer pugnou pela produção de provas que lhe permitissem comprovar suas assertivas.

Desse modo, escorreito se apresenta o testamento que, malgrado não venha autenticado, é documento que

goza de fé pública, eis que lavrado por tabelião.

E ali consta, expressamente, que Ibis Salete Doce, dentre outros bens, recebeu “um lote de terras de n. 8 (oito), localizado no Jardim Fabiana, com frente para a Rua 1931, no município e comarca de Balneário Camboriú, Santa Catarina” (fl. 12), justamente o imóvel dado em locação ao réu que se encontra comprovadamente inadimplente.

A teor do art. 10 da Lei n. 8.245/91, morrendo o locador, a locação transmite-se aos herdeiros.

Leciona com propriedade João Carlos Pestana de Aguiar que “a sub-rogação do herdeiro na locação pode ocorrer quando falecer o locador ab intestato. Mas se houver testamento, poderá haver o legado do imóvel locado quando o legatário passar a ser o interessado direto. (...). Não obstante, desde o dia da morte do testador pertence ao legatário a coisa legada, com os frutos que produzir” (in Nova Lei das Locações Comentada, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris Ltda., 1993, pág. 38, sem grifo no original).

Nesse contexto, me parece que não há como se furar ao reconhecimento da legitimidade objurgada. Ora, é a requerente herdeira do bem locado, não havendo nada, pelo menos até o presente momento, que ponha em xeque a validade do testamento.

Fora de dúvida que a ela cumpre defender os interesses pertinentes àquele. Dito de outra forma, é ela titular incontestável do interesse afirmado na pretensão.

Mutatis mutandis:

“O falecimento do testador abre a herança, e com isso o domínio e a posse dos legados transmitem-se automaticamente aos herdeiros e testamenteiros, da mesma forma assumindo o usufrutário o direito à posse, uso e administração da coisa dada em usufruto” (TACRJ, cód. 96.002.01253, rel. Juiz Miguel Ângelo Barros, j. 12/9/96).

Seria demasiado apego à forma extinguir-se o feito por mera questão processual, máxime que eventuais direitos dos demais herdeiros que se sentirem lesionados poderão ser postulados nas vias próprias.

Há que se ter em mente que “A concepção moderna do processo, como instrumento de realização da justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-la” (REsp n. 15.713).

No mesmo norte:

“Processo civil. (...). O excesso de formalismo sucumbe ante os princípios da economia processual e da efetividade da justiça” (TJDF, ACV 19990110119475).

O respeito à forma, evidentemente, é necessário e mesmo indispensável para o bom andamento processual. Não se pode permitir, todavia, que o excessivo formalismo das regras processuais comprometa a entrega da

tutela jurisdicional, entretendo-a infinitamente.

No que se refere ao pedido de retenção por benfeitorias, novamente, não logra êxito o apelante.

Descurrou-se ele ao deixar de comprovar a efetiva realização de edificações no local, o que poderia perfeitamente ter feito ao oferecer sua defesa, juntando provas fotográficas e documentais.

Repito que não houve requerimento por provas, não podendo o apelante responsabilizar o Judiciário por sua inércia.

Nestes termos, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, desprover o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.003819-4, DE JOINVILLE

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Consignação em pagamento — Procedência — Depósito suficiente — TRD — Inaplicabilidade por não indicar a desvalorização

da moeda — Correção monetária — INPC — Reconvencção improprie — Apelação provida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.003819-4, da comarca da Joinville (3ª Vara Cível/Fazenda Pública), em que é apelante Maria Madalena Marcos, sendo apelada Rede Ferroviária Federal S.A.:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Maria Madalena Marcos, já qualificada nos autos, ajuizou ação de consignação em pagamento, com fulcro nos arts. 972 e segs. do Código Civil e arts. 890 e segs. do Código de Processo Civil, contra a Rede Ferroviária Federal S.A. — Superintendência Regional de Curitiba, nos termos da exordial de fls. 2/4.

Aduziu a autora haver adquirido por meio de Escritura Pública de Compra e Venda com Pacto Comissório, em data de 22/10/1991, um terreno urbano, com 209,35m², sito em Joinville, conforme documento acostado à inicial. Afirmou que o preço ajustado foi de Cr\$ 595.328,10 (quinhentos e noventa e cinco mil, trezentos e vinte e oito cruzeiros e dez centavos), pagando Cr\$ 198.442,70 (cento e noventa e oito mil, quatrocentos e quarenta e dois cruzeiros e setenta centavos) no ato da assinatura da escritura, ficando o saldo de Cr\$ 396.885,40 (trezentos e noventa e seis mil, oitocentos e oitenta e cinco cruzei-

ros e quarenta centavos) para ser pago em duas parcelas mensais e consecutivas no valor de Cr\$ 198.442,70 (cento e noventa e oito mil, quatrocentos e quarenta e dois cruzeiros e setenta centavos) cada, com vencimento para o primeiro dia útil do mês de novembro e de dezembro de 1991.

Relatou que as parcelas seriam corrigidas pela TRD (Taxa Referencial Diária) acumulada a partir daquela data até o efetivo pagamento, mais multa de 10%.

Em virtude da negativa da ré em receber a última parcela, sem a ilegal indexação pela TRD, deflagrou a presente demanda, com o intuito de consignar a última parcela da dívida, no valor de Cr\$ 198.442,70 (cento e noventa e oito mil, quatrocentos e quarenta e dois cruzeiros e setenta centavos), acrescido de multa de 10%, que importa em Cr\$ 218.286,97 (duzentos e dezoito mil, duzentos e oitenta e seis cruzeiros e noventa e sete centavos), pretendendo liberar-se da obrigação. Formulou os requerimentos de estilo, valorando a causa e juntando documentos.

A parte ex adversa apresentou contestação, arguindo, preliminarmente, carência de ação, requerendo a extinção do feito sem julgamento de mérito, por ter sido a ação ajuizada seis meses após o vencimento da dívida (junho de 1992), sendo o depósito judicial efetivado em setembro de 1992. No mérito, alegou que o negócio foi realizado a partir do Edital de Concorrência Pública n. 19/DEPAT/91, formalizado

de acordo com o Decreto-Lei n. 2.300/86, que estipulava as condições para pagamento, do qual a autora participou e declarou estar de acordo. Acrescentou que o depósito foi insuficiente, requerendo a improcedência do pedido, com o julgamento antecipado da lide. Juntou documentos.

A ré apresentou reconvenção, alegando ser credora da autora da quantia de CR\$ 198,44 (cento e noventa e oito cruzeiros reais e quarenta e quatro centavos), referente à parcela com vencimento marcado para o dia 1º/12/1991, mais a quantia de CR\$ 26.809,59 (vinte e seis mil, oitocentos e nove cruzeiros reais e cinquenta e nove centavos), referente à multa de 10%, correção monetária e juros, montante que a autora/reconvinda recusa-se a pagar injustificadamente. Requereu a condenação da reconvinda ao pagamento da importância de CR\$ 27.008,03 (vinte e sete mil, oito cruzeiros reais e três centavos), que pretende seja corrigido monetariamente de 6/8/1993 até o efetivo pagamento, mais os juros legais.

A autora/reconvinda impugnou a contestação e contestou a reconvenção, reiterando os termos lançados na prefacial.

A ré/reconvinte manifestou-se nos autos, aduzindo que a reconvinda não impugnou os valores apresentados na reconvenção.

O feito foi julgado antecipadamente (sentença de fls. 97/104), tendo o MM. Juiz de Direito afastado a preliminar e decidido o mérito da causa, julgando improcedente o pedido formulado na ação de consignação em pagamento e procedente a reconvenção. Condenou a reconvinda ao

pagamento da última parcela vencida, mais multa contratual, juros e correção monetária, pelos índices da TRD, e, ainda, ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor total do débito.

Inconformada com a decisão, a autora/reconvinda interpôs o presente recurso de apelação, alegando que o valor consignado foi suficiente e que a TRD é índice para operação em mercado financeiro, segundo dispõe a Lei n. 8.177/91. Requereu a reforma da sentença de primeiro grau, dando o depósito por suficiente, ou, alternativamente, nomear outro índice, que não a TRD, visando a complementá-lo.

A ré/reconvinte contra-arrazoou, aduzindo que a TRD da época servia para salvaguardar desvalorizações ocorridas na moeda e que tal índice de atualização monetária decorreu de determinação legal e convenção entre as partes.

Contados e preparados, ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

II — Voto

A apelante (consignante), inconformada com a decisão que julgou improcedente seu pedido e procedente a reconvenção, condenando-a ao pagamento da última parcela devida, mais multa contratual, juros e correção monetária, pelos índices da TRD (Taxa Referencial Diária), interpôs o presente recurso, pugnando pela reforma daquela.

O MM. Juiz de Direito fundamentou a decisão dizendo ser o valor consignado insuficiente, pois depositado sem a devida correção pela TRD, conforme pactuado.

A autora, que adquiriu o terreno descrito na exordial, obrigando-se a pagá-lo em prestações corrigidas pela TRD, mostra-se irresignada com a decisão, pois entende ser vedada pela legislação a aplicação de tal índice. Pagou a entrada e a primeira parcela, tendo consignado em Juízo a terceira, por ter o valor pactuado subido muito, não podendo pagá-la.

Alega, em suas razões, que a TR e a TRD são índices para aplicações financeiras, de acordo com a Lei n. 8.177/91. Acrescenta que de acordo com a orientação jurisprudencial, é inadmissível a adoção da TRD como índice de correção monetária, pelo fato de decorrer de taxa de juros, não medindo a verdadeira inflação de determinado período. Requereu, então, a determinação de outro índice de correção.

A discussão está na apuração do quantum debeatur, para que se possa avaliar a procedência ou não da consignatória, ou, melhor, se o depósito efetuado pela consignante foi suficiente ou não.

Assim já decidiu esta Corte de Justiça a respeito da possibilidade de discussão do quantum em sede de consignatória.

“Apelação. Ação de consignação em pagamento. É possível, nestas ações, discutir-se o quantum debeatur, pois, freqüentemente, sem tal discussão, envolvendo inclusive a relação negocial existente entre as partes, não terá o juiz como saber se a re-

cusar do credor foi justa ou se o pagamento ofertado é ou não é integral. Carência de ação afastada (...)” (Ap. Cív. n. 29.753, rel. Des. Norberto Ungaretti, in DJ de 13/3/89) (grifo nosso).

Sobre o tema leciona Theotônio Negrão:

“O pedido, na consignatória, será sempre de liberação da dívida. Para isso decidir, entretanto, haverá o juiz de examinar quantas prestações sejam colocadas, para que possa verificar se o depósito é integral. Nada impede que a controvérsia abranja temas de alta indagação, pertinentes à matéria do fato, ou a interpretação de cláusulas contratuais ou normas legais” (RSTJ 19/520) (in CPC e legislação processual em vigor, Theotônio Negrão, 23ª ed., pág. 497).

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou:

“A existência da dívida e o quantum da dívida incluem-se na discussão e cognição na ação consignatória” (RSTJ 11/319 e STJ — RT 651/190).

Então, perfeitamente possível o questionamento feito pela consignante, ao discutir o valor devido.

A consignada reconveio, tendo a decisão monocrática julgado procedente a reconvenção.

Sobre o cabimento de reconvenção em ação consignatória, vejamos:

“Em tese a reconvenção é cabível na consignatória, desde que atendido o disposto no art. 315 (RT 548/161, 597/155, 601/97, 605/139; RJTJESP 89/234, 111/314, bem fun-

damentado (...)” (Theotonio Negrão, ob. cit., 25ª ed., pág. 570).

“Reconvenção — Admissibilidade em consignatória — Agravo não provido. Ação de consignação em pagamento, uma vez contestada, admite reconvenção” (RT 500/235, 1ª CC, TAPR).

“Reconvenção — Oferecimento em consignação em pagamento — Ação de natureza declaratória — Cabimento. Tendo a consignação em pagamento natureza declaratória, não há como recusar-se o cabimento da reconvenção se tanto o pedido principal como a reconvenção têm por fundamento o mesmo contrato” (RT 601/97).

Cabe verificar da aplicação ou não da TRD como índice de reajuste.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que a apelante tem razão.

A Suprema Corte de Justiça já se posicionou, declarando a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei n. 8.177/91, que estabeleceu regras para a desindexação da economia.

Quando da apreciação da ADIn n. 493-0—DF, assentou:

“A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação de depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda”.

No mesmo sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

“I — A jurisprudência do STJ pacificou entendimento no sentido de

que o indexador adequado para corrigir valores é o IPC do IBGE.

“II — O mesmo índice pretoriano não admite a taxa referencial (TR) como índice de reajuste do poder real da moeda, sendo certo que este deve ceder lugar em prol do índice de preços” (RSTJ 84/189, rel. Min. Waldemar Zveiter).

Ainda:

“I — A jurisprudência do STJ pacífico entendimento no sentido de que a taxa referencial sendo de índole remunerativa do capital, tal indexador deve ser afastado, quando aplicado ao escopo de tão-somente corrigir moeda” (REsp n. 42.679-0/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, in DJU de 12/2/96, pág. 2.498).

No mesmo sentido a decisão proferida no REsp n. 46.372—SP e no REsp n. 59.083-3—RS.

Em razão do posicionamento do STF, não há o que se discutir com relação a utilização da TRD como fator de atualização monetária.

Já decidiu este Tribunal:

“Sedimentou-se o entendimento de que, por espelhar apenas as variações do custo primário de captação dos depósitos a prazo fixo, a taxa referencial (TR), bem como assim a taxa referencial diária (TRD) não se constituem em índices de reajustamento do poder real da moeda, sendo vedada, por isso mesmo, a sua utilização como fatores atualizatórios dos créditos, inclusive os tributários. Para tal finalidade, o índice recomendado é o IPC, do IBGE” (Ap. Cív. n. 52.346, de Criciúma, rel. Des. Trindade dos Santos, in DJE de 20/9/96) (grifo nosso).

Ainda:

“Não sendo a TR índice de correção monetária, refletindo apenas as variações do custo primário das captações dos depósitos a prazo fixo, conforme decidiu o STF e uniformizou a jurisprudência do STJ, não deve ser utilizada como indexador, devendo ser substituída pelo INPC, que reflete mais corretamente a variação nominal da moeda” (Ap. Cív. n. 47.707, de Rio do Sul, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 3/5/96) (grifo nosso).

A respeito do assunto já decidiu esta Primeira Câmara Civil:

“(...) Taxa referencial — Inaplicabilidade, por não indicar a desvalorização da moeda. Ante o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da utilização da TR como fator de atualização monetária, a matéria já não mais comporta grandes discussões” (in *Apelação Cível* n. 98.011495-0, de Lauro Müller, relator Des. Carlos Prudêncio) (grifo nosso).

Diante da inaplicabilidade da TRD como fator de correção de moeda, tem-se que assiste razão à consignante, quando alega ter depositado terceira parcela do valor devido à ré sem a correção por tal indexador, por entendê-lo incabível.

Ocorre que a ré não pode receber tal valor sem nenhuma atualização, sob pena de ser prejudicada. Então, consoante entendimento das Cortes Superiores de Justiça do país, deverá o valor da parcela ser atualizado pelos índices de variação do INPC.

Nosso Tribunal de Justiça já enunciou a respeito:

“Com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 959-1—DF (liminar), tornou-se impos-

sível a utilização da taxa referencial como padrão de correção monetária; todavia, a sua inaplicabilidade não importou na supressão da atualização do valor da moeda em face da corrosão inflacionária; ipso facto a adoção do IPC como índice substitutivo se afigura adequada, posto ser este o coeficiente adotado, inclusive nos Tribunais Superiores” (Ap. Cív. n. 49.969, de Chapecó, rel. Des. Wilson Guarany) (grifo nosso).

Ainda:

“(...)”

“2. Índice de atualização monetária.

“Após a extinção do BTN ostenta-se adequada a adoção do INPC, do IBGE, para atualização monetária, por se cuidar de índice previsto em lei, mantido pela Lei n. 8.177/91, artigo 4º, e apurado por órgão oficial. A TR não é fato de correção monetária, mas sim, taxa remuneratória de numerário emprestado (art. 1º da Lei n. 8.177/91, in Ap. Cív. n. 195.004.973, 7ª Câm. Cív. do TARGS, relator Juiz Antonio Janur Dall’Agnol Júnior, julgada em 14/2/95)” (in *Apelação Cível* n. 98.013162-6, da Capital, relator designado Des. Orli Rodrigues).

Diante da dificuldade encontrada pela apelante em pagar referido valor com as correções da TRD, e da recusa da apelada em receber tal valor, resolveu consigná-las em Juízo, efetuando o depósito de Cr\$ 218.286,00 (fl. 18), correspondente ao valor da parcela, mais multa contratual de 10%, o que ocorreu em 21/9/92.

Dita parcela venceu no primeiro dia útil do mês de dezembro de 1991. Então, como da data do vencimento até a data do efetivo depósito passa-

ram-se alguns meses, para que não haja prejuízo à apelada, tal valor deveria sofrer algum tipo de correção.

Tal correção, diante da impossibilidade de utilização da TRD, deve proceder com base no INPC, mesmo porque, se fosse utilizada a TRD como fator de correção, não ocorreria correção a título de atualização monetária, mas uma remuneração, que implicaria em enriquecimento indevido.

De acordo com o requerido pela consignante em suas razões de apelação, nomeia-se o INPC como índice de reajuste, devendo ser realizado o cálculo para apuração do valor faltante, e oportunizada a complementação do depósito.

III — Decisão

Dá-se provimento ao recurso, para reformar-se a decisão monocrática, julgando-se procedente a consignação e improcedente a reconvenção, com a complementação do valor consignado como exposto acima e invertidos os ônus de sucumbência.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2000.

Carlos Prudêncio,

Presidente com voto;

Wilson Augusto do Nascimento,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.000308-3, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível — Ação de indenização — Responsabilidade civil contratual — Contrato atípico — Não comprovação do inadimplemento ou mora — Inacolhimento do pedido de perdas e danos — Recurso improvido.

Atípica é a relação negocial oriunda do contrato celebrado entre o empresário de shopping e o lojista. Somente com a prova cabal do descumprimento da obrigação contratual ou do seu não cumprimento pelo modo e no tempo devidos é que surge o dever de reparar perdas e danos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.000308-3, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que é apelante Everaldo Elias, sendo apeladas Associação dos Lojistas do Cavaller Shopping Center e Construtora Cavalier — Lúcio Imóveis Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

Everaldo Elias, devidamente qualificado nos autos, ajuizou ação de indenização por perdas e danos e lu-

cross cessantes contra Associação dos Lojistas do Cavaller Shopping Center e Construtora Cavaler — Lúcio Imóveis Ltda. Celebrou contrato de locação de sala comercial com a segunda ré e adquiriu um ponto comercial desta, no empreendimento denominado Cavaller Shopping das Indústrias, e, tempos depois, teria sido obrigado a deslocar seu bar e lanchonete do segundo para o primeiro piso, mas, por não haver espaço físico neste, não pôde colocá-lo em funcionamento.

Requeru: a) a restituição dos valores pagos a título de res esperata correspondente a R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), pagos em setembro de 1994; b) a condenação dos réus nas perdas e danos sofridos, bem como lucros cessantes, por culpa exclusiva destes, no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por mês; c) indenização pelo fundo de comércio, a ser apurado em liquidação de sentença; d) a devolução dos valores cobrados indevidamente, como condomínio e aluguel, no valor de R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) por mês, e ainda taxa de publicidade no valor de R\$ 327,15 (trezentos e vinte e sete reais e quinze centavos). Valorou a causa e juntou documentos.

Na audiência de conciliação designada no despacho inicial pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Criciúma, as partes requereram a suspensão do feito pelo prazo de trinta dias, para viabilizar um acordo, tendo a Construtora demandada colocado à disposição do autor uma sala idêntica àquela ocupada anteriormente, só que no andar térreo, para que pudesse se instalar no ramo de atividade que anteriormente desenvolvia (termo de fl. 38).

A Construtora Cavaler contestou, argüindo, preliminarmente, ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, com relação à venda do ponto comercial e alteração do local de funcionamento. No mérito, refutou os argumentos lançados pelo autor requerendo a improcedência do pedido inicial. Juntou documentos.

A Associação dos Lojistas do Cavaller Shopping Center ventilou a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, pugnando pela improcedência do feito. Acostou documentos.

O autor impugnou as contestações apresentadas e documentos juntados, ratificando os termos constantes da exordial e pedido de condenação das rés. Na audiência, a que alude o art. 331 do CPC, a proposta de conciliação foi recusada, sendo o processo saneado.

Na fase de instrução, foram ouvidas uma testemunha do autor e duas da Construtora Cavaler. As alegações finais foram remissivas às peças anteriores. O MM. Juiz a quo prolatou sentença de mérito, julgando improcedentes os pedidos formulados pelo autor, condenando-o ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Inconformado com a decisão, o autor interpôs o presente recurso, requerendo a reforma da sentença de primeira instância, ajustando-a aos precedentes jurisprudenciais, considerando-se procedente a ação. As rés contra-arrazoaram, manifestando-se pela manutenção da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito, improvedo-se o recurso.

Contados e preparados, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

Everaldo Elias interpôs o presente recurso, pois inconformado com a decisão proferida pelo Juízo a quo, o qual julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de indenização por lucros cessantes e perdas e danos, por entender não ter o autor comprovado que as rés tivessem culpa pelo insucesso de seu negócio.

Consta dos autos que o apelante celebrou contrato de locação (fls. 23/28), em data de 14/9/1994, prevenido a cláusula 5ª, o dia 31/12/1994 para a inauguração do shopping, o que somente ocorreu em meados de 1995.

Sustenta que adquiriu da Construtora ré um "ponto comercial", ou seja, o direito de reserva de localização, no empreendimento denominado Cavaller Shopping das Indústrias, sendo obrigado a deslocar seu bar e lanchonete do segundo para o primeiro piso, mas, como não havia espaço físico, não o colocou em funcionamento. Alega que a alteração do local de seu bar deu-se por imposição das rés, impossibilitando-o de exercer suas atividades.

O apelante, com a inicial, juntou o contrato de locação e regimento interno da Associação dos Lojistas Cavaller Shopping Center.

Primeiramente, convém anotar que o vínculo existente entre o empreendedor de um Shopping Center (apelado) e o lojista da unidade autônoma (apelante), constitui-se num contrato de locação, embora possua características exclusivas.

Assim estabelece a Lei n. 8.245/91 (Lei do Inquilinato):

"Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping

center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

"§ 1º. O empreendedor não poderá cobrar do locatário em shopping center:

"a) as despesas referidas nas alíneas a, b, e d do parágrafo único do art. 22; e

"b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite-se e obras de paisagismo nas partes de uso comum.

"§ 2º. As despesas cobradas do locatário devem ser previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior, devidamente demonstradas, podendo o locatário, a cada sessenta dias, por si ou entidade de classe exigir a comprovação das mesmas".

Como se vê, o contrato celebrado entre as partes está regulado pela lei do inquilinato, como bem anotou o Magistrado:

"O Centro de Compras ou Shopping Center passou a ter previsão legal a partir da Lei n. 8.245/91, momento em que se procurou assegurar ao inquilino garantias mínimas. Não chegou a ser uma regulamentação, até mesmo porque nada mais é do que um contrato de locação não residencial. Milton Fernandes anota, acerca desta nova legislação: 'As disposições constantes dos §§ 1º e 2º do art. 54 são visivelmente protecionistas do locatário. A solução parece-nos justa, eis que este é quem assume o risco do negócio. O proprietário é investidor, em contrato que contém cláusulas a ele benignas' (A Lei do

Inquilinato Anotada e Comentada, organizada por Carlos Alberto Bittar, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992, pág. 122). As relações entre lojista e empreendedor são livres, valendo o pactuado, exceto nas garantias mínimas previstas na Lei de Locação em favor do inquilino (muito mais relacionadas com o pagamento de despesas de condomínio e garantia de renovação do contrato)”.

Sublinhe-se que os chamados shopping centers passaram a participar da legislação locacional brasileira, no dizer de Sílvio de Salvo Venosa.

O autor, ao tratar do conceito de shopping center, sua natureza jurídica e a locação, destaca:

“O contrato celebrado entre o empresário do shopping e o lojista é, sem dúvida, uma figura nova no direito brasileiro, a aguçar os espíritos dos estudiosos. Nessa relação existe um cunho locacional, o qual, no entanto, não é único, e nem sempre o preponderante. Essa situação levou o mestre Alfredo Buzaid concluir que esse negócio jurídico não se subsume a nenhuma lei da locação (in Shopping Centers: Questões Jurídicas, coletânea organizada por Wilson Renault Pinto e Fernando Albino de Oliveira, 1991:15). Nessa referida obra, recente e atual, colhem-se inúmeras opiniões a respeito dessa rica e surpreendente forma de relação negocial. Tucci & Azevedo, por exemplo, concluem também que o contrato é atípico, com elementos locação, mas, com absoluta propriedade, acrescentam que a legislação da locação deve ser aplicada, por analogia, de acordo com o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: ressalte-se, entretanto, que

essa aplicação não deve conflitar com a natureza do contrato ou provocar a quebra da sua unidade (1985:53). Ora, agora legem habemus: o mesmo princípio enunciado pelos autores continua válido, e, como apontamos acima, aplica-se a presente lei em tudo aquilo que se harmonizar e não conflitar com a natureza desse empreendimento comercial. Outra não pode ser a solução, tendo em vista a presença deste artigo e do § 2º do art. 52. (...)” (in Venosa, Sílvio de Salvo. Lei do Inquilinato Comentada: doutrina e prática, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, pág. 190).

A respeito dos contratos em shoppings centers assinala Caio Mário da Silva Pereira:

“A propósito da caracterização jurídica deste contrato reina certa controvérsia. A mim me parece que se trata de um verdadeiro e próprio contrato de locação. O que tem levado a pô-lo em dúvida tem sido imiscuir, na sua tipologia, elementos acidentais.

“Fundamentalmente, locação, em nosso e alheio Direito, é o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a ceder temporariamente a outra o uso e gozo de uma coisa, mediante remuneração.

“À luz deste conceito, que, sem sombra de generalização duvidosa, é presente em todos os sistemas ocidentais, a cessão do uso dos salões do shopping center constitui um contrato de locação. Nele estão presentes os elementos essenciais — essenciaisia negotii: a coisa, res, objetivada no salão com todos os acessórios e dependências; o preço, pretium, fixado na remuneração; o consentimento, consensus, determinado pela utiliza-

ção para o ramo de comércio do usuário, sob as condições e cláusulas estabelecidas. Tudo faz deste contrato uma locação — *locatio rerum*, integrada em nossa sistemática. É bem verdade que oferece peculiaridades. Mas estas, a meu ver, não eliminam a natureza locatícia do contrato” (in *Shopping Centers, Aspectos Jurídicos*, RT, 1984, pág. 77).

Diante dessas lições e dos elementos que constam dos autos, inexistente dúvida de que a relação entre as litigantes é locatícia, consoante o disposto na Lei n. 8.245/91.

Mas, o ponto crucial para a averiguação da responsabilidade civil das rés pelas perdas e danos e lucros cessantes reclamados pelo autor, no caso, está no fato de elas terem ou não descumprido a obrigação contratual em qualquer das modalidades, requisito essencial à reparação, de acordo com a regra esculpida no art. 1.056 da Lei Substantiva Civil.

É fato que as lojas passaram de um piso para o outro. Essa alteração, no entanto, efetivou-se após deliberação em assembléia-geral (documento de fl. 60).

Portanto, a decisão da Associação em instalar todos os inquilinos em um só pavimento não foi arbitrária, muito pelo contrário, teve como finalidade a melhora no funcionamento do referido shopping center (*tenant mix*) até porque as rés não teriam interesse no contrário.

Para ilustrar transcrevo:

“Nos shoppings centers deve ser levado em conta o denominado *tenant mix*. Essa terminologia inglesa consiste no plano de determinação dos ramos e localização das lojas e

pontos de venda dentro de compras, gravitando em torno das chamadas lojas-âncora, as quais funcionam como ponto magnético da clientela. Esse aspecto pode ter importantes reflexos no exame da relação locatícia nesse empreendimento” (op. cit., págs. 190/191).

A respeito das associações deste tipo, esclarece Orlando Gomes:

“O shopping center é um centro autônomo de imputação de relações jurídicas, que tem na associação dos lojistas o órgão colegiado necessário para exprimir a vontade dos associados em certas relações externas e internas e assumir as decisões necessárias. A associação funciona, até certa medida, como a assembléia de condôminos de edifícios construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, com partes e serviços comuns. É como se fosse uma assembléia de compossuidores, mas com personalidade jurídica, o que consente seja um sujeito de direito distinto das pessoas físicas associadas. Tem, por conseguinte, estatutos sociais, como sociedade civil, *rectius* associação. Integram-na os lojistas. Pagam todos uma contribuição para o seu custeio. A filiação é obrigatória, mas qualquer sócio pode ser desligado ou eliminado por justa causa, quando será expulso da comunidade. Dirigida por um Conselho Deliberativo e por uma Diretoria Executiva cujo presidente é seu representante legal, todos os dirigentes são eleitos em assembléia-geral, correspondendo a cada sócio um voto. Dentre outros, tem a associação os seguintes fins: a) amparar os legítimos interesses dos sócios perante as autoridades no que tange ao normal funcionamento do shopping; b) cooperar

com as entidades de classe para que o tratamento dos assuntos relacionados com a atividade comercial dos sócios seja o que se dispensa às lojas em geral; c) estatuir normas para disciplina da atuação dos associados no exercício do seu comércio” (Traços do Perfil Jurídico de um Shopping Center, in RT 576/9).

Portanto, agiu a Associação de forma correta, dentro de suas atribuições.

O ônus da prova incumbe ao autor, quanto aos fatos constitutivos de seu direito. In casu, o apelante não logrou êxito em comprovar que a alteração do local do bar foi determinante para que tivesse paralisado suas ati-

dades e nem que tal fato deu-se por quebra do contrato.

Não há, pois, como responsabilizar as apeladas pelo insucesso do bar e lanchonete, sendo acertada a decisão monocrática.

Ante o exposto, conhece-se do recurso, mas nega-se provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2000.

Carlos Prudêncio,

Presidente com voto;

Wilson Augusto do Nascimento,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.011554-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Ação de cobrança — Transporte de mercadorias — Comprovante de entrega — Desnecessidade — Prova do serviço por outros meios — Ônus da prova — Alegação de pagamento — Não comprovação pela ré.

O conhecimento de transporte é documento hábil à comprovação do cumprimento do contrato de transporte, sendo irrelevante, em ação de cobrança, o comprovante de entrega da mercadoria.

Permanece inalterada a obrigação de pagar do devedor, se a alegada quitação não estiver expressa em documento, passado pelo credor (recibo).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.011554-2, da comarca da Capital (6ª Vara), em que é apelante Pepsi Cola

Engarrafadora Ltda., sendo apelada Arnoldo Soares — Firma Individual:

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

Custas na forma da lei.

Arnoldo Soares — Firma Individual ajuizou ação ordinária de cobrança contra Pepsi Cola Engarrafadora Ltda., requerendo a condenação desta ao pagamento de R\$ 25.230,00 (vinte e cinco mil, duzentos e trinta reais), referente aos conhecimentos de transporte rodoviário de carga, conforme relação anexa. Valorou a causa, e juntou documentos.

A parte ex adversa contestou, argüindo, em forma de preliminar, que a competência poderia ser deslocada por haver conexão, em razão do trâmite, na 4ª Vara Cível, da ação cautelar de exibição de documentos promovida pela autora contra a ré (2397250634-6), cujo objeto foi a entrega de todos os documentos pertinentes ao negócio realizado entre as partes, com a alegação de um débito de R\$ 25.755,00. Aduziu que a autora alegava, nos autos da ação cautelar, um débito de R\$ 25.755,00; nos autos da ação de cobrança, um débito de R\$ 5.633,00, e, nos presentes, um débito de R\$ 25.530,00, sem que a ré lhe deva um centavo sequer.

Requeru a juntada, pela autora, das vias originais das notas fiscais, já que esta somente juntou cópias autenticadas e, ainda, a expedição de ofício à empresa Bebidas Max Wilhelm S.A. para que esta informasse se as referidas notas fiscais estavam contabilizadas. Alega nada dever à autora. Acrescenta que os documentos não estão assinados pelo destinatário e nem pela ré, sendo emitidos unilateralmente. Requeru a total im-

procedência da ação, com a condenação da autora, inclusive, como litigante de má-fé, por utilizar-se do processo para obter objetivo ilegal. Juntou documentos.

A autora impugnou a contestação, dizendo que o valor de R\$ 25.755,00 foi corrigido, em virtude de duplicidade, para R\$ 25.230,00, que é alvo da presente ação de cobrança. Ratificou os pedidos e acostou documentos, dos quais a ré teve vista.

A preliminar de conexão foi afastada pela MMA. Juíza.

Na audiência de instrução e julgamento foi colhido o depoimento do preposto da ré e inquiridas duas testemunhas da autora. As partes apresentaram alegações finais orais, ratificando os pedidos consignados nas demais peças. A MMA. Juíza prolatou sentença em audiência, julgando procedente em parte o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento de R\$ 24.420,00, acrescido de correção monetária a partir do ajuizamento da ação e juros da citação. Tendo a autora decaído de parte mínima do pedido ficou a cargo da ré o pagamento integral das custas e honorários, fixados em 20% sobre o valor da condenação (fls. 621/622).

A ré interpôs recurso de apelação, pois inconformada com a sentença de fls. 621/622, pugnando pela reforma da decisão, dando provimento ao recurso. A apelada apresentou contra-razões, requerendo a manutenção na íntegra da sentença recorrida.

Contados e preparados, subiram os autos para o reexame.

É o relatório.

A autora deflagrou ação de cobrança visando a receber a importância de R\$ 25.230,00 (vinte e cinco mil, duzentos e trinta reais), referente ao pagamento dos conhecimentos de transporte rodoviário de carga, conforme documentação que acostou à inicial.

A digna Magistrada da 6ª Vara Cível da comarca da Capital julgou procedente em parte o pedido formulado pela autora, condenando a ré ao pagamento de R\$ 24.420,00 (vinte e quatro mil, quatrocentos e vinte reais), acrescidos de correção monetária a partir do ajuizamento da ação e juros de mora da citação. Por ter a autora decaído de parte mínima do pedido, as custas e honorários ficaram ao inteiro encargo da ré.

Ao apelar, a ré arguiu, em forma de preliminar, a existência de conexão entre a presente demanda e a ação cautelar de exibição de documentos que tramita na 4ª Vara Cível da comarca da Capital (023.97.250634-6), cujo objeto foi a entrega de todos os documentos pertinentes ao negócio realizado entre as partes.

Em saneador, a MMa. Juíza de Direito de primeira instância afastou a preliminar ventilada pela ré, entendendo não ser hipótese de conexão, mas de dependência. Acrescentou que não obstante existir identidade de partes, a presente ação ordinária não é acessória da medida cautelar de exibição de documentos em trâmite na 4ª Vara Cível da comarca da Capital.

De qualquer forma, não poderá ser objeto de reexame a decisão interlocutória que indeferiu o pedido de conexão (fl. 615). Se inconformada, deveria a ré ter interposto o recurso

cabível contra decisão interlocutória, qual seja, agravo de instrumento, nos termos do art. 522 e seguintes do CPC.

No mérito, alega a ré já ter pago os valores cobrados, e ser os conhecimentos de transporte unilateralmente produzidos pela autora.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a decisão proferida pela Juíza de primeira instância merece confirmação. A documentação acostada pela autora, notadamente os conhecimentos de transporte (3ª via) acostados aos autos e as notas fiscais correspondentes, comprova suas alegações.

A autora requereu o pagamento de R\$ 25.230,00, mas a ré foi condenada a pagar R\$ 24.420,00, pois foi deduzido do quantum o valor de R\$ 810,00 referente às notas fiscais enumeradas às fls. 556/557, em face da duplicidade de guias de conhecimento ali indicadas.

A prova testemunhal esclareceu que as notas fiscais originais e demais vias das guias de conhecimento de transporte ficavam nos depósitos onde eram entregues as mercadorias (fls. 623/625).

Sobre o conhecimento de transporte, leciona o mestre Fran Martins:

“163. Prova do contrato de transporte — Contrato consensual, o transporte admite qualquer prova permitida em Direito. Gerando o acordo de vontades obrigação para o transportador de conduzir a coisa ou pessoa de um local para outro, no transporte de coisas o meio hábil para provar o conhecimento da mercadoria por parte do transportador é o conhe-

cimento de frete, de que trata o Decreto n. 19.473, de 10/12/1930" (Contratos e Obrigações Comerciais, 13ª ed., Forense, 1995, pág. 201) (grifo nosso).

É o caso dos autos, pois a autora anexou os conhecimentos de frete, comprovando os serviços prestados à ré, bem como o seu não pagamento.

É certo que para a cobrança executiva deve haver documento comprovando a entrega de mercadoria, exigível juntamente com o protesto, para suprir a falta de aceite.

Nesse sentido:

"O segundo requisito substancial é que a duplicata, apresentada em juízo, para cobrança executiva, esteja acompanhada de documento hábil, comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria" (in A Cobrança da Duplicata Adaptada ao CPC, Forense, 1978, pág. 50).

Mas, a presente ação é ordinária de cobrança, não sendo requisito essencial à sua propositura que o documento seja um título executivo extrajudicial.

Este Sodalício já decidiu em caso semelhante:

"Ação ordinária de cobrança. Falta de apresentação do comprovante da entrega da mercadoria. Irrelevância se provada por outros meios. Litigância de má-fé. Condenação de ofício. Inadmissibilidade, in casu. Sentença confirmada com alusão à matéria de fundo.

"Em ação de cobrança é irrelevante a ausência do comprovante de entrega da mercadoria (canhoto), pois que o ato pode ser comprovado por outros meios. A condenação de ofício

por litigância de má-fé é somente imponível quando comprovado o dolo manifesto e, in casu, não é admissível. A sentença está correta, com alusão à matéria de fundo, sendo porém reformada parcialmente. Provimento parcial do recurso" (in Apelação Cível n. 34.344, de Campos Novos, rel. Des. Cláudio Marques).

A documentação acostada à inicial traz a certeza necessária para a sentença de procedência de uma demanda em processo ordinário de conhecimento.

A ré, por sua vez, não comprovou que tenha pago tais serviços à autora, como afirmou na contestação. Por outro lado, afirma que a autora não comprovou a entrega da mercadoria.

É certo que o ônus da prova cabe ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito.

Nesse sentido:

"A teor do art. 333, inciso I, do CPC, o ônus da prova a respeito do fato constitutivo do direito compete ao autor" (Ap. Cív. n. 49.212, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Mas, no momento que a parte demandada alega o pagamento à autora do valor cobrado, inverte-se o ônus da prova.

Dispõe o inciso II do art. 333 do CÂnone Processual Civil que cabe ao réu fazer prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Sobre o ônus da prova esclarece Humberto Theodoro Júnior:

"No processo civil, onde quase sempre predomina 'o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa a

diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova.

“Esse ônus consiste na condução processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo Juiz.

“Não há um dever de provar, nem à parte contrária 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 à existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

“No dizer de Kirsch, o ônus da prova vem a ser, portanto, a necessidade de provar para vencer a causa, de sorte que nela se pode ver uma imposição e uma sanção de ordem processual” (in Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 28ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1999, pág. 423).

In casu, alega a ré, por ocasião da contestação (fl. 553), já ter pago à autora referidos transportes.

Considerando-se que o pagamento do débito é fato extintivo, cabe à demandada prová-lo de forma eficiente. Tal prova deve ser cabal para ter eficácia, e deve ser feita pela demonstração inequívoca do adimplemento, o que se dá por meio de recibo.

Assim:

“A prova do pagamento se faz através de recibo claro, explícito, redigido com os requisitos do art. 939 e seguintes do Código Civil” (RF 610/208).

A quitação deve ocorrer nos termos do art. 940 do Código Civil, in verbis:

“A quitação designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou a quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou de seu representante”.

Fran Martins leciona sobre a prova de pagamento:

“A prova de pagamento será um recibo, passado pelo legítimo portador da duplicata ou por seu representante com poderes especiais, podendo este recibo ser escrito no verso do próprio título ou em documento em separado, desde que seja feita uma referência expressa à duplicata” (Títulos de Crédito, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, pág. 204).

Estabelece a Lei n. 5.474, de 18/7/1968, em seu art. 9º, § 1º:

“A prova do pagamento é o recibo, passado pelo legítimo portador ou por seu representante com poderes especiais, no verso do próprio título ou em documento em separado, com referência expressa à duplicata”.

Já decidiu este Tribunal:

“A forma de expressar o pagamento de um título extrajudicial é a quitação passada pelo credor, em documento chamado ‘recibo’, que deve ser escrito, onde constem requisitos mínimos para sua validade, como o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou de quem por ele pagou, o tempo e o lugar do pagamento. A inexistência desses requisitos mínimos não pode fazer prova da quitação de dívida, capaz de ilidir a presunção de liquidez e certeza da cam-

bial” (Apelação Cível n. 31.279, de Itajaí, rel. Des. Wilson Guarany).

Ainda:

“Constituindo-se o pagamento em fato naturalmente extintivo da obrigação, do devedor é a incumbência exclusiva de produzir a prova pertinente. Essa prova impõe-se escorreita, encerrando a convicção de que a prestação foi efetivamente cumprida, correspondendo integralmente ao objeto daquela em cobrança” (Apelação Cível n. 49.975, de São José do Cedro).

Em suma, não tendo a ré feito prova do pagamento, não logrou comprovação do alegado fato extintivo do direito da autora.

Portanto, a irresignação da ré não é digna de amparo, ante as provas existentes nos autos, que bem

evidenciam a relação de direito pessoal que existiu entre as partes, da qual se originou o débito.

Nega-se, pois, provimento ao recurso interposto por Pepsi Cola Engarrafadora Ltda., mantendo-se na totalidade a decisão proferida pela MMA. Juíza a quo, que a condenou ao pagamento de R\$ 24.420,00 (vinte e quatro mil, quatrocentos e vinte reais).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2000.

Carlos Prudêncio,

Presidente com voto;

Wilson Augusto do Nascimento,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.013000-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Apelação cível — Ação de alimentos — Avó detentora da guarda do menor, ante as condições financeiras e terapêuticas da genitora — Alimentos pelos ascendentes do menor — Solidariedade familiar — Avós — Fixação do quantum alimentar — Binômio necessidade/possibilidade — Apelo desprovido.

— O critério de fixação do quantum dos alimentos depende da conciliação desses dois elementos, possibilidade e necessidade. Os alimentos são determinados pelo juiz atendendo à situação econômica do alimentando e às necessidades essenciais de moradia, alimentação, vestuário, tratamento de saúde, e, se for menor, educação do reclamante.

— A obrigação de alimentos fundada no jus sanguinis repousa sobre o vínculo de solidariedade que une os membros do agrupamento familiar, impondo-lhe o dever recíproco de socorro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.013000-2, da comarca da Capital (2ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões), em que é apelante P. T. P., sendo apelado I. V. P. P. S. representado por sua avó, R.P.:

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

Custas na forma da lei.

I. V. P. P. S., representado por sua avó materna R. P., propôs ação de alimentos contra P. T. P.

A representante do menor aduziu que detém a sua guarda, obtida mediante ação judicial, cuja sentença anexou, tendo em vista que seus pais biológicos são usuários de drogas e negligenciaram os seus cuidados.

Asseverou que, desde 19/10/95, vem provendo sozinha as principais necessidades do menor e, que sendo o réu avô materno deste, deveria colaborar com a sua manutenção, uma vez que goza de boa situação financeira.

Finalizou pugnando pela procedência do pedido, condenando-se o requerido a pagar alimentos ao autor, equivalentes a 10% (dez por cento) dos seus vencimentos. Requereu, também, a fixação de alimentos provisórios no mesmo valor.

Após manifestação do Ministério Público, a MMA. Juíza fixou os alimentos provisórios em 5% (cinco por cento) dos rendimentos mensais do requerido e determinou que o requerente promovesse a citação de seus avós paternos. Na mesma oportuni-

de designou audiência de conciliação, instrução e julgamento.

O requerido juntou cópia de agravo de instrumento interposto daquela decisão (fls. 32/41) e requereu a citação dos pais biológicos do menor; enquanto o requerente promoveu a citação de sua avó paterna, informando que seu avô paterno já é falecido.

Na audiência, não sendo possível a conciliação, o Dr. Procurador do requerido apresentou contestação escrita, arguindo a ilegitimidade passiva ad causam.

A avó paterna, M. H., apresentou resposta oral, alegando não ter condições de arcar com o pagamento da pensão alimentícia do menor. Na oportunidade, foi colhido o depoimento do genitor do menor, E. C. de S.

Sentenciando o MM. Juiz de Direito julgou procedente o pedido exordial, conforme reformulado quando das alegações finais — pensão alimentícia no quantum de 5% do salário do requerido, em vez dos iniciais 10% — e improcedente quanto à avó paterna.

Veio aos autos cópia do acórdão que negou provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto da decisão que fixou os alimentos provisionais (fls. 116/122).

Irresignado, o requerido interpôs recurso de apelação postulando a reforma in totum do r. decisum.

O apelado apresentou contra-razões, pugnando pela manutenção da sentença.

O representante do Parquet a quo e da douta Procuradoria-Geral de Justiça opinaram pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo avô do menor, o qual foi condenado ao pagamento de alimento no quantum de 5% (cinco por cento) do seu salário.

Irresignado, o apelante inconforma-se com a fixação, argüindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva ad causam, pois não é responsável pela manutenção do menor, uma vez que seu pai possui condições de prover a sua existência, bem como a avó que assumiu a guarda possui condições para provê-la.

A preliminar aduzida pelo apelante confunde-se com o mérito, razão pela qual deixo para apreciá-la concomitante com o julgamento da causa.

Ao apelante não assiste razão ao procurar eximir-se da obrigação de prover alimentos, pois, conforme dispõe o art. 397 do Código Civil:

“O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Compulsando os autos, verifica-se que a avó assumiu a guarda do menor tendo em vista a precária situação de vida que sua genitora enfrenta, realizando tratamento para dependente de drogas, e que o pai não tem emprego definido, não é um profissional qualificado e possui outro filho, mas, mesmo assim, compromete-se a dar uma pensão ao menor, devendo ser manejada a competente via processual.

Portanto, da análise da situação econômica e social dos pais, é evidente a necessidade de que os ali-

mentos sejam providos pelo apelante, pois, também, tal ônus não há de ser imputado à avó paterna que recebe um salário mínimo pelo INSS, já que nunca é demais recordar a lição dos doutrinadores de que somente é cabível alimentos contra aqueles que tem condições de sobrevivência, razão pela qual não interessa ao legislador impor ao alimentante privações severas, restando indiscutível o caso relativamente a esta apelada.

Da mesma forma, com relação à avó, representante do alimentado, também não lhe é possível a imputação de maiores encargos, uma vez que já lhe compete a guarda, criação e educação deste. Carecendo, assim, a pretendida exoneração do apelante com base na voluntariedade da representante do menor ao assumir o encargo de guarda, pois afinal o apelado é seu neto.

Ora, espera-se de todo o avô ou avó que venha a socorrer seu neto quando este encontra-se em situação de abandono pelos pais, devido ao fato desses últimos serem usuários de drogas. O abandono dos genitores chegou a ponto de deixar o menor com escuridão e anemia. Não se tratava apenas de querer a guarda do menor mas da necessidade da obtenção de tal guarda.

Dispõe o art. 400 do Codex Material:

“Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Portanto, verifica-se a existência do binômio necessidade/possibilidade nas questões relativas a alimentos, ficando a cargo do credor a

comprovação de suas necessidades e ao devedor a prova de suas reais possibilidades.

Da doutrina de Yussef Said Cahali:

“Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada; é a regra do art. 400 do CC, e que se encontra na generalidade das legislações.

“Tal como os pressupostos da necessidade e da possibilidade, a regra da proporção é maleável e circunstancial, esquivando-se o código, acertadamente, em estabelecer-lhe os respectivos percentuais, pois a final se resolve em juízo de fato ou valorativo, o julgado que fixa a pensão.

“Conforme bem assinala Sílvio Rodrigues, o dispositivo do art. 400 ‘não significa que, considerando essas duas grandezas (necessidade e possibilidade), se deva inexoravelmente tirar uma resultante aritmética, como, por exemplo, fixando sempre os alimentos em um terço ou em dois quintos dos ganhos do alimentante. Tais ganhos, bem como as necessidades do alimentado, são parâmetros onde se inspirará o Juiz para fixar a pensão alimentícia. O legislador daqui, como o de alhures, quis deliberadamente ser vago, fixando apenas um standard jurídico, abrindo ao juiz um extenso campo de ação, capaz de possibilitar-lhe o enquadramento dos mais variados casos individuais” (in *Dos Alimentos*, SP, RT, 1987, págs. 480/481).

E também proclama o mestre Arnaldo Wald:

“O critério de fixação do quantum dos alimentos depende da concilia-

ção desses dois elementos, possibilidade e necessidade. Os alimentos são determinados pelo juiz atendendo à situação econômica do alimentando e às necessidades essenciais de moradia, alimentação, vestuário, tratamento de saúde e, se for menor, educação do reclamante.

“(…)

“As pensões alimentares são assim essencialmente variáveis, sendo modificadas quando houver alteração das necessidades do reclamante ou das possibilidades do alimentante, podendo ocorrer, conforme o caso, exoneração, redução ou agravação do encargo” (in *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. IV, Ed. RT, 9ª ed., pág. 41).

Da jurisprudência de nosso egregio Tribunal de Justiça colhe-se:

“Ação de alimentos. Assistência Judiciária. Art. 12 da Lei n. 1.060/50. Fixação na proporção das necessidades dos alimentandos e dos recursos do alimentante. Exegese do art. 400 do Código Civil. Recurso parcialmente provido.

“O valor dos alimentos, em sintonia com o estatuído no art. 400 do Código Civil, deve ser fixado na proporção das necessidades dos alimentandos e dos recursos do alimentante, com a adequada observância dos elementos de prova produzidos” (Apelação Cível n. 96.010172-1, da Capital, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

“Ação de alimentos. Fixação do quantum. Observância do binômio necessidade/possibilidade. Recurso parcialmente provido para reduzir o montante da prestação.

“Para a fixação de pensão alimentícia, deve o juiz sopesar as ne-

cessidades de quem a pede e os recursos de quem a presta, à luz do estatuído no art. 400 do Código Civil” (Apelação Cível n. 98.002356-4, de São José, rel. Des. Sérgio Paladino).

Portanto, no tocante ao quantum arbitrado a título de alimentos, quando da inicial, o alimentado pugnou por 10%, reduzindo, durante o trâmite processual, este valor para 5%, e o apelante prontificou-se a fornecer 2,5%, assim, convém ressaltar que os alimentos arbitrados pela MMA. Juíza o foram em percentual bastante razoável — 5% (cinco por cento) do salário do apelante. Este valor é apenas um pouco superior aos gastos com a escola, sobrando para a avó materna, representante do menor, todos os outros gastos para o seu sustento, o que é perfeitamente possível e aceitável, não ensejando qualquer modificação deste percentual.

Quanto à alegação de exoneração de pensão alimentícia, esta não possui influência na atual conjuntura da demanda, devendo o apelante ajuizar o meio próprio para tal fim.

Por fim, tendo o apelante constituído nova família, estava ele ciente de que possuía um compromisso com a que havia constituído anteriormente, não podendo aquela ser utilizada como um meio de evadir-se de sua obrigação alimentar.

Da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

“Mandado de segurança — Efeito suspensivo a agravo de instrumento — Alimentos provisórios fixados em percentual incidente sobre os ganhos do avô, a título de obrigação complementar, em favor da neta — Solidariedade familiar — Art. 397 do

CC — Pretendida redução do quantum fixado — Questão de fato a exigir produção de prova, inviável em sede de mandado de segurança — Direito líquido e certo não comprovado — Segurança denegada” (Mandado de Segurança n. 3.059, de Criciúma, rel. Des. Alcides Aguiar).

“Alimentos. Ação dirigida contra pai e avô paterno do alimentando. Pai apto para o trabalho. Ilegitimidade ad causam do avô reconhecida. Recurso desprovido.

“A ação de alimentos ‘deve ser dirigida primeiramente contra o pai, para, na impossibilidade dele, serem chamados os avós; proposta contra ambos, se o indigitado pai dispõe de recursos e de meios próprios de vida, o pedido de alimentos deve ser dirigido contra ele apresentando-se o indigitado avô como parte ilegítima na ação’ (Cahali, Yussef Said, *Dos Alimentos*, 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pág. 519)” (Agravo de Instrumento n. 97.014639-6, de Araranguá, rel. Des. Sérgio Paladino).

Do corpo do v. acórdão:

“A obrigação alimentar é questão que não interessa apenas ao alimentando e ao alimentado: o Estado, a sociedade e a família em geral partilham desses interesses. É daí que advém o dever e a possibilidade jurídica de não só os pais, mas também os parentes, proverem as necessidades do alimentando.

“O artigo 396 do Código Civil reza o seguinte:

‘De acordo com o prescrito neste capítulo podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos, de que necessitem para subsistir’.

“E, consoante a regra inscrita no artigo seguinte, ‘O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros’.

“A conclusão, diante da leitura dos artigos sobreditos, é de que quando os pais não puderem prestar os alimentos, os avós, os bisavós e outros ascendentes, podem ser chamados a cobrir a falta, suportando inclusive demanda que tenha por objeto prestação alimentícia.

“Esse repasse de responsabilidade, todavia, não se opera de maneira tão simples e singela. A impossibilidade dos pais de prestar alimentos aos filhos deve ficar justificadamente demonstrada, fundadas em razões ponderáveis e irremovíveis que os tornem realmente incapazes de cumprir aquela obrigação. O fato de ser o pai estudante, como no caso em tela, porém apto para o trabalho, não o torna impossibilitado de contribuir com o sustento de sua filha.

“Maria Helena Diniz, em sua obra Curso de Direito Civil, 5º volume, leciona:

‘A obrigação alimentar recai nos parentes mais próximos em grau, passando aos mais remotos na falta uns dos outros (CC, art. 397) (...) De forma que quem necessitar de alimentos deverá pedi-los, primeiramente, ao pai ou à mãe (RT 490/108). Na falta destes aos avós paternos ou maternos (Adcoas, 1980, n. 74.442, TJRJ), na ausência destes aos bisavós e assim sucessivamente’.

“Entre os autores que tratam do assunto, há unanimidade quanto à or-

dem das pessoas que estão obrigadas à prestação de alimentos: 1º) os pais e os filhos; 2º) na falta destes, os ascendentes, na ordem da proximidade; 3º) os descendentes na ordem de sucessão; e 4º) os irmãos assim germanos como os unilaterais.

“Yussef Said Cahali, ao tratar do assunto, em sua obra Dos Alimentos, assinala o seguinte:

‘A obrigação de alimentos fundada no jus sanguinis repousa sobre o vínculo de solidariedade que une os membros do agrupamento familiar e sobre a comunidade de interesses, impondo aos que pertencem ao mesmo grupo o dever recíproco de socorro.

‘(...)

‘Estabelecida a hierarquia dos devedores de alimentos, não se pode pretender, singelamente, que os mais próximos excluam os mais remotos (tal como acontece na vocação hereditária), mas se dispõe apenas que os mais remotos só serão obrigados quando inutilmente se recorreu aos que os precedem’ (Dos Alimentos, 2ª edição, págs. 515 a 519).

“E Washington de Barros Monteiro, evocando pensamento de Frank, assevera:

‘convocar um ser humano à existência é assumir o compromisso de ser a sua providência e de arredá-lo do sofrimento e das privações’ (Curso de Direito Civil — Direito de Família, 2º vol., pág. 291).

Em face do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo-se ígida a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer, o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 7 de dezembro de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.009225-9, DE IBIRAMA

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Responsabilidade civil. Danos morais. Cheque sem fundos na data da apresentação para pagamento. Regularidade da devolução. Improcedência da ação. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.009225-9, da comarca de Ibirama, em que são apelantes Inácio Pavanello e Melania Pavanello e apelado o Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

Na comarca de Ibirama, Inácio e Melania Pavanello aforaram ação de responsabilidade civil contra o Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc objetivando indenização por danos morais em face da indevida devolução do cheque n. 529641, da conta corrente conjunta que possuem na instituição financeira ré, com nota de "sem fundos".

Regularmente processado o feito, sobreveio a sentença de fls. 41/47, dando pela improcedência do pedido por ausência de conduta ilícita do Banco.

Irresignados, os autores interuseram recurso de apelação sustentando a culpabilidade do Banco na devolução indevida do cheque.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderem os autos a esta Corte.

II — Voto

O apelo não merece prosperar, pois a devolução do cheque n. 529641, emitido pela autora, por insuficiência de fundos, foi regular.

Infere-se da fotocópia do cheque, acostada à fl. 23, que a cártula foi apresentada para pagamento nas datas de 14 e 16 de outubro de 1996. Aliás, os extratos de conta trazidos pelos autores (fls. 10/12) também demonstram tal fato, evidenciando que a apresentação foi efetivada pelo sistema de compensação. E mais, a inexis-

tência de fundos disponíveis na conta corrente dos apelantes, em referidos dias.

Dispõe o § 1º do art. 4º da Lei n. 7.357/85 que “A existência de fundos disponíveis é verificada no momento da apresentação do cheque para pagamento”.

E complementa o art. 34: “A apresentação do cheque à câmara de compensação equivale à apresentação a pagamento”.

Ora, a ausência de fundos na conta corrente dos autores, na data da apresentação do aludido título, determinou a respectiva devolução que, assim, se deu com absoluta regularidade.

Por outro lado, irrelevantes os depósitos efetivados, a destempo, em 17/10/96.

Finalmente, anoto que o fato de constar dos extratos a devolução do aludido cheque na data de 17/10/96, em nada altera a situação, posto que a devolução é procedimento subsequente, e distinto, da compensação. Tendo havido a impossibilidade de efetivar-se a compensação, por ine-

xistência de fundos quando da apresentação, devolve-se o cheque, na sequência.

Destarte, confirma-se a decisão Monocrática, a qual deu adequada e jurídica solução à causa, julgando improcedente a ação, haja vista a regularidade e licitude do procedimento da instituição financeira, não havendo que se cogitar de indenização por dano moral.

III — Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2000.

Silveira Lenzi,

Presidente;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,

Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.011025-7, DE XANXERÊ

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Comercial e processual civil — Ação de indenização por dano material e moral por protesto indevido de cambiais — Operação de desconto de título de crédito — Duplicata — Ausência de prova do endosso-procuração — Legitimidade do banco endossatário para figurar no pólo passivo da lide.

Direito civil — Responsabilidade do banco endossatário por protesto indevido de duplicatas — Ausência de provas capazes de

demonstrar a ciência da instituição financeira sobre a falta de transação mercantil subjacente — Exercício regular de direito do banco — Improcedência do pedido de indenização por danos morais.

“A anulação do título sem lastro, por si só, não pode ensejar a responsabilização da instituição bancária que o protestou na qualidade de endossatário e em obediência ao comando do art. 13, § 4º, da Lei de Duplicatas. Em outras palavras, a responsabilidade do banco pelo protesto de títulos limita-se aos casos em que tenha tomado conhecimento da falta de lastro da duplicata e, mesmo assim, a tenha apontado para protesto” (STJ — 4ª T. — REsp n. 264.079/SP — rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — in DJU de 16/10/2000).

Condenação por litigância de má-fé.

Age como litigante de má-fé a empresa que nem sequer existe no mundo dos fatos e, mesmo assim, deflagra uma demanda judicial alegando ter sofrido danos morais em decorrência de protesto indevido de títulos.

Honorários advocatícios — Redução da quantia fixada pela sentença — Aplicação do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.011025-7, da comarca de Xanxerê, em que é apelante Comércio e Transportes Pilan Ltda. e apelado o Banco Meridional do Brasil S.A.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso de apelação interposto.

Custas de lei.

I — Relatório

Na comarca de Xanxerê, Comércio e Transportes Pilan Ltda. ajuizou ação de dano material e moral por protesto indevido de títulos cambiais contra Banco Meridional do Brasil

S.A., aduzindo que o réu teria efetuado o protesto de três duplicatas simuladas emitidas em seu desfavor.

Alegou que os títulos de crédito foram emitidos fraudulentamente pelas empresas DP — Casa do Encanador Ltda. e Guerino Representações Comerciais Ltda., as quais falsificaram a assinatura do representante legal da autora, a fim de simular o aceite das duplicatas.

Sustentou que o réu não tomou os cuidados mínimos necessários para proceder ao desconto dos títulos. Procurado pelas aludidas empresas, aceitou de pronto efetuar tal operação bancária, sem antes verificar a veracidade das assinaturas apostas nas cartulas. Ato contínuo, levou a protesto as duplicatas falsas, causando sérios danos extrapatrimoniais à autora.

Arrematou pleiteando a condenação do réu ao pagamento de indenização equivalente a cem vezes o valor dos títulos protestados, além das custas processuais e honorários advocatícios.

Regularmente citada, a parte ex adversa apresentou resposta, em forma de contestação, arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva ad causam, por ter efetuado a cobrança dos títulos na qualidade de endossatário-mandatário.

Ainda em sede proemial, sustentou a ausência de interesse em agir por parte da autora, posto que esta não tomou nenhuma providência quando notificada que os protestos dos títulos seriam realizados.

No mérito, salientou que o fato de as duplicatas terem sido sacadas fraudulentamente não configurava óbice para o protesto, tendo em vista o princípio da autonomia das obrigações que rege os títulos de crédito.

Por fim, requereu a improcedência do pedido inicial, para que a autora fosse condenada nas penas de litigância de má-fé, e ao pagamento das custas processuais e da verba advocatícia.

Após impugnada a contestação (fls. 64/67), foi proferido despacho saneador que rechaçou a prefacial de ausência de interesse de agir e relegou para a sentença o exame da preliminar de ilegitimidade passiva ad causam suscitada pelo réu.

Durante a fase instrutória, malogradas as tentativas de conciliação, foram colhidos o depoimento pessoal do representante legal da autora e as declarações de duas testemunhas arroladas por ela.

Via memoriais, os litigantes ratificaram os pleitos lançados anteriormente nos autos.

Sentenciando, o douto Magistrado a quo reconheceu a existência de ilegitimidade passiva ad causam e extinguiu o feito, sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, inciso VI, do CPC. Além disso, condenou a autora ao pagamento das despesas processuais; da verba honorária, esta fixada em R\$ 20.000,00; e de quantia equivalente a 20% do valor atribuído à causa, a título de litigância de má-fé.

Insatisfeita com a prestação jurisdicional entregue, a autora interpôs, a tempo e modo, recurso de apelação, argumentando: a) que a falsificação das assinaturas apostas nas duplicatas restou sobejamente comprovada; b) que o apelado agiu sem as cautelas devidas, pois, mesmo tendo conhecimento da falsidade das assinaturas, insistiu em levar os títulos a protesto; c) que não houve litigância de má-fé de sua parte, pois apenas procurou deduzir pretensão que entendia cabível; d) que os honorários advocatícios deveriam ter sido arbitrados com base no valor dado à causa, e não sobre o quantum pedido a título de danos morais.

O apelado, por seu turno, aplaudiu o teor do decisum recorrido, pleiteando a sua manutenção.

II — Voto

No caso sub studio, o ilustre Sentenciante houve por bem reconhecer a ilegitimidade do apelado para figurar no pólo passivo da lide, tendo em vista que este teria efetuado o protesto das duplicatas lançadas contra a

apelante na qualidade de endossatário-mandatário. Entretanto, antes de chegar a tal conclusão e julgar extinto o feito, com fulcro no art. 267, inciso VI, do CPC, teceu uma série de considerações pertinentes ao *meritum causae*, abordando, passo a passo, as teses lançadas nos autos pelos litigantes.

Nesse contexto, portanto, é de se concluir que nada impede que este Tribunal conheça do recurso interposto e fira o mérito da causa, sem que tal atitude possa configurar a supressão de um grau de jurisdição. Aliás, em caso semelhante, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “é lícito ao acórdão examinar o pedido pelo mérito, se a sentença não deixa de fazê-lo, embora tenha extinto o processo sem julgamento do mérito” (STJ — 3ª T. — REsp n. 7.417/SP, rel. Min. Nilson Naves — in DJU de 22/4/91, pág. 4.787).

Feitos esses esclarecimentos preliminares, cumpre, então, dar início ao exame do apelo.

Logicamente, a primeira questão a ser abordada diz com a legitimidade passiva *ad causam* do apelado. Teria o banco endossatário agido na qualidade de mandatário ao efetuar o protesto das duplicatas sacadas contra a apelante?

Bem, para que tal dúvida seja extirpada, convém, antes de mais nada, relembrar as lições proferidas pelo mestre Rubens Requião acerca do endosso-mandato:

“É admissível, pela lei, a inserção, no endosso, de cláusula que expresse a sua finalidade, como, por exemplo, por procuração, valor a cobrar, para a cobrança ou outra expressão que implique mandato para de-

terminado fim. É o genericamente chamado endosso-mandato ou endosso-procuração. Transmite-se ao mandatário, assim investido de mandato e da posse do título, o poder de efetuar a cobrança, dando quitação de seu valor. Desse modo se transfere a posse da letra, mas não a disponibilidade de seu valor, cujo crédito pertence ao endossante” (Curso de Direito Comercial, 12ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1982, vol. II, pág. 342).

Como se vê, para que restasse caracterizado o endosso-procuração, era necessário que os endossatários dos títulos em foco lançassem no dorso destes alguma expressão que identificasse claramente o propósito do endosso. Entretanto, isso não ocorreu. Analisando-se o verso das duplicatas, percebe-se que foram endossadas por um carimbo estampando os seguintes dizeres: “Pague-se ao Banco Meridional S.A. ou à sua ordem”. Salta aos olhos, portanto, que o banco, ao efetuar o desconto dos títulos, recebeu-os por meio de endosso translático, tornando-se, assim, verdadeiro proprietário destes.

A respeito do assunto, leciona Ricardo José Martins:

“No caso da operação de desconto de duplicata na qual ela é negociada diretamente, mediante a antecipação pelo banco do valor respectivo, este, ao receber o título devidamente endossado (endosso pleno), passa a ser titular do crédito, podendo exigí-lo de todos os coobrigados. Esse chamado endosso translático ou endosso pleno é o que transfere a propriedade do título, sem qualquer ressalva, implicando, conseqüentemente, na responsabilidade solidária da pessoa

que o endossa" (Da Duplicata Mercantil, 1ª ed., São Paulo, Ed. Aquarela, 1988, pág. 79).

Dentro dessa perspectiva, tem-se que o Banco Meridional possuía legitimidade para figurar no pólo passivo da presente demanda. Isso porque, ao levar os títulos a protesto, não agiu como um simples mandatário das empresas DP — Casa do Encanador Ltda. e Guerino Representações Comerciais Ltda., mas sim como legítimo proprietário das cártulas descontadas. Portanto, se realmente tivesse restado comprovada a emissão fraudulenta das duplicatas e a negligência do Banco Meridional, no ato de apontamento para protesto, não resta dúvida que ele, assim como as empresas que sacaram os títulos, teriam legitimidade para responder pelos possíveis prejuízos causados à apelante.

A propósito, vale conferir alguns julgados provenientes do Superior Tribunal de Justiça, nos quais instituições financeiras que costumam efetuar descontos de títulos de crédito acabaram sendo condenadas a ressarcir os danos morais e patrimoniais decorrentes do protesto indevido de duplicatas simuladas:

"Duplicatas fraudulentas. Protesto. Banco endossatário. Ciência do vício. Dano moral. Pessoa jurídica.

"1. Tendo ciência inequívoca o banco endossatário de que as duplicatas eram fraudulentas, sem lastro algum, deve o mesmo responder pelos danos morais decorrentes do protesto" (STJ — 3ª T. — REsp n. 161.913—MG — rel. Min. Menezes Direito — in DJU de 18/12/98).

"Protesto de duplicata. Endossatário. Responsabilidade. Lícita a

conduta do banco endossatário ao protestar duplicata, a fim de assegurar o direito de regresso contra o endossante.

"Estando, entretanto, ciente de que desfeito o negócio que deu origem aos títulos e negando-se a anuir com o cancelamento do protesto, assume o risco de causar prejuízo ao terceiro, estranho à relação endossante-endossatário, razão pela qual responde pelos danos por esse suportados" (STJ — 3ª T. — REsp n. 255.058/PR — rel. Min. Eduardo Ribeiro — in DJU de 14/8/00, pág. 170).

"Comercial e processual civil. Duplicata. Protesto. Desfazimento da transação mercantil subjacente. Ciência do banco endossatário. Responsabilidade configurada. Recurso desacolhido.

"(...)

"III — Tendo o banco endossatário ciência inequívoca de que desfeito o negócio jurídico em que se fundou a emissão das duplicatas, deixando os títulos sem lastro, deve o mesmo responder pelas perdas e danos decorrentes do protesto" (STJ — 4ª T. — REsp n. 144.585/SP — rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — in DJU de 17/12/99).

Procedendo-se a acurado exame desses arestos, torna-se fácil constatar a presença de um traço comum entre eles: em todas as hipóteses o banco endossatário foi condenado ao ressarcimento dos danos morais porque tinha ciência de que as duplicatas que estava levando a protesto eram fraudulentas e sem lastro algum.

No caso retratado nos autos, entretanto, isso não ocorreu. Como

bem observou o Magistrado a quo, não restou comprovado que o apelado, ao efetuar o protesto das duplicatas, tinha conhecimento de que estas poderiam ter sido emitidas fraudulentamente, isto é, sem a existência de negócio subjacente e com a falsificação da assinatura do representante legal da apelante, a fim de forjar o aceite dos títulos.

Sobre o assunto, o informante Luiz Carlos Mocelin declarou: "que na época dos fatos o declarante era gerente do banco requerido; que os títulos em epígrafe foram apresentados para desconto estando formalmente perfeitos; que após autorizado o desconto dos mesmos foram encaminhados para processamento, havendo notificação do sacado; que somente tomou conhecimento através do representante legal da autora de que esses eram falsos após terem os mesmos sidos protestados" (fl. 84).

Ailton Pilan, representante legal da empresa apelante, por sua vez, limitou-se a relatar o seguinte: "que ao receber o aviso do cartório, o irmão do apelante contactou com o gerente da requerida informando que os títulos eram falsos" (fl. 82). Vê-se, pois, que nem sequer foi capaz de esclarecer se tal contato teria ocorrido antes ou depois de efetuados os protestos.

Quanto à testemunha Adélio Genimar Gasparetto (fl. 86), pode-se afirmar que também não soube esclarecer se o irmão de Ailton Pilan, de nome Ari Pilan, teria logrado êxito em comunicar a instituição financeira recorrida acerca da possível falsidade dos títulos, antes que estes fossem protestados.

Vê-se, pois, que a prova testemunhal produzida durante a fase instrutória mostrou-se ineficaz para demonstrar que o banco, ao protestar os títulos, tinha ciência sobre a emissão fraudulenta destes. Por outro lado, nenhuma prova documental foi capaz de demonstrar tal fato. Aliás, nesse aspecto, bastante útil poderia ter sido a propositura de uma ação contra o banco objetivando a sustação dos protestos. Todavia, surpreendentemente, tal providência nem sequer foi tomada.

Assim sendo, restando incomprovada a negligência do banco endossatário, jamais a pretensão indenizatória formulada pela apelante poderia ser acolhida. Conforme esclarecido anteriormente, a responsabilidade do banco pelo protesto de título cinge-se aos casos em que tenha tomado conhecimento da emissão fraudulenta da duplicata e, ainda assim, insista em apontá-la para protesto. Ausentes as provas necessárias para caracterizar tal situação, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

"Comercial e processual civil. Duplicata. Protesto. Desfazimento da transação mercantil subjacente. Ciência do banco endossatário. Ausência. Exercício regular de direito. Art. 160, CC. Recurso provido.

"I — O apontamento levado a efeito pelo endossatário é, por imperativo legal (art. 13, § 4º, da Lei n. 5.474/68), ato necessário à preservação do direito de regresso contra a emitente-endossante, pelo que tal procedimento, quando dirigido a este

fim específico, não deve ser tido como abusivo.

“II — (...)”

“III — A anulação do título sem lastro, por si só, não pode ensejar a responsabilização da instituição bancária que o protestou na qualidade de endossatário e em obediência ao comando do art. 13, § 4º, da Lei de Duplicatas. Em outras palavras, a responsabilidade do banco pelo protesto de títulos limita-se aos casos em que tenha tomado conhecimento da falta de lastro da duplicata e, mesmo assim, a tenha apontado para protesto” (STJ — 4ª T. — REsp n. 264.079/SP — rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — in DJU de 16/10/2000).

Como se não bastassem esses argumentos, cumpre registrar que a apelante também não comprovou sua alegação de que os aceites das duplicatas teriam sido falsificados. A prova testemunhal nada esclareceu sobre o assunto. Por outro lado, nenhum laudo pericial chegou a ser requerido para comprovar tal fato, quedando-se a apelante inerte ante o ônus que lhe competia.

Diante do quadro pincelado, portanto, pode-se afirmar que andou bem o Magistrado a quo na apreciação do mérito da causa. Laborou em equívoco, todavia, ao reconhecer a ocorrência de endosso-mandato e a ilegitimidade passiva ad causam do apelado.

Destarte, cumpre que se retifique a sentença, julgando-se extinto o processo, com apreciação do mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC.

De outra parte, no que pertine à condenação da apelante por litigância

de má-fé (arts. 16 e 17, incisos II e III, c/c art. 18, § 2º, todos do CPC), não há que se fazer reparos.

Consoante se infere dos autos, a empresa apelante deixou de exercer suas atividades comerciais há mais de 18 anos. O próprio representante legal da apelante declarou “que sua empresa Comércio e Transportes Pilan Ltda. está desativada desde 1982, entretanto, não foi dado a regular baixa junto à Junta Comercial do Estado (...) que a empresa Comércio e Transportes Pilan Ltda., após ser desativada em 1982, nunca mais foi utilizada”.

Ora, é indubitável que age como litigante de má-fé a empresa que nem sequer existe no mundo dos fatos e, mesmo assim, deflagra uma demanda judicial alegando ter sofrido danos morais em decorrência de protesto indevido de títulos. Tal atitude revela que a apelante acionou o Poder Judiciário com manifesta intenção de enriquecer-se, ilicitamente, às expensas do réu, fato esse que não pode ser tolerado. O processo não pode ser utilizado como instrumento para conseguir objetivos ilícitos, nem pode servir de palco para encenações de situações irreais.

Por derradeiro, cumpre analisar o pleito de redução da verba honorária arbitrada.

Pelo que se depreende dos autos, o estipêndio advocatício foi fixado em R\$ 20.000,00, tendo em vista o vultoso valor requerido pela apelante a título de danos morais.

Ocorre que o quantum pleiteado nas ações de indenização por dano moral é meramente estimativo, não podendo servir de base para a fixação dos honorários advocatícios. Ademais,

o caso é de improcedência da ação, incidindo a regra do art. 20, § 4º, do CPC.

Dessa forma, os honorários não poderiam ter sido arbitrados com arrimo no valor perseguido pela apelante a título de danos morais. Inocorrendo a condenação, fazia-se necessário que a sentença os fixasse de forma eqüitativa, não deixando de observar os parâmetros do § 3º do aludido dispositivo legal, a saber: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço.

Neste passo, levando-se em conta os aludidos critérios, reduz-se a verba honorária para a quantia de R\$ 2.000,00.

III — Decisão

Diante do exposto, concede-se provimento parcial ao recurso de apelação interposto, a fim de reduzir a verba honorária fixada na sentença para R\$ 2.000,00, ratificando-se a parte dispositiva para julgar-se improcedente a ação.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2000.

Silveira Lenzi,

Presidente com voto;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,

Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.003103-8, DE SÃO JOSÉ

Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Mora não comprovada. Protesto inoperante por ausência das formalidades essenciais previstas no artigo 22 da Lei n. 9.492/97. Extinção. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.003103-8, da comarca de São José (1ª Vara), em que é apelante Banco Volkswagen S.A. e apelado Manoel José da Silva:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

Irresignado com a decisão que indeferiu a inicial da ação de busca e apreensão que intentou contra Manoel José da Silva, o Banco Volkswagen S.A. interpôs recurso de apelação, sustentando a regularidade do protesto efetivado, para a comprovação da

mora do devedor, ascendendo os autos a esta instância.

II — Voto

Preliminarmente consigno que considero implícito no despacho que recebeu o recurso de apelação e determinou a remessa dos autos a instância ad quem, o exercício do juízo de retratabilidade a que alude o artigo 296 do Código de Processo Civil, com manutenção da decisão impugnada.

Referida norma veio em benefício da economia processual, possibilitando ao juiz rever e reformar sua decisão, como se fora o Tribunal, em verdadeira exceção ao estatuído no art. 463 do aludido Diploma Legal.

Uma vez ocorrida a ascensão do recurso cabe ao Tribunal o julgamento. Exigir-se que os autos retornem à origem para que o juízo a quo expressamente mantenha ou reforme a decisão impugnada, significaria afronta ao princípio da economia processual, razão de ser da edição da norma em epígrafe.

Daí por que entendo implícita a manutenção da sentença, pelo Togado de primeiro grau, no despacho que ordena a remessa ao Tribunal.

Passo, pois, ao exame do apelo.

A prova da mora é condição de procedibilidade da ação de busca e apreensão, como prescreve a Súmula 72 do Superior Tribunal de Justiça, verbis: “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”. Assim, sem o pressuposto o autor é carecedor da ação.

O Decreto-Lei n. 911/69, em seu art. 2º, § 2º, dispõe que a mora poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, tendo o Superior Tribunal de Justiça ressaltado: “O escopo da lei, ao exigir a comprovação documental da mora para o aforamento da busca e apreensão, é essencialmente prevenir que o alienante venha a ser surpreendido com a subtração repentina dos bens dados em garantia sem, antes, inequivocadamente cientificado, ter oportunidade de, desejando, saldar a dívida garantida e, assim, retomar-lhes a propriedade plena” (Recurso Especial n. 16.242-0/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

No caso dos autos a inicial veio acompanhada de instrumento de protesto, o qual, todavia, não preenche os requisitos do art. 22 da Lei n. 9.492/97 que dispõe:

“Art. 22. O registro do protesto e seu instrumento deverão conter:

“I — data e número de protocolização;

“II — nome do apresentante e endereço;

“III — reprodução ou transcrição do documento ou das indicações feitas pelo apresentante e declarações nele inseridas;

“IV — certidão das intimações feitas e das respostas eventualmente oferecidas;

“V — indicação dos intervenientes voluntários e das firmas por eles honradas;

“VI — a aquiescência do portador do aceite por honra;

“VII — nome, número do documento de identificação do devedor e endereço; e

“VIII — data e assinatura do tabelião de protesto, de seus substitutos ou de escrevente autorizado.

“Parágrafo único...”.

Walter Ceneviva comenta: “O Capítulo IX da Lei, compreendendo os arts. 20 a 24, é dedicado ao registro do protesto. O estrito cumprimento do rito previsto nos mencionados artigos do nono capítulo, nos casos previstos em lei, é essencial para a eficácia do protesto, na conformidade do art. 1º...” (Lei do Serviço de Protestos, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1999, pág. 80).

E prescreve o art. 1º: “Protesto é ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”.

Ressalta o acatado autor: “Ato formal e solene corresponde à atuação, sob responsabilidade do delegado, marcada pelo rigoroso respeito aos procedimentos previstos em lei, para a exteriorização do inadimplemento do devedor” (ob. cit., pág. 67).

A eficácia do protesto, assim, fica submetida ao respeito à forma legal.

Na hipótese, não obstante o devedor tenha endereço certo, consignado na exordial, no contrato de alienação fiduciária e nota promissória vinculada, e ainda no próprio certificado de registro do veículo objeto da alienação fiduciária, o instrumento de protesto não o declina, como deveria, em observância ao inciso VII do aludido dispositivo legal. Por outro lado, também não atende ao disposto no in-

ciso IV da mesma norma, limitando-se à referência de que a intimação se deu por edital por não ter sido encontrado.

In casu, o Togado a quo ainda oportunizou a juntada do documento comprobatório da efetivação da prévia intimação, todavia, não foi atendido.

Como assinala Amador Paes de Almeida:

“Constituindo-se num dos requisitos fundamentais do protesto, a intimação é o seu complemento que, sem ela, torna-se inoperante.

“Assim sendo, a intimação postal, acompanhada do respectivo ‘AR’, deve ser regularmente feita e cumprida em prazo hábil (o protesto por falta de pagamento deve ser efetuado em três dias), constituindo-se a intimação por edital flagrante exceção, que só se admite quando, expedida a carta intimatória, não haja sido possível a intimação, com a sua necessária devolução pelo Correio” (Teoria e Prática dos Títulos de Crédito, São Paulo, Saraiva, 1987, 11ª ed., pág. 251).

É certo que o tabelião goza de fé pública (art. 3º da Lei n. 8.935 de 18/11/1994), e que os arts. 14 e 15 da Lei n. 9.492/97 disciplinam as intimações procedidas pelo tabelião de protesto. Contudo, consabido que a lei não contém dispositivos desnecessários. Ora, se o ordenamento discrimina tudo o que deve conter o registro de protesto e seu instrumento (art. 22), não é dado dispensar-se qualquer das formalidades essenciais previstas.

Daí por que, contrariamente ao que decidiu o STJ, in REsp n. 146.265/SP, j. 3/12/98, adoto a orientação do nosso egrégio Tribunal de Justiça.

A propósito:

“Inoperante o protesto do título, por desvestido de formalidades essenciais, comprovada não resulta a mora do devedor fiduciante, o que torna o credor fiduciário carecedor de ação de busca e apreensão embasada em contrato de alienação fiduciária em garantia.

“Não encontrado o bem alienado, e convertida a ação de busca e apreensão em ação de depósito, a virtual carência daquela transfere-se a esta, contaminando-a e gerando-lhe a extinção” (Ap. Cív. n. 97.004080-6, de Brusque, rel. Des. Trindade dos Santos).

Na mesma senda:

“Alienação fiduciária — Busca e apreensão convertida em ação de depósito — Protesto do título inoperante — Mora não comprovada nos termos da lei — Carência da ação de busca e apreensão que se transfere à de depósito — Extinção desta decretada de ofício — Agravo de instrumento provido.

“Para a eficácia da intimação por edital para o protesto de títulos, inarredável é a comprovação de que, intimado o devedor por intermédio de carta registrada com aviso de recebimento, não tenha sido o financiado localizado no endereço constante do contrato firmado, em condições de se pressupô-lo, pois, em lugar incerto e desconhecido.

“Desprezada essa precaução, a intimação editalícia afigura-se inoperante, o que gera a inoperância do próprio protesto do título, por não atendidas as formalidades legais essenciais à eficácia do ato; nesse contexto, comprovada não resta a mora

do devedor, o que torna o credor carecedor da ação de busca e apreensão embasada em contrato de alienação fiduciária em garantia.

“Convertida a ação de busca e apreensão em ação de depósito, em face de não ter sido encontrado o bem financiado, a virtual carência daquela transfere-se a esta, contaminando-a e conduzindo à sua extinção” (AI n. 97.015726-6, Des. Trindade dos Santos, j. 28/4/98).

E, ainda:

“Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Mora não comprovada. Intimação do protesto efetuada irregularmente. Ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. Extinção decretada de ofício. Recurso provido.

“Ausente a comprovação da mora que na hipótese de se pretender demonstrar por meio do protesto do título mister que seja lavrado com estrita observância das normas legais, máxime no que tange à intimação do devedor, inválida se efetuada por edital se tem ele endereço certo, sem a prévia tentativa de efetivá-la por carta registrada, com aviso de recebimento e, como consecutório, de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular da ação de busca e apreensão, deve o juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição, extinguí-lo, à luz do preceito de que trata o § 3º do art. 267” (AI n. 99.018202-9, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 7/12/1999).

Destarte, ausente a condição de procedibilidade da ação de busca e apreensão, por não comprovada a mora, em face da inoperância do protesto efetivado, desvestido de forma-

lidades essenciais, andou bem o Magistrado a quo ao indeferir a inicial.

III — Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi, e dele participou, também com

voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2000.

Silveira Lenzi,

Presidente;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,

Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.007376-8, DE FRAIBURGO

Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Ação de reparação de danos — Acidente de circulação — Processo que tramitou na primeira instância respeitando as regras do procedimento sumário — Competência do Tribunal de Justiça para o julgamento do recurso — Alegação de intempestividade do apelo afastada — Prazo do art. 508 do Código de Processo Civil.

Responsabilidade civil. Diferença entre hipótese de dano causado em estado de necessidade (art. 160, inc. II, do Código Civil) e dano por fato exclusivo de terceiro. Ausência de comportamento volitivo do motorista do veículo abalroador. Culpa exclusiva de terceiro configurada. Exclusão da responsabilidade da apelante. Precedentes do STJ.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.007376-8, da comarca de Fraiburgo, em que é apelante Expresso Presidente Getúlio Ltda. e apelado Paulo César Thibes Ribeiro — ME:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, à unanimidade, dar provimento ao recurso de apelação e negar provimento ao recurso adesivo interposto.

Custas de lei.

I — Relatório

Na comarca de Fraiburgo, Paulo César Thibes Ribeiro — ME propôs ação de reparação de danos contra Expresso Presidente Getúlio Ltda., alegando que, em data de 21 de janeiro de 1996, por volta das 17 horas, o caminhão Ford F-350, placa AFK 3509, de sua propriedade, encontrava-se estacionado nas margens da BR 470, quando foi abalroado, em sua parte traseira, pelo ônibus Mercedes-Benz, placa JL 7444, pertencente à empresa ré.

Afirmou que a violência do impacto foi tamanha que o caminhão acabou sendo projetado para o meio da pista de rolamento, vindo a colidir com o veículo VW/Passat, placa ID 0919, que transitava pelo local naquele momento.

Visando a ser ressarcido dos prejuízos causados pelo infortúnio, pleiteou a condenação da ré ao pagamento das seguintes verbas: R\$ 11.716,00, pelos danos materiais causados no caminhão; R\$ 1.190,00, referentes à mercadoria (caixas de maçãs) danificada; e R\$ 250,00, decorrentes do serviço de reboque contratado para remover o caminhão do local do acidente.

Requeru, ainda, a condenação da ré ao pagamento de lucros cessantes, no valor de R\$ 2.625,33 mensais, uma vez que a partir da data do acidente deixou de auferir lucros com a comercialização de frutas, por não poder transportá-las sem o caminhão.

Regularmente citada, a parte ex adversa compareceu à audiência de conciliação (art. 277 do CPC) acompanhada de seu representante legal. Nessa oportunidade, malgrado a tentativa de acordo, a ré apresentou resposta, em forma de contestação, arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade ativa ad causam do autor e a incompetência relativa do juízo.

No mérito, salientou que o evento danoso retratado nos autos não foi desencadeado por culpa de seu preposto, mas sim por fato de terceiro, isto é, pela conduta imprudente do condutor do veículo Ford Escort Guia, placa LXW 2962, que ao tentar realizar uma ultrapassagem forçada

acabou colidindo contra o ônibus Mercedes-Benz, arremessando-o contra o caminhão do autor.

Após outras considerações que, por brevidade, ficam fazendo parte integrante deste, pugnou pela improcedência do pedido inicial, para que o autor fosse condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Na mesma audiência, consignou-se nos autos a réplica oral formulada pelo autor; rechaçaram-se as preliminares argüidas pela ré; e colheram-se os depoimentos de duas testemunhas (fls. 92/93) arroladas pelo autor.

Via carta precatória, outras quatro testemunhas foram inquiridas.

Sentenciando, o douto Magistrado a quo julgou parcialmente procedente o pedido inaugural, condenando a empresa ré a pagar ao autor as seguintes verbas: R\$ 3.852,42, para o conserto da estrutura mecânica do caminhão; R\$ 6.864,00, para pagamento do serviço de funilaria e pintura; R\$ 1.000,00, para a confecção de uma nova carroceria; R\$ 1.190,00, para ressarcir os 1.440 kg de maçãs transportadas pelo autor quando do acidente; e R\$ 250,00, desembolsados para remover o caminhão do local do infortúnio, sendo todos esses valores acrescidos de juros legais, desde o efetivo desembolso ou da data do orçamento respectivo, e correção monetária desde a citação.

Havendo sucumbência recíproca, a ré foi condenada ao pagamento de 80% das custas processuais e honorários advocatícios, os quais foram fixados em 20% sobre o valor total da condenação, devidamente corrigido.

Por outro lado, por ter sido vencido nos lucros cessantes, o autor foi condenado a pagar 20% das custas processuais e honorários advocatícios, os quais foram arbitrados no importe de 20% sobre o valor de R\$ 2.625,33.

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, a ré interpôs recurso de apelação, argumentando que houve culpa exclusiva de terceiro no evento danoso.

O apelado, por sua vez, em suas contra-razões de recurso, propugnou pelo não conhecimento do apelo interposto, alegando intempestividade.

Recorrendo adesivamente, requereu a reforma da sentença, para condenar a apelante ao pagamento dos lucros cessantes decorrentes do acidente.

O recurso adesivo foi contra-arrazoado, tendo os autos alçado a esta instância jurisdicional.

II — Voto

Antes de mais nada, tendo em vista que o apelado endereçou suas contra-razões de apelação à Turma de Recursos, convém que se afaste uma possível dúvida quanto à competência deste Tribunal para apreciar o apelo.

Levando-se em conta que a causa tramitou perante a primeira instância observando as regras do rito sumário, previstas no art. 275 e seguintes do CPC, é de se ter o Tribunal de Justiça como órgão competente para julgar o recurso em foco. Isso porque, de acordo com o entendimento dominante, deve ser considerada como relativa a competência do Juizado Especial Cível, conferindo-se ao

autor a opção de escolher entre a amplitude do procedimento sumário e a celeridade do rito expresso na Lei n. 9.099/95.

A respeito do assunto, vale conferir qual vem sendo a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Juizado Especial Cível. Competência opcional.

“A competência dos Juizados Especiais Cíveis é opcional (art. 3º, § 3º, da Lei n. 9.099/95). Precedente.

“Recurso conhecido e provido” (STJ — 4ª T. — REsp n. 208.868/SC — rel. Min. Ruy Rosado Aguiar — DJ 7/2/2000).

“Competência. Ação reparatória de dano causado em acidente de veículos. Vara Cível e Juizado Especial Cível. Art. 3º, inciso II, da Lei n. 9.099, de 26/9/95.

“Ao autor é facultada a opção entre, de um lado, ajuizar a sua demanda no Juizado Especial, desfrutando de uma via rápida, econômica e desburocratizada, ou, de outro, no juízo comum, utilizando então o procedimento sumário” (STJ — 4ª T. — REsp n. 146.189/RJ — rel. Min. Barros Monteiro — in RSTJ 113/284).

No mesmo sentido, já decidiu a 3ª Câmara Civil deste Tribunal, em acórdão da lavra do eminente Des. Sérgio Paladino:

“Ação para haver indenização dos danos oriundos de acidente de trânsito. Processo a que se imprimiu rito ordinário. Competência do Tribunal de Justiça para o julgamento do recurso.

“A competência do Juizado Especial Cível é relativa, estabelecendo-se por opção do autor.

“Se à causa imprimiu-se rito ordinário, compete ao Tribunal de Justiça o julgamento do recurso” (TJSC — Ap. Cív. n. 98.006856-8 — j. 9/3/2000).

Por outro lado, cumpre afastar a alegação de intempestividade do apelo interposto.

Observa-se à fl. 173v. dos autos que a decisão recorrida foi publicada no Diário da Justiça n. 10.316, que circulou em data de 11 de outubro de 1999.

Tendo em vista o disposto no Provimento n. 3/92, o prazo recursal teve início somente em 18 de outubro de 1999, restando seu encerramento previsto para data de 3 de novembro do mesmo ano.

Utilizando-se dos serviços do protocolo unificado, a apelante ajuizou o recurso em questão em data de 27 de outubro de 1999, perante a comarca de Blumenau, conforme demonstra a chancela mecânica que consta da petição de fl. 174.

Ora, sendo assim, não é preciso grande esforço para constatar-se a tempestividade do apelo. Percebe-se, claramente, que o recurso foi ajuizado dentro do prazo de 15 dias a que alude o art. 508 do Código de Processo Civil. Portanto, inexistente óbice ao seu conhecimento.

No que concerne ao *meritum causae*, os elementos de convicção colhidos pelo Juízo a quo não deixam dúvidas pendentes acerca das circunstâncias em que ocorreu o acidente.

Segundo se depreende dos autos, em data de 21 de janeiro de 1996, por volta das 17 horas, o ônibus Mercedes-Benz, de propriedade da apelante, trafegava normalmente pela BR 470, seguindo no sentido Blumenau—Rio do Sul, quando, abruptamente, foi abalroado em sua parte frontal esquerda pelo veículo Ford Escort Guia, placa LWX 2962, que vinha em sentido contrário.

Consoante a versão registrada no Boletim de Ocorrência de fl. 14, a qual, diga-se de passagem, foi confirmada por todas as testemunhas convocadas a depor, o motorista do veículo Escort Guia foi o verdadeiro causador do acidente, pois, desrespeitando a faixa contínua que separava as duas pistas, tentou forçar uma ultrapassagem em local impróprio, vindo a chocar-se contra o ônibus de propriedade da apelante, que seguia tranquilamente em sua mão de direção.

Após o forte impacto, relata o motorista do coletivo que “(...) o Escort ‘voou’ para a direita da pista no sentido em que trafegava. Com a colisão o ônibus ficou sem direção pois a parte do pára-choque e a lataria travou a roda. Sem direção e travado, o ônibus ficou sem direção, e saiu da pista a direita, e foi chocar-se com uma caminhonete Ford F-350 da autora, estacionada no acostamento. Enfatiza que a dita caminhonete estava no estacionamento do dito asfalto. Com o choque, a dita caminhonete invadiu a pista e atingiu um Passat que por ali passava. O ônibus parou no acostamento, porque o depoente frenou-o, pois os freios continuavam funcionando. Chovia na ocasião (...)” (fl. 141).

A testemunha Arilson José Ribeiro, por sua vez, descreveu os acontecimentos da seguinte maneira: "(...) que estava de carona, com Paulo César Thibes Ribeiro, que conduzia o veículo Ford F-350; sabe o depoente que um veículo Escort colidiu frontalmente com o ônibus da ré, que por sua vez foi projetado ao veículo da autora, dando-se em seguida a batida; o depoente não acompanhou a trajetória do Escort; também não acompanhou o movimento do ônibus; pelo impacto no Escort, e pelo impacto na caminhonete da autora, o depoente acredita que a velocidade do ônibus era em torno de 100 a 110 Km/h; o veículo do autor recebeu a batida na parte traseira, do lado esquerdo; o acidente ocorreu em um reta, na BR 470 (...)"

As testemunhas Everaldo de Matias (fl. 93) e Ali Kassen Braidi (fls. 103/104) praticamente confirmaram as versões dos acontecimentos supratranscritas. Já os policiais rodoviários Salésio de Melo (fl. 150) e Valde-nir Joaquim da Silva (fl. 152) pouco colaboraram para a elucidação dos fatos, por não recordarem os detalhes do acidente.

Neste passo, portanto, aflora evidente que o motorista da apelante não foi o verdadeiro culpado pelo infortúnio. Isso é indiscutível. Na realidade, quem procedeu de forma imprudente e negligente, desencadeando todo o evento danoso, foi o motorista do Ford Escort Guia, que ao tentar uma ultrapassagem arriscada, em local que não lhe era permitido, acabou chocando-se contra o coletivo.

Importante frisar que pouca relevância tem aqui a velocidade que o

ônibus imprimia, uma vez que ela não foi o fator determinante para a ocorrência do sinistro. Quer desenvolvesse a velocidade de 80 km/h, quer dirigisse por volta dos 120 km/h, em ambas as hipóteses o motorista do ônibus não teria condições de evitar as conseqüências desastrosas geradas pela conduta irresponsável do condutor do veículo Escort.

Logo, in casu, é de se reconhecer que o evento lesivo reportado nos autos deu-se por culpa única e exclusiva de terceiro.

Diante desse quadro, questiona-se, então, se a apelante estaria obrigada a indenizar o apelado pelos danos materiais causados no caminhão Ford F-350 e pelos lucros cessantes decorrentes do fato infeliz.

Bem, para que se responda essa indagação, é preciso que se faça uma distinção entre a hipótese de dano causado em estado de necessidade (art. 160, inc. II, do Código Civil) e dano por fato exclusivo de terceiro.

Discorrendo sobre o tema, o culto catedrático da Universidade Federal de Santa Catarina, Dr. Fernando Noronha, esclarece:

"(...) impõe-se distinguir dois fatos de terceiro, que têm conseqüências diversas: o fato de terceiro que é mero criador de perigo, obrigando a uma atuação de outra pessoa, causadora do dano, e o fato de terceiro que é ele mesmo o causador do dano, seja de modo direto ou indireto. Só no primeiro caso teremos estado de necessidade.

"O fato de terceiro causador de perigo é ainda causa adequada do dano final e, por isso, implica na responsabilização desse terceiro, desde que

estejam presentes os demais pressupostos necessários à responsabilidade civil deste. Todavia, a circunstância de ele responder não exclui a obrigação de indenizar, que recai sobre a pessoa que agiu em estado de necessidade e cuja conduta também é causa adequada do dano. É o caso do motorista que, para fugir de uma batida iminente, da responsabilidade de outro motorista, faz manobra de emergência, em conseqüência da qual acaba embatendo em outro veículo.

"Contrapondo-se a esse fato de terceiro criador do estado de perigo, está o fato de terceiro que é causa única do dano e que, em conseqüência, exclui a outra pessoa eventualmente envolvida de qualquer obrigação de indenizar. É o caso do condutor que é embatido na traseira e somente por isso se projeta contra o veículo que está adiante do seu.

"Quando o fato de terceiro é único causador do dano, é excludente de qualquer obrigação de indenizar de quem, se não fosse esse fato, seria, em princípio, responsável. Neste caso temos um fato de terceiro excludente da obrigação de indenizar. Nos outros casos, em que temos um fato de terceiro apenas gerador da situação de perigo, poderemos falar em fato de terceiro criador do estado de necessidade.

"No estado de necessidade criado por fato de terceiro, é ainda o autor quem age: é ainda ele que causa o acidente, embora para evitar mal maior. No fato de terceiro excludente da obrigação de indenizar, autor é o próprio terceiro: a atuação deste é causa exclusiva do dano" (Apostila de Respon-

sabilidade Civil (ainda no prelo), capítulo n. 12, págs. 57/58).

Tomando-se por base as lições transcritas, torna-se fácil concluir que o inconformismo da apelante merece guarida.

À luz das provas carreadas aos autos, pode-se afirmar, com toda certeza, que o fato de terceiro foi causa exclusiva do prejuízo suportado pelo apelado. Nota-se que não há relação de causalidade entre qualquer conduta do preposto da apelante e o dano. O motorista do ônibus, na realidade, não teve participação voluntária no episódio, pois atingiu o caminhão do apelado não por sua escolha, mas sim em função da força física resultante do poderoso impacto que sofreu ao colidir-se com o Ford Escort Guia.

Na hipótese versada, portanto, não há que se cogitar da aplicação dos arts. 160, inciso II, e 1.520, ambos do Código Civil. É que o terceiro, motorista do Ford Escort Guia, não procedeu apenas de forma a causar perigo, mas agiu de modo a tornar-se o único e exclusivo responsável pelo resultado lesivo, arremessando o ônibus da apelante contra o caminhão de propriedade do apelado.

A propósito, em casos análogos, assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

"Direito civil. Responsabilidade civil. Acidente automobilístico. Culpa exclusiva de terceiro. Ausência de comportamento volitivo do condutor do veículo abalroador. Inaplicabilidade dos arts. 160, inc. II, e 1.520, CC. Hipótese diversa da apreciada no REsp n. 18.840/RJ (DJU de 28/3/94).

"I — Não há de atribuir-se responsabilidade civil ao condutor de veí-

culo que, atingido por outro, desgobernado, vem a colidir com coisa alheia, provocando-lhe dano, sendo tal situação diversa daquela que o condutor do veículo, ao tentar desviar-se de abalroamento, acaba por causar prejuízo a outrem.

“II — No caso em tela, o prejuízo experimentado pelo dono da coisa danificada não guarda relação de causalidade com qualquer atitude volitiva do referido condutor, cujo veículo restou envolvido no acidente como mero instrumento da ação culposa de terceiro” (4ª T. — REsp n. 54.444-0/SP — rel. Min. Sálvio de Figueiredo — in RSTJ 67/513).

No mesmo norte, colhe-se:

“Civil. Responsabilidade. Culpa de terceiro.

“Sem previsão legal adequada, não há responsabilidade do dono do veículo que é arremessado sobre outro, em virtude de choque com terceiro, uma vez reconhecida a culpa exclusiva deste, incabível a aplicação analógica do art. 1.520, por não reconhecidas, nas instâncias ordinárias, as circunstâncias de fato do art. 160, inc. II e parágrafo único do Código Civil” (STJ — 3ª T. — REsp n. 14.952/PR — rel. Min. Dias Trindade — in DJ de 16/12/91).

Por esses fundamentos, a reforma da sentença recorrida é medida que se impõe, para que se isente a apelante da responsabilidade pelos danos causados ao apelado.

Quanto ao recurso adesivo interposto, no qual o proprietário do veículo Ford F-350 visa a ser ressarcido dos lucros cessantes decorrentes do evento, nega-se-lhe provimento, em virtude de não ter restado caracterizada a culpa do preposto da apelante no acidente.

Arca o apelado com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados no importe de 15% sobre o valor atribuído à causa em primeira instância.

Todavia, haja vista que o apelado foi agraciado com o benefício da assistência judiciária gratuita, tais obrigações devem ficar suspensas enquanto persistir o estado de pobreza. Passados cinco anos sem que este cesse, restará, então, configurada a prescrição do direito de cobrança.

III — Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, dá-se provimento ao recurso de apelação e nega-se provimento ao recurso adesivo interposto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 28 de novembro de 2000.

Silveira Lenzi,

Presidente com voto;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,

Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.009605-9, DE ITAJAÍ**Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta**

Reintegração de posse. Arrendamento mercantil. Pagamento antecipado e progressivo do valor residual garantido. Descaracterização do contrato de leasing, transmudado em compra e venda a prazo. Extinção do feito sem julgamento do mérito. Recurso desprovido.

Vistos, discutidos e relatados estes autos de Apelação Cível n. 00.009605-9, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que é apelante Ford Leasing S.A. Arrendamento Mercantil e apelado Francisco Carlos Rodrigues:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

Na comarca de Itajaí, Ford Leasing S.A. Arrendamento Mercantil aforou ação de reintegração de posse contra Francisco Carlos Rodrigues.

Deferida a liminar e contestado o feito, após a réplica realizou-se audiência de conciliação, sem êxito.

Sentenciando, o MM. Juiz a quo extinguiu o feito sem julgamento do mérito.

Inconformada, a autora apelou sustentando, entre outras teses, que a cobrança antecipada do valor residual garantido não desfigura o contrato de leasing, constituindo caução feita pelo arrendatário.

Contra-arrazoados, ascenderam os autos a esta instância.

II — Voto

Infere-se do contrato acostado à exordial da ação de reintegração de posse que o arrendatário pagou antecipada e progressivamente o valor residual garantido, exercendo, assim, a opção de compra antes do término do contrato, restando descaracterizado o arrendamento mercantil, sendo a operação considerada de compra e venda a prazo.

Maria Helena Diniz, no seu Tratado Teórico e Prático dos Contratos (São Paulo, Saraiva, 1993, 2-358/359), anota: "Infere-se daí que, no arrendamento mercantil, se apresentam os seguintes elementos jurídicos, essenciais à sua caracterização: (...) 5º) O arrendatário, findo o prazo do arrendamento, tem a tríplice opção de: a) adquirir os bens, no todo ou em parte, por preço menor do que o de sua aquisição primitiva convencionado no próprio contrato, levando-se em conta os pagamentos feitos a título de aluguel; b) devolvê-los ao arrendador; ou c) prorrogar o contrato, mediante o pagamento de renda muito menor do que a do primeiro arrendamento (...) É preciso, ainda, não olvidar que nada impede (Resolução n. 980/84, art. 11, e Lei n. 6.099, art. 11, §§ 1º ao 3º) o exercício da opção antes do término contratual, mas o contrato deixará de ser le-

asing financeiro e passará a ser considerado compra e venda à prestação” (grifei).

O pagamento antecipado e progressivo do valor residual garantido representa efetiva opção de compra.

Leciona Aramy Dornelles da Luz, in *Negócios Jurídicos Bancários — O Banco Múltiplo e seus Contratos*, RT, pág. 194:

“O arrendamento mercantil, também denominado leasing, é, em linhas gerais, um negócio jurídico de financiamento, que toma a forma de uma locação de bens móveis ou imóveis, onde o locador atribui ao locatário o direito de opção entre renovar a locação, devolver o bem ou comprá-lo, pagando então apenas o valor residual nele previsto, findo o prazo contratual” (grifei).

Não parece ser outra a conclusão que se colhe da lição de Fran Martins, quando diz: “Entende-se por arrendamento mercantil ou leasing o contrato segundo o qual uma pessoa jurídica arrenda a uma pessoa física ou jurídica, por tempo determinado, um bem comprado pela primeira de acordo com as indicações da segunda, cabendo ao arrendatário a opção de adquirir o bem arrendado findo o contrato, mediante um preço residual previamente fixado” (*Contratos e Obrigações Comerciais*, n. 403, pág. 449, Ed. Forense, 1995) (grifei).

Tal entendimento é esposado também por Jorge Pereira Andrade (*Arrendamento Mercantil — Leasing*, in *Contratos Nominados*, coordenado por Yussef Said Cahali, São Paulo, 1995, pág. 216), o qual afirma que: “É característica essencial do contrato de leasing a oferta unilateral da arren-

dante à arrendatária de três opções ao final do contrato, sendo que uma delas obrigatoriamente deverá ser exercida: a) comprar o bem por valor residual adremente determinado; b) devolver o bem; e c) renovar o contrato” (grifei).

O conspícuo Des. Arnaldo Rizzardo, em sua obra *O Leasing — Arrendamento Mercantil — no Direito Brasileiro* (São Paulo, RT, 1987, pág. 61), após referir os dispositivos legais que permitem a antecipação do exercício da opção antes do término do contrato, sustenta que “uma consequência advirá: o contrato não continuará como de arrendamento mercantil. Passará a considerar-se como de compra e venda à prestação”.

Somam-se à doutrina inúmeros julgados do TARGS (vols. 100/313, 103-149/235/297 e 104/351), sendo suficiente transcrever:

“Ação de revisão contratual. Arrendamento mercantil.

“Se junto com as prestações do arrendamento do veículo o arrendatário também passa a pagar o valor residual, resta descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, constituindo-se em operação de compra e venda à prestação...” (TARGS 103/149).

A propósito decidiu o STJ in REsp n. 178272/RS, rel. Ministro Ruy Rosado (jul. 18/3/99):

“Leasing — Valor residual — Cobrança antecipada.

“A opção de compra com o pagamento do valor residual ao final do contrato é uma característica essencial do leasing financeiro. Com esse entendimento, a Turma, prossequindo

o julgamento, por maioria, entendeu que a cobrança antecipada do valor residual, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, transformando-o em compra e venda a prazo”.

E, recentemente, REsp n. 255628/SP, de 29/6/2000, DJ de 11/9/2000, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“Direito comercial e processual civil. Ação de reintegração de posse. Bem objeto de contrato de arrendamento mercantil. Leasing. VRG. Cobrança antecipada. Descaracterização para compra e venda à prestação. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Carência de ação possessória. Recurso provido.

“I — O contrato de leasing tem como característica essencial a oferta unilateral do arrendante ao arrendatário, no termo do contrato, da tríplice opção de adquirir o bem, devolvê-lo ou renovar o contrato.

“II — A imposição da cobrança do VRG, antecipadamente, exorbita os limites da Lei n. 6.099/74, com as alterações da Lei n. 7.132/83, sendo o pagamento de tal parcela mera faculdade do arrendatário.

“III — A cobrança antecipada do valor residual garantido, obrigação prevista em normas regulamentares, que garante ao arrendador o recebimento de quantia final de liquidação do negócio, caso o arrendatário opte por não exercer o direito de compra ou prorrogar o contrato, implica na descaracterização do contrato de arrendamento mercantil, vez que tal exigência não deixa ao devedor outra opção senão a aquisição do bem, de forma a tornar inadmissível o pedido de reintegração de posse”.

Vê-se, pois, que não vingou entre os doutrinadores, e bem assim na jurisprudência, o argumento de que o valor residual garantido tem o caráter de caução, visando a garantir a arrendante, no caso de o arrendatário não optar pela compra do bem, até porque a devolução é uma faculdade do arrendatário.

Ademais, como bem anotou o ilustre Des. Silveira Lenzi, in Ap. Cív. n. 99.010799-0, da Capital: “Para reforçar a tese de que o valor residual representa a opção de compra do bem, convém ressaltar que a Portaria n. 3, de 19/3/99, complementando o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, declarou nulas de pleno direito 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”.

Nesse contexto, admitida a descaracterização do contrato de leasing, transmutado para compra e venda em prestações, não há que se falar em esbulho possessório, sendo incabível a ação de reintegração de posse.

Carece, pois, a apelante de interesse processual, na modalidade adequação.

J.J. Calmon de Passos, in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, Ed. Forense, 6ª ed., pág. 269, registra: “Doutrina mais recente propugna por que se adicione, para configuração do interesse processual, um outro requisito: o da adequação do provimento e do procedimento.

“O primeiro requisito, o da necessidade concreta da jurisdição, por nós já examinado, nas expressões de Cândido Dinamarco significa que não nasce a ação enquanto as forças do próprio direito substancial objetivo ainda não se mostraram incapazes de extinguir a situação de lide.

“Quanto ao segundo, o da adequação, também na lição do mesmo autor, significa que o Estado condiciona ainda o exercício da atividade jurisdicional, em cada caso, à utilidade que o provimento desejado possa trazer ao seu escopo de atuação da vontade concreta da lei, bem como à justiça da sujeição da parte contrária aos rigores de cada tipo de processo.

“Assim, tanto carece de ação, por falta de interesse processual, quem aciona por dívida ainda não exigível (falta de interesse-necessidade) como o autor que ajuíze um processo de execução para obter a tutela de uma prestação suscetível apenas de ser posta como objeto de um processo de conhecimento (falta do interesse-adequação)”.

Nesse sentido: Ap. Cív. n. 99.019021-8, rel. Des. Carlos Prudêncio:

“Descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, descabida é a utilização de reintegração de posse, pois ao alienante não restou sequer a posse indireta do bem. Conseqüentemente, ausente o interesse de agir na modalidade adequação, o que leva à extinção do feito com base no inciso VI do art. 267 do CPC”.

Destarte, andou bem o Magistrado a quo ao extinguir o feito, sem julgamento do mérito, impondo-se, todavia, a alteração do dispositivo invocado, o qual é substituído pelo art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

III — Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, desprover o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2000.

Silveira Lenzi,

Presidente com voto;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,

Relatora.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.005286-8, DE PIÇARRAS

Relator: Des. Alcides Aguiar

Dano moral — Revista no cônjuge por policiais nas dependências de instituição bancária diante dos demais clientes — Autora que acompanhou o ato vexatório sentindo-se ofendida em sua moral — Possibilidade de participar no pólo ativo da demanda, ao menos até a dilação probatória — Ilegitimidade passiva do estabelecimento bancário argüida nas contra-razões — Presença da autoridade policial a pedido do gerente do banco — Exercício regular de um direito (art. 160, I, CC) — Prefacial por ora arredada — Agravo provido.

Em presenciando a autora a revista efetuada em seu marido por policiais em instituição bancária, e, sentindo-se violada em sua moral, é de ser mantida no pólo ativo da ação, ao menos até a produção de provas.

Se a presença dos policiais no interior do banco deveu-se à ação de seu representante legal, em princípio não lhes socorre invocar ilegitimidade passiva ad causam quando acionados por quem se diz moralmente agredido pela revista em público realizada pela autoridade policial. Se agiram no exercício regular de um direito reconhecido, só a instrução a final o dirá.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.005286-8, da comarca de Piçarras, em que é agravante Alessandra de Cassia B. Rumpf, sendo agravados Banco do Brasil S.A. e Antônio Eduardo Sotopietra:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

Alessandra de Cássia B. Rumpf agravou de instrumento do despacho do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Piçarras, que a excluiu da relação processual na ação de reparação de danos morais que deflagrou juntamente com seu marido, João Neri Rumpf, contra o Banco do Brasil S.A. e Antônio Eduardo Sotopietra, condenando a agravante ao pagamento de verba honorária no valor de R\$ 5.000,00 consoante o art. 20, § 4º, do CPC.

Afirma que o MM. Juiz a quo extinguiu a referida ação em relação à agravante por entender que esta não sofreu nenhum constrangimento, uma vez que somente seu marido foi revisitado em público enquanto se encontrava no banco agravado.

Propugna de início que se reconheça o agravo como o remédio processual próprio para a espécie ou se aplique no caso o princípio da fungibilidade, posto inócurre erro grosseiro na presente interposição recursal.

Relata que, em 24/9/99, a agravante e seu marido protocolizaram a ação de reparação de danos morais porque sofreram inusitada revista policial promovida a pedido de Antônio

Eduardo Sotopietra, Gerente-Geral do Banco réu, tendo passado por grande vexame público; que, em 23/3/2000, foi realizada inexitosamente a audiência de conciliação, com o Magistrado proferindo despacho saneador acolhendo a preliminar argüida pelos réus de ilegitimidade ativa ad causam da agravante pelos motivos acima narrados.

Desde aquela ocorrência, contudo, vem tendo acompanhamento psicológico na cidade onde reside, em virtude do trauma sofrido. Como esposa do autor não se encontrava no local, na oportunidade, como uma mera espectadora alheia à violência praticada contra o marido.

Indevida ademais foi a condenação na verba honorária nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, visto que a sua exclusão caracteriza-se como incidente processual, devendo ser aplicada a regra do § 3º daquele artigo; que a verba fixada foi exagerada pois, apesar de ter agido com zelo profissional, o advogado dos agravados não precisou de muito tempo para elaborar sua defesa, que, frisou, é matéria que certamente já foi suscitada em outras oportunidades, a par do que a causa não apresenta grande complexidade jurídica.

Requeru a concessão de efeito suspensivo, eis que entende existir a plausibilidade do direito, enquanto que, devendo realizar-se a audiência de instrução e julgamento em 24/5/00, após esta data não poderá mais participar do feito.

Pede a reforma da decisão agravada para que seja reconduzida ao pólo ativo da demanda, ou, então afastada a condenação na verba ho-

norária, ou que ela sofra redução por ser exorbitante.

Juntou documentos (fls. 18 a 134).

O efeito suspensivo foi concedido às fls. 147/151.

Apresentando resposta, os agravados sustentaram a ilegitimidade ativa da agravante, eis que a própria reconheceu que somente seu marido foi revistado por policiais; circulavam naquela Comarca suspeitos por assalto a bancos, sendo que sua descrição foi repassada aos vigilantes do banco; quando a recorrente e seu cônjuge adentraram na agência, a vigilância informou ao segundo agravado — gerente do banco — sobre a coincidência das características dos suspeitos e do marido da agravante; acionaram, então, os soldados da Polícia Militar que iniciaram os expedientes próprios para o caso em questão.

A revista — fato gerador do pedido de indenização por danos morais — foi realizada somente no marido da agravante, motivo pelo qual esta última não tem legitimidade para almejar também a indenização.

Não se trata de questão incidental, mas de preliminar da contestação, que extinguiu o processo em relação à agravante; o valor da sucumbência deve ser mantido nos moldes da decisão impugnada e não seguir o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Ressaltam sua ilegitimidade passiva ad causam — matéria apreciável de ofício a qualquer tempo —, porquanto não foram eles que praticaram os atos tidos como geradores do dano moral, mas sim os soldados da

Polícia Militar que assim se identificaram quando iniciaram a revista.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto com o objetivo de ser a agravante reconduzida ao pólo ativo da referida ação de reparação de danos morais, ou, então, ser excluída ou reduzida a verba honorária que lhe foi imposta.

A interposição de agravo de instrumento diante de despacho que exclui uma das partes da relação processual revela-se adequada, porquanto a decisão resolveu apenas um incidente processual. Em prosseguindo a ação não se há de cogitar de ato judicial passível de apelação, esta pertinente tão-só em razão de decisão terminativa.

Com efeito:

“Caso o Juiz pronuncie alguma das matérias constantes do rol do CPC 267 sem encerrar o processo, o ato não será sentença, mas decisão interlocutória (CPC, 162, § 2º), da qual cabe o recurso de agravo (CPC 522)” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., Ed. RT, pág. 530).

Quanto à questão de fundo, cuida-se de manter ou não o despacho judicial que considerou ilegítima a presença da autora agravante no pólo ativo da demanda que persegue reparação por dano moral decorrente da revista policial sofrida pelo marido, co-autor, no interior do estabelecimento de crédito-réu e efetuada a pedido do gerente deste, diante da presença de dois indivíduos suspeitos no interior da agência de outro estabelecimento bancário, na mesma data, na

cidade de Piçarras (certidão de ocorrência de fl. 13).

O MM. Juiz a quo entendeu que a agravante é parte ilegítima na relação processual, uma vez que não sofreu constrangimento algum na sede do banco agravado por não ter sido revistada pela polícia, mas, sim, que foi mera espectadora do incidente.

Na lição de R. Limongi França, in RT 631/29:

“...dano moral é aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa, física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos”.

João Roberto Parizatto também se manifesta a respeito:

“O Ministro Oscar Corrêa, conforme acórdão do STF, inserido na RTJ 108/287, ao discorrer sobre o dano moral, destacou que:

‘Não se trata de pecunia doloris, ou pretium doloris, que se não pode avaliar e pagar; mas satisfação de ordem moral, que não ressarce prejuízo e danos e abalos e tribulações irreversíveis, mas representa a consagração e o reconhecimento pelo direito, do valor da importância desse bem, que é a consideração moral, que se deve proteger tanto quanto, senão mais do que os bens materiais e interesses que a lei protege’.

“A reparação de qualquer ofensa à moral do indivíduo é um corolário da impossibilidade de se permitir que haja uma injusta agressão a tal importante bem, sem uma repulsa e uma correspondente indenização por tal ofensa.

“Caio Mário da Silva Pereira, in Responsabilidade Civil, Ed. Forense, 1985, pág. 61, escreveu que:

‘O fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos. Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma definição de dano moral como ‘qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária’, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições’ (Traité de la Responsabilité Civile, vol. II, n. 525).

“(...)”

“Dano derivado do latim *damnum* indica mal ou ofensa in casu à moral, que vem a ser o conjunto de regras de conduta da pessoa.

“Com a ofensa vislumbra-se um prejuízo a alguém, em virtude da conduta de outrem. O dano moral pressupõe, à evidência, a violação de bens de natureza não patrimoniais do indivíduo, mas sim, de ofensa à sua honra” (in Dano Moral, Edipa, 1998, págs. 1/4).

A jurisprudência, por sua vez, ressalta que: “Sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização” (STJ, REsp n. 8.768/SP, rel. Min. Barros Monteiro, in DJU 7/5/92 e RSTJ 34/285).

Também desta Corte de Justiça:

“(…)

“Ação de indenização. Dano moral. Caracterização. Sentença mantida.

“Entendido o dano moral como a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, resta ele caracterizado, mesmo que ausentes reflexos patrimoniais, quando o autor, vítima de afirmação caluniosa dentro de estabelecimento comercial, é submetido a vexame público e levado coercitivamente à gerência do mesmo estabelecimento. Em tal hipótese, há agressão à honra, à dignidade e ao direito de livre locomoção, agressão essa que, assacada contra direitos constitucionalmente assegurados, configura o dano moral” (Ap. Cív. n. 47.361, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 19/9/95).

E:

“Indenização. Imputação de furto em loja comercial perante pessoas. Acusação vexatória e incomprovada. Danos morais caracterizados. Quantum indenizatório.

“São invioláveis, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (CF, art. 5º, X).

“A honra da pessoa é de tal relevância para o ordenamento jurídico que merece não só a proteção na esfera do Direito Penal como também no Direito Civil.

“Comprovada nesta senda a ofensa à honra, o dano moral experimentado pelas autoras, por força das

conseqüências advindas da exposição pública, evidente se perfaz o direito à indenização pelo dano moral decorrente da violação...” (Ap. Cív. n. 97.010543-6, rel. Des. Francisco Borges, j. 23/4/98).

Ainda:

“Indenização. Danos morais. Caracterização. Imputação de furto a outrem perante várias pessoas. Sentença mantida. Recurso desprovido.

“Ainda que inexistente qualquer repercussão na esfera patrimonial da vítima, é devida a indenização por dano moral puro quando ocorre ofensa à sua honra perante pessoas do mesmo círculo social. A imputação de prática de ato ilícito, fundado em suspeita, ofende direito constitucionalmente assegurado, devendo a indenização ser incontestavelmente admitida como meio de ressarcimento pela dor sofrida...” (Ap. Cív. n. 96.004622-4, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 2/9/97).

Extrai-se do corpo do acórdão:

“...Cumpre dizer, primeiramente, conforme o escólio de Carlos Alberto Bittar, in *Reparação Civil por Danos Morais*, Ed. RT, 1993, pág. 144, que ‘titulares do direito à reparação — lesados ou vítimas — são as pessoas que suportam os reflexos negativos de fatos danosos; vale dizer, são aqueles em cuja esfera de ação repercutem os eventos lesivos’.

“2 — Mérito

“Os danos morais são aqueles caracterizados na esfera subjetiva da pessoa, cujo evento apontado de violador atinge o plano dos valores da mesma em sociedade, repercutindo em aspectos referentes tanto à reputação perante os demais membros so-

ciais ou mesmo no tocante à mera dor acañhada intimamente. Feita esta colocação, afirma-se com meridiana clareza que, a princípio, Tereza não pode ser excluída da lide pelo simples fato de não ter sido agredida diretamente pela ré, ao contrário, sua filha o foi, e como se verá brevemente, de maneira bastante incisiva e grotesca. A intimidade existente entre ambas não implica em solidariedade de lesão, já que cada uma delas foi isoladamente ofendida, mas 'nada impede que se faça sob litisconsórcio o pleito judicial, quando admissível, mas cada demandante faz jus a indenização compatível com a sua posição' (ob. cit., pág. 150).

"Verificados os depoimentos prestados em juízo, conclui-se que a apelante, de maneira inequívoca, agiu de modo agressivo e precipitado para com Ana Márcia, perante várias pessoas, em seu local de trabalho, apon-tando-a de ladra e pronunciando palavras fortes e desmedidas sobre seu caráter. Tal conduta, inaceitável por si só, atingiu indiretamente sua mãe, que inobstante não estar no local na hora do acontecido, procurou a recorrente e ouviu novamente os disparates anteriormente enunciados.

"(...)

"Ora, não se pode negar que a ré, agindo equivocadamente em suspeita de furto, impulsivamente feriu a moral e a honra das autoras, causando-lhes danos visíveis perante pessoas conhecidas do seu meio social e resultando evidente sofrimento, vergonha e angústia para aquelas, já que precisaram buscar provas de que o casaco era oriundo de mera doação e inclusive precisaram tornar público o

acontecido para serem excluídas de tal imputação criminosa".

À luz desses conceitos em torno da configuração do dano moral, precipitadamente se houve o Magistrado no arredar a agravante da relação processual, sem antes exaurir a instrução, para só então aquilatar se as razões expostas pela recorrente guardam identidade com os elementos inerentes ao aludido dano.

Vale recordar mais a seguinte ensinança:

"Com efeito, sob o aspecto jurídico, a caracterização desse direito exige, de início, que haja a interferência indevida de alguém na esfera valorativa de outrem, trazendo-lhe lesão aos direitos mencionados; vale dizer: deve existir relação de causalidade entre o dano experimentado e a ação alheia. Dessa forma, cumpre haver ação (comportamento positivo) ou omissão (negativo) de outrem que, plasmada no mundo fático, vem a alcançar e ferir, de modo injusto, componente da esfera da moralidade do lesado. Há, em outros termos, um impulso físico ou psíquico de alguém no mundo exterior — ou de outra pessoa ou coisa relacionada, nos casos indicados na lei — que lesiona a personalidade da vítima, ou de pessoa ou coisa vinculada, obedecidos os pressupostos e os limites fixados no ordenamento jurídico. Em termos simples, o agente faz algo que lhe não era permitido, ou deixa de realizar aquilo a que se comprometera juridicamente, atingindo a esfera alheia e causando-lhe prejuízo, seja por ações, gestos, palavras, escritos, ou por meios outros de comunicação possíveis" (grifei) (Reparação Civil por Danos

Morais, Carlos Alberto Bittar, Ed. RT, 1993, págs. 127/128).

Destarte, vê-se que plausível é a pretensão da agravante de retornar ao pólo ativo da ação de reparação por danos morais.

No que tange à apontada ilegitimidade passiva ad causam dos agravados, cumpre salientar que não se manifestaram a tempo e modo a fim de modificar a questão decidida pelo Juízo Monocrático. Se agiram ao abrigo da excludente prevista no art. 160, I, do Código Civil, só a instrução a final o dirá. Por ora assaz duvidosa resai a acolhida da prefacial, tanto que assim já se decidiu:

“Responsabilidade civil. Dano moral. Prisão de depositante em estabelecimento bancário, em circunstâncias vexatórias. Posse de uma nota falsa. Depósito expressivo em dinheiro. Fato lesante, capaz de abalar a credibilidade do ofendido. Alegação de estrito cumprimento do dever legal. Irrelevância. Indenização. Critério. Recurso adesivo. Sucumbência recíproca. Inocorrência. Pedido indenizatório meramente estimativo.

“Na reparação do dano moral, que tem feição preventiva e punitiva, não se busca atribuir preço à honra, ao afeto, à imagem, à vida, mas oferecer uma compensação, um lenitivo à

vítima ou a seus familiares, pela dor injustamente infligida. Visa-se mitigar o sofrimento, minimizar os efeitos da lesão e não eliminar o dano, porque uma vez perpetrado não é possível a sua reversão” (Ap. Cív. n. 50.461, de Criciúma, DJ de 8/11/96).

“Responde o banco por dano moral, se chama a polícia e esta prende depositante no estabelecimento, fazendo crer tratar-se de falsário, em operação espalhafatosa, com a presença de viaturas, motocicletas e policiais ostensivamente armados, pelo simples fato deste deter uma nota falsa, em operação de depósito em dinheiro de valor expressivo, diante de várias pessoas, em circunstâncias absolutamente constrangedoras e desnecessárias, que lhe abalaram a credibilidade pública, causando-lhe inegável sofrimento...” (Ap. Cív. n. 98.008141-6, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 25/2/99).

Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 26 de outubro de 2000.

*Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.010051-0, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Alcides Aguiar

Alimentos provisórios — Menor impúbere que exige cuidados especiais — Pai que apresenta situação financeira deficitária — Legitimidade passiva da avó — Situação econômica confortável que

demonstra a possibilidade em auxiliar na subsistência do neto — Obrigação subsistente — Art. 397 do CC — Quantum fixado em consonância com o estatuído no art. 400 do CC, bem como às peculiaridades do caso sub examen — Recurso desprovido.

“Duas circunstâncias abrem oportunidade para a convocação do ascendente mais remoto à prestação alimentícia: a falta de ascendente em grau mais próximo ou a falta de condição econômica deste para fazê-lo” (Dos Alimentos, Yussef Said Cahali, 3ª ed., pág. 702).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.010051-0, da comarca de São José (Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude), em que é agravante Z. R. de O. F., sendo agravado E. de O. F. representado por sua mãe V. S.:

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

Custas na forma da lei.

Z. R. de O. F. interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo da decisão do MM. Juiz de Direito da Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude da comarca de São José, que, na ação de alimentos movida por E. de O. F. representado por sua mãe V. S. deferiu pedido de alimentos provisórios fixando a pensão mensal no valor equivalente a quatro salários mínimos.

Sustenta que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda por ser avó do alimentário, e, por já estar o menor recebendo auxílio alimentar de seu pai, não existido o requisito necessidade para fixá-lo em quatro salários mínimos ou R\$ 604,00.

Informa que em acordo homologado na oportunidade da ação de alimentos movida contra o pai do menor, a pensão restou fixada em 84% (oitenta e quatro por cento) do salário mínimo, mais $\frac{1}{4}$ (um quarto) deste. A representante (mãe) do menor percebe remuneração mensal de R\$ 714,00; o menor frequenta a Fundação Catarinense de Educação Especial — Centro de Ensino de Aprendizagem — Cenap, sem qualquer custo adicional; o menor percebe do pai uma pensão de R\$ 148,00 (cento e quarenta e oito reais).

Ressalta que se a pensão paga pelo genitor não é suficiente, o meio hábil para majorar o seu valor é a ação revisional e não uma nova ação de alimentos movida contra a avó paterna, que só poderia ser acionada, a teor do preceituado no art. 397 do CC, na falta daquele, o que não é o caso, pois o pai é pessoa sadia, apta para o trabalho e percebe um renda mensal de aproximadamente R\$ 400,00 (quatrocentos reais).

Destaca a ausência dos requisitos essenciais para o deferimento dos alimentos provisórios, bem como a excessividade do valor fixado que causa um grande prejuízo à agravada, com 63 anos de idade, e que tem de

saldar vários financiamentos realizados para tratamento de saúde.

Salienta que a atitude do autor em litigar em comarcas diferentes (contra o pai em Florianópolis e contra a avó em São José) configura má-fé processual.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo, e, ao final, a revogação dos alimentos provisórios fixados ou a sua minoração.

Juntou documentos (fls.14/57).

Denegado o efeito suspensivo colimado, manifestou-se o agravado defendendo a manutenção da decisão agravada, salientando que a agravante não relatou que se encontra em trâmite mais uma ação de execução de alimentos contra seu filho em razão do inadimplemento de suas obrigações paternas.

Acostou documentos (fls. 71/75).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto com o objetivo de ver revogados os alimentos provisórios fixados em valor equivalente a quatro salários mínimos, por ilegitimidade passiva ad causam, ou, alternativamente, a sua minoração para o mínimo legal.

Primeiramente, cumpre rechaçar a ilegitimidade passiva argüida pela agravante, eis que a obrigação alimentar, de acordo com o disposto no art. 396 do Código Civil, não se limita aos pais, estendendo-se também aos parentes do alimentando.

É certo que a obrigação de prestar alimentos alcança a todos os ascendentes, sendo que os mais próximos excluem os mais remotos, destaque-se, em regra, porque, evidenciada a insuficiência de recursos financeiros dos primeiros, a obrigação estende-se àqueles em condições de fazê-lo, por isso que solidários nesse encargo.

Nessa linha de pensamento, oportuno destacar a lição do ilustre Yussef Said Cahali:

"...duas circunstâncias abrem oportunidade para a convocação do ascendente mais remoto à prestação alimentícia: a falta de ascendente em grau mais próximo ou a falta de condição econômica deste para fazê-lo" (Dos Alimentos, 3ª ed., pág. 702).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu a respeito na oportunidade de vários julgamentos, como é o caso do REsp n. 70.740, da lavra do ilustre Ministro Barros Monteiro:

"Ação de alimentos proposta por neto contra os avós paternos. Exclusão pretendida pelos réus sob a alegação de que o progenitor já vem contribuindo com uma pensão. Art. 397 do Código Civil.

"O fato de o genitor já vir prestando alimentos ao filho não impede que este último possa reclamá-los dos avós paternos, desde que demonstrada a insuficiência do que recebe.

"A responsabilidade dos avós não é apenas sucessiva em relação à responsabilidade dos progenitores, mas também é complementar para o caso em que os pais não se encontrem em condições de arcar com a totalidade da pensão ostentando os avós, de seu turno, possibilidades para tanto.

"Recurso especial não conhecido".

E:

"Alimentos. Avô. Impossibilidade de o menor receber alimentos do pai. A responsabilidade alimentar do avô tem como pressuposto a 'falta' dos pais (art. 397 do Código Civil), a ela equiparada a incapacidade de o pai cumprir com sua obrigação, inadimplente durante meses, e sem que o credor tivesse algum êxito no processo de execução em curso. Recurso conhecido" (REsp n. 169746/MG, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 23/8/1999, pág. 129).

Ainda:

"Alimentos. Menor impúbere (representado pela mãe). Complementação pelo avô. Juridicamente não há o que impeça ao avô de complementar os alimentos insuficientes prestados pelo pai.

"Fixação. Critério (Código Civil, art. 400). Questão que, na espécie, diz respeito ao conjunto probatório, não examinável pelo STJ (Súmula 7).

"Recurso não conhecido" (REsp n. 79409/RS, 3ª Turma, rel. Ministro Nilson Naves, DJ 1º/2/99).

Este colendo Tribunal assim também já decidiu:

"Alimentos. Pedido de revogação de alimentos provisórios. Impossibilidade. Menor que precisa de cuidados médicos. Obrigação subsistente. Inteligência do art. 397 do CC. Avós paternos que ainda mantêm o sustento do progenitor.

"A obrigação alimentar pode persistir entre parentes consanguíneos com fundamento no art. 396 e seguintes do CC, desde que se prove

a necessidade e impossibilidade do provimento de sua própria manutenção pelo trabalho, sem desfalque do próprio sustento daquele a quem for impelido a fornecê-los.

"Improcede pedido dos avós paternos de revogação de alimentos provisórios se o neto conta com tenra idade e precisa de atenção médica redobrada, além de sua mãe não poder prover, sozinha, a subsistência do infante" (AI n. 98.018000-7, de Balneário Camboriú, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Ainda:

"Alimentos. Pessoas obrigadas. Art. 397 do Código Civil.

"Se o pai da menor omite-se ou não tem condições financeiras para prover a subsistência da filha, justifica-se a condenação do avô paterno, para o fim de concorrer na complementação dos alimentos, na conformidade do art. 397 do Código Civil" (Ap. Cív. n. 47.358, de Lages, rel. Des. Francisco Borges).

No caso em análise, verifica-se que a mãe do menor, cumprindo com as obrigações decorrentes da maternidade, encontra-se em dificuldades para manter sozinha seu filho que necessita de cuidados especiais por ser portador de deficiência psíquica (autismo). Ajuizada ação de alimentos em face do pai do menor, restou acordado que este os prestaria, porém, as condições financeiras deste não permitem a efetividade desta obrigação, que a cumpre somente quando acionado por meio de ação executória.

Entretanto, observa-se ostentar a avó paterna situação econômica boa e estável, o que demonstra sua

aptidão em auxiliar o neto em sua subsistência.

Portanto, diante da insuficiência econômica do genitor em cumprir com as obrigações decorrentes da paternidade, cumpre à avó paterna complementar a verba alimentar a fim de possibilitar ao neto melhor qualidade de vida, devendo ser levado em consideração, inclusive, a condição especial que apresenta o menor, necessitando, com toda certeza, de maiores cuidados e atenção, principalmente no que se relaciona à saúde e à educação especial que demanda.

Por fim, não se vislumbra excessividade no quantum fixado a título de alimentos provisórios, pois o Magistrado a quo bem os fixou, atento às

peculiaridades do caso em comento e coadunado com o binômio necessidade/possibilidade previsto no art. 400 do Código Civil.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Trindade dos Santos, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Francisco Hoepers.

Florianópolis, 11 de outubro de 2000.

Alcides Aguiar;
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.013667-0, DE SÃO BENTO DO SUL

Relator: Des. Alcides Aguiar

Agravo de instrumento — Execução — Acordo com cláusula de renúncia à impenhorabilidade de imóvel residencial — Inoperância diante do fim social da Lei n. 8.009/90 — Precedentes do Superior Tribunal de Justiça — Despacho do juiz expedindo mandado de penhora de outros bens que possam garantir o débito — Observância do artigo 620 do CPC — Recurso desprovido.

Em agindo com a prudência que o julgador deve sempre se pautar, e atento ao caráter eminentemente social da Lei n. 8.009/90, bem atua o magistrado quando ordena que o oficial de justiça diligencie acerca da existência de outros bens que possam garantir o crédito do agravante, evitando, desta forma, a medida drástica de retirada do agravado e sua família do imóvel residencial, não se olvidando, ainda, o disposto no artigo 620 do Código de Processo Civil que determina que a execução se realize do modo menos gravoso ao devedor.

O oferecimento do bem de família em garantia pelo devedor não implica em renúncia à impenhorabilidade de que trata a Lei n.

8.009/90, posto que “A impenhorabilidade do bem de família foi instituída como proteção não ao devedor mas a sua família. Seu objetivo é proteger os membros da entidade familiar que não constituíram a dívida, mas que utilizam o imóvel como residência” (STJ, REsp n. 205040/SP, rel. Ministro Eduardo Ribeiro, DJU 13/9/99).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.013667-0, da comarca de São Bento do Sul (1ª Vara), em que é agravante Adelino Denk, sendo agravado Altamir Carvalho:

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

Custas na forma da lei.

Adelino Denk agravou de instrumento da decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de São Bento do Sul que, nos autos da ação de execução que move contra Altamir Carvalho, determinou expedição de mandado de penhora sobre outros bens que o descrito no acordo realizado entre as partes.

Ajuizou execução baseada em contrato de locação de terminal telefônico; posteriormente, realizaram acordo prevendo o pagamento do quantum devido em oito parcelas de R\$ 100,00. Na ocasião do acordo, o agravado, com a devida outorga de sua esposa, ofereceu em garantia o imóvel onde residem.

Como o pactuado não foi honrado, requereu o prosseguimento da execução, com a penhora do bem ofertado; o oficial de justiça certificou que o casal não possuía outro bem, além do desconhecimento da esposa do agravado acerca do processo.

Não há qualquer dúvida a respeito do acordo realizado, e tampouco coação para que fosse assinado, fato que o investe de legalidade, devendo, portanto, ser honrado.

Colaciona jurisprudência sobre a renúncia da impenhorabilidade do bem residencial quando ofertado pelo próprio devedor.

Sem pedido de efeito suspensivo, a parte contrária foi intimada para apresentar contra-razões, deixando, no entanto, transcorrer in albis o prazo.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que determinou expedição de mandado de penhora sobre outros bens e não sobre aquele descrito no acordo realizado (imóvel residencial), sob a observação de que “o objetivo da lei é a preservação da moradia familiar, sendo certo, ainda, que ao leigo e, no caso, pessoas humildes, o cuidado com a constrição deve ser redobrado” (fl. 19).

Nas suas razões, o agravante afirma que o ilustre Magistrado indeferiu o pedido de incidência da penhora sobre o imóvel dado em garantia no pacto de fls. 15/16, sob o fundamento de ser bem de família, determinando que o meirinho diligenciasse acerca da existência de outros bens que possam garantir o débito, quando o próprio oficial de justiça já havia certificado a inexistência de outros bens,

verbis: “Entretanto, segundo a mencionada certidão do Sr. Oficial de Justiça, o agravado não possui outros bens possíveis (sic) de penhora, de sorte que o agravante arcará com prejuízo, cujo dano é irreparável, ao contrário da proteção atribuída ao agravado, que detém a faculdade, antes de penhorada sua residência ou de levada à hasta pública, de pagar o débito apontado na exordial” (fl. 3).

Ocorre que a interpretação do ilustre patrono do agravante a respeito daquela certidão, bem como da decisão atacada, está equivocada.

É que, primeiramente, o culto Togado não excluiu a possibilidade da penhora do imóvel dado em garantia pelo agravado no acordo realizado; apenas determinou, com a prudência que os magistrados devem sempre se pautar, e em atenção ao caráter eminentemente social e protetivo da Lei n. 8.009/90, que o oficial de justiça diligenciasse acerca da existência de outros bens que possam garantir o crédito do agravante, evitando, desta forma, a medida drástica de retirada do agravado e sua família do imóvel residencial, não olvidando, certamente, o disposto no artigo 620 do Código de Processo Civil que determina que a execução se realize do modo menos gravoso ao devedor. Atente-se, ainda, ao fato de que o valor do débito executado (R\$ 800,00) é bem inferior ao valor de uma residência edificada em alvenaria, com área de 130m² (descrição do imóvel no acordo à fl. 16).

A doutrina conceitua o bem de família:

“Bem de família legal é o imóvel destinado por lei a servir de domicílio da família, ficando isento de execução

por dívidas, exceto as relativas a impostos incidentes sobre a mesma propriedade. É benefício automático e obrigatório, não necessitando de nenhuma iniciativa do proprietário. Toda e qualquer família que dispõe de apenas um imóvel em que reside terá assegurada a garantia de imunidade contra penhora por dívida de qualquer membro do seu núcleo familiar” (Arnaldo Marmitt, Bem de Família — Legal e Convencional, Aide, RJ, 1995, pág. 15).

Para Álvaro Villaça Azevedo “O bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade” (Bem de Família, 4^a ed., RT, SP, 1999, pág. 94).

Também Rainer Czajkowski:

“Tal proteção é fundada, quase sempre, em razões de ordem sociológica e moral, garantindo às famílias daqueles em dificuldades econômicas para saldar suas dívidas, condições mínimas de sobrevivência digna, como também a salutar continuidade do exercício profissional. Procura-se evitar que o credor, usando a lei e da estrutura judiciária para a satisfação de um crédito — um direito de simples expressão pecuniária — chegue ao extremo ético de condenar o devedor com sua família à fome, ao desabrigo e à miséria” (A impenhorabilidade do Bem de Família, 3^a ed., Juruá, 1998, pág. 18).

Em segundo lugar, em nenhum momento o oficial de justiça certificou que aquele é o único bem do casal; pela análise da certidão de fl. 18v., de-

preende-se que apenas narrou o que lhe foi dito pelo agravado e sua esposa, verbis: "...Em contato com os requeridos, estes após ouvirem o contido no mandado, negaram-se a exarar seus cientes, bem como a assinar o Termo de Nomeação de Bens à Penhora, alegando ser seu único bem. Certifico, ainda, que a esposa do Sr. Altamir Carvalho, em cartório, ratificou a negativa, alegando desconhecer o fato de ter assinado concordando em indicar seu bem de família como garantia nos autos" (grifei).

Conforme se percebe claramente, não houve afirmação do meirinho, nem este chegou a diligenciar a propósito da existência de outros bens penhoráveis. Ademais, não se sabe se ao afirmarem que se tratava de "seu único bem", os agravados estavam se referindo a outro bem no sentido genérico, a outro bem imóvel — residencial, próprio, alugado — ou até mesmo outro bem móvel.

Por fim, a jurisprudência assente no Superior Tribunal de Justiça desautoriza a renúncia pelo devedor à impenhorabilidade de imóvel residencial, dès que o benefício ainda vai além de penhora deste alcança a família como um todo.

Com efeito:

"Bem de família. Renúncia. Documento particular. A imunidade assegurada ao bem de família não é passível de renúncia, podendo ser excluída a proteção social prevista na lei de ordem pública apenas nos casos por ela ressalvados.

"Recurso parcialmente conhecido e provido" (REsp n. 223419/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 17/12/99).

Do voto do eminente Ministro extrai-se:

"2. Nas vezes em que as duas Turmas da eg. 2ª Seção foram chamadas a se manifestar sobre a renúncia do devedor ao direito assegurado pela Lei n. 8.009/90, decidiram pela negativa. É que se trata de norma de ordem pública, que só admite as ressalvas nela mesma feitas, destinada à proteção não propriamente do devedor, mas da moradia da família, valor social relevante e que por isso merece a especial proteção do Estado".

E, mais adiante, cita lição do doutrinador Alvaro Villaça de Azevedo:

"Como vimos, não deve a proteção primeira da família ser confiada somente a seus integrantes, tendo em vista que estes podem negligenciar.

"O Estado deve instituir normas reguladoras do instituto em causa, que se sublimem aos meros interesses individuais. Estes não podem sobrepor-se aos interesses coletivos, que se confundem com os objetivos da própria Nação.

"Ao Estado compete editar normas de ordem pública regulando a matéria, justamente, para que não prevaleça sobre aquela a ordem privada.

"Não podendo os homens, por seus próprios e egoísticos interesses, fazer com que estes alterem, suplantem, a sistemática dos da esfera pública, como se se colocassem aqueles diante deste, é que se tornam imprescindíveis normas de ordem pública para regulamentar a matéria" (in Bem de Família, RT, 3ª ed., pág. 202).

E da lavra do ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no recentíssimo REsp n. 262.654/RS:

“Processual civil. Penhora. Bem absolutamente impenhorável. CPC, art. 649, VI. Nulidade absoluta. Preclusão. Ausência. Renúncia do devedor. Impossibilidade. Precedente da turma. Recurso desacolhido.

“I — Em se tratando de nulidade absoluta, a exemplo do que se dá com os bens absolutamente impenhoráveis (CPC, art. 649), prevalece o interesse de ordem pública, podendo ser ela argüida em qualquer fase ou momento, devendo inclusive ser apreciada de ofício.

“II — O executado pode alegar a impenhorabilidade de bem constrito em embargos à arrematação e mesmo que não tenha ele suscitado o tema em outra oportunidade, inclusive em sede de embargos do devedor, pois tal omissão não significa renúncia a qualquer direito, ressalvada a possibilidade de condenação do devedor nas despesas pelo retardamento injustificado, sem prejuízo de eventual acréscimo na verba honorária, a final” (DJU 20/11/2000).

O Ministro Eduardo Ribeiro também segue esse entendimento:

“Bem de família. Impenhorabilidade.

“As exceções à impenhorabilidade são as expressamente previstas em lei. Ineficaz a renúncia a favor em documento particular de confissão de dívida” (REsp n. 205040/SP, DJU 13/9/99).

E do corpo do acórdão extrai-se:

“Discute-se, no presente caso, se o oferecimento do bem de família, como garantia, em confissão de dívida, teria o condão de afastar a impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90. A impenhorabilidade do bem de família foi instituída como proteção, não ao devedor, mas a sua família. Seu objetivo é proteger os membros da entidade familiar que não constituíram a dívida, mas que utilizam o imóvel como residência”.

Ainda do Superior Tribunal de Justiça, os seguintes precedentes: Do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar: REsp n. 208963/PR, DJU 17/12/99; REsp n. 242175/PR, DJU 8/5/2000; REsp n. 201537/PR, DJU 2/8/99 e REsp n. 178317/SP, DJU 1º/2/99; da relatoria do ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp n. 192133/MS, DJU 21/6/99 e do emérito Ministro Eduardo Ribeiro, REsp n. 84991/PR, DJU 6/5/96.

E também de outros tribunais pátrios:

“Direito civil e processual civil. Lei n. 8.009/90. Impenhorabilidade de imóvel residencial.

“A despeito de eventual ajuste entre as partes, renunciando aos benefícios da Lei n. 8.009/90, subsiste a impenhorabilidade porque ‘a validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)’; consoante a dicção do artigo 82 do Código Civil Brasileiro. Os pactos contra legem não produzem efeitos na esfera jurídica, podendo, quando muito, constituir obrigação natural; mas daí a exigir que o Poder Judiciário cegamente aplique o adágio *pacta sunt servanda* vai uma distância

sideral que apenas tem cabimento na desmedida usura da apelante" (TJDF, ACV n. 1998.07.1.005067-5, Primeira Turma Cível, rel. Des. Waldir Leôncio Júnior, j. 31/5/99).

E daquele mesmo Tribunal:

"Execução — Constrição judicial — Penhora de bens indicados pelo devedor — Inocorrência da renúncia aos benefícios da Lei n. 8.009/90 — Alcance da impenhorabilidade sobre os bens de vivência ou indispensáveis à família — 1) Não há falar na figura da renúncia aos benefícios da lei da impenhorabilidade pelo fato de ter o próprio devedor indicado os bens objeto da constrição. Nem por isso está o executado impedido de se socorrer da lei e pugnar pela liberação do patrimônio apreendido. A renúncia, nesses casos, não é presumida, deve ser expressa, máxime a função social do texto legal, sobrelevante nele o objetivo de salvaguarda da prole. 2) O alcance da impenhorabilidade vai até ao essencial à habitabilidade digna e compreende, no contexto, tudo o que, no cotidiano, seja indispensável, incluindo até aparelhos de TV e som, singelos. Todavia, não se pode falar noutras versões dessa aparelhagem, luxuosas, porque assim o intérprete transcende a espiritualidade da lei" (TJDF, ACV n. 1.866-3/99, Primeira Turma Cível, rel. Des. Eduardo de Moraes Oliveira, j. 23/8/99).

E do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"Agravado de instrumento. Execução de título. Crédito rural. Pequena propriedade. Hipoteca. Impenhorabilidade. Renúncia. Inviabilidade. A hipótese de renúncia prevista na legislação que regula a impenhorabilidade

do bem de família não se aplica ao benefício previsto para a pequena propriedade rural. Ademais se os elementos do negócio não permitem que se extraia a convicção de que houve a declaração de vontade de renunciar ao benefício. O crédito concedido, através da cédula, não se destinou a produção, mas para refinar díbitos. Assim, tendo-se em conta que a Carta Constitucional protege a pequena propriedade rural da penhora até para débitos decorrentes da produção, quanto mais para os concedidos para outros fins. Interpretação teológica da lei, a demonstrar que a proteção não se destina apenas aos proprietários e seus familiares, mas à própria estrutura social e econômica do Estado. Agravo desprovido" (AI n. 70000712315, Décima Primeira Câmara Cível, TJRS, rel. Des. Roque Miguel Fank, julgado em 29/3/2000).

Por fim:

"Execução. Penhora. Bem impenhorável. Nomeação pelo devedor. Nulidade argüida. Conquanto decorrente de nomeação do devedor, é possível a decretação da nulidade da penhora que recaiu sobre bem impenhorável. E que não pode subsistir a renúncia a benefício legal se o devedor — agricultor com pouca instrução — não tinha condições de avaliar a repercussão do ato. Hipótese em que a nomeação foi inserida em petição elaborada pela advogada do exequente. Recurso improvido" (AI n. 196131668, Nona Câmara Cível, TARGS, rel. Desa. Maria Isabel de Azevedo Souza, julgado em 27/8/1996).

Perfeitamente demonstrado, então, diante da proteção à família, que o oferecimento do imóvel familiar

em garantia pelo devedor não implica em renúncia à impenhorabilidade.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Trindade dos Santos.

Florianópolis, 30 de novembro de 2000.

*Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.016395-3, DE TAIÓ

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Agravo de instrumento. Exceção de pré-executividade. Cédula rural. Novação. Inocorrência. Transação envolvendo dívidas anteriores. Ausência dos títulos. Nulidade.

“A novação é forma de extinção da dívida contraída, gerando nova obrigação, que substitui a anterior. Todavia, para que se a tenha, requer-se o animus novandi, vale dizer, o intuito de inumar a relação obrigacional que até então vigia, engendrando uma outra que lhe toma o posto.

“Não há novação quando apenas se verificarem acréscimos ou outras alterações secundárias na dívida. A mudança deve ocorrer no objeto principal da obrigação, em sua natureza e na causa jurídica.

“Em não havendo novação é necessária a juntada de todos os títulos que originaram a dívida, sob pena de nulidade da execução por ausência de título executivo.

“Existindo dúvida quanto ao valor confessado, cumpria ao exequente a juntada dos instrumentos das dívidas confessadas para possibilitar-se aos executados e ao juiz o exame do quantum debeatur” (Ap. Cív. n. 128.502-9, de Curitiba, rel. Juiz Albino Jacomel Guérios).

Vistos, relatados e discutidos |
estes autos de Agravo de Instrumento n.

00.016395-3, da comarca de Taió, em

que é agravante Haroldo Hedler, sendo agravado Banco do Brasil S.A.:

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

Custas de lei.

1. Haroldo Hedler interpôs agravo de instrumento em face de decisão que, em sede de ação de execução, rejeitou a exceção de pré-executividade oposta em face de Banco do Brasil S.A.

Disse ter fundamentado o pedido na nulidade da execução na falta dos títulos e deficiência do demonstrativo acostado.

Sustentou que o Dr. Juiz de Direito, entendendo presente o instituto da novação, rejeitou as alegações, autorizando o prosseguimento da ação.

Alegou inexistência do instituto da novação, porque a cédula rural pignoratícia e hipotecária não revela a intenção de novar, pelo que seriam necessários os títulos anteriores para a continuação da execução.

Argüiu também a insubsistência do demonstrativo atualizado do débito, eis que não registrou a evolução da dívida desde a criação dos primeiros títulos.

Pede seja anulada a ação de execução proposta.

Denegado o pedido de efeito suspensivo, sobreveio aos autos contraminuta, onde a agravada argumentou acerca das várias ações em que litiga com o agravante, pugnando pela imposição de pena de litigância de má-fé.

2. Dá-se provimento ao recurso.

2.1. Insurge-se o agravante contra decisão que, em sede de ação de execução, rejeitou a exceção de pré-executividade, por entender ausente o instituto da novação. No entanto, do exame do acordo enlaçado entre as partes, nota-se a inocorrência da novação.

A novação é forma de extinção da dívida contraída, gerando-se uma nova obrigação, que substitui a anterior. Todavia, para que se a tenha, requer-se o *animus novandi*, vale dizer, o intuito de inumar a relação obrigacional que até então vigia, engendrando uma outra que lhe toma o posto.

Impõe-se, dessarte, para configurar a novação, a existência jurídica de uma obrigação (*obligatio novanda*), a constituição de uma nova (*aliquid novi*) e o *animus novandi* (v. STJ, 4ª T., REsp n. 4.292, de São Paulo, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, in DJU de 4/1/1991).

A imprescindibilidade do ânimo de novar tem sido declarada pelas Cortes de Justiça, como dão mostra os excertos seguintes:

“Duplicata sem endosso — Garantia de pagamento — Ausência de *animus novandi*. Entrega de duplicata de terceiro à credora, sem endosso, em garantia do pagamento da dívida mercantil, representada por sete duplicatas, de responsabilidade da devedora. Ausência de provas seguras e indúvidas da novação objetiva, que se dá entre credor e devedor, substituindo a dívida anterior por outra dívida, que extingue a primitiva. A novação, que não se presume, exige a intenção inequívoca (*animus novandi*)

de se extinguir a obrigação anterior pela nova obrigação (art. 1.000 do Código Civil)" (TARJ, 6ª CC, Ap. Cív. n. 8.294/92, Clarindo de Brito Nicolau, j. 18/8/92).

"Substituição dos títulos. Inocorrência de novação. Execução por duplicatas. Embargos arguindo novação, uma vez que os títulos primitivos teriam sido substituídos por promissórias. Inocorrência. Se a intenção das partes não era a de dar por extinta a obrigação primitiva, não se pode falar em novação" (TARJ, 4ª CC, Ap. Cív. n. 43.306, rel. Marcus Faver, j. 1º/4/86).

É deste Sodalício:

"Novação — Ausência de animus novandi — Descaracterização.

"Para que resulte caracterizada a novação, de todo imprescindível é a comprovação da existência de uma efetiva intenção de novar, pois essa intenção, consistente na vontade irrefutável de extinguir o crédito primitivo, é o elemento tipificador por excelência do instituto em causa. O ânimo de novar, todavia, não se presume, pelo que, expressamente excluído ele pelas partes, a nova obrigação estipulada há que ser entendida como meramente confirmatória da anterior" (1ª CC, Ap. Cív. n. 52.273, de Imituba, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 20/8/96).

No caso em exame, não há falar em novação, já que não se visou a pôr fim à obrigação que não teve seus elementos essenciais alterados. O que se extrai do documento de fl. 33 é a simples renegociação de várias dívidas. Acordou-se que seriam quitadas mediante a concessão de um crédito à

devedora, como ressei de referido documento.

Em aresto proveitoso ao desate do litígio assinalou-se:

"Não ocorre a novação objetiva ou real se o devedor não contraiu com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior (art. 999 do Código Civil). O ânimo de novar exige investigação em cada caso, mas não o há quando à obrigação se adicionam novas garantias, quando se concede moratória ao devedor, quando se lhe defere abatimento de preço, maiores facilidades de pagamento ou reforma de título..." (TARS, 3ª CC, Ap. Cív. n. 28.204, rel. Ernani Graeff, j. 2/6/82).

Em senda idêntica:

"Não existe novação se a dívida primitiva persiste. Modificações ou alterações da obrigação originária por pagamentos parcelados ou novos ajustes. Inocorrência de intenção de dar por finda a dívida" (TARJ, 4ª CC, Ap. Cív. n. 46.598, rel. Marcus Faver, j. 17/6/86).

A doutrina chancela esse posicionamento, alertando que "Não há novação quando apenas se verificarem acréscimos ou outras alterações secundárias na dívida" (Orlando Gomes. Obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 1978, 5ª ed., pág. 166). "A mudança deve ocorrer: a) no objeto principal da obrigação; b) em sua natureza; c) na causa jurídica" (op. cit., pág. 169).

2.2. Uma vez reconhecida a ausência de novação, pretende o agravante seja decretada a nulidade da execução, ante a ausência dos títulos executivos.

Dispõe o art. 583 do Código de Processo Civil que “toda execução tem por base título executivo, judicial ou extrajudicial”, sendo nula a execução quando não fundada em título revestido de liquidez, certeza e exigibilidade.

Tal regra decorre do rigor necessário ao processo de execução, haja vista que o “Estado intromete-se no patrimônio do devedor, independentemente de sua concordância; ou impõe-lhe meios coercitivos, de pressão psicológica. Em suma, a execução é processo bastante rigoroso para quem nele figura como réu. Bem por isso, impõe-se ao processo executivo requisitos especiais” (Flávio Renato Correia de Almeida. Curso Avançado de Processo Civil, 3ª ed., São Paulo, RT, 2000, vol. 2, pág. 46).

Dessa maneira, o Código de Processo Civil somente confere a determinados atos jurídicos a característica de título executivo, pois dele deriva o processo de execução.

Cândido Rangel Dinamarco salienta:

“Título executivo é o ato ou fato jurídico legalmente dotado de eficácia de tornar adequada a tutela executiva para a possível satisfação de determinada pretensão. Ele torna adequadas as medidas de execução forçada para a atuação da lei. Ainda quando o ingresso em juízo seja necessário para obter o bem almejado, só se tem legítimo acesso às vias executivas quando a pretensão estiver amparada por título executivo” (grifou-se) (Execução Civil, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, pág. 453).

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery destacam:

“Não há execução que não se aparelhe por meio de título executivo, judicial ou extrajudicial. Trata-se de processo documental (...), pois o título é documento indispensável à propositura da ação (CPC, 283) e sua falta acarreta o indeferimento da petição inicial, caso não emendada na forma do CPC 284” (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 815).

Dessarte, não restam dúvidas que à execução de quantia relativa a vários contratos, renegociados por outro, sem o *animus novandi*, é imprescindível a juntada de todos os títulos, sob pena de nulidade.

Essa interpretação decorre do princípio *ex iniuria non oritur ius*, ou seja, da injúria não nasce o direito. Pierangelo Catalano, citando texto de Vélez Sarsfield acerca do brocardo, diz que “em todos os ordenamentos de Direito Civil a situação emergente de ilicitude originária não desaparece com o ‘reconhecimento da dívida’. No ordenamento jurídico argentino o artigo 723 do Código Civil dispõe: ‘se el acto del reconocimiento agrava la prestación original, o la modifica en perjuicio del deudor, debe estarse simplemente al título primordial, si no hubiese una nueva y lícita causa de deber’” (Princípios Gerais do Direito, Direito à Vida e Dívida Externa. Revista Cidadania e Justiça, 1º semestre/2000, pág. 16).

Em julgado inovador, decidiu a Corte Paranaense:

“Embargos do devedor. Confissão de dívida bancária. Necessidade da juntada dos instrumentos das dívidas confessadas, principalmente quando

existir dúvidas, pelo exame de um desses instrumentos, a respeito do quantum debeat. Iliquidez. Conhecimento de ofício pelo Tribunal.

“Os contratos bancários são de consumo e, possuindo essa natureza, requerem um processo efetivo e que contenha regras que propiciem a igualdade substancial e a correta aplicação das normas de direito material.

“Existindo dúvida quanto ao valor confessado, cumpria ao exequente a juntada dos instrumentos das dívidas confessadas para possibilitar-se aos executados e ao Juiz o exame do quantum debeat” (grifou-se) (Ap. Cív. n. 128.502-9, de Curitiba, rel. Juiz Albino Jacomel Guérios, j. 24/2/1999).

3. Por todo o exposto, dá-se provimento ao recurso para extinguir a execução aforada, condenando-se o exequente ao pagamento das despesas processuais e honorários arbitrados em R\$ 4.000,00.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Solon d'Eça Neves.

Florianópolis, 9 de novembro de 2000.

Alcides Aguiar;

Presidente;

Pedro Manoel Abreu,

Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.003584-0, DE POMERODE

Relator: Des. Trindade dos Santos

Contrato de câmbio — Protesto por indicação — Inviabilidade jurídica — Reconhecimento de ofício — Liminar de sustação indeferida — Decisão que se reverte — Agravo de instrumento provido.

Ainda que não presentes se façam os elementos autorizadores da sustação de protesto, a liminar não deve ser negada quando verificado tratar-se de protesto irregular. E, segundo ressaí do art. 8º c/c o art. 21, § 3º, da Lei n. 9.492, de 10/9/97, que regulamentou os serviços de protesto, somente as duplicatas mercantis ou de prestação de serviços, quando não devolvidas pelo sacado dentro do prazo legal, são passíveis de protesto por indicação. Outros títulos ou contratos, a exemplo dos contratos de câmbio, somente são protestáveis à vista dos respectivos originais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.003584-0, da comarca de

Pomerode, em que é agravante Riffel Indústria e Comércio Ltda., sendo agravado o Banco Bradesco S.A.:

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

Custas de lei.

I — Relatório

Via este agravo de instrumento, Riffel Indústria e Comércio Ltda. combate a decisão que, exarada nos autos da Ação Cautelar de Sustação de Protesto n. 050.99.000206-3, por si dirigida contra Banco Bradesco S.A., negou a liminar pleiteada.

Aponta a agravante que, como os contratos de câmbio ajustados com a instituição financeira recorrida, diziam respeito à venda de moeda estrangeira, comprometeu-se ela a fazer o reembolso dos respectivos valores por ocasião do pagamento das mercadorias que seriam exportadas para a empresa Metal Mecânica S.A., com sede na cidade de Assunção, no Paraguai.

Porém não tendo as exportações chegado ao seu termo, e diante da impossibilidade de vender as moedas estrangeiras para o agravado, as partes, consensualmente, transformaram os contratos de câmbio em simples operações de mútuo com garantia fiduciária.

Aditou que deixou de constar expressamente no instrumento o prazo para resgate das antecipações recebidas por conta das operações de câmbio, o qual permaneceu inalterado conforme os contratos: 3/3/99, 5/3/99, 7/3/99 e 12/3/99.

Assim, entende que após terem-se realizado os ajustes subseqüentes, o direito do agravado deverá ser exercido não mais com fundamen-

to nos contratos de câmbio e, sim, com base no direito comum.

Refuta a idéia de se falar em dívida contraída em moeda estrangeira, uma vez que a importadora não chegou a fazer nenhum pagamento em dólar e as antecipações foram feitas em moeda nacional, cuja atualização deverá subordinar-se às normas do direito comum: juros legais e atualização monetária pelo INPC.

Argumenta que é dispensável o protesto do contrato de câmbio para servir de base para a ação de execução, pois a Lei n. 4.728/65 foi editada antes do advento da Lei n. 8.953/94, esta que, alterando o art. 585, § 1º, do CPC, dispensou a formalidade antes exigida.

Discorreu que o *periculum in mora* e *fumus boni iuris* residem na probabilidade de os títulos apontados serem judicialmente desconstituídos e no conceito creditício que acaso afetado terá reflexos comerciais negativos, trazendo conseqüências de difícil e incerta reparação.

Finalizou a peça recursal, pugnando pela concessão da liminar negada na instância a quo.

O efeito suspensivo foi negado, conforme despacho de fl. 111.

Em contra-razões, a instituição financeira aplaudiu a decisão vergastada, requerendo o desprovimento do recurso.

II — Voto

Registram os autos ação cautelar de sustação de protesto proposta pela agravante, em virtude de terem sido apontados para protesto três contratos de câmbio.

Na argumentação da empresa recorrente, o fato de a operação de exportação não se ter realizado, tendo contudo percebido o valor atinente ao pacto bancário, o qual sofreu aditivo de garantia fiduciária, é razão suficiente para obstar o protesto dos contratos.

Porém, referentemente a essa argumentação, razão não assiste à empresa recorrente. Pelo que se observa dos documentos juntados, os contratos de câmbio foram realizados em 23/6/98, 21/7/98 e 24/8/98, enquanto que a correspondência enviada pela empresa paraguaia suspendendo as importações deu-se em 4/6/1998, ou seja, muito antes da contratação do adiantamento de câmbio, não podendo, então, usar a agravante, como motivo para a sustação do protesto, acontecimento que antecedeu à lavratura dos contratos.

Há observar, ainda, que o aditivo aos contratos de câmbio juntado às fls. 55 a 57, datado de 18 de dezembro de 1998, denominado "Instrumento Particular de Constituição de Garantias e outras Avenças", pelo qual a recorrente deu em garantia do cumprimento dos contratos de câmbio maquinários e equipamentos no valor de R\$ 620.000,00, não pode ensejar a sustação do protesto, eis que se o aditivo veio a descaracterizar os contratos de câmbio, a busca por tal desiderato deve ser perseguida em ação declaratória própria ou mesmo em embargos à execução.

Precedente do Superior Tribunal de Justiça conforta a tese exposta:

"Contrato de câmbio — Protesto — Sustação — 1. É inadmissível a concessão de liminar, em cautela, para sustar o protesto de contrato de

câmbio, porque tal protesto constitui condição indispensável ao exercício da ação de execução (Lei n. 4.728/65, art. 75). 2. Os embargos são a sede própria para o devedor opor-se à execução, no todo ou em parte, e arguir as exceções que entender necessárias. 3. Recurso especial não conhecido" (REsp n. 36.681-0/RS, 4ª T., rel. Min. Antônio Torreão Braz, j. 23/11/1993).

Contudo, mesmo não se antecedendo, nos motivos expostos na exordial da medida cautelar, razões suficientes para o deferimento da medida, não podemos deixar de observar o defeito grave ocorrido quando do apontamento dos contratos de câmbio para protesto.

Sabe-se que o recebimento de qualquer documento para protesto pelo titular do cartório responsável pelo protesto deve guardar a observância de algumas condições legais.

Dentre elas, a primeira será a de recusar para apontamento documento que não reúna condições para o procedimento do protesto do título.

Tem-se, pelos documentos de fls. 21, 30 e 39, que foram os contratos de câmbio recebidos para protesto pelo cartório por simples indicação, o que maculou, sem dúvida alguma, o ato notarial do protesto!

Ora, em se tratando de contrato de câmbio, o protesto é regulado por lei especial, ou seja, a Lei n. 4.728/65 que, em seu art. 75 e parágrafos, diz da essencialidade do protesto de tais contratos para legitimar o acesso às vias executivas.

Preceitua supracitado dispositivo:

“O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva”.

Porém, o ordenamento mencionado nada dispõe sobre a “forma especial” da realização do protesto do contrato de câmbio, estando, então, seu procedimento e requisitos adstritos aos determinativos da Lei n. 9.492/97.

Cabe-nos, então, questionar se era dado ao estabelecimento de crédito agravado apontar para protesto os contratos de câmbio, fazendo-o por meio de mera indicação.

A indicação, esclareça-se, é o procedimento pelo qual se dispensa a exibição do título ao tabelião, o qual, sabedor das suas características, procede ao apontamento para protesto, por simples transmissão que lhe é feita acerca dos dados do título.

É, todavia, o protesto por indicação forma de utilização excepcional, podendo ser manejado somente para o protesto de duplicatas, no caso de terem sido retidas pelo sacado quando do envio para o aceite e não devolvidas dentro do prazo legal.

Clara é a Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997, quando, regulamentando os serviços de protestos de títulos, dispõe em seu art. 21, § 3º:

“Quando o sacado retiver a letra de câmbio ou a duplicata enviada para aceite e não proceder à devolução dentro do prazo legal, o protesto poderá ser baseado na segunda via da letra de câmbio ou nas indicações da duplicata, que se limitarão a conter os mesmos requisitos lançados pelo sacador ao tempo da emissão de du-

plicata, vedada a exigência de qualquer formalidade não prevista na Lei que regula a emissão e circulação de duplicatas”.

De modo mais explícito, diz o art. 8º do mesmo ordenamento:

“Poderão ser recepcionadas as indicações a protesto das duplicatas mercantis e de prestação de serviços, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, sendo de inteira responsabilidade do apresentante os dados fornecidos, ficando a cargo dos Tabelionatos a mera instrumentalização das mesmas”.

Dito isso, de bom alvitre é se colocar que a nova lei, em regulamentando os procedimentos do protesto, não autoriza o protesto por indicação de modo genérico, excetuando-se apenas as duplicatas mercantis e de prestação de serviço.

O brilhante magistrado Ermínio Amarildo Darold, em sua obra *Protesto Cambial*, assim analisa a questão:

“A lei somente autoriza o protesto por indicação de duplicata quando remetida ao sacado para aceite e este não a devolve. Logo, para que possa o requerente do ato moratório valer-se da hipótese excepcionalíssima do protesto por indicação, tem de demonstrar que existe uma duplicata da qual é portador e que ela não se encontra sob sua posse porque, remetida ao sacado para aceite, não obteve devolução” (pág. 54).

Tem-se, então, que acaso não demonstrada a existência do título, ou mesmo do contrato de câmbio, como, in casu, apenas e somente se indicando seus dados e elementos característicos, a coadunação com essa forma de atuação estaria gerando a

supressão da obrigação legal imposta ao tabelião quanto à efetiva verificação acerca da existência dos requisitos formais garantidores da existência e validade do título, ou mesmo substituindo-se a segurança jurídica que traz a prova do crédito por “qualquer indicação” feita por palavras, colocadas em declaração unilateral de alguém ou instituição bancária.

Da obra acima mencionada extrai-se a seguinte lição:

“Sustentar que a expressão simples indicações estaria dispensando a demonstração daqueles pressupostos seria legitimar que qualquer pessoa, denominando-se portador de um pretense título, procedesse indicações contra outrem, indiscriminadamente, perante o cartório de protestos, obrigando o prejudicado a produzir prova negativa. Seria, sim, outorgar-se inadmissível presunção de veracidade à iniciativa do mais esperto, abandonando-se integralmente a lei, situação lamentavelmente ocorrente na maior parte do território nacional” (pág. 48).

No nosso entendimento, impossível a admissão pelo Tabelião de receber para protesto, por meio de mera indicação de dados, o contrato de câmbio, quando a própria Lei n. 9.492/97 determina que o agente extrajudicial fiscalize a recepção do documento encaminhado para protesto, assinalando expressamente em seu art. 9º:

“Todos os títulos e documentos de dívida protocolizados serão examinados em seus caracteres formais e terão cursos se não apresentarem vícios, não cabendo ao Tabelião de

Protesto investigar a ocorrência de prescrição ou caducidade.

“Parágrafo único. Qualquer irregularidade formal observada pelo tabelião, obstará o registro do protesto”.

Adite-se que o Código de Normas do Foro Extrajudicial deste Tribunal de Justiça, ao tratar dos Ofícios de Registros de Protestos, assim prevê:

“Art. 401 — Apresentar-se-á o documento no original, sem rasura ou emenda modificadora de suas características, facultada a atualização do endereço no verso ou em documento em apenso”.

Cristalino, dessa forma, que os apontamentos dos contratos de câmbio para protesto deu-se de forma totalmente irregular, eis que enviado ao Tabelionato responsável por “indicação”, afrontando a lei e maculando o ato notarial.

O defeito no apontamento do protesto, então, veio a nulificar todo o aspecto formal do ato moratório, com a ausência de formalidade legal dando ensejo à sustação almejada!

Não poderíamos admitir ou mesmo fechar os olhos para a ineficácia do ato jurídico que iria formar-se acaso não denunciada a ausência das condições necessárias para a validade dos protestos.

Como enfatizou o lapidar Alfredo Buzaid:

“Toda vez que alguém, sem razão, quer prevalecer-se de um título de crédito para constranger o indigitado devedor a fazer um pagamento indevido, deve o direito socorrê-lo, obstando a efetivação da violência” (Revista Justitia, 60/60).

Obtemperem-se, mais:

“Não pode o Poder Público colocar em mãos de qualquer portador a arma e, assistindo o ato, não impedir o tiro, para só então verificar se foi disparado no exercício regular de um direito ou não, caso em que concederá uma honrosa reparação post mortem (para a vítima)” (Edison Josué Campos, Teoria e Prática da Sustação de Protesto, Ed. Síntese, 2ª ed., 1982, págs. 25 e 26).

A doutrina não discrepa:

“A nulidade do processo pode ser reconhecida ex officio a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de arguição da parte, ou do oferecimento de embargos. A regularidade processual, o due process of law, é matéria de ordem pública que não escapa ao crivo do juiz” (Código de Processo Civil Comentado, Nelson Nery Júnior, São Paulo, Editora RT, 1996, pág. 1.041).

E tratando-se de nulidade absoluta, pode ela ser decretada de ofício, por tratar-se de matéria de ordem pública, que, não observada pelo Tabelião, não pode escapar do crivo do Judiciário.

Mesmo porque não há olvidar que, como deixou inscrito o emérito João Baptista Herkenhoff:

“O papel do juiz inteligente, íntegro e humano é desvendar os caminhos para que a lei injusta se torne justa, armando raciocínios lógicos e suscetíveis de ganhar, pela cultura e pela autoridade moral, o apoio do juiz conservador e equivocado dos escalões superiores” (Como Aplicar o Direito, Ed. Forense, 2ª ed, 1986, pág. 10).

III — Decisão

Assim, diante de todo o exposto, dá-se provimento ao recurso em tela para determinar a sustação dos protestos a que se refere a inicial, eis que realizados de forma alheia aos preceitos legais pertinentes.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Santa Ritta.

Florianópolis, 15 de março de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.019837-5, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Trindade dos Santos

*Medida cautelar inominada — Financiamento habitacional — Execução extrajudicial — Inconstitucionalidade — Ação revisio-
nal em tramitação — Possibilidade de êxito — Plano de equivalên-
cia salarial — Prestações, entretanto, reajustadas pela TR — Tabela
Price — Ilegalidade — Leilão — Sustação — Providência negada —
Decisão insubsistente — Agravo de instrumento — Provimento.*

— *Nos contratos de financiamento habitacional inexistente autorização legal expressa para a capitalização de juros. Execrável, em sendo assim, a incidência em contratos tais da Tabela Price, método esse que esconde uma condenável capitalização mensal de juros. A utilização do método Price, também conhecido como sistema de amortização francês, nada mais significa do que a aplicação de juros compostos, incidindo em total vulneração dos enunciados da Lei de Usura.*

— *Em financiamento habitacional contratado sob a égide do Plano de Equivalência Salarial (PES), os reajustes do saldo devedor e das prestações de responsabilidade do mutuário devem pautar-se, de forma imperativa, pelos reajustes salariais da categoria profissional na qual se insere o financiado. Compelentemente, a equação financeira impõe-se mantida, de forma que as prestações a que está vinculado o mutuário jamais sejam superiores à equivalência salarial da mesma categoria profissional. Por isso, implica em flagrante distorção, sendo, pois, destituída de eficácia e efetividade a cláusula contratual que, nessa hipótese, prevê a aplicação da Taxa Referencial ou de qualquer outro índice assemelhado.*

— *A execução extrajudicial prevista no DL n. 70/66 é de constitucionalidade duvidosa, já que importa em frontal antagonização aos princípios do juiz natural, do contraditório e do devido processo legal. Essa forma da execução privada, procedida ao desamparo de qualquer controle judicial imediato e sem qualquer possibilidade de defesa direta do mutuário, gera o desapossamento liminar do imóvel financiado, acarretando, assim, riscos de danos irreparáveis ou de difícil reparação ao devedor. Esse contexto, por sua vez, tipifica os pressupostos do fumes boni iuris e do periculum in mora, os quais, ligados à probabilidade de êxito da revisória ajuizada pela mutuária inadimplente, autorizam a suspensão dos leilões particulares do imóvel financiado.*

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

Custas de lei.

I — Relatório

Maristela Benelli insurgiu-se, via agravo de instrumento, contra a

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.019837-5, da comarca de São José (2ª Vara Cível e Registros Públicos), em que é agravante Maristela Benelli, sendo agravado Banco Bradesco S.A.:

decisão proferida pelo Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de São José, que, nos autos da ação cautelar inominada por si aforada contra o Banco Bradesco S.A., negou a concessão da liminar pleiteada para o fim de sustar o procedimento de execução extrajudicial do imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação.

Defende a impossibilidade do prosseguimento da execução por estar em trâmite desde janeiro de 1999 uma ação revisional do instrumento particular de compra e venda, mútuo, pacto adjeto de hipoteca e outras avenças (fls. 29 a 34) que visa à declaração de nulidade de cláusulas contratuais do financiamento e do modo de reajustamento das prestações adotadas pelo agente financeiro.

Anotou, também, que em dita ação vem sustentando a ilegalidade da forma de amortização aplicada pelo agravado e pleiteando a substituição da TR pelo Plano de Equivalência Salarial — PES como indexador da correção monetária, objetivando, portanto, a declaração da nulidade do plano adotado pela casa bancária.

Aduziu, ainda, a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* ante a eventual possibilidade de uma injusta perda de sua morada se permitido o prosseguimento do leilão extrajudicial já designado para o dia 17/11/99.

Finalizou pugnando pela concessão do efeito ativo ao presente agravo para que o Sr. Leiloeiro se abstenha de realizar a venda pública do imóvel.

O efeito ativo pleiteado restou concedido pela decisão de fls. 43 a 45.

O digno Magistrado a quo, ao prestar as informações requisitadas (fls. 53 a 54), encaminhou cópia da peça inicial da ação revisional ajuizada pela agravante (fls. 55 a 80).

O agravado, devidamente intimado, contraminutou o recurso, defendendo a manutenção do decisum vergastado e a conseqüente suspensão do efeito ativo concedido.

II — Voto

Insurge-se a agravante, aqui, contra a decisão que, nos autos da ação cautelar inominada incidental por ela proposta contra o ente bancário recorrido, negou-lhe a medida cautelar para a suspensão do procedimento de execução extrajudicial do imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação — SFH, bem como a suspensão, até decisão final, da realização do respectivo leilão.

Não se pode olvidar a peculiaridade que cerca a hipótese com a qual aqui nos defrontamos, posto estar ela relacionada a um contrato de financiamento de imóvel em que restou fixado no negócio em comento a incidência do sistema Price de cálculo dos juros, os quais, dessa forma, estavam sendo capitalizados mensalmente, ou seja, sobre as prestações devidas pela agravante eram impostos juros sobre os juros.

A prática do anatocismo é possível ser constatada, no caso vertente, de maneira cristalinamente clara a partir da análise do extrato emitido pelo banco, este anexado ao processo

pela recorrente (TJSC, fls. 23 e 23v.), pelo qual se verifica o crescimento em progressão geométrica do saldo devedor.

A agravante adquiriu de terceiros o imóvel em 14/10/94, incorporando-se no financiamento que havia sido firmado com o mutuário anterior (fls. 35/38) pela instituição financeira agravada, tendo iniciado, assim, o pagamento das prestações em 14/11/94.

Somente a título de exemplo da ilegalidade do cálculo dos juros, vê-se que a prestação referente ao mês de dezembro de 1994 era de R\$ 244,10, restando um saldo devedor de R\$ 18.428,26 (TJSC, fl. 23); e, passados quase quatro anos, a prestação do mês de junho de 1998 já correspondia ao valor de R\$ 494,68, tendo o saldo devedor de responsabilidade da agravante alcançando a incrível monta de R\$ 33.206,23 (TJSC, fl. 23v.).

Tais valores não podem, inquestionavelmente, ser aceitos!

Para tanto, considere-se que o imóvel adquirido pela agravante constituiu-se de um apartamento de apenas 66,46m² de área total, com a insurgente, no entanto, suportando prestações que se elevam de maneira desajustada se comparado aos parâmetros impostos pela legislação vigente, prestações essas totalmente incoadunantes com o valor e com a reduzida área do bem.

Além do mais, é indiscutível que a manutenção do absurdo cálculo elaborado pela instituição financeira tenha ocasionado a paralisação dos pagamentos das prestações mensais, o que acabou dando azo ao início do procedimento extrajudicial de aliena-

ção do imóvel. Mas, não é difícil de se imaginar que a conservação do cálculo inserido pela Tabela Price e a situação ora vigorante — mais dia menos dias — culminariam na provável perda da moradia em detrimento dos juros abusivos e ilegais incidentes.

Tal hipótese jamais poderá ser ignorada por esta Casa de Justiça, pois, muito embora o procedimento de venda do bem extrajudicialmente já tenha sido iniciado, a agravante tentou ação própria para discutir as cláusulas do contrato, o qual deixa evidente ilegalidades e abusos nele inseridos, mesmo quando feita uma análise perfunctória de suas disposições. E, no mesmo vértice, o acesso à justiça não pode ser negado ante ao princípio constitucional inserido no art. 5º, XXXV, da CF.

Não se pode olvidar que a capitalização, in casu, não pode ser admitida, seja ela mensal, semestral ou anual, impondo-se a total erradicação desta do contrato firmado entre os litigantes. É bem essa razão que faz com que não se admita o prosseguimento da alienação extrajudicial neste momento! Ou pelo menos até que seja realizada a justa retificação do contrato e a mutuária não venha a honrar com suas obrigações!

E incontroversa no caso, reafirme-se, é a utilização, pelo credor, da Tabela Price, sistema esse que se caracteriza pela imposição, no saldo amortizado, de juros compostos, capitalizados mensalmente, pois o contrato não deixa dúvidas (fl. 33): “sistema de amortização.....Tabela Price (TP)”.

E ainda, no mesmo documento supramencionado, no item 22, destaca-se:

“Forma e período de reajuste das prestações, acessórios e razão da progressão:

“As prestações de amortizações e juros serão redefinidas a cada três meses, contados a partir da data de assinatura deste contrato mediante o cálculo pelo saldo devedor, previamente atualizado, pelo prazo remanescente e a mesma taxa de remuneração nominal e efetivo percentual de acréscimo contratados inicialmente.

“O novo valor determinado será exigido no vencimento da terceira, sexta, nona parcela, e assim sucessivamente.

“Os prêmios de seguro de morte e invalidez permanente e danos físicos serão atualizados monetariamente na mesma data de redeterminação do valor das prestações de amortização e juros, mediante a aplicação, capitalização, dos mesmos índices utilizados para atualização do saldo devedor no período”.

Essa é uma das cláusulas que a agravante quer ver discutida e declarada nula nos autos da ação revisional, a qual, de maneira hialina, denota a capitalização dos juros vigorando no contrato.

Walter de Francisco, dando esclarecimento a respeito, ensina que:

“Quando um capital é colocado a juros compostos, capitalizados mensalmente a uma taxa anual, convencionou-se chamar esse sistema de capitalização de Price, e as tábuas financeiras, que fornecem taxas anuais de juros e o número de períodos de

capitalização em meses, de tabelas Price” (Matemática Financeira, 7ª ed., São Paulo, Atlas, pág. 49).

Da mesma forma, referindo-se ao assunto, observa José Dutra Vieira Sobrinho que:

“O Sistema Francês de Amortização é mais conhecido no Brasil como ‘Sistema de Tabela Price’, ou, simplesmente, ‘Tabela Price’.

“De acordo com o Professor Mário Geraldo Pereira, a denominação ‘Tabela Price’ se deve ao nome do matemático, filósofo e teólogo inglês Richard Price, que viveu no século XVIII e que incorporou a teoria dos juros compostos às amortizações de empréstimos (ou financiamentos)” (Matemática Financeira, 5ª ed., SP, Atlas, 1995, pág. 220).

A propósito, destaca o ilustrado Luiz Antônio Scavone Júnior, no artigo Os Contratos Imobiliários e a Previsão de Aplicação da Tabela Price — Anacitismo:

“(…) a Tabela Price — como é conhecido o sistema francês de amortização — pode ser definida como o sistema em que, a partir do conceito de juros compostos (juros de juros), elabora-se um plano de amortização em parcelas periódicas, iguais e sucessivas, considerado o termo vencido. Nesse caso, as parcelas compor-se-ão de um valor referente aos juros, calculado sobre o saldo devedor amortizado, e outro referente à própria amortização.

“Trata-se de juros compostos na exata medida em que, sobre o saldo amortizado, é calculado o novo saldo, com base nos juros sobre aqueles aplicados, e, sobre este novo saldo amortizado, mais uma vez os juros e

assim por diante” (Revista Direito do Consumidor, São Paulo, RT, vol. 28, pág. 131).

E prossegue:

“No caso de Tabela Price, por definição, os juros são compostos (juros sobre juros). Temos, portanto, sistema de amortização francês e juros, quanto à capitalização, classificados como compostos (juros sobre juros)” (pág. 132).

Para concluir, à pág. 136:

“A Tabela Price é sistema de amortização (sistema francês) que incorpora a teoria de juros compostos. Assim, acorde com o mandamento insculpido no art. 4º do Dec. n. 22.626/33 — Lei de Usura — é prática ilegal”.

Não divergindo, o douto Márcio Mello Casado averba:

“É importante frisar, de início, que somente nas operações firmadas através de cédulas e notas de crédito é que se viabiliza a contagem de juros sobre juros em períodos inferiores a um ano, ex vi do art. 4º do Decreto n. 22.626/33. Fora destas hipóteses a capitalização acarreta a invalidade da cláusula que a prevê, mesmo que haja pacto indubitado acerca da sua incidência”.

“Conjugando a matemática com o direito, podemos afirmar, sem medo de errar, que nas operações bancárias é vedado o uso da metodologia de cálculo que se valha do fator de capitalização, ou fatos de acumulação de capital para pagamento simples ou único, representado pela expressão $(1 + i)^n$.”

“(…)”

“No âmbito do modelo Price, especificamente, a capitalização de juros

se faz incontroversa quando se contempla a fórmula utilizada para o cálculo das prestações constantes da série postecipada, dentro da qual se encastela, sem nenhum pudor, o fator exponencial $(1 + i)^n$ ”.

Linhas após, diz:

“Incontroverso que a metodologia de cálculo denominada Método Francês de Amortização, ou Tabela Price, acarreta a ilegal capitalização de juros. Até porque a matemática é uma ciência exata, onde não se admitem diversas explicações para o mesmo fenômeno. Assim, em havendo o elemento $(1 + i)^n$ na equação, há a presença de fórmula que prestigia a contagem de juros sobre juros”.

Para arrematar:

“Sob o prisma da ilegalidade da capitalização de juros, ou pela total ausência de informação, o uso da Tabela Price, como metodologia de cálculo é absolutamente inválido, nas contratações firmadas entre consumidores de crédito bancário e instituições financeiras ou assemelhadas” (O Uso da Tabela Price no Crédito ao Consumo, Revista do Direito do Consumidor, SP, RT, vol. 20, págs. 72 a 87).

Secundando os transcritos entendimentos, assinalou o colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Assente a impossibilidade jurídica dessa capitalização, não será dado ao estabelecimento bancário proceder ao cálculo da dívida subsequente a pagamentos parcelados, periódicos e constantes, ou não, por meio da aplicação da ‘Tabela Price’, já que ela tem pertinência à amortização de juros” (RJTJSP 139/213).

In casu, como exposto, o negócio jurídico entabulado diz respeito a “instrumento particular de compra e venda, mútuo, pacto adjeto de hipoteca e outras avenças”, contrato esse para os quais não há previsão legal autorizatória da incidência de juros compostos, autorização essa só existente, à vista das respectivas legislações de regência, para as cédulas de crédito rural, comercial e industrial.

Afora essas hipóteses, sustente-se, a capitalização de juros incide no anatocismo vedado na Lei de Usura, forçando sua extirpação do âmbito da convenção contratual estipulada.

Nos termos da Súmula 121 do Excelso Pretório:

“É vedada a capitalização dos juros, ainda que expressamente convencionada”.

É também o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme destacam os acórdãos seguintes:

“Juros. Financiamento bancário. Abertura de crédito rotativo no sistema dos cheques especiais. Impossibilidade de capitalização mensal.

“O Superior Tribunal de Justiça, após período inicial de divergência, adotou entendimento permissivo da capitalização até mensal de juros, mas isso em existindo expresse dispositivo de lei que a admita, como para os créditos rurais o artigo 5º do Decreto-Lei n. 167/67; para os créditos industriais o artigo 5º do Decreto-Lei n. 413/69, e para os créditos comerciais o artigo 5º da Lei n. 6.840/80. A não ser assim, vige a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal, não revogada pela Súmula 596 do mesmo Pretório (RTJ 124/616) — Recurso espe-

cial não conhecido” (REsp n. 16.864/SP, rel. Min. Athos Carneiro, DJU de 29/3/93, pág. 5.528).

“Juros. Capitalização.

“Somente se admite a capitalização dos juros havendo norma legal que excepcione a regra proibitória estabelecida no art. 4º do Decreto n. 22.626/33 (Lei de Usura). Recurso não conhecido” (REsp n. 50.573, DJU de 5/9/94, rel. Min. Costa Leite).

“Ressalvadas as hipóteses em que é admitido por legislação específica, a exemplo da que disciplina os mútuos rural, industrial e comercial, o anatocismo é vedado” (REsp n. 24.242-7/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

“Juros. Taxas. Capitalização.

“A legislação ordinária em vigor permite às instituições financeiras a cobrança de juros acima do limite estabelecido no Dec. n. 22.626/33.

“A sua capitalização, porém, somente tem sido autorizada nos casos expressamente previstos em lei, para as cédulas de crédito rural, industrial e comercial, que não é o caso dos autos” (REsp n. 55.320-2/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU n. 54, de 20/3/95, pág. 6.126).

“Direito comercial. Capitalização de juros. Impossibilidade.

“Não se cuidando de empréstimo bancário através de título que permite a capitalização de juros, a regra é sua vedação” (REsp n. 37.940/RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 14/3/94).

“Agravamento regimental no agravo de instrumento. Escritura pública de confissão de dívida. Capitalização dos juros.

"1. Permanece em vigor a vedação contida na Lei de Usura em relação à capitalização dos juros, exceto nos casos especiais previstos em lei, o que não ocorre com a escritura pública de confissão de dívida, tratada nos presentes autos" (AGA n. 137698/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 22/9/97, pág. 46.471).

"Subsiste a vedação do artigo 4º do Decreto n. 22.626/33, no que diz com a capitalização dos juros, não afetado pelas disposições da Lei n. 4.595/64. Excetuam-se as hipóteses previstas em legislação específica, como sucede nas cédulas de crédito rural, industrial e comercial" (REsp n. 163852/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 6/9/99, pág. 79).

Por fim:

"Juros. Capitalização. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Inadmissibilidade.

"Não se admite a capitalização de juros em contratos bancários para os quais não existe previsão legal e específica, como acontece com os contratos de abertura de crédito em conta corrente (crédito ouro).

"Recurso não conhecido" (REsp n. 53.935-8/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU n. 45, de 13/3/95, pág. 5.306).

Ainda, no mesmo sentido:

"Contrato de abertura de crédito — Cheque especial — Juros — Capitalização mensal — Inadmissibilidade — Financiamento que não se inclui no elenco em que as leis especiais admitem a prática do anatocismo" (RT 697/191).

Convergente com os posicionamentos assinalados, este Sodalício tem iterativamente decidido:

"A capitalização mensal de juros só é permitida nos casos em que há expressa previsão legal, o que não se verifica com o contrato de financiamento bancário para a abertura de crédito direto a usuário final" (Ap. Cív. n. 52.271, de Campos Novos, rel. Des. Eder Graf).

"A capitalização de juros só é possível se autorizada por expressa disposição legal" (Ap. Cív. n. 47.070, de Chapecó, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

"Capitalização de juros — Contrato de abertura de crédito — Impossibilidade.

"Conforme remansosa jurisprudência, já sumulada no Superior Tribunal de Justiça, a capitalização dos juros só é permitida nas operações em que a lei expressamente a autoriza, o que incorre nos contratos de abertura de crédito em conta corrente" (Ap. Cív. n. 99.019152-4, de Anita Garibaldi, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Da mesma forma, ao enfrentarmos o problema em julgamentos anteriores, sustentamos:

"Capitalização de juros. Inexistência de previsão legal expressa. Cobrança. Inadmissibilidade.

"Somente se legitima a capitalização de juros nas hipóteses que contem com expressa previsão legal a respeito, tal como sucede relativamente às cédulas de crédito rural, comercial ou industrial. Essa autorização legislativa não se estende aos ajustes de mútuo comum ou aos ins-

trumentos de confissão de dívida” (Ap. Cív. n. 97.013865-2, de Criciúma).

“Capitalização de juros — Contrato de mútuo — Vedação.

“À exceção das hipóteses expressamente autorizadas em lei, como no relativamente aos contratos de mútuo rural, industrial e comercial, a capitalização de juros é inadmissível, mesmo nos contratos bancários de mútuo comum” (Ap. Cív. n. 97.008857-4, da Capital).

Descabida, pois, faz-se a capitalização de juros aplicada pelo credor, pois incide ela, quando pactuada como no presente caso, em anatocismo vedado pela legislação pátria!

Assim, como não poderia deixar de ser, recalculadas todas as prestações anteriormente pagas, excluindo os juros ilegais e aplicando juros simples atualizados dentre outros expurgos, afirma a agravante que a dívida encontra-se inteiramente paga, pleiteando, então, liminarmente, a paralisação da execução extrajudicial do bem.

Por meio das planilhas anexadas nos autos (fls. 24/27), ainda que seja uma espécie de perícia contábil unilateral, demonstrou de maneira verossímil a incidência ilegal de juros sobre juros nas prestações que já foram pagas.

As particularidades do caso em tela estão a recomendar uma análise mais apurada da pretensão acautelatória formulada pela postulante recursal, vez que os indícios constantes dos autos tornam inarredável o provável êxito da ação principal, tendo em vista a indiscutível ilegalidade da capitalização dos juros posta em prática

pela instituição financeira credora, sem considerar a discussão existente sobre a inaplicabilidade da TR como índice de atualização monetária, matéria esta que, perante esta Câmara, já se apaziguou no sentido de que é incabível, mesmo quando pactuada.

Nessa hipótese específica, vislumbrada a possibilidade de êxito da revisional, o que determinará a diminuição do montante do débito, parece-nos injusta, e despropositada até, a continuidade do processo executório iniciado pelo credor, pois, se não deferido tal pedido, certamente advirá uma futura impossibilidade do pagamento das parcelas e, talvez, a perda do imóvel em face de uma dívida na qual se encontram embutidos juros visivelmente extorsivos.

A situação não pode permanecer da maneira em que se encontra, mesmo em nome do apego ao já vetusto dogma do *pacta sunt servanda*, hoje tornado visceralmente anêmico pelas inovações corajosas e modernas trazidas ao direito pátrio pelos princípios genéricos contidos no Código de Defesa do Consumidor.

Não deferida em favor da agravante a suspensão da execução extrajudicial equivalerá, sem dúvida alguma, a aceitar-se a grande possibilidade da ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação aos devedores, quando se constata, da própria inicial revisória, pretenderem eles, com total possibilidade de êxito, a declaração de nulidade de cláusula contratual para expurgar do ajuste feito a capitalização dos juros e ilegalidade da TR, reduzindo a dívida, assim, a patamares justos e menos espoliativos.

Já se decidiu neste Tribunal de Justiça em situação análoga:

“Agravos de instrumento — Pacto de financiamento imobiliário — Ação revisional c/c nulidade de cláusula contratual — Tutela antecipada recusada — Efeito ativo deferido — Depósito das parcelas mensais com a incidência de juros simples atualizadas mensalmente — Ordem impedindo a inscrição do nome nas entidades de proteção ao crédito — Recurso acolhido.

“Em face da Súmula 121 do Excelso Pretório e do precedente oriundo do Agravo de Instrumento n. 97.000350-1, de Lages, em que foi relator o Des. Alcides Aguiar, em conta vinculada ao respectivo processo, é possível o depósito da prestação, calculada mediante juros simples, atualizada mensalmente, porque a Tabela Price estaria traduzindo juros compostos. Em se tratando de fundamento razoável, impregnado de plausibilidade, inadmissível até o trânsito em julgado é a inscrição do nome da tomadora do empréstimo nas entidades de proteção ao crédito, sob pena de esvaziar o acesso à justiça, compelindo-a a transação extrajudicial, diante dos embaraços criados por tal iniciativa.

“Evidente também, na espécie, o risco de lesão grave, tendo em vista o valor da parcela mensal com apoio na Tabela Price e o interesse na continuidade do imóvel. O efeito ativo na hipótese é providência recomendável” (AI n. 99.022486-4, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 16/5/2000).

E, deste Relator:

“Instrumento particular de compra e venda, mútuo, pacto adjeto de hipoteca e outras avenças — Financiamento habitacional — Revisão contratual — Tabela Price — Ilegalidade — Antecipação de tutela — Perícia a apontar a já integralização do débito — Parcelas restantes — Suspensão da exigibilidade — Possibilidade jurídica — Pleito indeferido — Decisão reformada — Insurgência agasalhada.

“Evidenciando as teses jurídicas defendidas pelos devedores a total possibilidade de êxito da ação revisional proposta, transparecendo da perícia extrajudicialmente produzida que, abstraídos ou reduzidos a seus parâmetros legais os acessórios praticados em contrato de financiamento bancário para a aquisição de unidade habitacional, o empréstimo já se encontra integralmente satisfeito, é de direito a concessão de tutela antecipada, suspendendo-se a exigibilidade das parcelas ainda pendentes e vinculadas à mesma celebração.

“Em contratos para os quais não haja previsão legal expressa a autorizar a imposição de juros compostos, o uso da Tabela Price revela a prática inescandível de capitalização mensal dos mesmos, incidindo no anatocismo execrado pela legislação usurária. O método Price, também conhecido como sistema de amortização francês e juros, incorpora a teoria dos juros compostos incidindo em afronta ao mandamento insculpido no art. 4º do Dec. n. 22.626/33 — Lei de Usura” (AI n. 00.004434-2, da Capital).

E, por igual, segundo o entendimento que temos iterativamente manifestado e que, aliás, é unânime nesta 4ª Câmara Civil, os juros contratuais,

ainda que em contratos bancários, devem ater-se ao máximo autorizado constitucionalmente, ou seja, 12% ao ano; enquanto isso, a capitalização, conforme farta jurisprudência dos Pre-tórios Pátrios, inclusive da nossa Corte de Justiça e do egrégio Superior Tribunal de Justiça, não é permitida em contratos de financiamento comum por inexistência de autorização legal, autorização essa que, no nosso ordenamento, restringe-se, insistimos, às cédulas de crédito rural, comercial e industrial, como também é hoje unânime o entendimento deste Órgão Fracionário quanto à incidência, em contratos tais, dos permissivos do Código de Defesa do Consumidor.

Acresça-se a isso que, tratando-se de contrato vinculado ao Plano de Equivalência Salarial — PES, a entidade financeira acionada, como se tem do próprio contrato firmado, vem descumprindo, na imposição das majorações havidas, a legislação incidente.

O diploma de regência dos contratos de financiamento em questão — o Decreto-Lei n. 2.164/84 — impõe taxativamente em seu art. 9º que:

“As prestações mensais dos contratos de financiamento firmados no âmbito do SFH, vinculados ao Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional — PES/CP serão reajustados no mês seguinte ao em que ocorrer a data-base da categoria profissional do mutuário, utilizando-se a variação do Índice de Preços ao Consumidor — IPC apurada nas respectivas datas-base.

“(…)

“Parágrafo 5º — A prestação mensal não excederá a relação prestação/salário verificada na data da assinatura do contrato, podendo ser solicitada a sua revisão a qualquer tempo”.

A redação do aludido § 5º, registre-se, decorre da Lei n. 8.004 de 14/3/90.

Entretanto, fazendo ouvidos de mercador ao dispositivo legal em destaque, a instituição financeira agravada fez inserir no ajuste firmado a cláusula 12ª, na qual vem previsto expressamente, em total dissenso com a norma legal transcrita, que:

“No PESC/CP, as prestações e os acessórios serão reajustados em função do dissídio da categoria profissional do devedor, mediante a aplicação do índice correspondente à taxa de remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança livre com aniversário no dia da assinatura deste contrato no período a que se refere a negociação salarial do dissídio da categoria profissional do devedor acrescido de índice correspondente ao percentual relativo ao ganho real de salário pelo Conselho Monetário Nacional, CMN, ou por quem determinar”.

E como já proclamou o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Direito civil. Contratos do sistema financeiro da habitação. Plano de equivalência salarial versus cláusulas de reajustes pelos índices aplicados à poupança livre.

“1 — Nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação há de se reconhecer a sua vinculação, de modo especial, além dos gerais, aos seguintes princípios específicos: a) o da transparência, segundo o qual

a informação clara e correta e a lealdade sobre cláusulas contratuais ajustadas, deve imperar na formação do negócio jurídico; b) o de que as regras impostas pelo SFH para formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento às necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem agitar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade; c) o de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário, não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas também pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte.

"2 — Há de ser considerada sem eficácia a efetividade contratual que implica em reajustar o saldo devedor e as prestações assumidas pelo mutuário, pelos índices aplicados às cadernetas de poupança, adotando-se, conseqüentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do Plano de Equivalência Salarial.

"3 — Recurso provido por unanimidade" (Recurso Especial, acórdão n. 001473, de 29/4/96, rel. Min. José Delgado).

Ademais, é sabido que a apreensão do pedido de liminar em ação cautelar não exige do julgador o exaurimento da cognição, mas sim o reconhecimento da presença da fumaça do bom direito e do receio de lesão grave no ato que se pretende obstar para a validade da tutela perseguida, requisitos esses que, pelas razões já mencionadas, estão onipresentes nesta hipótese.

Os Tribunais Federais decidem nesse sentido:

"Discutindo-se, em sede de ação de declaratória, o valor das prestações mensais do contrato de financiamento de imóvel, não há como admitir-se que o credor se utilizasse de constrangimento imposto pela execução extrajudicial do bem" (TRF, 5ª Região, AC n. 98.05.43494-0/SE, rel. Juiz Petrucio Ferreira, j. 10/6/1999).

"Agravado de instrumento. Processo civil. Financiamento de imóvel. Execução extrajudicial. Suspensão de primeiro leilão.

"1 — Presente o requisito da aparência do bom direito, seja pelo enfoque dos impugnados critérios de reajustes das prestações, seja pelo da controvertida constitucionalidade da execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei n. 70/66 e patenteado o periculum in mora, reforma-se a decisão recorrida.

"2 — Agravo provido" (TRF, 3ª Região, AI n. 1999.03.00.012531-8/SP, rel. Juiz Peixoto Junior, j. 17/8/1999).

"Ação cautelar. Administrativo. Mutuário do SFH. Reajuste das prestações. Plano de equivalência salarial. Legitimidade passiva da CEF. Anulação do leilão extrajudicial. Presentes os pressupostos do risco de lesão irreparável ou de difícil reparação, assim como do fumus boni iuris, tem cabimento a cautelar para o fim de o mutuário prevenir-se dos efeitos da mora e suspender o leilão extrajudicial levado a cabo, mantendo-se na posse do imóvel e evitando a perda do objeto da ação principal. O STJ, em reiterados precedentes, firmou entendimento de que a CEF, sucessora do extinto BNH, é parte legítima para figurar no pólo

passivo da relação processual em que se discute o critério de reajuste de prestações do financiamento da casa própria. Apesar de tanto o Supremo Tribunal Federal como o extinto Tribunal Federal de Recursos entenderam que o DL n. 70/66, autorizando a execução extrajudicial da hipoteca por intermédio de agente fiduciário, não fere a Constituição da República, é nulo o leilão levado a cabo, eis que o credor hipotecário deixou de cumprir as formalidades legais exigíveis.

“A equação financeira deve ser mantida, de sorte que a prestação do Sistema Financeiro da Habitação nunca seja superior à equivalência salarial da categoria profissional do mutuário. Apelações da Caixa Econômica Federal e de Itaú Rio improvidas. Sentença confirmada” (TRF, 2ª Região, AC n. 98.02.28944-2/RJ, rela. Juíza Nizete Rodrigues, j. 8/6/1999).

Ainda, para afastar eventual dúvida sobre a legitimidade da concessão da liminar perseguida pela agravante, tem-se firmado neste Pretório a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 70/66, matéria esta já submetida à apreciação do Órgão Especial desta Corte, onde restou delimitado:

“Constitucionalidade. Controle difuso. Arts. 29, caput, 30, parte final, e arts. 31 a 38, todos do Decreto-Lei n. 70 de 21 de novembro de 1966 — Exceção, por maioria, positiva.

“Todo o ordenamento jurídico deve conformar-se com a Magna Carta, sob o ponto de vista formal (competência para edição do ato normativo e observância do procedimento legislativo regrado) e material (adequação do conteúdo da norma aos princípios e preceitos).

“Em desacordo com os dispositivos do Decreto-Lei n. 70 de 21 de novembro de 1966 — Art. 30, parte final, e arts. 31 a 38, com o conteúdo da Lex Fundamentalís, há inconstitucionalidade material” (Arguição de Inconstitucionalidade n. 30, de São José, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Nagib Slaib Filho analisou a questão sob o enfoque da Constituição Federal e doutrinou:

“A atividade estatal, judicial ou administrativa, está vinculada ao sistema controversial que se implanta pela adoção constitucional do *due process of law*: qualquer restrição à liberdade e aos bens só pode ser feita atendendo a alguns procedimentos cujo conjunto é que se denomina o devido processo legal” (Anotações à Constituição de 1988, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, pág. 299).

Ora, a Constituição Federal reza de maneira explícita que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), o que condiciona à presidência do procedimento somente por magistrado, assegurados os direitos à ampla defesa e ao contraditório. Portanto, é flagrante a inconstitucionalidade do famigerado Decreto-Lei (art. 31) que embasa o procedimento de alienação extrajudicial do imóvel em comento, o qual está totalmente incompatível com o sistema executório adotado na nossa legislação adjetiva vigente, ante a ilegal imposição ao devedor da purgação da mora sob pena de perda do bem sem o devido controle jurisdicional imediato.

Este Sodalício já proferiu julgamento nesse paradigma:

“Ação cautelar inominada. Execução extrajudicial de imóvel. Sistema Financeiro da Habitação. Decisão concessiva de liminar. Suspensão do leilão. Inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 70/66. Recurso desprovido.

‘A execução extrajudicial prevista no DL n. 70/66 é de duvidosa constitucionalidade, por afrontar os princípios do juiz natural, do contraditório e do devido processo legal.

‘A execução privada, sem controle judicial imediato e sem possibilidade de defesa direta, permitindo que o suposto devedor seja desapossado liminarmente do imóvel hipotecado, acarreta por si mesma, inequivocamente, risco de dano irreparável ou pelo menos de difícil reparação.

‘Presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, incensurável a decisão que suspendeu o leilão particular do imóvel financiado’ (TRF, AI n. 92.04.31542-3/PR, rel. Amir José Finocchiaro Sarti, j. 27/6/96, in DJU II, 7/8/96, pág. 55.440)” (AI n. 98.008403-2, de Balneário Camboriú, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Sistema Financeiro da Habitação — Dec.-Lei n. 70/66 — Constitucionalidade — Execução extrajudicial — Ação discutindo valor das parcelas — Depósito judicial — Mora não configurada — Liminar sustando leilão extrajudicial — Recurso provido em parte.

“A afirmação, pelo Supremo Tribunal Federal, de o Decreto-lei n. 70/66 guardar compatibilidade com a Constituição Federal não ‘impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados’.

“Entretanto, não é possível designar ‘execução extrajudicial’ se o ‘executado’ ajuizou anteriormente ação visando a discutir a causa de bendi e vem depositando em juízo as prestações mensais do mútuo habitacional” (AI n. 98.002807-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Cautelar inominada. Liminar. Decreto-Lei n. 70/66. Execução hipotecária extrajudicial. Inconstitucionalidade.

“Em desacordo com os dispositivos do Decreto-Lei n. 70 de 21 de novembro de 1966 — art. 30, parte final, e arts. 31 a 38, com o conteúdo da Lex Fundamental, há inconstitucionalidade material” (ARGI n. 30, de São José, Des. Francisco Oliveira Filho, julgado em 6/9/95)” (AI n. 97.014848-8, de Joinville, rel. Des. Silveira Lenzi).

“Cautelar — Liminar — Execução extrajudicial — Leilão — Suspensão.

‘A execução extrajudicial prevista no DL n.70/66 é de duvidosa constitucionalidade, por afrontar os princípios do juiz natural, do contraditório e do devido processo legal.

‘A execução privada, sem controle judicial imediato e sem possibilidade de defesa direta, permitindo que o suposto devedor seja desapossado liminarmente do imóvel hipotecado, acarreta por si mesma, inequivocamente, risco de dano irreparável ou pelo menos de difícil reparação.

‘Presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, incensurável a decisão que suspendeu o leilão particular do imóvel financiado’ (STJ)” (AI n. 97.015799-1, da

Capital, rel. Des. Eder Graf, j. 14/4/98).

E os Tribunais Federais pátrios já decidiram sobre essa matéria:

“Processual civil. Administrativo. Cautelar. Sistema Financeiro da Habitação. Execução extrajudicial. Leilão. Legitimidade passiva da União Federal.

“1. A União Federal tem legitimidade para figurar no pólo passivo das relações jurídicas processuais ajuizadas por mutuários onde se litiga quanto aos reajustes da casa própria, mormente quando se verifica que a União Federal, como sucessora do Banco Nacional de Habitação — BNH, é a entidade que orienta, disciplina e controla o Sistema Financeiro da Habitação, editando normas de observância obrigatória pelos agentes financeiros.

“2. A possibilidade de perda do imóvel, em razão do inadimplemento do mutuário, e a observância do Plano de Equivalência Salarial nos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, por força de lei, demonstram, no caso em comento, a presença do periculum in mora e do fumus boni juris a ensejar o deferimento da medida cautelar requerida.

“3. Apelação e remessa oficial improvidas” (TRF, 1ª Região, AC n. 2000.010.00.56689-4/GO, rel. Juiz Ítalo Mendes, j. 30/8/2000).

“SFH. Leilão extrajudicial. PES. Inaplicabilidade pela CEF. Ausência de oportunidade para a purgação da mora com base no PES. Ilegalidade da execução extrajudicial.

“1. Tendo a Caixa Econômica Federal admitido expressamente que

não vinha adotando o PES, ilegal o leilão se não foi oferecida ao mutuário a oportunidade de purgar a mora com base no critério da denominada equivalência salarial, cuja aplicabilidade aos contratos de mútuo firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação é ponto pacífico na jurisprudência. Prejudicadas as demais matérias.

“2. Apelação provida” (TRF, 4ª Região, AC n. 95.04.44533-0/RS, rel. Juiz Paulo Afonso Brum Vaz, j. 17/8/1999).

Destarte, pelas razões já expostas, o pedido cautelar sob enfoque seria, de acordo com o posicionamento atual deste Órgão Fracionário, acolhível, senão na instância a quo, nesta instância recursal, por estar presente o requisito do fumus boni juris.

Nesse contexto, sem qualquer razão plausível se apresenta a continuidade da execução extrajudicial fulcrada no Decreto-Lei n. 70/66, pois está clarivamente a exorbitância dos valores que estão sendo cobrados pelo banco, devendo ser expungidos do contrato os juros compostos traduzidos pela Tabela Price incidente no negócio.

III — Decisão

Ante as considerações já desenvolvidas, dá-se provimento ao presente recurso de agravo de instrumento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Santa Ritta.

Florianópolis, 15 de março de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.021827-8, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Trindade dos Santos

Arrendamento mercantil — Interdito de reintegração — Posse mantida com a arrendadora — Antecipação do valor residual garantido — Desnaturação do contrato — Transformação em compra e venda — Inadequação da medida judicial intentada — Carência — Extinção, de ofício, da ação possessória.

— É da essência do arrendamento mercantil a oferta unilateral, da arrendante à arrendatária, ao término do contrato, de uma tríplice opção, uma das quais deverá ser, obrigatoriamente, exercida: a) a aquisição do bem por valor residual adremente estabelecido; b) a devolução do bem; c) a renovação do contrato. Impondo a arrendante à arrendatária, já de início, a antecipação do valor residual garantido, seja de uma só vez, seja parceladamente em conjunto com as prestações mensais do arrendamento, erradica ela da própria relação contratual a possibilidade da opção do arrendatário por uma dessas opções, pois já lhe retirou a Companhia de leasing qualquer possibilidade de devolução do bem ou de renovação do ajuste de arrendamento. Com essa imposição, descaracterizado resulta o contrato de arrendamento mercantil, que se vê transformando em mero contrato de compra e venda a prazo.

— É de se frisar, ademais, que a cláusula que impõe a antecipação do VRG, impondo automaticamente a obrigatoriedade antecipada do exercício da opção pela aquisição do bem, é cláusula acentuadamente leonina, vulnerando os princípios da livre manifestação e da razoabilidade negocial.

— Transformado o contrato de leasing em contrato de compra e venda, descabido faz-se o uso, pela arrendante, do interdito de reintegração de posse, posto que, na compra e venda a prazo, posse alguma resta à alienante, sequer a indireta. E não se pode reintegrar alguém numa posse que jamais deteve. Nesse contexto, a utilização,

pela arrendante, do feito possessório mostra-se inadequada, pois, faltante a posse e não configurado o esbulho, integrados não se fazem os pressupostos legais, consubstanciando-se, então, a falta de interesse de agir, na modalidade adequação, autorizando a extinção do feito possessório sem julgamento do mérito, como previsto no art. 267, VI, do CPC. Essa extinção pode e deve ser decretada de ofício, vez que ao Estado cabe, em tema contratual, interferir nas relações privadas para assegurar a igualdade jurídica dos contraentes, com vistas à manutenção do equilíbrio social.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.021827-8, da comarca de Itajaí (2ª Vara Cível), em que é agravante Alfa Arrendamento Mercantil S.A., sendo agravada Enezita A. Cé da Silveira:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso e, de ofício, extinguir a ação possessória tramitante entre as partes.

Custas como de lei.

I — Relatório

Alfa Arrendamento Mercantil S.A. interpôs agravo de instrumento contra a decisão que, proferida nos autos de ação de reintegração de posse n. 033.00.004931-2, por si ajuizada contra Enezita A. Cé da Silveira, deferiu à agravada o direito de permanecer como depositária do bem arrendado até o final do processo.

Sustentou que restaram comprovados a mora e o esbulho possessório ensejador da ação possessória e autorizadora de liminar reintegratória, pelo que não era dado ao Julgador singular com base no pedido de reconsideração da agravada, fundado na circunstância de estar ela consig-

nando os valores das parcelas do contrato de leasing, revogar a liminar.

Aduziu que a ação consignatória foi ajuizada a destempo, não tendo o poder de ilidir a mora da arrendatária, posto que ajuizada um ano após o vencimento da primeira parcela em atraso, alegando, mais, que sequer houve a sua citação, não estando, portanto, instaurada a lide.

Em arremate, pugnou pela conferência de efeito suspensivo ao recurso, com a reforma, a final, da decisão vergastada para que o bem arrendado volte a ficar em seu poder.

Pela decisão de fl. 68 foi negado o pedido de efeito suspensivo pretendido.

Intimada, a agravada respondeu ao recurso, postulando a manutenção da decisão a quo.

II — Voto

Trata a espécie de agravo de instrumento que em segundo grau de jurisdição busca a liminar que lhe foi negada na instância a quo, referente à reintegração de posse de um veículo Ford, modelo Fiesta 1.0, ano/modelo 97/98, placa LZT 8027, chassi 9BFZZZFDVB159790, objeto de um contrato de arrendamento mercantil, a

ser pago em 36 meses, vencendo-se a primeira contraprestação em 25/9/97 e a última em 25/9/2000.

A liminar foi revogada em virtude de a agravada ter consignado em Juízo as parcelas inadimplidas.

Entendo que o recurso não merece provimento, não pela consignação das prestações inadimplidas em Juízo, mas, sim, porque o alvo da lide originária — contrato de arrendamento mercantil — deve ser descaracterizado, transmudando-o para contrato de compra e venda a prazo!

Sustente-se, de início, que, ao contrário de épocas antanhas, as atuais teorias contratuais baseiam-se na função social do contrato; não mais há como subsistir, diante do nosso Texto Magno e, mormente, das avançadas concepções trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, a vetusta concepção civilista/patrimonialista, que tinha no princípio do *pacta sunt servanda* o seu enunciado motivador.

Veja-se que a própria Carta Magna, atendendo aos anseios da sociedade, fixou um novo horizonte, mais humanista e eficaz na consecução dos direitos políticos, incorporando também diversos direitos sociais. Por esses motivos ficou consignado em seu preâmbulo.

Hodiernamente, inquestionável é que se impõe erradicada dos contratos a total prevalência do princípio da autonomia da vontade, buscado como um dos pilares da segurança jurídica, retirando-lhe aquele caráter de inviolabilidade que tinha, inviolabilidade essa que, ligada ao apanágio absoluto da liberdade contratual, gerava, em nome desta, distorções, desequilíbrios e injustiças de toda a sorte.

Como com total propriedade deixou ensinado o emérito Clóvis Couto e Silva:

“Sustentar sempre a prevalência da vontade, ainda que só a sua manifestação, ou puramente o preceito que decorre do contrato, seria uma solução que não atenderia, as mais das vezes, às situações da vida” (A Obrigação como Processo, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976, pág. 43, apud Martins, Guilherme Magalhães. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 9, pág. 77).

É uma grande mistificação, enfatize-se, pretender que no mundo atual coexista sempre a liberdade contratual, haja vista que, na maioria das vezes, o ser humano é obrigado a contratar, como forma única uma subsistência mais digna. Essa liberdade contratual é nenhuma, ou quase nenhuma, nos contratos bancários, por exemplo, nos de água, luz, telefone, transporte etc.

Por isso mesmo — e a lição aqui é de Paulo Luiz Neto Lôbo:

“O contrato, que exercera uma função individual, segundo o ideário do liberalismo, passa por uma transformação estrutural, para atender uma função social, segundo a ideologia igualitarista” (O Contrato: exigências e concepções atuais, São Paulo, Sarai-va, 1986, pág. 17).

Impõe-se concluído, então, que toda a base teórica e ideológica sobre o qual se assentava o princípio do *pacta sunt servanda*, dogmatizando o liberalismo, pregando a não intervenção nos contratos e cultuando o elemento “vontade das partes”, decorrente da doutrina do *laissez-faire*, há que

ser repensada à luz da função social do contrato.

Exposto isso, diremos que, após inúmeras reflexões acerca do assunto aqui em pauta, estudado sob um novo prisma a legislação pátria e a doutrina sobre o arrendamento mercantil, aderiu este relator ao posicionamento hoje ostensivamente majoritário nos Tribunais Pátrios, quanto à efetiva descaracterização do contrato de leasing quando existente a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG), com a sua transmutação em mero contrato de compra e venda a prazo.

Para tanto, obtempere-se o seguinte:

No nosso País, os contratos de arrendamento mercantil, faz-se certo, não têm uma legislação regente específica, sendo eles, de modo subsidiário, regulados e disciplinados pela Lei n. 6.099, de 12/9/74, com as alterações decorrentes da Lei n. 7.132, de 26/10/83 e do Regulamento Anexo à Resolução n. 980, de 13/12/84, do Banco Central do Brasil, editadas para a regulamentação dos efeitos fiscais de tais contratos.

Destarte, a tais contratos são aplicáveis as regras gerais de direito que dizem respeito aos contratos em geral e, em especial, aos de adesão, como sói serem os pactos de leasing.

O arrendamento mercantil, na forma em que está concebido no direito pátrio, é contrato de natureza complexa, posto que, na sua essência originária, é ele de arrendamento, mas com opção de compra do bem lisado, ao final do período contratual, pelo arrendatário, por preço previamente ajustado pelas partes. E não só: ao

término do prazo de arrendamento, o arrendatário poderá optar por devolver o bem ou, então, por renovar o próprio arrendamento.

Regulamentando o arrendamento mercantil do direito pátrio, a Lei n. 6.099, de 12/9/74, com as alterações introduzidas pela Lei n. 7.132, de 26/10/83, definiu o instituto como sendo:

“(...) o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta”.

Referido diploma legal coloca, em seu art. 5º, a opção de compra como requisito essencial do contrato.

Segundo Arnoldo Wald, arrendamento mercantil é o contrato pelo qual determinada empresa:

“(...) desejando utilizar determinado equipamento, ou um certo imóvel, consegue que uma instituição financeira adquira o referido bem, alugando-o ao interessado por prazo certo, admitindo-se que, terminado o prazo locativo, o locatário possa optar entre a devolução do bem, a renovação da locação, ou a compra pelo preço residual fixado no momento inicial do contrato” (RT 415).

Da mesma forma, enfatiza Celso Benjó que o arrendamento mercantil:

“(...) consiste no negócio jurídico bilateral pelo qual uma das partes, necessitando utilizar um determinado bem, procura uma instituição financeira para que promova a compra do

mesmo para si e, posteriormente, lhe entregue em locação, mediante uma remuneração periódica, em geral, no seu somatório, superior ao preço da aquisição. Ao final do prazo contratual, via de regra, surgem três opções para o locatário: a de tornar-se proprietário mediante o pagamento de uma quantia, a de renovar a locação por um valor inferior ao primeiro período locativo ou a de devolver a coisa locada" (O Leasing na Sistemática Jurídica Nacional e Internacional, Revista Forense, abril a junho de 1981, pág. 15).

Observa o aplaudido Dejalma de Campos que:

"(...) o que caracteriza a operação de arrendamento que se denomina leasing é o seguinte: 1º) forma contratual do tipo complexo (locação de coisas, promessa unilateral de venda e, eventualmente, uma venda); 2º) pagamento periódico pelo arrendatário de quantia prefixada (prestações locativas); 3º) opção de compra no final; por preço residual. Consistente no preço da venda inicial acrescido do custo financeiro, descontadas as prestações locativas já pagas" (ISS — Um Aspecto Tributário do Leasing, Revista de Direito Tributário 19/20, pág. 334).

Afirma, de modo idêntico, Jorge Pereira Andrade:

"É característica essencial do contrato de leasing a oferta unilateral da arrendante à arrendatária de três opções ao final do contrato, sendo que uma delas obrigatoriamente deverá ser exercida:

"a) comprar o bem por valor residual adredemente determinado;

"b) devolver o bem;

"c) renovar o contrato" (Arrendamento Mercantil — Leasing, in Contratos Nominados, coord. por Yussef Said Cahali, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 216).

Não divergindo, preleciona a brilhante Maria Helena Diniz:

"Infere-se daí que no arrendamento mercantil apresentam-se os seguintes elementos jurídicos essenciais à sua caracterização:

"(...)

"5º. O Arrendatário, findo o prazo do arrendamento, tem a triplíce opção de: a) adquirir os bens, no todo ou em parte, por preço menor do que o bem de sua aquisição primitiva convencendo no próprio contrato, levando-se em conta os pagamentos feitos a título de aluguel; b) devolvê-los ao arrendador, ou c) prorrogar o contrato, mediante o pagamento de renda muito menor do que o do primeiro arrendamento (...) é preciso, ainda, não olvidar, que nada impede (Res. n. 980/84, art. 11, e Lei n. 6.099, art. 11, §§ 1º a 3º) o exercício da opção antes do término contratual, mas o contrato deixará de ser leasing financeiro, e passará a ser considerado compra e venda à prestação" (Tratado Teórico e Prático dos Contratos, São Paulo, Saraiva, 1993, vol. 2, págs. 358/359).

Outro não é o ensinamento do preclaro Tavares Paes, quando diz:

"O leasing é um contrato de arrendamento, mas com peculiaridades: o fabricante dos bens fecha o contrato de leasing (instituição financeira) e não diretamente com o locatário. É um contrato mediante o qual uma pessoa jurídica que deseja utilizar determinado bem ou equipamento, por determinado lapso de tempo, o faz por in-

termédio de uma sociedade de financiamento, que adquire o aludido bem e lhe aluga. Terminado o prazo locativo, passa a optar entre a devolução do bem, a renovação da locação, ou a aquisição pelo preço residual fixado inicialmente" (Contratos, RT, 2ª ed., 1993, pág. 15).

Não é, entretanto, o que ocorre nos contratos de leasing postos em prática pelas instituições financeiras pátrias.

Inversamente, tal como ocorre na hipótese aqui sob apreciação, o valor residual garantido (VRG), que deveria corresponder ao valor resultante da diferença entre o preço do arrendamento em si e o valor previamente ajustado para o exercício da opção de compra, ao final, pelo arrendatário, é imposto antecipadamente, sendo pago em parcelas mensais conjuntas com o preço da locação em si. Ou seja, o arrendatário paga, em conjunto com o valor da locação, parcelas destinadas à amortização do valor residual, estando, em verdade, a pagar antecipadamente o preço de aquisição do bem.

Com isso, retira-se do arrendatário as duas outras opções inerentes ao contrato de arrendamento mercantil, quais sejam, a da devolução pura e simples do bem ou a renovação da locação.

E, inexistente essa tríplice faculdade do arrendatário — adquirir o bem, devolvê-lo ou renovar o arrendamento — o contrato, convenhamos, não é de leasing, travestindo, sob a capa de um contrato de arrendamento, um mero contrato de compra e venda a prazo, com o completo desvirtuamento da lei, uma vez que, ain-

da que se trate de compra e venda a prazo, contrato esse cuja inadimplência gera para a parte vendedora o direito de, apenas, rescindir o contrato ou cobrar os valores inadimplidos, fica a arrendatária com o direito de reintegrar-se, desde logo, na posse do bem lisado, isentando-se, além disso, dos custos referentes ao Imposto sobre Operações Financeiras (IOF).

Estando a parte agravada a pagar parcelas para amortizar o capital juntamente com o valor residual, resta evidente que está ela, na verdade, pagando o preço de aquisição do bem, não se tratando de verdadeiro leasing.

Em hipóteses tais, incidente faz-se o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, a cujo teor:

"A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta Lei será considerada operação de compra e venda à prestação".

Da mesma forma, dispõe o art. 10 da Resolução n. 2.309/96 que:

"A operação de arrendamento mercantil será considerada como de compra e venda à prestação se a opção de compra for exercida antes de decorrido o respectivo prazo mínimo estabelecido no art. 8º desse Regulamento".

Este, por sua vez, fixa, para o contrato de leasing financeiro, o prazo mínimo de 24 (vinte e quatro) meses, em se tratando de bens de vida útil igual ou inferior a 5 anos ou 36 (trinta e seis) meses bens de maior duração.

Nesse contexto, impondo a arrendante ao arrendatário o pagamento antecipado do valor residual garantido (VRG), valor esse destinado à

quitação da compra e venda, prestacionado esse valor, de forma a ser completada a aquisição quando da ultimação do pacto de arrendamento, retirada, pois, do arrendatário, a tríplice opção, descaracterizado, inquestionavelmente, resulta o ajuste de leasing.

Logicamente, não há qualquer ilegalidade nisso. Apenas e somente o pagamento antecipado do VRG, impedindo a opção antes do término do contrato de arrendamento, transmuda esse contrato em contrato de compra e venda em prestações.

Com a autoridade que lhe é peculiar, assinala o emérito Arnaldo Rizzardo:

“Percebe-se que nada impede o exercício da opção antes do término do contrato. Mas, uma consequência advirá: o contrato não continuará como de arrendamento mercantil. Passará a considerar-se como de compra e venda à prestação” (Leasing — Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro, RT, 2ª ed., pág. 77).

Por igual, Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca registra que, para que se tenha como caracterizado o arrendamento mercantil ou leasing:

“Do contrato deve constar expressamente a tríplice opção a favor do arrendatário: adquirir o bem, renovar o contrato ou devolver o bem.

“Tal opção deve ser exercida apenas por ocasião do término do contrato sob pena de a operação vir a ser considerada como compra e venda à prestação” (O Contrato de Leasing, in Novos Contratos Empresariais, Carlos Alberto Bitar (coordenador), São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, pág. 106).

Observa, de modo idêntico, o ilustre Prof. J. A. Penalva Santos:

“...com boa razão, no parágrafo único do art. 10 a Resolução (n. 351/75) capitulou que o exercício da opção, em desacordo com o disposto no caput do artigo, ou seja, antes do término da vigência do contrato (rectius: da opção) será considerado como de compra e venda à prestação. A ratio de tal dispositivo tem por finalidade evitar a prática de expediente como uma simples compra e venda mascarada de arrendamento mercantil” (Leasing, Revista Forense, abril/majunho de 1975, pág. 48).

Em consonância com esse abalizado pronunciamento, tem expressado o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“A opção de compra com o pagamento do valor residual ao final do contrato é uma característica essencial do leasing financeiro. Com esse entendimento, a Turma, prosseguindo o julgamento, por maioria de votos, entendeu que a cobrança antecipada do valor residual, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, transformando-o em compra e venda a prazo” (REsp n. 178.272/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 18/3/99).

“Leasing. Financeiro. Valor residual. Pagamento antecipado. TR. 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 de compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, alte-

rada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83), com desaparecimento da causa do contrato e prejuízo do 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).

“— Recurso conhecido em parte (Súmula 596/STF) e nessa parte provido” (REsp n. 181.095/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 18/3/99, pág. 172).

“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 de 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).

Adotando esse posicionamento superior, disse este Pretório:

“O valor residual garantido representa o exercício da opção de compra e venda do bem arrendado no término do prazo contratual, devendo ser exigido somente nesta ocasião.

“O seu pagamento instantâneo ou progressivo, descaracteriza o contrato para uma compra e venda a pra-

zo, 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 o uso da ação de reintegração de posse” (Ap. Cív. n. 99.007656-3, de Piçarras, rel. Des. Vanderlei Romer).

“Arrendamento mercantil. Reintegração de posse. Cobrança do valor residual juntamente com as prestações. Inadmissibilidade. Descaracterização do contrato. Precedentes. Apelo desprovido.

“Segundo recente e firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (...) a antecipação do pagamento do valor residual garantido descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, este passando a configurar mera compra e venda a prazo, não mais prevalecendo as regras do leasing’ (AI n. 00.004585-3, de Criciú-

ma, rel. Dr. Nilton Macedo Machado)" (Ap. Cív. n. 00.018451-9, de Quilombo, rel. Des. Sérgio Paladino).

Ademais, diga-se, a eliminação da opção pelo arrendatário equivale à imposição da obrigação de aquisição do bem lisado, sem qualquer outra alternativa.

O insigne Min. José Augusto Delgado, ao considerar a hipótese de ser imposta ao arrendatário a obrigação de aquisição, com eliminação da opção, assim se manifestou:

"Tenho a cláusula que impõe obrigatoriedade do exercício de tal manifestação (compra) como leonina. Não se pode deixar de considerar que essa opção deve ser entendida como em harmonia com os interesses negociais do arrendatário, inclusive de suas condições financeiras. A imposição do arrendador viola o princípio da livre manifestação e o da razoabilidade negocial" (Leasing: Doutrina e Jurisprudência, Juruá, 1997, pág. 128).

Certo faz-se que a já citada Resolução n. 2.309/96, em seu art. 7º, VII, a, prevê a possibilidade de o arrendatário pagar o valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, sem que esse pagamento caracterize o exercício da opção de compra, com o que poderia parecer, à primeira vista, que a cobrança antecipada do VRG, em qualquer hipótese, não implicaria no exercício dessa opção antes do término do contrato e, pois, não estaria a descaracterizar o ajuste de leasing.

Pronunciando-se a respeito, o preclaro Des. Irineu Mariani, ilustre integrante do colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ensina:

"Cobrança antecipada e descaracterização do leasing.

"Admitamos, no entanto, para argumentar, se já legal a cláusula que institui garantido o VR. Surge, então, o problema da cobrança antecipada, modo instantâneo (à vista) ou modo progressivo (parceladamente), e da descaracterização do leasing, visto que em teor a operação fica idêntica à compra e venda mercantil à prestação, tal como diz o § 1º ao art. 11 da lei. Aliás, nem precisava dizer, pois as coisas em Direito se definem pelo conteúdo, e não pelos nomes ou emblemas.

"O adiantamento do VR sem descaracterizar o leasing também não está na lei. Assim como a garantia, passou a ser objeto de referência nos regulamentos.

"A Portaria n. 140, de 27/7/1984, do MF, portanto anterior ao antigo Regulamento, aprovado pela Res. n. 980/84, do Bacen, e logicamente aplicável no âmbito fiscal, apenas dispunha que as parcelas de antecipação do valor residual garantido ou do pagamento por opção de compra são tratados como passivo do arrendador e ativo do arrendatário, não sendo computável na determinação do lucro real. Possibilitava a cobrança antecipada. Isso desapareceu com o antigo Regulamento, uma vez que falava em VRG, mas pago apenas no final do prazo de arrendamento.

"O novo Regulamento, aprovado pela Res. n. 2.309, de 28/8/1996, do Bacen, fez constar no art. 7º, VII, a, 'a previsão de a arrendatária pagar o valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamen-

to do valor residual, garantido o exercício da opção de compra’.

“Não diz que pode ser cobrado de modo instantâneo ou progressivo, como vêm sustentando os defensores da não-descaracterização, e sendo pactuado nos contratos, cujo caráter adesivo impõe o adiantamento. É possível tão-só a previsão como faculdade do arrendatário. Poderá, este, quando entender conveniente, antecipar o pagamento, sem que isso caracterize opção de compra. Essa conveniência pode ocorrer quando for eleito o VR de mercado. Exemplo: uma greve nas montadoras de veículos paralisa o setor durante diversos meses. O aquecimento no comércio dos usados é efeito natural, elevando o preço. Nessa moldura, convém ao arrendatário, máxime se o contrato estiver na fase final, pagar o preço de mercado *stantibus*, antes que os efeitos se façam sentir. Em suma, é uma regra que traduz proteção aos interesses do arrendatário, e não imposição da vontade da arrendadora.

“A única chance de vermos na lei a possibilidade de o VR ser antecipado estaria no § 2º do art. 11, mas não é possível. Diz o art. 11: ‘Serão consideradas como custo ou despesa operacional da pessoa jurídica arrendatária as contraprestações pagas ou creditadas por força do contrato de arrendamento mercantil. § 1º A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta Lei será considerada operação de compra e venda à prestação. § 2º O preço de compra e venda, no caso do parágrafo anterior, será o total das contraprestações pagas durante a vigência do arrendamento,

acrescido da parcela paga a título de preço de aquisição’.

“Começa que o § 2º se refere a situação do § 1º, ou seja, aquisição em desacordo com a lei. Mas poder-se-ia pensar que a expressão parcela paga a título de preço de aquisição significa também parcela do valor residual, como quantia do preço de aquisição. Porém, embora haja certa ambigüidade do texto, não é essa a compreensão aceitável, e por duas razões. Pela primeira, se parcela paga do preço de aquisição se refere a valor da contraprestação, o sentido é restrito à sua parte fixa, *rectius*, soma das quotas de depreciação, conforme exposto no item 3. Pela segunda, evidencia-se que, em face do desvirtuamento da operação de leasing para a qual (operação) há vantagens tributárias, a lei não apenas as exclui, como ainda aumenta a base de cálculo: total das contraprestações pagas, mais aquilo que a arrendadora tiver pago a título de preço de aquisição. De outro modo: parcela paga a título de preço de aquisição nada tem a ver com valor residual, mas com o preço de aquisição a que se refere o art. 12, ou seja, o preço de compra pela arrendadora.

“Por fim, sustenta-se que a antecipação do VR tem apenas caráter de caução, decorrente do fato de que é um valor garantido, e que por isso não significa opção de compra. Ora, o VR não é garantido. Se não é garantido, descabe falar em caução. E seja qual for o *nomen juris* dado — caução ou qualquer outro —, na prática, deturpa, desnatura o instituto do leasing, pois exige que o arrendatário desembolse desde logo os valores, tal qual na compra e venda mercantil à prestação. E aí, se o § 1º do art. 11 da Lei

não for suficiente, vale repetir a parêmia de que em Direito as coisas se definem pelo conteúdo, e não pelos títulos ou emblemas” (RT 756/83).

Outrossim, não assiste razão à corrente doutrinária e jurisprudencial que afirma ter o valor residual garantido caráter de caução, nada mais representando do que uma garantia para a instituição financeira arrendante na hipótese de o arrendatário, ao término do contrato, não optar pela compra do bem.

Ora, a opção de devolução do bem é uma faculdade do arrendatário, constituindo-se, mesmo, em pressuposto do contrato de arrendamento mercantil; e o valor residual somente deve ser pago no caso de se optar pela compra do bem arrendado. A lei é clara nesse sentido, sendo que Resoluções dizendo o contrário não têm qualquer eficácia, posto não terem elas legitimidade para disporem de forma diversa e além do que a própria lei permite.

Como com total propriedade assinala o já citado Des. Irineu Mariani:

“O VR não é garantido. Se não é garantido descabe falar em caução. E seja qual for o nomen juris dado — caução ou qualquer outro —, na prática deturpa, desnatura o instituto do leasing, pois exige que o arrendatário desembolse desde logo os valores tal qual na compra e venda mercantil à prestação. E aí, se o § 1º do art. 11 da Lei não for suficiente, vale repetir a parêmia de que em Direito as coisas se definem pelo conteúdo, e não pelos títulos ou emblemas” (op. cit., pág. 84).

Além das razões de ordem fiscal que levaram o legislador a manter a opção de compra, com o pagamento do valor residual como uma das características do contrato de leasing operacional, existem outras duas a considerar: a) o negócio do leasing fica sem causa, isto é, desaparece a razão do negócio se o arrendatário paga integralmente o preço do bem no curso da execução do contrato, uma vez que a finalidade básica do leasing financeiro é “sempre o financiamento de investimentos produtivos” (Fábio Konder Comparato, Contrato de Leasing, Forense, 250/10) e não a compra e venda, sendo que a existência de uma promessa unilateral de venda por parte da instituição financeira serve para diferenciá-lo da locação e da compra e venda a crédito; b) o arrendatário perde com a inclusão da prestação mensal da parcela correspondente ao valor residual, pois desembolsa antecipadamente aquilo que pagaria apenas no caso de exercer uma das três opções que a lei lhe reserva, ao final do contrato. E isso lhe pode ser ainda mais prejudicial se considerarmos que tal parcela serve para compor o valor da prestação mensal, sobre a qual incidirão juros e outros acréscimos. E a inadimplência, que resulta do não-pagamento da prestação mensal assim composta, terá graves reflexos na economia do contrato, com possibilidade de perda da posse do bem, embora uma parte do valor não pago constitua cobrança antecipada do que somente seria exigível a final.

Adite-se a isso que a simples rotulação do contrato firmado entre os litigantes como sendo de arrendamento mercantil é absolutamente irrelevante, quando ressalta tratar-se, na

realidade, de um contrato de compra e venda a prestações.

Isso porquanto, nos termos do art. 85 do Código Civil:

“Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

E, descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, não há falar, na hipótese de inadimplência do arrendatário, na configuração de esbulho, eis que, tratando-se de mero contrato de compra e venda a prazo, esse inadimplemento acarreta a possibilidade de rescisão do contrato, por meio das vias processuais adequadas; e somente então, uma vez rescindido judicialmente o contrato, é que nascerá o direito da arrendante à sua reintegração na posse do bem.

Inexistente essa ação específica de rescisão, carecedora da ação de reintegração de posse é a Companhia de leasing.

Nesse sentido, já se disse nesta Casa:

“Leasing — Ação de reintegração de posse — Cobrança antecipada do valor residual — Descaracterização do arrendamento — Recurso desprovido.

“A cobrança antecipada do VRG (valor residual garantido) nos contrato de leasing o desnatura, posto que ao fim da avença não resta ao arrendatário outra opção senão receber o bem pelo qual já pagou seu valor integral” (Ap. Cív. n. 99.013694-9, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello).

“Leasing. Cobrança antecipada do valor residual — Descaracterização do arrendamento. Recurso desprovido.

O pagamento antecipado do valor residual garantido (VRG) em contratos de arrendamento mercantil (leasing), desnatura o próprio instituto, uma vez que, ao final do pacto, outra alternativa não resta ao arrendatário senão a de receber o bem pelo qual já pagou seu valor integral” (Ap. Cív. n. 99.013431-8, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello).

“Leasing. VRG. Antecipação. Simulação reconhecida. Contrato de compra e venda. Caracterização. Ação de reintegração de posse. Carência de ação.

“A exigência e a aceitação da antecipação do pagamento do VRG caracteriza o exercício da opção de compra do bem. Por isto, o contrato passa a ser de compra e venda a prazo, incidindo o regramento peculiar a este tipo de avença.

“Descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil descabida é a utilização da ação de reintegração de posse, pois ao alienante não restou sequer a posse indireta do bem. Conseqüentemente, ausente o interesse de agir na modalidade adequação, impõe-se a extinção do feito com base no inciso VI, do art. 267, do CPC” (Ap. Cív. n. 99.019373-0, de Lages, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Mais recentemente, assim pronunciou-se este Órgão Fracionário por acórdão da lavra do brilhante Des. Pedro Manoel Abreu:

“Reintegração de posse. Contrato de leasing. Valor residual garantido. Diluição nas prestações. Descaracterização do contrato. Compra e venda em prestações. Indeferimento da inicial. Possibilidade.

“É característica do contrato de arrendamento mercantil a opção de compra por parte do arrendatário, a ser exercida apenas por ocasião do término do contrato, sob pena de a operação vir a ser considerada como compra e venda à prestação” (Priscila Maria Pereira Corrêa Fonseca).

“São 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’ (15ª ‘cláusula abusiva’, Portaria n. 3 da Secretaria de Direito Econômico).

‘Descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, descabida é a impetração da ação de reintegração de posse, porquanto ao alienante sequer restou a posse indireta do bem. Como corolário, impõe-se a extinção do feito com base no art. 267, inc. VI, do CPC em consequência da ausência do interesse em agir na modalidade adequação’ (Ap. Cív. n. 97.012600-0, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio)” (AI n. 00.007054-8, de Balneário Camboriú).

E:

“Reintegração de posse. Arrendamento mercantil. Cobrança antecipada do valor residual garantido. Desvirtuamento daquele contrato em compra e venda a prazo. Pagamento, ademais, das prestações em atraso, com a efetiva sustação do protesto das notas promissórias às mesmas vinculadas. Mora não caracterizada. Decisão deferitória da liminar reformada. Agravo provido.

‘No contrato de arrendamento mercantil devem ser preservadas algumas características essenciais, sem as quais perde a natureza de leasing, como: a) aquisição do bem, a final, pelo pagamento do valor residual adredemente determinado; b) devolução do bem, ou c) renovação do contrato.

‘Outra alternativa não resta à arrendatária ao final do contrato senão, após pago o preço integralmente com a soma das prestações de locativos mais valor residual garantido — VRG, receber o objeto pelo qual já fizera a opção pela compra.

‘Se as principais características do contrato de arrendamento mercantil são a opção de compra ao final do pacto ou a devolução do bem, transfigura-se o contrato para compra e venda à prestação, diante dos pagamentos antecipados pela arrendatária, dos valores do VRG, cumulados com as contraprestações locativas do bem.

‘O Estado em tema de contratos, deve interferir para assegurar a ordem pública e a igualdade dos contratantes, tendo em vista o equilíbrio social’ (Apelação Cível n. 98.005629-2, de Itajaí, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 18/11/99)” (AI n. 99.007330-0, de São José, rel. Des. Gaspar Rubik).

Ou:

“Reintegração de posse — Arrendamento mercantil — Valor residual garantido — Cobrança antecipada, concomitante às prestações locatícias — Descaracterização do contrato para compra e venda a prazo — Reconhecimento de ofício — Publicização do contrato — Descabimento do interdito possessório — Carência

de ação — Ausência do interesse de agir na modalidade adequação — Extinção do processo.

“A cobrança antecipada do VRG desfigura o contrato de leasing, transmutando-o em uma compra e venda a prazo, uma vez que, ao arrendatário, não resta alternativa ao final do contrato senão a aquisição do bem.

“A descaracterização do contrato de arrendamento mercantil pode ser feita de ofício pelo órgão julgador, consoante a teoria da função social do contrato, proclamada pela doutrina e jurisprudência modernas, permitindo ao Estado a intervenção naquele para assegurar a ordem pública através da igualdade entre os contratantes.

“Uma vez reconhecido o desvirtuamento do contrato de leasing para uma compra e venda a prazo, inadequado é o ajuizamento da ação de reintegração de posse pelo arrendante para reaver o bem. Faltando-lhe a posse da coisa, ausente está um dos requisitos para o manejo do interdito, impondo-se a extinção do feito sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, por falta de interesse de agir na modalidade adequação” (Ap. Cív. n. 96.007266-7, de Taíó, rel. Des. Alcides Aguiar, DJSC de 19/3/2001).

No mesmo diapasão, registramos no acórdão referente ao julgamento da Apelação Cível n. 99.019645-3, da comarca de Lages:

“Arrendamento mercantil. Inadimplimento. Valor residual garantido. Cobrança antecipada. Descaracterização do contrato de leasing. Transmutação em contrato de compra e venda a prazo. Proteção pos-

sessória. Inviabilidade. Carência. Extinção do feito. Decisum incensurável. Insurgência recursal desacolhida.

“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 à prestação. É o que resulta da dicção do art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, bem como da do art. 10 da Resolução n. 2.309/96.

“Operada essa descaracterização, a inadimplência do contrato rende ensejo ao uso, pela arrendante, dos meios processuais próprios para a cobrança de seus haveres ou para a resolução do ajuste; não tem ela, entretanto, direito a ser reintegrada na posse do bem contratado, direito esse do qual é ela carecedora”.

Disse, na mesma esteira, o egrégio Tribunal de Justiça de Goiás:

“Leasing. Valor residual garantido antecipado. Descaracterização para compra e venda. 1 — O valor residual instituído pela Resolução n. 2.309 deve representar quantia mínima, estabelecida a título de seguran-

ça para o arrendador. 2 — Se o valor residual garantido, representando o valor estipulado para opção de compra, vier diluído nas prestações, opera-se a descaracterização do pacto, tornando-se verdadeira compra e venda, afastando, desta forma, a reintegração de posse. Agravo conhecido e improvido" (AI n. 15.045-6/180, rel. Des. Castro Filho, j. 6/4/99).

Não divergindo, tem decidido o egrégio Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

"A retirada da opção de compra do contrato substituindo-a pelo pagamento do resíduo antecipadamente junto com as contraprestações, descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, tornando-o uma compra e venda a prestações ou mútuo. A opção de compra é requisito do contrato, conforme letra c do art. 5º da Lei n. 6.099/74.

"Deixando de ser arrendamento mercantil deixa de existir contrato de depósito entre as partes.

"Não havendo esbulho possessório não pode haver reintegração de posse" (AI n. 196148571, rel. Juiz Gaspar Marques Batista, j. em 27/11/96).

"Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse. Descabimento.

"Não cabe ação de reintegração de posse se a retirada da opção de compra do contrato substituída pelo pagamento do resíduo periodicamente junto com as contraprestações, descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, tornando-o um contrato atípico propriamente dito, muito semelhante a uma compra e venda a prestações ou a um mútuo. A opção

de compra é requisito do contrato, conforme letra c do artigo 5º da Lei n. 6.099/74" (Ap. Cív. n. 196212963, rel. Juiz Gaspar Marques Batista, j. em 14/5/97).

"A cobrança antecipada do VRG configura a opção de compra, descaracterizando o contrato, que passa a ser de compra e venda a prazo. Inviável, nessas condições, a reintegratória de posse, por ausentes os requisitos do art. 927 do CPC. Apelo improvido" (Ap. Cív. n. 197145105, rel. Juiz Ulderico Cecatto, j. em 2/10/97).

"Leasing — VRG pago juntamente com o valor da locação — Compra e venda — Lei n. 6.099/74 — Res. n. 980/84 (art. 11). Não é cabível ação de reintegração de posse. Em contrato de arrendamento mercantil, onde o valor residual garantido é pago mensalmente, juntamente com as prestações da locação, a operação transforma-se em compra e venda, não sendo cabível reintegração de posse" (Apeação Cível n. 196196778, rel. Juiz de Alçada Rubem Duarte, j. 5/12/96).

"Ação de revisão contratual. Arrendamento mercantil.

"Se, junto com as prestações do arrendamento do veículo o arrendatário também passa a pagar o valor residual, resta descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, constituindo-se em operação de compra e venda à prestação..." (TARGS 103/149).

E dúvidas não restam que o Estado, em tema de contratos, ainda que particulares, deve interferir para assegurar a ordem pública e a igualdade dos ajustantes, tendo em vista o equilíbrio social, relegando-se a um

plano secundário a teoria do *pacta sunt servanda*, que, endeusando o elemento volitivo, prega, justamente, a não intervenção estatal nos contratos, devendo ser, antes, guardada total obediência aos termos da pactuação.

Entretanto, hodiernamente, não mais se admite um apego estremado ao princípio do *pacta sunt servanda*, princípio esse que vai cedendo terreno, cada vez mais, à denominada socialização da teoria contratual, segundo a qual, como observa Cláudia Lima Marques:

“(...) se redescobre o papel da lei, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente (veja art. 1º do CDC). A lei protegerá determinados interesses sociais e servirá como instrumento limitador do poder da vontade” (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 2ª ed., SP, RT, 1995, pág. 282).

Ou, como assinala o preclaro Caio Mário da Silva Pereira, com a percuciência que lhe é peculiar:

“(...) o princípio da liberdade contratual tem perdido terreno em favor do sentido de justiça, capaz de oferecer segurança, paz, ordem e prosperidade ao Estado. Em contraposição ao dogma do Código Napoleão, que considerava sagrado o acordo de vontades, o direito moderno consagra a intervenção do Estado, para anular ou para modificar aquele acordo, conforme as exigências do interesse coletivo” (Lesão nos Contratos, Rio, Forense, 1959, pág. 141).

E descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, transformado ele em mero contrato de compra e venda em prestações, não sub-

siste em favor da companhia de arrendamento qualquer posse indireta do bem, a autorizar a caracterização, em razão da mora da compradora, da prática de qualquer esbulho.

Inexistente base jurídica para o uso, pela credora, dos mecanismos legais de proteção à posse, extinta impõe-se a ação de reintegração possessória aforada, extinção essa que pode e deve ser decretada de ofício nesta instância.

E nem se alegue a impossibilidade de reconhecimento de ofício da matéria por este órgão julgador, posto que, em sede de direito contratual, a moderna doutrina e jurisprudência têm iterativamente admitido a intervenção do Estado nas relações contratuais particulares, como forma de assegurar a absoluta igualdade jurídica de todos os contratantes, assecuração essa que é matéria de ordem pública.

Segundo o alentado Fran Martins:

“64. Interferência do Estado nos contratos. Publicização do contrato — Por outro lado, para fazer face a contingências oriundas de novas situações econômicas e políticas da humanidade, surgidas principalmente com as guerras que, nos últimos decênios, têm abalado a estrutura da sociedade, o Estado vem interferindo, de maneira decisiva, nos negócios contratuais, já impedindo que os indivíduos contratem livremente, já, muitas vezes, substituindo a vontade das partes pela imposição de regras que devem ser cumpridas pelos contratantes. Assim age o Estado, tendo em vista o equilíbrio social.

“Mas o faz tão discricionariamente que já se chegou a falar na fa-

lência do Direito motivada pela interferência do poder público nos contratos, cada vez mais restringindo a livre manifestação das partes contratantes para imperar, sobre elas, a vontade estatal.

“Indiscutivelmente, há uma evidente ingerência do Estado em questões que, antes, eram reguladas soberanamente pelas partes, mas tal ingerência não aniquilou ainda o princípio da autonomia da vontade. Interfere o Estado em assuntos que dizem respeito ao bem-estar social, deixando ainda largo campo para que, de modo privado, possam as partes livremente contratar. Esse fato, não é novo, apenas tendo sido ultimamente ampliado, dadas as radicais transformações socioeconômicas dos povos dos últimos anos. O próprio Código Civil francês, que consagrou o princípio da autonomia da vontade, já havia, também, estipulado restrições a esse princípio, ao estatuir, no art. 6º, que ‘não se pode derogar, por convenções particulares, leis que interessem à ordem pública e aos bons costumes’, e quando o Estado interfere na livre manifestação da vontade dos contratantes, impondo regras que deverão ser por eles cumpridas, o faz tendo em vista assegurar o equilíbrio social, que deve ser superior aos interesses de ordem privada.

“Inegável, entretanto, é que, dia a dia, em face mesmo das transformações por que passa a humanidade, o Estado vai aprofundando cada vez mais sua ingerência nos negócios privados, sobretudo no campo dos contratos. Este está, aos poucos, publicizando, com graves repercussões na liberdade das partes contratantes. Exemplo dessa interferência do Esta-

do no setor dos contratos comerciais são as medidas adotadas pelo poder público para a fixação dos preços de determinadas mercadorias, nos contratos de compra e venda, a prorrogação dos contratos de locação de imóveis utilizados para fins comerciais e, assim, partes integrantes do fundo de comércio do comerciante, as restrições de importações ou exportações e muitas outras medidas que são periodicamente adotadas pelo Estado para que seja mantido o equilíbrio social” (Contratos e Obrigações Comerciais, 13ª ed. rev. e aum., 1995, págs. 82 e 83).

No atual estágio do direito contratual brasileiro, acentue-se, há que ser emprestada total recepção à teoria da função social do contrato, pela qual vê-se arredada ou até mesmo erradicada dos contratos a concepção patrimonialista que os presidia até então.

Não podemos olvidar que, com a promulgação da Carta Magna em vigor, a preocupação maior dos aplicadores da lei, como deveria ser dos legisladores também, é a de proporcionar uma sociedade mais justa, na qual impere uma total equidade entre seus integrantes.

Mercê dessa nossa visão, das novas concepções surgidas, o princípio da autonomia da vontade dos contratantes, antes inatingível em função da segurança jurídica que pregava, mas que, com isso, propagou e fomentou as desigualdades e injustiças, hoje apresenta-se limitado, senão mesmo banido, pela teoria da função social do contrato, teoria essa que se harmoniza à perfeição com os preceitos embutidos na Constituição da Re-

pública e com aqueles inseridos no Código de Defesa do Consumidor.

Em caso análogo ao vertente, este Tribunal teve o mesmo posicionamento, ao fixar que:

“Ação de reintegração de posse. Arrendamento mercantil (leasing). Pagamento do valor residual garantido — VRG, antecipadamente. Descaracterização do contrato. Transfiguração para contrato de compra e venda à prestação. Recurso desprovido.

“No contrato de arrendamento mercantil devem ser preservadas algumas características essenciais, sem as quais perde a natureza de leasing, como: a) aquisição do bem, a final, pelo pagamento do valor residual adredemente determinado; b) devolução do bem, ou c) renovação do contrato.

“Outra alternativa não resta à arrendatária ao final do contrato senão, após pago o preço integralmente com a soma das prestações de locativos mais valor residual garantido — VRG, receber o objeto pelo qual já fizera a opção pela compra.

“Se as principais características do contrato de arrendamento mercantil são a opção de compra ao final do pacto ou a devolução do bem, transfigura-se o contrato para compra e venda à prestação, diante dos pagamentos antecipados, pela arrendatária, dos valores do VRG, cumulados com as contraprestações locativas do bem.

“O Estado, em tema de contratos, deve interferir para assegurar a ordem pública e a igualdade dos contratantes, tendo em vista o equilíbrio social” (Ap. Cív. n. 98.005629-2, de

Itajaí, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

Mesmo porque ao Estado, e essa é uma de suas funções básicas, cumpre zelar pelos valores preconizados na Constituição Federal; e a intervenção nas relações contratuais particulares tem por objeto único o de equalizar os interesses das partes contratantes, evitando eventuais injustiças, com o predomínio da vontade de uma delas sobre a da outra.

É a admissão dessa intervenção, de ofício, do órgão judicante na relação contratual dos litigantes, que permite ao Judiciário decretar a desfiguração do contrato de arrendamento mercantil para uma compra e venda a prazo.

Em se tratando de uma compra e venda, insistimos, a posse do bem foi transmitida ao adquirente no momento de sua tradição, pelo que se abstrai da pretensão do alienante um dos pressupostos indispensáveis à propositura do interdito possessório, qual seja, o esbulho de sua posse.

O autor da ação reintegratória, no contexto exposto, sequer detinha a posse indireta do bem.

E o pedido feito pela agravante na inicial da ação possessória por ela deduzida impunha-se idôneo a alcançar o fim buscado.

Da ensinança do emérito Humberto Theodoro Júnior colhe-se:

“O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial.

“Mesmo que a parte esteja na iminência de sofrer um dano em seu interesse material, não se pode dizer que exista o interesse processual, se aquilo que se reclama do órgão judicial não será útil juridicamente para evitar a temida lesão. É preciso sempre ‘que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto’” (Curso de Direito Processual Civil, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 22ª edição, 1997).

A conclusão óbvia, então, é que a agravante elegeu via inadequada para ver prevalecer o direito que apregoa ter.

Faltante, no pleito possessório por ela ajuizado, uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir na modalidade adequação, a extinção do processo sem o conhecimento do mérito da causa é medida que se impõe.

Os Tribunais pátrios assim têm julgado:

“Processual civil — Ação de reintegração de posse — Contrato de leasing — Descaracterização — Inadequação da via eleita — Ausência de uma das condições da ação.

“O contrato de leasing pressupõe o pagamento de determinada quantia mensal, a título de aluguel, com a possibilidade de, ao final do prazo convencionado, ser o bem adquirido pelo arrendatário, ao qual é facultado, ainda, renovar o contrato ou devolver o seu objeto.

“Se o arrendante impõe o pagamento antecipado do ‘valor residual garantido’ — VRG, resta clara a descaracterização do negócio jurídico, que se revela como compra e venda a

prazo. Descaracterizado como leasing, não há como admitir a reintegração de posse sem antes obter-se expressa declaração judicial da rescisão do contrato, sendo inadequada a via eleita, afigura-se ausente uma das condições da ação (interesse de agir), devendo o processo ser extinto sem exame de mérito” (TJDF, Ap. Civ. n. 1998.01.1.032424-4, rela. Desa. Vera Andrichi, DJU de 11/10/2000, pág. 42).

Frise-se, por outro lado, que fiscalização da existência das condições da ação, por ser matéria de ordem pública, não preclui, e pode ser exercida ex officio, ainda que em sede recursal, permitindo o nosso Diploma Processual Civil, em seu art. 267, § 3, o exame, em qualquer tempo e grau de jurisdição, das condições da ação, dispondo in verbis:

“O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI”.

Anota, a respeito, o lapidar Egas Moniz de Aragão:

“Tais itens extravasam do poder dispositivo das partes, ficando incluídos entre os que se sujeitam a investigação de ofício pelo Estado, como uma das conseqüências de ser a ação um direito contra ele exercitável que, por isso, lhe dá o poder respectivo, de examinar de ofício os pressupostos do processo e as condições da ação, mesmo que ocorra a revelia do réu” (Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, vol. II, pág. 536).

É o entendimento defendido por este Tribunal nos acórdãos assim ementados:

“As condições da ação, sendo requisitos de legitimidade da própria atuação do Poder Jurisdicional (arts. 2º e 3º), podem ser examinadas a qualquer tempo, não se sujeitando à preclusão, enquanto não houver sentença de mérito, ainda mesmo que o saneador reste irrecorrido” (Ap. Cív. n. 49.409, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Ação anulatória de ato jurídico. Preliminares afastadas no saneador. Acolhimento pela sentença. Preclusão. Inocorrência. Matéria de ordem pública reconhecível, de ofício, e em qualquer grau de jurisdição, inclusive. Inteligência do art. 267, § 3º, do CPC.

“Ainda que afastadas em saneador, as matérias de ordem pública, tais como ilegitimidade ad causam e pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, podem ser reanalisadas por ocasião da sentença, não precluindo enquanto não proferida a sentença de mérito, nos exatos termos do art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil” (Ap. Cív. n. 97.010159-7, de Piçarras, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Mantendo a mesma linha de entendimento, gizou o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“A matéria relativa a pressupostos processuais, perempção, litispendência, coisa julgada e condições de admissibilidade da ação pode ser apreciada, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, enquanto não proferida a sentença de mérito (art. 267, § 3º). Suscitada a

questão sobre ilegitimidade de parte, não pode o Tribunal eximir-se de apreciá-la, sob alegação de preclusão, sendo-lhe possível, no caso, examiná-la de ofício” (REsp n. 5.735/PR, j. em 4/12/90, DJU de 4/2/91, pág. 576, rel. Min. Waldemar Zveiter).

“A sentença de mérito proferida em primeiro grau não impede que o Tribunal conheça dessas matérias (as do art. 267, IV, V e VI) ainda que ventiladas, apenas, em fase de recurso, ou mesmo de ofício” (RSTJ 89/193, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

“Em se tratando de condições da ação e de pressupostos processuais, não há preclusão para o magistrado, mesmo existindo expressa decisão a respeito, por cuidar-se de matéria indisponível, inaplicável o enunciado n. 424 da Súmula/STF à matéria que deva ser apreciada de ofício” (4ª Turma, REsp n. 43.138/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 19/8/97).

III — Decisão

À vista do exposto, nega-se provimento à insurgência recursal, mantendo-se a posse do bem com a agravada e, de ofício, extingue-se a ação possessória aforada.

Na ação principal arcará a agravante com as custas processuais e honorários advocatícios, estes que se fixa em R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins e a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Santa Ritta.

Florianópolis, 29 de março de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,
Presidente para o acórdão;
Trindade dos Santos,
Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.024974-2, DE TUBARÃO

Relator: Des. Trindade dos Santos

Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Indeferimento da liminar ou rejeição de seu exame para após a contestação. Possibilidade. Dilatação do âmbito da defesa. Decisão confirmada. Agravo de instrumento desprovido.

Ao julgador incumbe, dentro de um ideário de justiça que todos os magistrados têm, ao examinar a controvérsia que lhe é submetida pautar-se por princípios, acima de tudo, humanísticos, buscando um desate mais justo para a causa.

Nessas circunstâncias, não se constitui em nenhuma heresia jurídica ou em afronta ao Direito deixar de aplicar na integralidade as disposições do DL n. 911/69, já afetado pelo ranço do anacronismo, emprestar novos contornos a tal diploma legal, buscando emprestar-lhes um caráter mais social e coadunante com as normas basilares inseridas na Carta Federal de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor, adequando-as, pois, à realidade econômica e social em que vivemos. Presente esse contexto, não implica em nenhuma violação à lei a não concessão de liminar nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente ou relegar a sua apreciação para fase posterior à contestação.

A restrição da matéria de defesa nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, decorrente de norma insculpada no DL n. 911/69, não pode ser levada a tal extremismo que iniba o alienante de discutir em juízo fatos que descaracterizem, desconstituam ou invalidem o contrato de alienação fiduciária ou influam no valor do débito exigido, ao argumento de contrariedade à lei ou ao ajuste.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.024974-2, da comarca de Tubarão (2ª Vara), em que é agravante

Consórcio Nacional para Caminhões e Ônibus Volvo S/C Ltda. — Consórcio Nacional Sudamérica, sendo agravada Transportes Vitória Maria Ltda.:

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

Custas legais.

I — Relatório

Consórcio Nacional para Caminhões e Ônibus Volvo S/C Ltda. — Consórcio Nacional Sudamérica interpôs agravo de instrumento combatendo a decisão proferida às fls. 113 a 116, dos autos da ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente n. 075.00.001247-0, por ela aforada em desfavor da agravada Transportes Vitória Maria Ltda.

Mencionou que a decisão atada determinou primeiramente a citação da empresa ré para oferecer contestação ou purgar a mora, contrariando o disposto no art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69, autorizando a permanência do bem alienado em posse da agravada, a qual encontra-se inadimplente, devidamente constituída em mora, conferindo-lhe ainda direito à ampla defesa, ferindo o disposto no § 2º do art. 3º do mencionado Decreto-Lei.

Sustentou que uma vez preenchidos os requisitos legais para o deferimento de liminar na busca e apreensão, outra alternativa não restava ao Magistrado senão o deferimento, determinando a busca e apreensão do bem alienado.

Citou diversos entendimentos jurisprudenciais, requerendo, por fim, o provimento do recurso, deferindo-se-lhe a liminar de busca e apreensão pleiteada, permanecendo na posse do bem objeto do feito, concedendo oportunidade para a agravada defender-se somente nos termos do Decreto-Lei n. 911/69.

Pelo despacho de fls. 134 a 136 proferido pelo então relator, Des. Jaime Ramos, foi concedido efeito suspensivo em caráter ativo, determinada liminarmente, em decorrência, a busca e apreensão do bem alienado, com o seu depósito em mãos da agravante.

Contra-arrazoando, a empresa agravada sustentou a existência de irregularidades na sua constituição em mora, haja vista ter sido o título protestado no valor de R\$ 13.000,00 sendo que a ação considera a dívida na ordem de R\$ 24.000,00.

Defendeu a necessidade da permanência do bem em sua posse pelo fato de ser imprescindível à continuidade de suas atividades mercantis — transporte de cargas —, aliado esse fator à circunstância de já haver ela pago mais de 85% do valor do bem objeto da demanda.

Ofereceu em caução a sala comercial descrita à fl. 143, avaliada em R\$ 30.000,00, expondo ainda estar o veículo coberto por seguro.

Afirmou, outrossim, ter aforado ação consignatória na qual discute o real valor do débito.

Por fim, pugnou pelo não provimento do agravo.

Posteriormente, protocolizou petição em que realizou pedido de re-

consideração, o qual foi indeferido pelo despacho de fl. 179.

Foram então os autos redistribuídos a este Relator.

II — Voto

O recurso em tela, ao nosso ver, não está a merecer provimento parcial.

Certo está que, consoante constituía-se em entendimento iterativo, uma vez delineados os pressupostos legais, não havia deixar-se de conceder a busca e apreensão liminarmente, eis que resultante ela de imposição jurídica embutida em diploma eficaz.

A respeito, inscreve-se no repertório jurisprudencial deste Sodalício:

“Agravado de instrumento — Alienação fiduciária — Recurso inacolhido.

“Satisfeitas as condições da ação, comprovada a mora e ipso facto o inadimplemento contratual, adequada é a concessão da liminar” (AI n. 4.976, de Indaial, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

“Comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor, não pode o juiz deixar de conceder liminarmente a busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, alegando quebra do princípio do contraditório” (AI n. 7.577, de Tijucas, rel. Des. Amaral e Silva).

Entretanto, diante de uma concepção mais social que vem sendo colocada em destaque pelos Tribunais pátrios, não mais se admite que, após as novas concepções introduzidas pelo nosso avançado e inovador Código de Defesa do Consumidor, continuem

a vicejar privilégios exorbitantes em favor do economicamente mais forte, em detrimento de direitos daqueles financeiramente menos favorecidos.

O emérito Magistrado prolator da decisão atacada, dentro do espírito eminentemente social e, acima de tudo, justo que norteia seu posicionamento jurídico — Dr. Lédio Rosa de Andrade —, reconhecidamente, tem sido, a exemplo de outros magistrados catarinenses, um dos cultores de uma nova ordem democrática, objetivadora de uma total reformulação de conceitos, preceitos e posturas sedimentadas ao limo de concepções totalmente arcaicas e, por isso mesmo, não mais possíveis de respaldo pretoriano.

Por isso mesmo, em reconhecimento a essa postura do brilhante Magistrado titular da 2ª Vara Cível da comarca de Tubarão, permito-me apropriar de seu saber jurídico e de seu senso de uma justiça efetivamente justa, retranscrevendo, como forma de homenagem, o teor do despacho vergastado.

Disse o culto Magistrado singular:

“É cediço na Ciência Jurídica brasileira não existir hierarquia na função jurisdicional. Assim, em respeito ao duplo grau de jurisdição e ao livre convencimento do magistrado, não pode o juiz de primeiro grau estar obrigado a decidir nos termos desejados pelos areópagos superiores. Portanto, o acórdão de fls. 97 a 110, que merece toda a minha deferência, não pode ser entendido como uma ordem para que a liminar seja deferida. Respeito a decisão, mas defendo meu direito de pensar diferente e de decidir segundo meu pensamento.

“Do pedido de liminar.

“Ainda sob aspectos formais, não há como se deferir a liminar, pois a inicial narra a inadimplência de R\$ 24.548,15, referente ao vencimento de toda a dívida, através da soma de seus débitos vencidos e vincendos. Portanto, das prestações ditas atrasadas, só há um protesto no valor de R\$ 13.643,87. Nestas condições, não há como purgar a mora, não sendo possível o deferimento da liminar.

“Ademais disto, outras ponderações podem ser feitas. Início com acórdãos dos dois Tribunais mais importantes do Brasil.

‘Ementa — Ofício judicante — Postura do magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrando o indispensável apoio, formalizá-la’ (STF, Rec. Ext. n. 111787-7, rel. Min. Marco Aurélio, 16/4/91, Jurisprudência do STF, n. 155, págs. 172/192).

‘Essa matéria sobre ser possível ou não a incidência da correção monetária, em tais circunstâncias e mesmo em outras nas quais se argumenta com violações legislativas arcaicas, porque superadas pelos fatos sociais, não podem inibir o julgador de, adequando sua interpretação à realidade social ou econômica, entregar a prestação jurisdicional a que faz jus o interessado, notadamente, fiel ao princípio de justiça, que deve prevalecer sobre os conceitos de direito, quando este se constitui anacrônico e distanciado, na mora do legislador, aos fins sociais a que se o constituiu’

(STJ, Rec. Esp. n. 7.229, rel. Min. Waldemar Zveiter, 22/4/91, Repertório IOB de Jurisprudência, SP, n. 11/3, pág. 223).

“Assim como os senhores Ministros, entendo estar presente uma legislação arcaica, superada pelos fatos sociais, contrária ao princípio de justiça, motivo pelo qual o julgador não pode ficar inibido e negar uma exegese capaz de adequar o caso concreto à realidade social e, principalmente, ao princípio maior da Justiça, assegurado pela vigente Constituição Federal.

“A questão central, a meu ver, é saber se o art. 3º, do já citado Decreto-Lei, obriga o magistrado a conceder a liminar ou lhe faculta tal decisão. Se for uma obrigação, estou plenamente convicto da inconstitucionalidade, pois restará ferida de morte a liberdade do magistrado no exercício judicante. Ademais, como ficará diante de tal obrigatoriedade, o princípio da livre apreciação da prova previsto no art. 131 do CPC? Por outro lado, se for uma faculdade, há a necessidade da comprovação dos requisitos previstos no art. 3º citado, bem como do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para restar justificada a medida extrema. Ora, na presente lide isto não restou comprovado. Não há, portanto, a necessidade de qualquer medida urgente. Bem ao contrário, o consórcio nacional autor, bem pode esperar até o julgamento final, sem qualquer prejuízo. Já a requerida ao contrário, sem o bem objeto da lide, terá grandes dificuldades, pois sendo trans-

portadora, o automóvel é indispensável para seu laboro.

“Para finalizar, importante mencionar o posicionamento do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que aplicando princípios de justiça social, vem decidindo pela permanência do bem na mão do devedor, em casos análogos, para evitar sua quebra, com prejuízos para a sociedade e, em especial, para seus trabalhadores. ‘Agravado de instrumento — Reintegração de posse — Leasing — Bem essencial ao funcionamento da empresa — Permanência em mãos do devedor’ (Agravado de Instrumento n. 10.504, rel. Des. Eder Graf, DJ 19/4/96). No mesmo sentido os Agravos de Instrumento ns. 10.505, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, DJ, 13/3/96 e 10.503, rel. Des. Gaspar Rubik, DJ, 11/3/96.

“Caso análogo em relação a própria alienação fiduciária.

‘Busca e apreensão. Alienação fiduciária.

‘Quando o bem alienado for essencial à continuidade do trabalho da empresa devedora, de modo que a sua apreensão significará a paralisação da atividade produtiva, em prejuízo de credores e empregados com risco de falência, ocorrendo ainda que a remoção do bem e sua guarda por terceiro, mesmo sendo este o próprio credor, implica possibilidade de danos físicos e falta de adequada e permanente assistência técnica especializada, a excepcionalidade do caso justifica permaneça o bem (maquinário) em poder do devedor, investido na responsabilidade de depositário (AI n. 4.652, de Palhoça, DJ n. 7.722, de

8/3/89, pág. 9)’ (JC vol. 73, págs. 457/458, rel. Des. Carlos Prudêncio).

“Na presente lide não está presente a possibilidade de quebra, mas de prejuízos irreparáveis à requerida. Assim, justifica-se a manutenção do bem com a mesma, para evitar possíveis danos irreparáveis, repito.

“Por uma questão de respeito à Constituição Federal, à igualdade das partes em juízo e ao cumprimento de todas as formalidades legais, nego o pedido de liminar. Negada a liminar, deveria, segundo o próprio egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, extinguir o feito. Entretanto, para evitar uma teratologia jurídica, qual seja a extinção do feito em primeiro grau e a nulidade da sentença em segundo, sem um pronunciamento final sobre o conteúdo da liminar, determino o prosseguimento da demanda”.

Expresse-se, por derradeiro, que a rejeição da insurgência do agravo de instrumento em tela, por parte deste Relator, evidencia, não uma contradição com relação aos acórdãos antecedentemente lavrados sobre a mesma matéria, mas sim, essencialmente, a tomada de uma nova postura, mais consentânea com as aspirações de um Judiciário independente e que não se limite à aplicação de leis eivadas de injustiça, como sói ser o malfadado DL n. 911, que traz ínsito em si o ranço de uma ditadura que, em todos os setores, apenas teve um mérito: o de empobrecer mais e mais, seja no seu aspecto cultural, seja no seu aspecto social ou humanitário, o nosso amado Brasil, favorecendo, em detrimento de toda a Nação, os mais afortunados e que, como tal, po-

deriam respaldar a ingloriosa “Revolução” de 1964.

Não suficiente fosse isso, teríamos que o momento de extrema instabilidade que cerca a economia pátria está a exigir que todos participem objetivando a sua normalização ou estabilização; e as financeiras e estabelecimentos bancários, até hoje maiores beneficiários dessa instabilidade, devem participar desses anseios de normalização, tendo a sensibilidade de aguardar a oportunidade econômica propícia para receberem seus créditos. O que não lhes é dado é de, nesses instantes de extremada conturbação financeira, levarem à falência seus devedores, em permuta da concretização de créditos, na maioria das vezes escorchantes, que lhes devem proporcionar seus financiados.

Também razão não assiste à recorrente no que diz respeito à limitação da defesa imposta pelo Decreto-Lei n. 911/69.

Certo faz-se que, nos termos do art. 3º, § 2º, do DL n. 911, em ações como a contida nos presentes autos, a matéria de defesa é restrita a duas alegações: o pagamento do débito ou o cumprimento, pela demandada, das obrigações contratuais por ela assumidas.

Enfatizam, a propósito, Oswaldo Opitz e Sílvia C. B. Opitz:

“Ajuizada ação autônoma de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, a contestação é limitada, visto que somente poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais” (Alienação Fiduciária em Garantia, Editora Borsó, 1970, pág. 227).

Assim, conforme já acentuou o Excelso Pretório:

“Alienação fiduciária — Decreto-Lei n. 911/69 — Constitucionalidade — Bem integrante do patrimônio do devedor — Admissibilidade.

“A ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente não comporta discussão acerca da validade de cláusula contratual ou de montante da dívida (salvo, na segunda hipótese, se houver pedido de purgação da mora). Por expressa disposição legal, ‘Na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou do cumprimento das obrigações do contrato’ (DL n. 911/69, art. 3º, § 2º), limitação que não viola o princípio da ampla defesa e do contraditório” (Recurso Extraordinário n. 141.320, rel. Min. Octávio Gallotti).

Da mesma forma, tem dito este Sodalício:

“Busca e apreensão. Decreto-Lei n. 911/69. Contestação. Questionamento do quantum debeatur. Matéria estranha ao procedimento. Sentença mantida. Recurso desprovido.

“A contestação, em sede de busca e apreensão com origem no inadimplemento de contrato garantido por alienação fiduciária, não abre espaço para defesas de mérito diversas daquelas previstas em lei, cabendo ao devedor alegar, tão-somente, o pagamento integral do débito exigido pelo credor ou o cumprimento das obrigações contratuais.

“A jurisprudência tolera, apenas, que se discuta eventual desvirtuamento do instituto em tela, cabendo levantamento de questões outras, em torno do contrato ou da dívida, em ação própria”

(Ap. Cív. n. 96.004635-6, de Itajaí, rel. Des. Gaspar Rubik).

“Alienação fiduciária — Ação de busca e apreensão — Inadimplemento — Notificação da mora — Procedência.

“Demonstrado o inadimplemento e comprovada a mora do devedor alienante, mediante carta registrada expedida por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, inarredável a procedência da ação de busca e apreensão, cujo único escopo é a consolidação da propriedade e posse plena e exclusiva do bem em mãos do proprietário fiduciário.

“A discussão a respeito das cláusulas contratuais relativas aos juros, à multa e aos índices de correção monetária adotados não tem cabimento no âmbito estreito da ação de busca e apreensão” (Ap. Cív. n. 97.005815-2, de Palhoça, rel. Des. Eder Graf).

Na mesma esteira, frisamos no acórdão pertinente à Apelação Cível n. 96.007141-5, de Chapecó:

“Nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, o âmbito da defesa restringe-se às matérias apontadas no art. 3º, parágrafo único, do DL n. 911. Questões outras que não o pagamento do débito ou o cumprimento, pelo alienante, das obrigações assumidas, devem ser objeto de ação própria, sendo impossível a cogitação das mesmas nos autos de busca e apreensão”.

Da mesma forma, quando do julgamento da Apelação Cível n. 99.001105-4, também de Tubarão:

“— Conquanto a situação peculiar e antidemocrática instalada no

País a partir de 1964, faz-se indiscutível que a Junta Militar que assenhorou-se do poder detinha, na época, prerrogativas legislativas, com os atos excepcionais por ela baixados sendo convalidados, a posteriori, pela Carta Magna de 1967 (art. 187), na redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 1, de 17/10/69.

“De outro lado, o mero fato de o Decreto-Lei n. 911/69 conter regras específicas para o âmbito da defesa a ser produzida não fere, por si só, o princípio da ampla defesa previsto no atual Texto Constitucional, pois, na verdade, aludido Diploma consagra, apenas e somente, a técnica de sumarização, largamente admitida no direito pátrio, com redução dos limites cognitivos”.

Em conclusão, pois:

“(…) se a defesa extrapola, para atacar o valor do débito, taxa de permanência, juros de mora e demais encargos, havia que ser repelida, de sorte a obrigar a procedência da mesma ação” (TJPR, Ap. Cív. n. 524/87, rel. Des. Renato Pedroso).

Todavia, repensando o tema e esquadrihando-se sob a ótica da Lei Magna de 1988 e, mormente, dos enunciados do Código de Defesa do Consumidor, incidentes na espécie, não mais se pode conceber qualquer ação em que a defesa da parte requerida fique restrita a determinados pontos, retirando-lhe, em sendo assim, a amplitude garantida pela ordem constitucional em vigor.

Não mais há de ser admitido que, seja qual for a ação, mesmo que regrada por normas específicas, reste ceifado da parte interessada o direito

de invocar em seu favor uma defesa plena, muitas vezes sustentada nos próprios termos do contrato em que se respalda o direito perseguido de reconhecimento pelo autor.

Inclusive o colendo Superior Tribunal de Justiça vem dilargando o âmbito da defesa nas ações de busca e apreensão sustentadas nas disposições do DL n. 911, possibilitando a arguição, pela parte devedora, de contrariedade à lei ou ao contrato, ou mesmo a ocorrência de fatos que descaracterizem, ainda que parcialmente, a validade e a certeza do contrato embasador do pedido de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, entendendo que a limitação prevista no § 2º do art. 3º do mencionado Diploma Legal só é de ser aplicada quando legítimas as pretensões deduzidas pela credora; mormente quando aforada, pelo devedor, ação conexa em que pretende encetar discussões a respeito do conteúdo contratual, como no caso vertente, no qual agravada aforou ação de consignação em pagamento, colimando erradicar do ajuste acessórios reputados de ilegais.

Em casos tais, tem dito o Superior Tribunal de Justiça:

“Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Contestação. Matéria.

“A limitação quanto à matéria da contestação na busca e apreensão de veículos dados em alienação fiduciária, não pode impedir a Justiça de deferir provas para a apuração de possíveis desvirtuamentos da finalidade do instituto” (REsp n. 10.970—RJ, DJU de 23/9/91).

“Alienação fiduciária. Prova da mora. Notificação. Contestação. Âmbito da defesa. Prova. (...)

“2. O réu da ação de depósito de bem alienado fiduciariamente pode alegar e requerer, na contestação, a prova dos fatos que descaracterizem, desconstituam ou invalidem parcialmente o título apresentado pelo autor. A regra do art. 3º, § 2º, do DL n. 911/69 tem por pressuposto título válido e legitimamente constituído.

“3. Recurso conhecido em parte e provido para permitir a produção da prova requerida” (REsp n. 167.356—SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 13/10/98).

“A limitação, prevista no art. 3º, § 2º do Decreto-Lei n. 911/69, da matéria da contestação em ação de busca e apreensão, só é cabível quando legítimas as exigências do credor (...)” (REsp n. 209.109—RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 13/12/99).

“Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Defesa. Nulidade de cláusula.

“Na ação de busca e apreensão, o limite à contestação previsto no art. 3º, § 2º, do DL n. 911/69, é para os casos em que o autor formula pedido nos termos do contrato e da lei, mas não impede ao réu alegar, em sua defesa, contrariedade à lei ou ao contrato.

“Recurso conhecido e provido” (REsp n. 244.813—DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21/3/2000).

“Recurso especial. Processual civil. Lei federal. Alegação de violação a dispositivo legal. Ofensa não confi-

gurada. Ação de busca e apreensão. Âmbito da defesa. Ilegalidades. Discussão. Precedentes. Capitalização dos juros. Proibição. TR pactuada. Possibilidade.

“Violação à lei federal não configurada.

“Na ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, a contestação não sofre a limitação prevista no art. 3º, § 2º, do DL n. 911/69 se ilegítimas as exigências do credor, como na espécie, sendo possível ao réu alegar, na defesa, contrariedade à lei ou ao contrato.

“Salvo expressa previsão em lei específica, é vedada às instituições financeiras a capitalização de juros.

“A Taxa Referencial pode ser usada para a correção monetária do débito, desde que pactuada em contrato posterior à edição da Lei n. 8.171/91, como no caso. Precedentes.

“Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido” (Recurso Especial n. 185.812/MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 6/4/2000).

Destarte, afigura-se perfeitamente admissível a extensão dos termos da contestação, nas ações de busca e apreensão de que se trata, para efeito de revisão das cláusulas contratuais celebradas em desconformidade com a legislação em vigor ou com a jurisprudência pacífica dos Tribunais pátrios, não havendo como se entrever, na dilatação dos temas de

defesa, qualquer ofensa ao vetusto Decreto-Lei n. 911.

Nada impede, e nisso reside o sentido da não limitação do âmbito da contestação determinado pelo insigne julgador singular, que facultado é à agravada argumentar, em sua defesa, a ilegalidade da proposição formulada pela parte autora, a existência de cláusula inválida a refletir no importe do débito dado como inadimplido ou o extravasamento, pela credora, do permitido contratualmente.

O Decreto-Lei n. 911, certo faz-se, apressa o procedimento para melhor e mais rápida satisfação do credor; mas esse apressamento não pode deixar o devedor desamparado de uma defesa ampla, em processo judicial do qual lhe pode resultar, além dos prejuízos de ordem patrimonial, a perda da liberdade por até um ano, segundo alguns julgadores.

III — Decisão

Nega-se, nestes termos, provimento ao recurso deduzido nos autos em foco.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Torres Marques.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente para o acórdão;
Trindade dos Santos,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.019114-1, DE BLUMENAU**Relator: Des. Silveira Lenzi**

Terreno de marinha. Alegada posse de particular. Esbulho do município. Desapropriação indireta. Exclusão da ação do pedido de indenização da parte referente ao terreno de marinha, por se tratar de bem público. Impossibilidade. Necessidade de instrução do feito para verificação da existência de direitos possessórios.

A posse tem valor econômico, sendo protegida pelo direito até mesmo contra o enfiteuta, titular do domínio útil de terras de marinha e possuidor de justo título, razão pela qual a ausência deste não pode constituir óbice à indenização dos direitos possessórios.

Na desapropriação, “para que haja justiça na indenização, é preciso que se recomponha o patrimônio do expropriado com quantia que corresponda, exatamente, ao desfalque por ele sofrido em decorrência da expropriação” (José Carlos de Moraes Salles).

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.019114-1, da comarca de Blumenau, em que é agravante Hilário Prada e agravado o município de Blumenau:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Hilário Prada em razão da decisão proferida nos autos da ação de indenização por desapropriação indireta, em que figura como réu o município de Blumenau, que excluiu da lide o pedido de indenização do terreno de marinha ocupado pelo agravante.

Sustenta o agravante ser tempestivo o recurso, em razão de ter sido intimado da interlocutória apenas na audiência realizada em 27/10/99.

Assevera que tem a posse mansa, pacífica e ininterrupta, há mais de quarenta anos, da totalidade do imóvel desapossado, com área de 5.558,45m², constituído de uma fração de 2.773,03m², em sua parte alodial, e outra de 2.785,42m², na parte chamada de marinha.

Aduz que a jurisprudência é pacífica no tocante à possibilidade de indenização, em caso de desapropriação de terreno de marinha, mesmo que o possuidor não tenha título.

Não houve pedido de efeito suspensivo.

Sobrevieram as informações.

Contra-arrazoando, o agravado alega a intempestividade do recurso.

No mérito, sustenta que o terreno de marinha só deve ser indenizado quando houver contrato de enfiteuse, o que não é o caso dos autos.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

Voto

A preliminar de intempestividade do recurso não merece acolhida.

O Magistrado proferiu interlocutória, na qual decidiu várias questões (fls. 267/271), designando, inclusive, audiência de instrução e julgamento, sendo determinada a intimação das partes.

No Diário da Justiça (fl. 64), foi publicado o resumo da decisão, sendo omitida, todavia, parte essencial, que excluiu da ação um dos pedidos do agravante. Logo, pode-se concluir que este só foi intimado do inteiro teor da interlocutória na audiência, sendo intempestivo o presente recurso.

No mérito, o recurso deve ser provido.

O agravante aforou ação de desapropriação indireta para ser indenizado do esbulho cometido pelo Município em terreno cuja parte é de propriedade da União Federal, e outra é alodial, alegando ter posse mansa e pacífica da totalidade do imóvel há mais de quarenta anos.

O Magistrado entendeu por bem excluir o pedido de indenização quanto à terra de marinha, "visto que não sendo possível usucapir bens dessa natureza (CF/88, art. 183, § 3º, c/c art. 20, inc. VII), não haveria como conferir ao demandante direito à indenização pela desapropriação" (fl. 53).

Todavia, a impossibilidade de usucapir terras públicas não tem qualquer relação com a indenização do domínio útil ou da posse das referidas terras.

Olvidou-se o Magistrado de que o aforamento dos terrenos da União, regido pelo Dec.-Lei n. 9.760/46, gera ao enfiteuta o direito ao domínio útil do imóvel, que é indenizável, como observa José Carlos de Moraes Salles:

"A jurisprudência tem considerado possível a desapropriação do domínio útil, nos aforamentos concedidos pela União" (pág. 661).

E após discorrer sobre o valor da indenização, conclui:

"Por isso, ocorrendo desapropriação do domínio útil, a indenização ao enfiteuta haverá de corresponder a 83% do valor atribuído ao aludido bem" (A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pág. 662).

No caso em apreço, a peculiaridade é que inexistente aforamento regularmente concedido pela União Federal.

Todavia, isso não autoriza o Município a esbulhar o referido imóvel, eximindo-se de indenizar o possuidor do terreno de marinha, pois a posse tem valor econômico, sendo protegida até mesmo contra enfiteuta regularmente inscrito no Serviço de Patrimônio da União, titular do domínio útil, conforme já decidiu este Tribunal:

"Agravado de instrumento. Possessória. Liminar deferida. Título de ocupação. Irrelevância. Inteligência

do art. 927 do CPC. Pressupostos presentes. (...)

“A posse é protegida por si mesma e não em função de justo título que o legitime. O que se apura nos interditos é o fato da posse e não o direito à posse” (AI n. 98.014310-1, da Capital, Des. Cesar Abreu, julgado em 25/3/99) (grifei).

Desse modo, não há como afastar o direito à indenização quando se tratar de possuidor que não tenha título de ocupação, principalmente considerando-se que, na desapropriação, a indenização deve abranger tudo o que foi retirado do particular.

Sobre os critérios para a indenização, doutrina José Carlos Moraes Salles:

“Destarte, para que haja justiça na indenização, é preciso que se recomponha o patrimônio do expropriado com quantia que corresponda, exatamente, ao desfalque por ele sofrido em decorrência da expropriação. Não se deverá atribuir ao desapropriado nem mais nem menos do que se lhe subtraiu, porque a expropriação não deve ser instrumento de enriquecimento nem de empobrecimento do expropriante ou do expropriado” (pág. 527) (grifei).

Se mantida a interlocutória, impossibilitando o agravante de produzir provas para demonstrar a posse ou qualquer benfeitoria porventura realizada no imóvel, haverá enriquecimento do Município — pois o terreno por ele esbulhado era pertencente à União — e empobrecimento do expropriado, o que fere a justa indenização resguardada pela Constituição Federal.

Doutrina Hely Lopes Meirelles acerca da desapropriação da posse:

“A desapropriação da propriedade é regra, mas a posse legítima ou de boa-fé também é expropriável, por ter valor econômico para o possuidor, principalmente quando se trata de imóvel cultivado pelo posseiro” (Direito Administrativo Brasileiro, 25ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, pág. 550).

Sobre a possibilidade de indenização do mero possuidor de terreno de marinha, destaca-se desta Corte de Justiça:

“Possessória. Terreno de marinha. Ocupação pelo município. Destinação para uso comum do povo. Desapropriação indireta caracterizada. Direitos possessórios. Indenização.

‘O interesse do particular de se ver reintegrado na posse da área de terreno de marinha transformada em bem público de uso comum do povo cede ante o interesse público.

“O particular, como mero ocupante do terreno, não detém o domínio útil, não é enfiteuta, não havendo, portanto, que se falar em necessidade de desapropriação, resolvido o desapossamento em perdas e danos (RT 628/144)”(Ap. Cív. n. 42.892, da Capital, Des. Newton Trisotto, julgada em 20/11/96).

A alegação do agravado de que só seria devida a indenização se o agravante estivesse pagando o foro ou canon é desarrazoada, por ser a posse protegida em si mesma, e porque tal alegação competiria à União Federal, para quem o foro seria devido. Se esta não teve interesse em intervir no feito, conforme ofício mencionado pelo Magistrado (fl. 52), não pode o Município reclamar direito que não lhe pertence para eximir-se de indenizar o possuidor do imóvel.

Decisão

Do exposto, dá-se provimento ao recurso, para que seja instruído o feito quanto à existência de posse do terreno de marinha.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sér-

gio Paladino. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Francisco Hoepers.

Florianópolis, 22 de agosto de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 1999.017184-1, DA CAPITAL

Relator: Des. Newton Trisotto

Ação civil pública — Área de preservação permanente — Demolição da edificação — Liminar inaudita altera pars — Princípio da proporcionalidade — Fundamento da decisão — Recurso provido.

1. Ressalvadas situações excepcionais, ao juiz só é lícito deferir medida cautelar, “sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz” (CPC, art. 804).

A regra aplica-se igualmente ao mandado de segurança (Lei n. 1.533/51, art. 7º, II), à antecipação da tutela (CPC, art. 273) e, por analogia, à ação civil pública. E, “para que não haja desvirtuamento da examinada medida, impõe-se que sua concessão seja sempre fundamentada, onde fique evidenciado o interesse premente a justificar sua concessão antes mesmo de instaurado o contraditório, com menção das eventuais ocorrências ou providências a serem tomadas, na conjuntura fática exposta e comprovada, pela parte oposta, em ordem a frustrar a finalidade da própria tutela cautelar” (Antônio Vital Ramos de Vasconcelos), sob pena de nulidade da decisão.

Também cumpre ao juiz perquirir sobre a proporcionalidade entre o prejuízo invocado pelo autor e o dano que poderá suportar o réu em decorrência do deferimento da liminar (AI n. 6.817). O princípio da proporcionalidade, que deve orientar as decisões deferitórias de medidas cautelares — assim consideradas as cautelares propriamente ditas e as que com elas guardam similitude, como v.g., liminar em mandado de segurança e em ação civil pública —, consiste na “avaliação não apenas a respeito da legitimidade dos meios e dos fins perseguidos, mas, também, da adequação desses meios à

consecução dos propósitos desejados, da necessidade de sua utilização e da razoabilidade, como justa medida do sacrifício de um direito em detrimento de outro” (Neyton Fantoni Júnior).

2. Só o fato de o prédio ter sido edificado em área de preservação permanente não autoriza a concessão, sem prévia audiência do réu, de medida que importa em demolição da construção.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 1999.017184-1, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 1º Cartório), em que é agravante Luís Guilherme do Amaral Borges e agravada Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis — Floram:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

A Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis ajuizou “ação civil pública” contra Luís Guilherme do Amaral Borges.

Na petição inicial, afirma a autora que no Parque da Lagoa do Peri, definida por lei como área de preservação permanente, o réu edificou uma residência de alvenaria, sem licença municipal.

Pelas razões que seguem, a liminar foi deferida:

“A argumentação aduzida pelo autor somada à elucidativa documentação (fls. 11/63) dão conta da irregularidade perpetrada pelo acionado. O princípio da ampla defesa foi respeita-

do e a obra não possui alvará de licença para construção, entre outros aspectos, tornando clara a presença do fumus boni iuris.

“Já o periculum in mora transparece em razão da ameaça ao meio ambiente, traduzindo-se na possibilidade de término da obra, eis que não respeitado o ordenamento municipal, além de caracterizar estímulo à prática de tais infrações ambientais.

“Soma-se a isso, ainda, as várias situações assemelhadas, em que a segunda instância vem confirmando os decisuns prolatados (vide Ap. Cív. n. 40.190, de Biguaçu, dentre inúmeras).

“Ante tais considerações, defiro a liminar nos moldes pleiteados à fl. 9 da exordial, determinando ao postulado a demolição da obra clandestina situada na Rodovia SC — 406, n. 4.355, Armação do Pântano do Sul, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de, não o executando, proceder o Município a tal desfazimento, às expensas do acionado”.

Inconformado, o réu interpôs agravo de instrumento, sustentando, em síntese, que: a) carece a autora de legitimidade ad causam; b) “não há ofensa ao meio ambiente porque as questões suscitadas na exordial pela agravada de irregularidade e agressão ecológica, consoante se depreende também dos autos de infração, in-

sertos nos autos daquela ação civil pública, referem-se à reforma da parte superior da edificação, ou seja, 2º piso. Não é questão de construção irregular, mas de reforma da edificação para evitar a deterioração dos materiais e conservação do bem”; c) não se encontram presentes os pressupostos autorizadores da liminar; d) “o ato judicial prolatado pelo ínclito Magistrado a quo defere extremada concessão liminar para, primeiramente, demolir a edificação, o que se entende ser toda a edificação e não parcial do 2º piso. Fato este que, se não sustado, gerará maior prejuízo material ao agravante, já ceceado do seu direito de ampla defesa e do limitado direito de uso de seu patrimônio”; e) no mesmo local e na mesma situação, há diversos outros que formam uma infra-estrutura urbana irreversível, fato que comprova o tratamento desigual que lhe é dispensado; f) na Câmara Municipal está sendo discutida a extensão da área do Parque da Lagoa do Peri.

Respondido o recurso (fls. 116/120) — ao qual não foi atribuído efeito suspensivo (fls. 106/108) —, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu desprovemento.

II — Voto

1. A legitimidade da auto-ara/agravada para propor ação civil pública em defesa do meio ambiente encontra-se no art. 5º da Lei n. 7.347, de 24/7/85. A via processual eleita presta-se para os fins colimados (art. 1º, I).

2. Nas demandas cautelares, o juiz somente poderá deferir a tutela cautelar inaudita altera pars quando presente o pressuposto do artigo 804

do Código de Processo Civil: “verificar que este (o réu), sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer” (os grifos não constam do original).

O requisito também é condicionante da concessão de liminar no mandado de segurança. Prescreve a Lei n. 1.533/51 que, ao despachar a petição inicial, o juiz ordenará “que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida” (art. 7º, II — os grifos não constam do original).

Por analogia, a regra aplica-se também à antecipação da tutela (CPC, arts. 273 e 461) e à liminar na ação civil pública (Lei n. 7.347/85, art. 12). Da doutrina, colaciono lições que tratam especificamente do tema:

“As liminares, como antecipação provisória da sentença cautelar, somente cabem na cautela jurisdicional, antecedente ou incidente. Decretam-se sem audiência do réu, antes da citação, quando o juiz, pela exposição dos fatos, documentos produzidos, justificação exigida, ou demais elementos de prova, chegar à convicção de que, com a citação, poderá o demandado tornar ineficaz a medida, pela alienação, subtração ou destruição do respectivo objeto, ou por qualquer outro meio de oposição direta ou indireta à providência, capaz de causar dano à outra parte” (Galeno Lacerda. Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1980, vol. VIII, tomo I, pág. 340).

“De sorte que a faculdade conferida ao juiz no art. 804 só deve ser exercitada quando a inegável urgência da medida e as circunstâncias de fato evidenciarem que a citação do réu poderá tornar ineficaz a providência preventiva. E, pelas mesmas razões, a decisão, ainda que sucinta, deve ser fundamentada” (Humberto Theodoro Jr., Curso de Direito Processual Civil, Forense, 1990, 6ª ed., vol. II, pág. 1.160).

“9.18 — Na oportunidade do exame da liminar, ainda que se atenuasse o teor da expressão contida no art. 804 do CPC no tocante à presumível conduta do réu (‘este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz’), mesmo assim é necessário transparecer um dano efetivo resultante da ausência da providência liminar pelo próprio transcurso do tempo até a realização do específico contraditório previsto no art. 802 do CPC.

“9.19 — Para que não haja o desvirtuamento da examinada medida liminar, impõe que sua concessão seja sempre fundamentada, onde fique evidenciado o interesse premente a justificar sua concessão antes mesmo de instaurado o contraditório, com menção das eventuais ocorrências ou providências a serem tomadas, na conjuntura fática exposta e comprovada, pela parte oposta, em ordem a frustrar a finalidade da própria tutela cautelar. Que tudo isso resume no quadro postulatório e de sua correspondente decisão, para legitimar a providência jurisdicional e excepcional, não só do risco de dano ou lesão irreparável ao direito (fatos a serem examinados na sentença cautelar), mas de possibilidade de perecimento do próprio direito a ser resguardado

para uma finalidade de possibilitar a existência, desenvolvimento ou resultado útil do processo principal.

“(…)”

“9.30 — Assim, é possível concluir que a função própria da medida liminar, no processo cautelar, é a de assegurar a utilidade ou a efetividade da sentença a ser proferida na ação principal conexa, a fim de que a decisão de direito material não caia num vazio. Nestes limites, impende concluir que, extravasando esse limite, a tutela *in initio litis*, tendo efeito satisfativo, presumivelmente irreversível em termos práticos, tornar-se-á provimento judicial afrontoso à sua própria natureza, subvertendo as finalidades dessa espécie de processo acessório, que não se compadece com resultados definitivos sem a observância do devido procedimento legal, onde se avulta o contraditório prévio e regular” (Antônio Vital Ramos de Vasconcelos. Perfil do Processo Cautelar, publicada na RJ n. 221, mar./96, pág. 5).

“A medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança, quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, II). Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito — *fumus boni iuris* e *periculum in mora*” (Hely Lopes Meirelles. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Ci-

vil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, RT, 13ª ed., pág. 51).

“A medida satisfativa pleiteada pode ser antecipada. Para tanto, basta que o autor a requeira, demonstrando a relevância dos fundamentos e justificando o receio de ineficácia da medida, se não concedida (art. 461, § 3º). Fundamentos relevantes são os que indicam não a existência antecipada do direito, mas a possibilidade de que venha a ser reconhecido. Ineficácia não se confunde com o possível desconforto que possa ocorrer com a demora, mas com a própria frustração do que vier a ser determinado. Se a indústria, que está reproduzindo poluição prejudicial ao vizinho, não for imediatamente sustada, causará, naturalmente, os danos reclamados” (Ernane Fidélis dos Santos. *Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro*, 1ª ed., págs. 27/8, 33 e 76).

“Trata o § 3º do art. 461 do CPC da concessão da tutela por liminar ou mediante justificação prévia, citado o réu. Para que tal ocorra, supõe a lei dois requisitos: (a) relevância dos fundamentos e (b) risco de ineficácia do provimento final. São eles previstos no art. 7º, II, da Lei n. 1.533, de 1951, que dão ensejo à concessão de medida liminar em mandado de segurança. E conforme se fará ver quando do exame da antecipação de tutela naquela ação, há ali, apesar da diferença terminológica, reprodução dos requisitos para antecipação de tutela na hipótese do inciso I do art. 273 do CPC. Com efeito, ‘fundamento relevante’ é enunciado de conteúdo equivalente a ‘verossimilhança da alegação’; e ‘justificado receio de ineficácia do provimento final’ é expressão que traduz fenômeno semelhante a ‘fun-

do receio de dano irreparável ou de difícil reparação’. Ademais, embora o § 3º, em exame, não faça referência à ‘prova inequívoca’, como ocorre no art. 273, é evidente que a qualidade da prova constitui elemento integrante e decisivo do juízo a respeito da ‘relevância dos fundamentos’.

“(…)

“Em sua parte final o § 3º do art. 461 estabelece que ‘a medida liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada’. Confirma-se, simplesmente, a precariedade dessa espécie de tutela jurisdicional, por natureza provisória, formada que é à base de cognição sumária. As causas determinantes da revogação ou da modificação e o procedimento a ser adotado são os mesmos aplicáveis à antecipação no procedimento comum, do art. 273” (Albino Teori Zavascki. *Antecipação da Tutela nas Obrigações de Fazer e de Não Fazer*, Gênesis — Revista de Direito Processual Civil, n. 4, 1997, págs. 119/21).

“Já a liminar prevista no art. 12, caput, da Lei n. 7.347/85 e no art. 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, apresenta cunho satisfativo, tanto que requerida no próprio bojo da ação civil pública, sem necessidade de ação cautelar antecedente ou incidente. Portanto, a liminar concedida de forma direta adianta provisoriamente os efeitos da tutela jurisdicional definitiva, havendo então uma coincidência entre o que é deferido com a medida provisória e o que se pretende obter ao final, sendo manifesta sua natureza antepatória-satisfativa.

“Malgrada a diversidade da natureza jurídica dos institutos — medi-

da cautelar (art. 4º da Lei n. 8.437/95) e liminar (art. 12 da Lei n. 8.437/85 e 84, § 3º, da Lei n. 8.078/90) — é certo que, no tocante aos pressupostos de concessão, ambos exigem a comprovação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Nesse sentido, é farta a jurisprudência.

“(…)

“A liminar na ação civil pública e no Código de Defesa do Consumidor pode ser concedida *inaudita altera pars*, sem audiência, para evitar a consumação do dano, ou após justificção prévia, se não houver risco de dano iminente” (Luiz Orione Neto. *Liminares no Processo Civil, 1999*, Lejus, págs. 493/4).

“Por todas as razões, a medida liminar se traduz em sinérgico provimento judicial de caráter emergencial, ou, em outras palavras solução acauteladora de um possível direito agravado no instante do ajuizamento da respectiva ação, ou ameaçado com esse agravo, o que, em ambos os casos, poderá impor prejuízo irrecuperável se não for assegurado de imediato, tornando inócua a concessão da segurança desejada, a efetiva repressão a danos ao meio ambiente, lesões ao patrimônio público ou a qualquer outro tipo de tutela vindicada, demonstrando-se, por efeito tardio qualquer provimento judicial meritório (e definitivo), tendente ao reconhecimento de direito já impossível de ser exercido, quer parcialmente, quer em sua plenitude.

“(…)

“Em princípio, além dos pressupostos tradicionais, pelo menos dois requisitos genéricos devem estar transparentes na peça inaugural das

respectivas ações prevêem expressamente a medida liminar na qualidade de revestimento instrumental da providência cautelar pretendida: ‘relevância dos motivos em que se assenta o pedido da inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável do direito do autor, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito’.

“São essas, em linhas gerais, as razões principais do deferimento da medida liminar. Os motivos do ajuizamento da ação de conhecimento não estão, ao contrário, vinculados aos do pedido de liminar. Ainda que haja — como em princípio é essencial — um nexo causal que se desprenda do mesmo direito que o autor quer ver reconhecido (*fumus boni iuris*), o objeto da medida liminar não é, em nenhuma hipótese (pelo menos em princípio), o mesmo da ação meritória originariamente ajuizada, em face de sua exclusiva referendabilidade processual (distante, pois, do direito material controvertido).

“O mandado de segurança, por exemplo, visa a impedir conseqüências danosas causadas por autoridade pública quando a mesma aja ilegalmente ou com abuso de poder. Esse é o objeto do mandado de segurança, ou seja, o ato coator ilegal ou abusivo, que constranja, lese ou ameace o direito do impetrante.

“A ação popular, por outro lado, objetiva obter a invalidação de atos ou contratos administrativos — ou a estes equiparados — ilegais e lesivos ao patrimônio público, em qualquer de suas respectivas esferas administrativas — federal, estadual ou municipal — ou, ainda, de suas relativas autarquias, entidades paraestatais e demais

pessoas jurídicas subvencionadas com recursos públicos.

“Já quanto à medida liminar, em qualquer hipótese — seja no mandado de segurança, na ação popular, na ação civil pública ou em qualquer outra ação que expressamente admita —, o objeto é outro. O que se pretende é assegurar que o eventual julgamento com eventual provimento de mérito favorável ao autor não perca o sentido, garantido, em última análise, a efetiva existência da matéria à sentença a ser editada, afastando, por completo o eventual risco de qualquer inviabilidade executiva da decisão terminativa de caráter meritório.

“É em razão dessa possível ‘frustração’ futura que se fez necessária a medida liminar. Uma medida de índole acautelatória que garanta, em última instância, que a solução final do pedido meritório trazido ao conhecimento do Poder Judiciário — qualquer que seja ele — produza realmente os efeitos devidos, e não se torne inane ante as conseqüências previsíveis, no momento da interposição da respectiva ação mandamental, popular, civil pública, entre outras, ou mesmo do ajuizamento da ação principal (no caso da medida liminar como simples antecipação in limine da medida cautelar vinculada)” (Reis Friede. Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares, Forense Universitária, 1996, 3ª ed., págs. 97/9).

Ao apreciar o pedido de liminar, “deve o juiz perquirir, também, sobre a proporcionalidade entre o dano invocado e o dano que poderá suportar o réu” (Al n. 6.817).

A decisão está de acordo com o princípio da proporcionalidade. Con-

forme Carreira Alvim, “no conflito entre dois bens jurídicos, deve-se outorgar a tutela para evitar que o bem maior seja sacrificado ao menor, segundo uma escala de valores pela qual se pauta o homo medius, na valoração dos bens da vida” (Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual, Del Rey, 1997, pág. 140).

Os autores a seguir transcritos respaldam o entendimento:

“Daí sempre ter sustentado que a liminar, na cautelar ou antecipação liminar da tutela em qualquer processo, não é direito das partes constitucionalmente assegurado. A única hipótese em que se me afigura não poder a lei evitar a proteção liminar é aquela em que a sua proibição ou não concessão significará, sem sombra de dúvida, tornar impossível a futura tutela definitiva. Aqui, dois valores constitucionais conflitam. O da efetividade da tutela e o do contraditório e ampla defesa. Caso a ampla defesa ou até mesmo a simples citação do réu importe certeza da ineficácia da futura tutela, sacrifica-se, provisoriamente, o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela, que, se não antecipada, se faria impossível no futuro. Cuida-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, que impõe o sacrifício de um bem jurídico, suscetível de tutela subsequente, em favor de outro bem jurídico que, se não tutelado de pronto, será definitivamente sacrificado” (J. J. Calmon Passos. Reforma do Código de Processo Civil, Saraiva, 1996, pág. 189 — promovi o destaque).

“Como o deferimento da tutela jurisdicional antecipada implicará o

desencadeamento dos seus efeitos fáticos, indispensável se atenha o juiz ao princípio constitucional da proporcionalidade, para fundamentar, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. Justifica-se a aplicação do princípio da proporcionalidade por importar a tomada de decisão, necessariamente, restrição de direitos ou interesses juridicamente relevantes, conduzindo à concreta avaliação não apenas a respeito da legitimidade dos meios e dos fins perseguidos, mas, também, da adequação desses meios à consecução dos propósitos desejados, da necessidade de sua utilização e da razoabilidade, como justa medida do sacrifício de um direito em detrimento de outro. Cuidará, portanto, o juiz de aferir, fundamentalmente, a compatibilidade entre os meios e fins, de molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais” (Neyton Fantoni Júnior. A tutela jurisdicional antecipada à luz da efetividade da constituição e do prestígio da função jurisdicional, RJ 215/31 — os destaques não constam do original).

“Em resumo, se não há outro modo para evitar um prejuízo irreparável a um direito que se apresenta como provável, deve-se admitir que o juiz possa provocar um prejuízo irreparável ao direito que lhe parece improvável. Nestes casos deve ocorrer a ponderação dos bens jurídicos em jogo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, pois quanto maior for o valor jurídico do bem a ser sacrificado, tanto maior deverá ser a probabilidade da existência do direito que justificará o seu sacrifício” (Miguel Kfoury Neto. RJ 210/49).

“Alguém poderia argumentar que não nos podemos valer do princípio da proporcionalidade porque ele não está previsto no sistema constitucional brasileiro. Acontece que, para poderem ser aplicados, os princípios não precisam estar previstos nos textos normativos. Como diz José Joaquim Gomes Canotilho, os princípios beneficiam-se de uma objetividade e presencialidade normativa que os dispensam estarem consagrados expressamente em qualquer preceito” (Guilherme Marinoni. A antecipação da tutela, Malheiros, 1998, 4ª ed., pág. 171).

Anoto que nos estudos relacionados com mais uma reforma do Código de Processo Civil, consubstanciados no Anteprojeto n. 13/99, o princípio da proporcionalidade está inserido no § 2º do art. 273, que teria a seguinte redação: “A antecipação será indeferida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório, exceto se da denegação puder resultar, manifestamente, maior e irreversível prejuízo ao autor do que benéfico ao réu” (Informativo Incijur 12/6).

Como se verá, essa introdução tem pertinência com a análise da questão.

2. No caso sub examen, conquanto haja fortes evidências de que o agravante edificou a residência sem licença do Município e em área de preservação ambiental, não poderia o ilustre Magistrado deferir liminar que importa na demolição do prédio, sem estabelecer previamente o contraditório.

As fotografias acostadas à petição recursal revelam que a obra reali-

zada pelo agravante não provoca maior dano ao meio ambiente do que aquele que podem causar todas as residências vizinhas. Com a drástica medida, por certo, busca a agravada coibir, pela exemplaridade, a proliferação de construções clandestinas. Essa louvável preocupação não pode justificar violação ao ordenamento jurídico e, principalmente, ao princípio da proporcionalidade, que deve orientar todas as decisões judiciais de natureza cautelar.

Por fim, impõe-se reafirmar a lição de Antônio Vital Ramos Vasconcelos: “Para que não haja o desvirtuamento da examinada medida liminar, impõe que sua concessão seja sempre fundamentada, onde fique evidenciado o interesse premente a justificar sua concessão antes mesmo de instaurado o contraditório, com menção das eventuais ocorrências ou providências a serem tomadas, na conjuntura fática exposta e comprovada, pela parte oposta, em ordem a frustrar a finalida-

de da própria tutela cautelar”. O decisor impugnado não indica as razões que autorizavam a concessão da liminar sem prévia audiência do réu.

3. Em face do exposto, dou provimento ao recurso para cassar a liminar.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, deram provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Des. Luiz César Medeiros. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Dr. Neori Rafael Krahl.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2001.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Newton Trisotto,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.009985-6, DE JOINVILLE

Relator: Des. Newton Trisotto

Inventário — Partilha — Divisibilidade dos bens — Comunhão — Recurso provido.

Se os diversos bens que compõem o patrimônio do espólio comportam cômoda divisão, quando da partilha deve ser evitado o estado de comunhão.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.009985-6, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é agravante Jaime

Geraldo Pereira, e agravados Dulcemar Pereira e Castro e Vera Lúcia Pereira:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Oscar Antonio Geraldo Pereira, Jaime Geraldo Pereira e Vera Lúcia Pereira requereram a abertura do processo de inventário dos bens deixados pelo falecimento de Ella Pereira.

O MM. Juiz de Direito determinou a remessa dos autos “ao Sr. Partidor Oficial desta Comarca”, assinando “o prazo de 30 (trinta) dias, para dar cumprimento aos arts. 1.023 e 1.025”.

Dessa decisão, o herdeiro Jaime G. Pereira interpôs agravo de instrumento. Insiste que os bens devem ser partilhados de forma a se evitar a comunhão.

Na resposta, os agravados pedem a confirmação do decisum.

II — Voto

1. Sobre a partilha, dispõe o Código de Processo Civil:

“Art. 1.022. Cumprido o disposto no artigo 1.017, § 3º, o juiz facultará às partes que, no prazo comum de 10 (dez) dias, formulem o pedido de quinhão; em seguida proferirá, no prazo de 10 (dez) dias, o despacho de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir quinhão de cada herdeiro e legatário.

“Art. 1.023. O partidor organizará o esboço da partilha de acordo com a decisão, observando nos pagamentos a seguinte ordem:

“I — dívidas atendidas;

“II — meação do cônjuge;

“III — meação disponível;

“IV — quinhão hereditário, a começar pelo co-herdeiro mais velho”.

O Código Civil estabelece que “no partilhar os bens, observar-se-á, quanto ao seu valor, natureza e qualidade, a maior igualdade possível” (art. 1.775). No art. 1.777, dispõe: “O imóvel que não couber no quinhão de um só herdeiro, ou não admitir divisão cômoda, será vendido em hasta pública, dividindo-se-lhe o preço, exceto se um ou mais herdeiros requererem que lhes seja adjudicado, repondo aos outros, em dinheiro, o que sobrar”.

Dos dispositivos legais citados extrai-se que, avaliados os bens, os herdeiros devem indicar aqueles que pretendem incorporar aos seus respectivos quinhões. Não havendo consenso, caberá ao juiz resolver “os pedidos das partes” e designar “os bens que devam constituir quinhão de cada herdeiro e legatário” (CPC, art. 1.022). Os critérios a ser observados são os ditados pela doutrina e pela jurisprudência — fontes mediatas de direito calcadas na lógica e no bom senso.

A respeito do tema, lecionam Washington de Barros Monteiro e Maria Helena Diniz:

“Segundo critério é o de que nas partilhas se deve evitar, tanto quanto possível, o estado de comunhão, que sempre se mostra sementeira de demandas, atritos e dissensões. Não se recomenda, portanto, partilha que se cinge a atribuir parte ideal nos imóveis a cada herdeiro, permanecendo todos pro indiviso. Partilha nessas condições se revela viciosa, porque,

mantendo desaconselhável comunal, encerra germe de futuras e inevitáveis discórdias.

“O mesmo acontece quando o herdeiro fica em condomínio com pessoas que lhe votam indisfarçada hostilidade; cumpre, antes de tudo, se evitem pleitos judiciais, decorrentes de eventual animosidade reinante entre os herdeiros. Por isso mesmo, dispunha o anterior Código de Processo Civil, no art. 505, II, preceito não repetido no atual, mas válido como regra de nortear a partilha, a prevenção de litígios futuros. Coibam-se as lutas, como aquela adivinhada por um pai, na trágica imprecisão dirigida aos filhos: ‘Que o ferro de meus bens faça a partilha’; ou por ele próprio estimulada, como sucedeu a Pirro, que, segundo relato de Plutarco, perguntado a qual dos descendentes deixava seu reino, redarguiu: ‘Aquele que tiver a espada mais comprida’.

“Há casos em que os herdeiros, por força da natureza dos bens, só podem ser aquinhoados em comum, mediante recebimento de partes ideais, sob pena de prejuízo.

“Terceira recomendação: cumpre atender-se, sempre que possível, à comodidade dos herdeiros contemplados. Se um deles, por exemplo, mora em prédio do espólio, deverá receber em pagamento esse mesmo imóvel; se possui terreno, atribuir-se-lhe-á o que fica adjacente; se condômino, receberá a área remanescente.

“Permite o Código Civil, outrossim, se recorra à sorte para resolver impasse surgido entre herdeiros. De feito, estabelece o art. 1.480 que ‘o sorteio, para dirimir questões, ou dividir coisas comuns, considerar-se-á

sistema de partilha, ou processo de transação, conforme o caso” (Monteiro, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, Saraiva, 1977, 13ª ed., vol. VI, págs. 295/296).

“Para a validade da partilha deverão-se-ão cumprir as seguintes regras:

“1ª) Observar a maior igualdade possível quanto ao valor, natureza e qualidade dos bens, ao proceder a partilha (CC, art. 1.775; STF, Súmula 152). Como dissemos alhures, na sucessão legítima exige-se a máxima igualdade entre os herdeiros, e na sucessão testamentária prevalece a vontade do disponente, respeitado o direito dos herdeiros necessários.

“2ª) Evitar litígios futuros, isto é, dever-se-á conseguir, tanto quanto possível a igualdade da partilha, evitar divisão de prédios, declarar com exatidão as confrontações dos imóveis e, quando estes se dividirem entre dois ou mais co-herdeiros, é preciso esclarecer a respeito de servidões ou qualquer outro ônus real que gravarem. Não se recomenda, ainda, o estado de comunhão, isto é, a partilha que atribua, a cada herdeiro, parte ideal nos imóveis, ou que institua condomínio entre pessoas hostis. Todavia, há casos em que os herdeiros, ante a natureza dos bens, só poderão receber parte ideal deles, mas a esse respeito o Código, art. 1.777, prescreve que, ante a impossibilidade de se repartir o bem, quando o imóvel não couber no quinhão de um só herdeiro ou não admitir cômoda divisão, poderá ser vendido em hasta pública, dividindo-se o preço, exceto se um ou mais herdeiros requererem lhes seja adjudicado, respondendo aos outros, em dinheiro, o que sobrar (...).

“3ª) Consultar a comodidade dos herdeiros, adjudicando-lhes as coisas no monte partível que lhes forem mais proveitosas relativamente a outros bens que já têm, a idade ou à profissão. Além do mais, pode ocorrer que certos bens, de determinado valor objetivo, valham subjetivamente mais para uns do que para outros. P. ex.: se um dos sucessores residir em imóvel da herança, deverá recebê-lo; se tiver prédio vizinho ao do espólio ou se for condômino do bem pertencente ao acervo hereditário, recebê-lo-á; se for acionista de uma sociedade comercial de o de cujus era sócio, atribuir-se-ão as quotas do falecido a este herdeiro. Carlos Maximiliano, com acerto, escreve: ‘Boa é a partilha quando os quinhões do herdeiro do mesmo grau mais ou menos se equiparam, não apenas quanto ao valor, mas também relativamente ao gênero, espécie e qualidade dos bens, recebendo cada um parte em móveis, imóveis e semoventes, coisas certas e duvidosas ou litigiosas, direitos e créditos, repartidos o bom e o ruim, conciliando-se interesses, compensando-se as diferenças irremovíveis, atendendo-se à comodidade das partes e curando-se de não deixar somente ou causas de desavença a questões futuras’” (Diniz, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Saraiva, 1996, 10ª ed., vol. VI, págs. 317/8).

“O critério que preside a boa partilha inspira-se em três regras tradicionais a da igualdade, a da comodidade e a da prevenção de litígios.

“(…)

“Numa combinação do princípio da igualdade com o da comodida-

de, está assente na jurisprudência que ‘na partilha não se deve apenas observar a igualdade aritmética dos quinhões, pela igual participação de todos os herdeiros em todos os bens da herança, mas também atentar para a prevenção de litígios futuros e a maior comodidade dos co-herdeiros’. Nessa ordem de idéias, já se julgou, corretamente que, para as determinações do Código Civil, e do Código de Processo Civil, nem sequer se pode considerar partilha aquela em que esse limita a atribuir uma parte ideal à viúva e a cada um dos herdeiros em todos os imóveis inventariados” (Theodoro Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Forense, 1990, 4ª ed., vol. III, págs. 1.767/8).

Da jurisprudência colaciono julgados que acolhem as lições acima reproduzidas:

“Comportando divisão cômoda os bens que constituem o monte, e não sendo possível a partilha amigável, impõe-se que sobre esta decida o juiz — evitando a permanência de bem em condomínio — estabelecendo a divisão na proporção dos quinhões e determinando as necessárias reposições” (TJRJ, Des. Wellington Moreira Pimentel, apud Paula, Alexandre. CPC Anotado, RT, 1992, 5ª ed., vol. IV, pág. 3.758).

“Igualdade na partilha não quer dizer que cada herdeiro deve ficar com uma cota em cada um dos bens; igualdade significa distribuir os bens de tal forma que um não fique com mais nem menos do que o outro, donde a necessidade do instituto da reposição, para que não se caia no inconveniente do condomínio” (RT 381/160).

“Igualdade e a comodidade na partilha em inventário são aferidas entre co-herdeiros apenas e não entre estes e o meeiro.

“A comunhão de bens é desaconselhada quando há ressentimento entre os herdeiros e o meeiro” (RT 310/202).

“A igualdade, recomendada na partilha, não consiste em lançar a cada herdeiro uma quota-parte em cada um dos bens da herança; tanto quanto possível, deve ser evitada a comunhão, fonte de discórdia e conflitos. Além disso, deve ser atendida a maior comodidade dos herdeiros. É o que se depreende do art. 1.775 do CC, reproduzindo, *ipsis litteris*, no art. 505 do CPC.

“Por certo que a igualdade no valor não pode sofrer qualquer restrição, mas a igualdade na qualidade e na quantidade deve ser guardada nos limites do possível. Assim o proclamou o Ministro Orosimbo Nonato em diversos julgados do Excelso Pretório, acompanhado por seus pares” (RF 99/399, 125/222, 119/94, 124/502 e 138/495; RT 195/155 e 168/702; TJSP, Ap. Cív. n. 71.268, RT 251/162).

2. No caso sub judice, o viúvo-meeiro e os filhos da autora da herança divergem quanto à divisão dos

diversos bens que compõem o patrimônio a ser partilhado. Determinou o MM. Juiz que permanecessem indivisos, ou seja, em condomínio, com o que não concordou o agravante. Penso que lhe assiste razão. A existência de diversos (mais de vinte e um) bens imóveis permite que sejam eles partilhados, evitando-se a comunhão. Se necessário, alguns poderão ser alienados judicialmente para que haja reposição de valores.

3. Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso, devendo o MM. Juiz de Direito determinar a partilha de acordo com os critérios delineados pela doutrina e pela jurisprudência.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, deram provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 12 de setembro de 2000.

Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Newton Trisotto,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.013321-3, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Execução. Exceção de pré-executividade. Oposição que não conduz à suspensão do processo. Recurso provido.

A oposição de exceção de pré-executividade não suspende o andamento da execução.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.013321-3, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), em que é agravante Adelino Campignotto e agravada Zain Engenharia Planejamento Construções Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas ex lege.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Adelino Campignotto contra decisão que, nos autos da execução que move contra Zain Engenharia Planejamento Construções Ltda., suspendeu o andamento do feito em virtude da oposição de exceção de pré-executividade.

Sustenta que o acolhimento das alegações apresentadas pela agravada, limitadas à legitimidade do pacto, dependem da produção de provas e do contraditório, aduzindo que a exceção de pré-executividade deve basear-se em questão que comportaria conhecimento de ofício, e que a decisão guerreada padece do vício da nulidade, à míngua de fundamentação. Concluiu postulando a sua reforma.

Atribuído efeito suspensivo ao recurso, a agravada deixou transcorrer in albis o prazo para contraminutar.

É o relatório.

A hodierna doutrina brasileira tem admitido a arguição da denominação "exceção de pré-executividade", com vistas à declaração de nulidade da execução, quando contenha eiva

que se revele flagrante e irrefragável, ou não estiver presente qualquer dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo de execução.

O incidente, contudo, não tem o condão de suspender o andamento do feito, eis que não exige forma nem figura de juízo, não se confundindo com os embargos, cujo recebimento conduz, automaticamente, ao sobrestamento da execução até o desfecho daqueles, a teor do disposto no art. 739, §1º, do Código de Processo Civil, impendendo destacar, no rumo do escólio de Araken de Assis, que o meio processual aqui enfocado afina-se "com a sistematização dos pressupostos processuais" (Manual do Processo de Execução, Letras Jurídicas, Porto Alegre, 1987, vol. I, pág. 347).

A propósito, veja-se o escólio do eminente Desembargador Araken de Assis:

"O oferecimento da exceção não trava a marcha do processo executivo. E isso porque os casos de suspensão do processo encontram-se legalmente previstos, não se confundindo com a simples paralisação de fato, gerada pela sobrecarga ou pelo mau funcionamento da burocracia judiciária, e requerimento das partes. Por conseguinte, em homenagem ao princípio da eventualidade, o executado deverá nomear bens, no prazo legal, sob pena de preclusão dessa conveniente faculdade (infra, 172.1)" (Manual do Processo de Execução, 6ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, pág. 505).

Nesse rumo, considerando-se a natureza processual da exceção de pré-executividade, impõe-se a reforma da decisão atacada para determinar-se o prosseguimento da execução.

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 3 de outubro de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.016674-0, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Volnei Carlin

Agravo de instrumento — Indenização por desapropriação indireta — Fixação por sentença — Trânsito em julgado — Pretensão de recálculo da verba por parte do expropriante após a expedição do precatório — Impossibilidade — Coisa julgada material — Litigância de má-fé.

Uma vez transitada em julgado a sentença que fixou o valor da indenização e os seus reflexos, é incabível o recálculo da aludida verba por incidente interposto após a expedição do precatório, sob pena de afronta ao princípio da coisa julgada.

Estando evidenciado o caráter protelatório do recurso, com vistas a postergar o pagamento da indenização por meio de pedido totalmente insubsistente, a condenação do agravante ao pagamento de multa por litigância de má-fé é medida que se impõe.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.016674-0, da comarca de São José, em que é agravante o município de São José, e agravados Aulo Sanford de Vasconcellos e Ana Cecília Ferraro de Vasconcellos:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por maioria de votos, afastar a preliminar e, no mérito, por votação unânime, negar provimento ao recurso,

condenado-se o agravante ao pagamento de multa por litigância de má-fé, fixada em 1% sobre o valor da causa. Vencido na preliminar o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik, que não conhece do recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O município de São José, inconformado com a decisão proferida

pelo MM. Juiz de Direito daquela Comarca, nos autos da ação de indenização por desapropriação indireta, aforada por Aulo Sanford de Vasconcellos e sua esposa, que indeferiu o pedido de recálculo dos fatores reflexos da indenização, a fim de assegurar a fluência dos juros compensatórios a partir da data de sua imissão na posse do imóvel desapropriado, agravou de instrumento, visando à reforma do decisum.

Informa que foi condenado ao pagamento de indenização aos agravados, no valor de R\$ 318.540,00 (trezentos e dezoito mil, quinhentos e quarenta reais), corrigido monetariamente a partir da data do laudo pericial, acrescido de juros moratórios de 6% ao ano, a partir do trânsito em julgado da decisão e juros compensatórios de 12% ao ano, a contar da citação.

Sustenta a ilegalidade da condenação ao pagamento dos juros compensatórios a partir da citação, pois o correto seria que fossem devidos a contar da data em que o agravante tomou posse do bem.

Refuta a alegação de coisa julgada, asseverando que deve este princípio se harmonizar com aquele que prevê a justa indenização nas desapropriações. Requer a reforma da decisão, nos termos acima referidos, e a expedição de novo precatório com base nos valores que entende ser devidos.

Não houve pedido de efeito suspensivo ao recurso.

Contra-razões às fls. 31/35, pugnando, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, pela manutenção do decisum vergas-

tado, requerendo a condenação do agravante nas penas de litigância de má-fé.

O representante do Ministério Público opinou pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.

II — Voto

Inicialmente, em respeito à ordem processual posta, deve ser analisada a preliminar de não conhecimento do recurso, formulada pelos agravados e referendada pelo Dr. Procurador de Justiça, sob o argumento de que a decisão recorrida não é interlocutória, por ter sido proferida após o trânsito em julgado da sentença, não sendo, portanto, agravável.

De fato, colhe-se dos autos que a decisão contra a qual se insurge o agravante (fls. 17/20) foi prolatada nos autos da execução da sentença proferida na ação de indenização por desapropriação indireta, cujo precatório tramitava regularmente neste egrégio Tribunal.

Dessa forma, com razão os agravantes quando aduzem que a lide já estava sob o manto da coisa julgada, de modo que o incidente provocado pelo município de São José, pretendendo rediscutir matéria impassível de modificação, poderia, por esta razão, não ser conhecido pelo Magistrado a quo.

Entretanto, o Togado Monocrático recebeu o incidente e proferiu despacho refutando a pretensão em seu mérito, de modo que, embora tenha sido proferido nos autos de execução, desafia, indubitavelmente, o recurso de agravo de instrumento.

Acerca da matéria, colhe-se:

“Com relação aos incidentes que surjam na execução, e que são muitos (v. art. 522, nota 2) nada impede que o interessado agrave de instrumento contra as decisões que os julgarem. Mesmo porque, como ficou observado no art. 522, nota 4, in fine, nem sempre na execução se interpõe apelação, e sem ela não será possível a apreciação do agravo retido” (Negrão, Theotonio, in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 29ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 431, art. 523, nota 29).

O recurso de agravo de instrumento tem sido igualmente admitido, por esta egrégia Corte, contra as decisões proferidas em processo de execução, podendo-se citar:

“Agravo de instrumento — Sentença transitada em julgado — Conteúdo mandamental — Decisão posterior reiterando o cumprimento do decisum — Abusividade ou ilegalidade incoerentes” (Al n. 00.000154-6, de São José do Cedro, rel. Des. Eder Graf, j. 25/4/2000).

Isso posto e considerando-se que a inicial foi instruída com as peças obrigatórias (fls. 13/23), sendo tempestiva a sua interposição, o conhecimento do presente recurso é medida que se impõe.

Afasta-se, portanto, a preliminar argüida.

No mérito, requer o agravante a reforma da decisão de primeiro grau, para que se proceda ao recálculo dos fatores reflexos (atualização monetária e juros moratórios), bem como para que sejam fixados os juros compensatórios a partir da data da imissão do

Município na posse do imóvel expropriado, expedindo-se, então, novo precatório.

Colhe-se dos autos que a sentença que deu origem à presente execução condenou o agravante ao pagamento de indenização aos agravados, por desapropriação indireta, no valor de R\$ 373.590,30 (trezentos e setenta e três mil, quinhentos e noventa reais e trinta centavos), corrigido monetariamente, a partir da data do laudo pericial, acrescido de juros moratórios de 6% ao ano, a contar do trânsito em julgado da decisão e de juros compensatórios de 12% ao ano, a partir da citação (fl. 354).

Contra a referida sentença, o município de São José interpôs recurso de apelação, distribuído sob o n. 50.917, cujo acórdão, juntado às fls. 355/361, reduziu o valor da indenização para R\$ 318.540,00 (trezentos e dezoito mil, quinhentos e quarenta reais).

O processo de conhecimento transitou em julgado para as partes em 20/6/96 e para o Ministério Público em 29/5/96, segundo certidão de fl. 294.

Os expropriados iniciaram a execução do decisum, a qual foi embargada pelo Município, sobrevivendo sentença, que foi submetida a reexame necessário nesta Corte, resultando no acórdão de fls. 379/381, o qual negou provimento à remessa.

Esta última decisão colegiada transitou em julgado em 8/8/97 para as partes e em 21/8/97 para o Ministério Público (fl. 382).

Ato contínuo, foi expedida a requisição de pagamento de precatório pelo Juízo de origem (fl. 386).

A decisão agravada, portanto, indeferiu pedido de recálculo da indenização formulado pelo município de São José após a matéria haver transitado em julgado, tanto na fase de conhecimento, quanto na fase de execução. Em outras palavras, o que pretende o agravante é justamente re-discutir a matéria abrigada sob o manto da coisa julgada, ao argumento de que deverá prevalecer, no caso, o princípio da indenização justa, em detrimento à garantia constitucional da res judicata, prevista no art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Política.

Afirma o agravante, expressamente, que: “mantendo-se a situação atual, teremos, no máximo, uma indenização legal, advinda da consolidação da coisa julgada, mas nunca uma indenização justa” (fl. 10).

Ora, é indubitável que semelhante argumentação é totalmente descabida, diante da legislação processual civil em vigor, cujas normas referentes à coisa julgada são resultantes da teoria de Liebman, que afirma pertencer a res judicata ao quadro dos institutos fundamentais do processo (in *Eficácia e Autoridade da Sentença*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, pág. 2). Diz o processualista italiano que, principalmente após a teoria de Chiovenda, a autoridade da coisa julgada é compreendida como uma qualidade da sentença, hoje reconhecida como fundamental ao processo (obra citada, pág. 6).

“Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do ‘comando’ emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a ‘definitividade’ e

‘intangibilidade’ do ato que pronuncia o ‘comando’; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim ‘imutáveis’, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato” (Liebman, obra citada, pág. 54).

Logo, o argumento do agravante acerca da injustiça da indenização fixada não pode servir para que se modifique decisão de mérito transitada em julgado, pois a sua incontestável e definitiva eficácia supera de todo qualquer indagação sobre eventual injustiça ocorrida na prestação jurisdicional.

Segundo ensina Humberto Theodoro Júnior:

“Pouco importa que o juiz, em novo processo, se convença da sentença trântita em julgado. Ela continuará sendo ‘indiscutível’ e ‘imutável’” (in *Sentença: Direito Processual Civil ao Vivo*, 2ª ed. atual., Rio de Janeiro, Aide, 1997, pág. 94).

É bom que se diga que não se trata, aqui, de discussão sobre eventual erro de cálculo, o qual, como é cediço, não sofre os efeitos da coisa julgada. Porém, “o erro de cálculo que nunca transita em julgado, é o erro aritmético ou, como se admite, a inclusão de parcelas indevidas ou a exclusão das devidas, por omissão ou equívoco” (STF, Tribunal Pleno, RE n. 79.400 GB, in RTJ vol. 74, pág. 510). Obviamente, não é o caso dos autos, pois o que o agravante pretende é alterar a forma de atualização monetária e de incidência dos juros, pretendendo a sua fixação em maneira diversa daquela efetuada na sentença, a qual

já foi objeto de apelo e cuja execução foi, ainda, embargada pelo Município.

Ressalte-se que, em lugar de atravessar semelhante pedido na fase do precatório, poderia o agravante ter ingressado, no prazo legal, com ação rescisória, prevista como o único remédio processual capaz de modificar a sentença de mérito transitada em julgado, nos casos enumerados no art. 485 do CPC.

Os agravados pleiteiam (fl. 35) a condenação do recorrente nas penas do art. 18, § 2º, do CPC, por litigância de má-fé.

Com efeito, o que se pode concluir do incidente provocado pelo Município, que acabou por tumultuar o processo de execução, postergando ainda mais o pagamento da indenização devida aos agravados, em processo que vem se arrastando desde agosto de 1992, é o flagrante intuito protelatório com que agiu a Municipalidade, visando a adiar ainda mais a obrigação a que foi condenada a honrar judicialmente.

Considerando-se, ainda, a total insubsistência do reclamo, ajuizado em prejuízo para os agravados, seguido de interposição de recurso meramente procrastinatório, a conduta do agravante enquadra-se no art. 17, incisos VI e VII, do Codex Instrumentalis, verbis:

“Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

“(…)

“VI — Provocar incidentes manifestamente infundados;

“VII — Interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

Em nota de n. 28 ao artigo citado, Theotônio Negrão aponta como exemplo de litigância de má-fé “suscitar matéria transitada em julgado (JT 174/204)” (in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 31ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 118).

É perfeitamente cabível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de multa por litigância de má-fé (RJTJESP 42/142), inclusive no processo de execução (TFR, 4ª Turma, AC n. 91.543/RJ, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, in DJU 28/3/85).

Vale citar, ainda, *mutatis mutandis*:

“A parte que usa de interpretação sofisticada do processo, com o objetivo de procrastinar o pagamento de seu débito, impedindo a conversão do depósito em renda da credora, deve ser condenada por litigância de má-fé” (RSTJ 110/136).

Diante de todo o exposto, afasta-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso, condenando-se o agravante ao pagamento de multa por litigância de má-fé, fixada em 1% sobre o valor da causa, de acordo com o art. 18, caput, do Código de Processo Civil.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, decide a Câmara, por maioria de votos, afastar a preliminar, ficando vencido o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik e, no mérito, por votação unânime, negar provimento ao recurso, condenando-se o agravante ao pagamento de multa por litigância de má-fé, fixada em 1% sobre o valor da causa.

Participou do julgamento, com voto vencido quanto à preliminar, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik, que não conheceu do recurso. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 30 de novembro de 2000.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.017640-0, DE TANGARÁ

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Recurso cível — Agravo de instrumento — Prazo que corre no Tribunal — Não incidência do interregno de 3 (três) dias úteis a que se refere o Provimento n. 03/92 — Exceção local que deve ser interpretada restritivamente.

Os prazos recursais que correm no Tribunal de Justiça contam-se desde logo, a partir do primeiro dia útil seguinte ao da publicação da decisão recorrível, não se lhes adicionando os 3 (três) dias úteis previstos no Provimento n. 03/92, somente aplicável aos prazos para recursos a serem interpostos nas comarcas do interior, porquanto estes, como exceção local à regra geral, devem ser interpretados restritivamente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.017640-0, da comarca de Tangará, em que são agravantes Arlindo Beal e outro, sendo agravado BRDE — Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul:

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

Custas na forma da lei.

Trata-se de agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, interposto por Arlindo Beal e outro contra a decisão do relator que, reconhecendo a intem-

pestividade, negou seguimento a recurso de agravo de instrumento.

Sustentou a tempestividade do recurso, porquanto certificado pelo próprio escrivão da Comarca que o prazo para sua interposição expirava apenas em 1º/9/00. Disse que concorda com o posicionamento adotado por este relator, mas que, considerando a fé pública de que goza o serventário da Justiça, entendeu por protocolar seu recurso no último dia certificado, confiando naquela certidão.

É o relatório.

1. Conhece-se do recurso.

2. Pelo que dispõe o art. 506 do CPC, sabe-se que o prazo para interposição de recurso cível conta-se da data: (I) da leitura da sentença em audiência; (II) da intimação às partes, quando a sentença não for proferida em audiência; (III) da publicação da súmula do acórdão no órgão oficial.

No entanto, conforme decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, “normas locais de organização judiciária podem determinar a data a partir da qual, nas comarcas do interior, se deve considerar efetivada a intimação feita através de expediente em jornal editado na Capital do Estado. Tal entendimento ajusta-se à norma introduzida pela ‘Reforma’ no parágrafo único do art. 506 do CPC que tem por escopo flexibilizar o sistema de admissibilidade dos recursos, em atenção, sobretudo, às peculiaridades regionais do nosso País, de dimensões continentais” (REsp n. 172.646/SP, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 18/8/98).

Vê-se que não se trata de modificar o prazo recursal, rigidamente fixado pelo Código de Processo Civil, mas apenas de conferir às leis de organização judiciária a possibilidade de, ante as peculiaridades de cada local, estabelecer a data em que se considera efetivada a intimação (exceção local à regra nacional).

Pois bem. Aqui em Santa Catarina, pelo Provimento n. 03/92 da Corregedoria-Geral da Justiça, item 10.2, estabeleceu-se que “nas comarcas do interior é fixado o interregno de 3 (três) dias úteis entre a data da publicação do edital e o início da contagem dos prazos decorrentes da intimação, tendo em vista que a circulação do

Diário da Justiça não se dá no mesmo dia de sua edição”, não havendo qualquer disposição à contagem dos prazos que correm no Tribunal de Justiça.

Ora, tratando-se de exceção à regra geral estabelecida pelo Código de Processo Civil, tal exceção deve ser interpretada restritivamente, aplicando-se-a somente aos prazos que correm nas comarcas do interior, entendendo-se-os como aqueles referentes a recursos lá interpostos e processados. Ao agravo de instrumento, que é recurso interposto e processado no Tribunal de Justiça, porque nada previsto no Provimento, não se aplica tal exceção à regra dos prazos processuais.

Aliás, o princípio de que as exceções devem ser interpretadas de forma restritiva já vinha consagrado na Lei de Introdução ao Código Civil ao dispor que “a lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica” (art. 6º).

Na verdade, tal princípio, legado do direito romano, poder-se-ia reconhecer nos trechos do Digesto: “o que, em verdade, é admitido contra as regras gerais de Direito, não se estende a espécies congêneres” (liv. 1º, tit. 3º, frag. 14); “no tocante ao que é estabelecido contra as normas comuns de Direito, aplicar não podemos à regra geral” (liv. 1º, tit. 3º, frag. 15); e, “o que é admitido sob o império da necessidade, não deve estender-se aos casos semelhantes” (liv. 50, tit. 17, frag. 162).

Carlos Maximiliano ensinou que tais “apótemas faziam saber que as regras adotadas contra a razão de Direito, sob o império de necessidade

inelutável, não se deviam generalizar: não firmavam precedente, não se aplicavam a hipóteses análogas, não se estendiam além dos casos expressos, não se dilatavam de modo que abrangessem as conseqüências lógicas dos mesmos”, presumindo-se permitido tudo aquilo que a lei não proíbe, especialmente daquelas que impõem limitações à liberdade, ao exercício sobre a propriedade ou que asseguram privilégios (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 10^a ed., Rio, Forense, 1988, pág. 226).

Adiante, continua o doutrinador:

“As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum: por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente...”

“O art. 6º da antiga Lei de Introdução abrange, em seu conjunto, as disposições derogatórias do Direito comum; as que confinam a sua operação à determinada pessoa, ou a um grupo de homens à parte; atuam excepcionalmente em proveito ou prejuízo do menor número. Não se confunda com as de alcance geral, aplicáveis a todos, porém suscetíveis de afetar duramente alguns indivíduos por causa da sua condição particular. Refere-se o preceito àquelas que, executadas na íntegra só atingem a poucos, ao passo que o resto da comunidade fica isenta” (ob. cit., pág. 230).

Daí a interpretação restrita da norma excepcional, reduzida à hipótese expressa.

Reitere-se: conforme já se ressaltou, tratando-se de prazos recursais que correm no Tribunal de Justiça, o

cômputo inicia-se desde logo, a partir do primeiro dia útil após a publicação no Diário de Justiça, não se lhe aplicando o intervalo dos três dias úteis que somente incide aos prazos para recursos nas comarcas do interior.

Nesse sentido:

“Os prazos recursais que correm no Tribunal de Justiça contam-se desde logo a partir do primeiro dia útil seguinte ao da publicação da decisão recorrível, não lhes adicionando os 3 (três) dias úteis previstos no Provimento n. 03/92, somente aplicável aos prazos para recursos nas comarcas do interior” (EDclAI n. 97.003079-7, de Joinville, deste Relator).

3. Segundo se infere da certidão oposta à fl. 26 destes autos, os requerentes, por seu procurador constituído, foram intimados da decisão, pelo Diário da Justiça n. 10.523, em data de 17/8/00 (quinta-feira), tendo início a contagem do prazo recursal no dia 18/8/00, expirando-se em 27/8/00 (domingo), pelo que se estendeu até 28/8/00 (segunda-feira), quando, então, completou-se o decêndio legal (art. 522 do CPC) para interpô-lo no Tribunal de Justiça; se a hipótese cuidasse de agravo retido, apresentado na comarca de origem, aí sim haveria o acréscimo diante da regra explícita do Provimento.

Ora, uma vez registrado que a peça irresignatória somente deu entrada no protocolo unificado da comarca de Tangará em 1º/9/00 (sexta-feira), exsurge fora de qualquer dúvida a extemporaneidade do recurso, o que autoriza seja obstado seu seguimento, porquanto desfalcado de um dos pressupostos de admissibilidade.

Registre-se, por fim, que se o agravante, por seu ilustre Procurador, realmente concorda com o posicionamento deste Relator, que entende que não se computa o interregno de três dias úteis para a interposição do agravo, resulta claro ter desconsiderado a certidão do Sr. Escrivão, pois o servidor de primeiro grau não tem competência para certificar prazo que corre em segundo grau, além de sua certidão não corresponder ao que se vem decidindo a respeito.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 31 de outubro de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.007265-6, DE PALHOÇA

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Agravo de instrumento — Dupla intimação do procurador do agravante — Intempestividade — Não conhecimento.

O prazo recursal, na hipótese de dupla intimação, conta-se da primeira intimação válida. O recurso interposto com base no prazo da segunda intimação é intempestivo e não deve ser conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.007265-6, da comarca de Palhoça (1ª Vara), em que é agravante José da Conceição, sendo agravado Marcos Roberto Figueiró:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso, por ser intempestivo.

Custas na forma da lei.

José da Conceição interpôs agravo de instrumento, objetivando a reforma da decisão proferida à fl. 30 dos autos da Ação de Despejo n. 045.99.001861-4 pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de

Palhoça, que indeferiu o pedido de antecipação de tutela de fl. 29.

Requeru a reforma da decisão mencionada, para que se determine a antecipação da tutela e a decretação do despejo do agravado, por entender estarem presentes os requisitos legais.

Em cumprimento ao disposto no art. 527, inciso III, do CPC, o agravado apresentou resposta no prazo legal, aduzindo ser o recurso intempestivo, acostando fotocópia do Diário da Justiça de 22/3/2000, pág. 88, com a intimação da decisão agravada.

As informações foram prestadas, constando que o agravante foi cientificado da decisão em 13/4/2000.

É o relatório.

O recurso interposto não merece ser conhecido, pois protocolado fora do prazo de 10 (dez) dias previsto no art. 522 do Codex Instrumental.

A tempestividade é um dos pressupostos de admissibilidade do recurso, sendo matéria de ordem pública.

Assim, assinala o mestre Nelson Nery Júnior (Princípios Fundamentais — Teoria Geral dos Recursos, págs. 52/53, 1990, RT), verbis: “O Tribunal pode agir assim, porque os requisitos de admissibilidade constituem matéria de ordem pública, devendo ser examinados ex officio pelo juiz originário, provisoriamente, e pelo tribunal destinatário de modo definitivo de pedido do recorrido”.

No Supremo Tribunal Federal já se fixou, *mutatis mutandis*:

“Agravamento regimental — Decisão que nega seguimento a agravo de instrumento — Verificação dos pressupostos recursais pelo juízo ad quem — Intempestividade do agravo de instrumento — Controle insuscetível de preclusão — Matéria de ordem pública — Recurso improvido.

“(…)”

“A tempestividade dos recursos constitui um de seus pressupostos genéricos de ordem objetiva e impõe ao Órgão Judiciário ad quem o exercício, em caráter inderrogável, do poder de controle sobre a sua admissibilidade.

“O desatendimento a essa condição genérica, comum a todas as formas de impugnação recursal, inviabiliza, por completo, a possibilidade de reexame do ato judicial recorrido.

“Os pressupostos recursais, notadamente aquele concernente ao

requisito da tempestividade, traduzem matéria de ordem pública, razão pela qual mostra-se insuscetível de preclusão o exame de sua ocorrência pelo tribunal ad quem, ainda que tenha sido anteriormente admitido o recurso pelo juízo a quo” (RTJ 133-475/476).

O Superior Tribunal de Justiça igualmente consoa:

“A verificação dos pressupostos processuais e recursais de qualquer recurso interposto, cabe ao magistrado para o qual ele é interposto, ainda que outro tenha exercido, anteriormente, em primeiro juízo de admissibilidade. Este não vincula o outro, daí porque é necessário que todas as peças essenciais à comprovação daqueles requisitos estejam presentes” (STJ, EDAGA n. 166.701/SP, Min. Waldemar Zveiter, j. 22/9/98).

Compulsando-se os autos, verifica-se que a decisão interlocutória agravada foi publicada no Diário da Justiça em 22/3/2000, pág. 88, conforme fotocópia acostada pelo agravado à fl. 56.

Apesar de o procurador do agravante ter sido intimado pessoalmente, em cartório, em 13/4/2000 (fl. 12), já o havia sido anteriormente, pela Relação n. 4/00 (fl. 44).

Tratando-se de comarca situada no interior, nos termos do Provimento n. 03/92, da egrégia Corregedoria-Geral da Justiça, a contagem do prazo recursal alongou-se em três dias úteis, a partir da circulação do Diário da Justiça no qual foi publicado o correspondente edital intimatório.

Então, o prazo para recorrer da decisão interlocutória de fl. 30 dos autos da ação de despejo, que começaria a fluir em 23/3/2000, somente teve

início em 28/3/2000 (três dias úteis após), expirando em 6/4/2000, como ressaltou o procurador do agravado.

No entanto, não se sabe por qual motivo o procurador do agravante foi intimado novamente em cartório, conforme fotocópia que instruiu o presente recurso (fl. 12).

Considera-se válida a primeira intimação, data em que começou a fluir o prazo recursal.

O presente agravo de instrumento foi protocolado em 24 de abril do corrente, sendo, portanto, intempestivo, já que o prazo terminou em 6/4/2000.

Ocorreu preclusão temporal, pois a parte perdeu a faculdade de praticar ato processual em prazo estipulado em lei.

Nesse sentido: "Preclusão temporal. Ocorre quando a perda da faculdade de praticar ato processual se dá em virtude de haver decorrido o prazo, sem que a parte tivesse praticado o ato, ou o tenha praticado a destempo ou de forma incompleta ou irregular" (Nery Jr., Nelson e Nery, Rosa Maria Andrade, Comentários ao Código de Processo Civil, 3ª ed., São

Paulo, Ed. Revistas dos Tribunais, 1997, pág. 483).

Assim já decidiu este sodalício em caso semelhante:

"Agravo de instrumento — Dupla intimação do procurador da parte recorrente — Intempestividade — Não conhecimento. 'Se foram feitas duas intimações, uma pela imprensa, no órgão oficial, outra, posterior, pessoalmente ao advogado, conta-se o prazo da primeira' (TFR — 3ª T., in Ap. Cív. n. 84.365—PR, j. 28/2/86, DJU 3/4/86, pág. 4.649)" (in Agravo de Instrumento n. 10.010, de Balneário Camboriú, rel. Des. Orli Rodrigues).

Destarte, não merece ser conhecido o presente recurso, em homenagem ao princípio da ciência inequívoca, em face da preclusão consumativa, pois flagrante a intempestividade.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 14 de novembro de 2000.

Carlos Prudêncio,

Presidente com voto;

Wilson Augusto do Nascimento,

Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.014060-1, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Antecipação de tutela — Pensão mensal — Acidente de trânsito — Possibilidade ante as peculiaridades do fato — Recurso improvido.

— Cabível a antecipação de tutela em ações de acidente de trânsito em que a parte pretende o pensionamento mensal, desde que

demonstrados os pressupostos do art. 273 do CPC.

Nesse desiderato, afigura-se presente nos casos de acidente automobilístico a prova inequívoca da alegação, desde que evidenciada a responsabilidade da parte culpada pelo evento danoso.

— Possível a fixação de pensão em tutela antecipada, mesmo que não estabelecido o pólo passivo da demanda, vez que poderá, por meio de regresso, a parte denunciante, reaver as quantias que arcou e apurar a responsabilidade dos eventuais co-responsáveis (art. 904 do CC).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.014060-1, da comarca de Criciúma, em que é agravante Carbonífera Belluno Ltda. e agravados Silvia Fritzen Grando e outros:

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

Custas na forma da lei.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Carbonífera Belluno Ltda. contra a decisão proferida pelo Togado Monocrático da 2ª Vara Cível da comarca de Criciúma que concedeu antecipação de tutela nos autos de Ação de Ressarcimento de Danos n. 020.98.001392-5, em que são autores Silvia Fritzen Grando e seus filhos.

Afirmou que os ora agravados interpuseram ação contra a agravante e Dibens Leasing S.A. Arrendamento Mercantil, afirmando que o marido e pai destes veio a falecer em decorrência de acidente automobilístico causado por veículo de propriedade da Dibens, que se encontrava arrendado à Carbonífera Belluno.

Asseverou que restou deferido pedido de denunciação à lide de Bradesco Seguros, uma vez que o veículo envolvido no sinistro estava coberto por contrato de seguro contra terceiros sendo, na mesma oportunidade, acolhido pedido de antecipação de tutela apenas contra a ré Carbonífera Belluno Ltda., determinando o pagamento de pensão à base de dois salários mínimos já a partir do corrente mês.

Acrescentou que laborou em equívoco o Togado Monocrático, vez que figuram no pólo passivo da demanda três réus, devendo todos arcar com o ônus imposto.

Informou que, caso existente prova inequívoca ao direito requerido na inicial, a antecipação deveria, também, atingi-los, já que a ação foi proposta também contra Dibens e agora também à Bradesco Seguros.

Impingiu o equívoco perpetrado pelo Togado, já que entende cabível tutela cautelar, não antecipação de tutela.

Esclareceu inexistir, in casu, qualquer dos requisitos estampados no art. 273 do CPC, requerendo, a final, a concessão de efeito suspensivo

ao pleito, bem como a reforma da decisão ora preconizada.

Negado efeito suspensivo ao agravo, os agravados restaram devidamente intimados, oportunidade em que rechaçaram todos os argumentos esposados pelo agravante.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com parecer da lavra do Dr. Sérgio Antônio Rizelo, opinou pela manutenção da decisão agravada.

É o relatório.

Pretende a agravante a revogação do despacho proferido pela Toga da quo, que deferiu antecipação de tutela parcial, concedendo aos agravados pensão mensal no valor de dois salários mínimos repartidos entre os três autores, a título de pensão alimentar.

Inferese que os ora agravados ingressaram com ação ordinária de indenização contra a empresa agravante, uma vez que o marido e pai daqueles foi levado a óbito por acidente entre um caminhão da empresa agravante e o veículo em que se encontrava.

Diante desse fato, ingressaram com ação indenizatória com pedido de antecipação de tutela, uma vez que não possuem condições de se manter, pleiteando o pagamento de pensão mensal.

Insurge-se a agravante com essa fixação, já que não presentes os pressupostos legais para dita antecipação, bem como, outros dois requeridos no mesmo pólo processual que não restaram condenados em tal pensionamento, afirmando não estar presente a prova inequívoca da alega-

ção, pois não fixado o pólo passivo da demanda.

Entretanto, para que reste deferida a antecipação da tutela, deverão estar devidamente preenchidos todos os requisitos estabelecidos pelo artigo 273 do CPC, senão vejamos.

A nova redação do artigo 273 do Código de Processo Civil, introduzida pela Lei n. 8.952/94, assim dispõe:

“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.

“§ 2º — Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Dessa forma, para que se defira a tutela antecipatória, deverão estar presentes alguns pressupostos objetivos e outros subjetivos, sendo aqueles: a) requerimento da parte interessada, uma vez que não poderá ser concedida ex officio pelo juiz; b) existência de prova inequívoca quanto ao direito pleiteado; c) verossimilhança da alegação; d) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, alternativamente, que fique evidenciado o abuso do direito de defesa do réu ou manifesto propósito protelatório. Quanto ao requisito subjetivo, apresenta-se pela reversibilidade do

provimento antecipado, conforme estabelece o § 2º do supramencionado artigo.

Do despacho ora objurgado de- nota-se, precisamente, o preenchimento de todos os requisitos exigidos pela lei, senão vejamos:

A prova inequívoca de suas alegações está alicerçada na ocorrência de acidente automobilístico em que resultou vítima o pai e marido dos agravados, bem como a demonstração da responsabilidade do preposto da agravante como o causador do sinistro.

Reportando-se à prova inequívoca que autoriza a concessão da tutela antecipatória, expõe o aplaudido Luiz Fux:

“Não é de estranhar-se que o legislador, acanhado como o foi na instituição da tutela antecipada, tenha exigido para a sua concessão uma ‘prova inequívoca’ capaz de reduzir a zero a margem de erro que gravita em torno da tutela imediata. Em princípio, há mesmo contraditio in terminis na utilização dos termos ‘prova inequívoca’ e ‘verossimilhança’ na medida em que aquela conduz à certeza. Entretanto, o legislador adaptou-se à moderna concepção de que o juiz trabalha com a ‘lógica do razoável’, na expressão de renomado filósofo do direito”.

Prosseguindo:

“A prova, via de regra, demonstra o ‘provável’, a ‘verossimilhança’, nunca a verdade plena que compõe o mundo da realidade fenomênica. Os fatos em si não mudam porque a prova realiza-se num sentido diverso daquele que a realidade indica. Ora, se assim o é e se o legislador não se utili-

za inutilmente de expressões, a exegese imposta é a de que “prova inequívoca” para a concessão da 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 produção não deixa ao juízo outra alternativa senão a concessão da tutela antecipada” (Tutela Antecipada e Locações, Rio, Editora Destaque, 1995, pág. 109).

No entendimento de J.J. Calmon de Passos:

“Prova inequívoca é aquela que possibilita uma fundamentação convincente do magistrado. Ela é convincente, inequívoca, isto é, prova que não permite equívoco, engano, quando a fundamentação que nela assenta é dessa natureza”.

E acrescenta mais adiante:

“A lei é clara: não basta que a prova seja inequívoca; ela precisa ser prova inequívoca que alicerce o convencimento do magistrado quanto à procedência da pretensão do autor: Não se exige a certeza, nem é suficiente a dúvida” (in Reforma do Código Civil, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Da Antecipação da Tutela, Saraiva, 1996, págs. 195/196).

Como já disse este Pretório, pela pena brilhante do ilustrado Des. Pedro Manoel Abreu:

“Prova inequívoca, segundo a doutrina, é aquela que, por sua clareza e precisão, autoriza, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor, se o litígio, hipoteticamente, fosse julgado naquele momento” (AI n. 96.002148-5, da Capital).

Ora, para que reste sem sombra de dúvidas evidenciada a existência da prova inequívoca para concessão da tutela antecipada, restaria averiguar quanto a quem caberia a responsabilidade do evento danoso.

Aponte-se que, nos presentes autos, a agravada responsabiliza o preposto da empresa Carbonifera Belluno Ltda. como o culpado pelo sinistro, afirmando que este invadiu a contramão de direção abalroando, não só o veículo em que se encontrava o falecido, como outro caminhão.

Já a agravante aponta que seu preposto não foi o responsável pelo evento danoso, afirmando a existência de caso fortuito ou força maior a excluir sua responsabilidade, não elidindo, entretanto, que ele invadiu a contramão de direção, apenas afirmando que outros motivos devem ter ocorrido para que a invadisse.

Assim, não excluiu a responsabilidade de seu preposto, pois não afirmou que ele não foi o responsável, o causador do sinistro.

Ocorre que o art. 1.521, III, do CC afirma que o patrão, amo ou comitente é o responsável pelos danos causados por seus empregados, serviços, no exercício do trabalho que lhes competir.

Ademais, este o teor da Súmula 341 do STF, de acordo com a qual "é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto".

Se a agravante, durante a instrução do feito não demonstrou que o seu preposto não era o responsável pelo evento danoso, limitando-se a afirmar a incidência de caso fortuito ou força maior, não há afirmar, ao me-

nos nesta fase processual, não ser o responsável pelo sinistro.

Ademais, o artigo 333, II, do CPC aponta que:

"O ônus da prova incumbe:

"II — ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".

Esse artigo traduz, de forma clara, os meios em que o réu deverá atuar para elidir o pedido proposto pelo autor, caso não o faça, deverá arcar com tais ônus.

A agravante não demonstrou, conforme já salientado, que não foi a responsável pelo evento danoso, limitando-se a apontar a existência de fatos impeditivos do direito dos agravados.

Ao assim proceder, deveria comprová-lo e demonstrá-lo, o que não fez.

Ademais apesar de não estar acostado aos presentes autos evidente a existência de boletim de ocorrência em que demonstra, de forma cabal, a invasão de contramão de direção.

Entretanto a referida peça não foi acostada aos autos, não podendo dela nos utilizar.

Apesar disto, a ré, ora agravante, novamente em sua peça contestatória acostada nestes autos às fls. 31/33, afirma que:

"Realmente a ora contestante, no dia 6/7/97, no horário descrito na exordial aconteceu o infausto acidente noticiado no qual duas vidas foram perdidas, como consta na própria exordial ao relatar a versão do motorista do outro caminhão Scania que viu a carreta invadindo a sua pista em

plena manhã ou seja às 9h40min (...)” (fl. 31).

Ao assim se manifestar, concordou, não somente com a existência do acidente, como afirmou que seu preposto invadiu a contramão de direção, causando o acidente em que restaram vitimados, tanto seu funcionário, como o pai e marido dos ora requerentes.

Assim, parece-nos que, embora ainda não realizada a instrução do feito, existe prova inequívoca a embasar a tutela deferida pelo Togado Monocrático.

Já a verossimilhança da alegação apesar de não poder ser bem analisada neste grau de jurisdição, pois não acostados todos os documentos que instruíram a petição inicial conforme já aludido (boletim de ocorrência), pode-se dizer que evidenciado pela não impugnação, pela agravante, quando de sua contestação da existência do evento danoso.

Se não o impugnou é porque este ocorreu, e mais, com a efetiva morte do pai e marido dos ora agravados.

Quanto ao terceiro requisito, inculcado nos incisos I e II de referido artigo, são alternativos, sendo desnecessária sua existência conjunta.

Nesse sentido o entendimento de Carlos Francisco Büttgenbender que salienta:

“Destacamos, desde já, que os requisitos contidos no caput do art. 273 devem estar todos presentes e atendidos, ante a simples interpretação gramatical do seu texto. Ante a expressão final de seu texto ‘e’, infunde-se que constituem requisitos de

observância igualmente obrigatória os contidos nos incisos I e II, dentre os quais, face à expressão ‘ou’ contida no final do primeiro inciso depreende-se ser exigida a presença de apenas um, alternativamente”.

A nobre Juíza a quo, acertadamente, escolheu o fundado receio de dano irreparável a ser suportado pelos agravados, fundamentando que “na espécie, é a demonstração do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, eis que com o falecimento do esposo e pai os autores ficaram privados até mesmo dos alimentos, posto que segundo os autos dele dependiam economicamente” (fl. 43).

Ora, ao pleitear a verba alimentar em antecipação de tutela, pretendem ver-se assegurados, pelo menos por enquanto, de seus sustentos.

Ademais, quanto à reversibilidade do provimento antecipado, apesar de não se apresentar no presente caso, uma vez que, por tratar-se de verba alimentar, não poderá ser devolvida, em certos casos a medida é passível de aceitação.

Acentua, sobre a matéria aqui em foco, o emérito Luiz Guilherme Marinoni:

“A vítima de ato ilícito que precisa realizar urgentemente despesas médicas, obviamente não pode esperar o tempo do procedimento ordinário e, portanto, quando desde logo pode evidenciar o seu direito e a sua necessidade tem direito à antecipação do pagamento. Vale o mesmo para a mulher do falecido em acidente automobilístico que fica impossibilitada de atender às suas necessidades e às dos seus filhos” (A Antecipação da Tu-

tela na Reforma do Processo Civil, Malheiros Editores, São Paulo, 1995, pág. 316).

Faz-se certo que, requisito essencial da antecipação da tutela é que, da concessão, não resulte qualquer irreversibilidade.

Em casos excepcionais — e aqui estamos diante de um deles — quando o direito apregoado pela parte requerente da antecipação se mostre de uma tal verossimilhança, de tal forma positivado que apenas circunstâncias verdadeiramente extraordinárias poderiam extrair daquele direito a sua condição de incontestabilidade, obviamente recomendável torna-se a concessão da tutela antecipada requerida.

Assinala, ainda sobre o tema, o já citado Luiz Guilherme Marinoni:

“A irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento não pode constituir obstáculo para a tutela antecipatória.

“Não só a lógica mas também o direito à adequada tutela jurisdicional exigem a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro mais provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado” (ob. cit., pág. 80).

Na mesma esteira, ensina o douto Ovídio A. Baptista da Silva:

“(…) se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador — entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência —, esta última solução torna-se perfeita-

mente legítima. O que, em tais casos especialíssimos, não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para, depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática” (Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, Irreversibilidade do Provimento Antecipado, Luiz Fernando Belinetti, pág. 251).

Mesmo porque — e aqui valemo-nos uma vez mais do escólio do brilhante Prof. Marinoni:

“Se é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito evidente, a defesa, como é óbvio, não pode postergar a sua realização. Não admitir a tutela antecipatória, em situações como a aqui imaginada, é desconsiderar o princípio de que é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito evidente, e ainda favorecer o uso de defesas abusivas, que, como se sabe, visam apenas a arrancar vantagens econômicas do autor em troca do tempo do processo” (Tutela Antecipatória, pág. 160).

Rechaça-se, desde logo, a pretensão esposada pelo agravante de que necessária a análise das partes que permanecerão no pólo passivo para, após, conceder-se a tutela antecipada.

Isso porque, conforme já salientado pelo relator que nos sucedeu quando do indeferimento do almejado efeito suspensivo, a responsabilidade é do tipo solidária, respondendo qualquer um dos co-responsáveis pelo todo da dívida.

Dessa forma, os agravados poderiam acionar qualquer uma das premissas responsáveis pelo acidente, pelo total da dívida, por se tratar de dívida solidária.

A propósito, o artigo 904 do Código Material:

“O credor tem direito a exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial, ou totalmente, a dívida comum”.

Comentando acerca da solidariedade passiva, o escólio de Roberto de Ruggiero:

“O princípio regulador é, na relação externa, que cada devedor se considera como único e exclusivo obrigado pela totalidade. Decorre: a) que o credor pode dirigir-se à vontade contra qualquer dos devedores e pedir-lhe toda a prestação; b) que o devedor escolhido, estando obrigado pessoalmente pela totalidade, não pode invocar o beneficium divisionis e, assim pretender pagar só a sua quota ou pedir que sejam convencidos os coobrigados (...)” (in Instituições de

Direito Civil, vol. 3, Ed. Bookseller, 1ª ed., 1999, SP, págs. 125/126).

Saliente-se que o fato de a obrigação indenizatória, in casu representada pelo pagamento de pensão mensal, ser cobrada integralmente de um dos litisconsortes lhe assegura o direito de, em caso de seus ingressos efetivos, reaver a quantia por ele paga dos quinhões que aos outros caberia.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso interposto, mantendo-se íntegra a bem-lançada sentença monocrática ora objurgada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo O. Luz Fontes.

Florianópolis, 30 de novembro de 2000.

Anselmo Cerello,

Presidente com voto;

Sérgio Roberto Baasch Luz,

Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.000007-8, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Exceção de incompetência — Foro de eleição — Prevalência do contrato — Recurso improvido.

— Mostra-se hígida a aplicação do foro de eleição determinado no contrato se evidenciado que os contraentes são pessoas jurídicas que possuem plenas condições de livremente estabelecer cláusulas disciplinadoras de seus direitos, o que não ocorre nos contratos de adesão, em que a vontade de uma das partes prevalece em detrimento da outra.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.000007-8, da comarca de São José, em que são agravantes MS Sul Armazéns Gerais Ltda. e outros, e agravada Triken S.A.:

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

Custas na forma da lei.

MS Sul Armazéns Gerais Ltda., Maurício Adam Borba e Guilherme Adam Borba interpuseram recurso de agravo de instrumento contra a r. decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de São José que, nos autos da exceção de incompetência que lhe move Triken S.A., determinou a remessa dos autos à comarca de São Paulo/SP, considerando-se incompetente, em observância ao foro de eleição.

Alegaram que se o foro de eleição for adotado prejudicará o seu direito de discutir o litígio na esfera judicial, alegando, também, que por tratar-se de um ilícito contratual deve ser observado o disposto no art. 100 do Código de Processo Civil.

O Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu concedeu efeito suspensivo ao recurso, tendo em vista "à razoabilidade das questões de direito suscitadas" (fl. 122).

A agravada, em contra-razões, asseverou que os contratos possuem eficácia, devendo, assim, serem aplicadas as disposições nele apresentadas, da mesma forma não se trata este de um contrato de adesão, pois as partes livremente o pactuaram.

É relatório.

Diga-se, desde logo, razão assiste ao agravado!

A controvérsia cinge-se à discussão sobre se o contrato espancado entre as partes é de adesão ou se livremente estipulado entre as partes.

Tal discussão mostra-se necessária ante a constante afirmativa deste egrégio Tribunal de que:

"Agravo de instrumento — Exceção de incompetência — Contrato de alienação fiduciária — Aquisição de retroescavadeira — Consignatória em pagamento — Foro de eleição — Decisum rechaçando-o na espécie — Desprovimento.

"A cláusula relativa ao foro de eleição é ineficaz 'quando constitui um obstáculo à parte aderente, dificultando-lhe o comparecimento em juízo' (REsp n. 41.540-3/RS)" (Agravo de Instrumento n. 99.022586-0, de Orleans, relator Des. Francisco Oliveira Filho).

Ora, in casu, denota-se não a existência de contrato de adesão como apregoado pelo agravante, mas sim de contrato em que as partes livremente estipularam cláusulas, preço e condições de pagamento.

Ademais, firmado entre duas empresas jurídicas que possuem condições de livremente concordar ou discordar de qualquer cláusula fixada.

O artigo 111 do Códex Instrumental aponta:

"A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro".

Evidente que as partes podem modificar o foro eletivo para dirimir

conflitos existentes no contrato, já que se trata de direito patrimonial, disponível pelas partes.

Ora, o art. 111 do CPC aplica-se aos contratos em que as partes contratantes têm plena liberdade de estabelecer cláusulas disciplinadoras dos seus direitos e obrigações. Está, portanto, fora do seu alcance o contrato de adesão, que não proporciona à parte aderente a oportunidade para decidir sobre a eleição do foro.

Assim o professor Arnoldo Wald observa:

“O Código de Processo Civil, referindo-se ao domicílio especial ou foro do contrato, em seu art. 111, deixa claro que, não se tratando de competência em razão da matéria ou da hierarquia, inderrogável por convenção das partes, podem estas modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo no contrato escrito e aludindo expressamente a determinado negócio, o foro onde eventualmente serão dirimidas dúvidas oriundas do complexo de direitos e de obrigações assumidas” (Curso de Direito Civil Brasileiro — Introdução e Parte Geral, 6ª edição, RT, pág. 117).

No mesmo sentido a jurisprudência:

“As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo no contrato o foro onde serão dirimidas dúvidas oriundas de direitos e de obrigações assumidas” (Agravado de Instrumento n. 5.353, de São Carlos, rel. Des. Nestor Silveira, DJSC de 12/9/90, pág. 9).

Assim, por tudo, deve prevalecer o foro de eleição, conforme o contrato firmado pelas partes, para dirimir

as dúvidas oriundas de direitos e de obrigações assumidas.

Por fim, incontroverso é que as partes estão litigando em ação ordinária de indenização pela rescisão contratual, assim o contrato ainda possui eficácia.

Não derogada a validade dos contratos firmados por ação própria, não pode a parte opor-se à validade da cláusula eletiva de foro, eis que mostram-se, enquanto não rescindido o contrato, hígidas as cláusulas estabelecidas.

Conforme jurisprudência citada pelo douto Togado Monocrático:

“O art. 111 aplica-se aos contratos em que as partes contratantes têm plena liberdade para estabelecer as cláusulas disciplinadoras de seus direitos, o que está fora de seu alcance no contrato de adesão” (REsp n. 37.478 e 39.638, respectivamente, DJU de 4/4/94, pág. 6.685, e Ementário do STJ 9/207).

Na verdade, vê-se que os aludidos contratos têm características próprias, sem a conotação de adesão que pretendem dar os agravantes, deles constando ter sido firmados na cidade de São Paulo, não se podendo deixar de aplicar o tradicional princípio *pacta sunt servanda*.

Por todo exposto, nega-se provimento ao recurso interposto, mantendo-se íntegra a bem-lançada decisão monocrática.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 7 de dezembro de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.010302-0, DE LAGES

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Valor da causa — Ação de indenização por dano moral — Estimativa do autor — Recurso improvido.

Para que o valor da causa seja meramente simbólico, necessário que o autor não tenha mensurado o dano para o qual busca indenização, formulando pedido genérico.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.010302-0, da comarca de Lages, em que é agravante Maria Barcaro, e agravado Domínio Sistemas Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Maria Barcaro contra decisão que, em ação de indenização por dano moral, move em face de Domínio Sistemas Ltda., acolheu impugnação ao valor da causa.

Aduz que, em se tratando de ação de indenização por dano moral, não sendo possível a aferição do conteúdo econômico imediato da demanda, deve prevalecer o valor atribuído à causa pelo autor.

A agravada apresentou contra-minuta, pugnano pela manutenção da decisão.

É o relatório.

A toda causa será atribuído valor certo, consoante determina o art. 258 do Código de Processo Civil, ainda que seja destituída de valor econômico ou possua conteúdo econômico mediato, sendo requisito indispensável da petição inicial (CPC, art. 282, V).

Essa exigência é justificada pelo fato de o valor dado à causa, dentre outras finalidades, servir de parâmetro para a fixação da taxa judiciária, estabelecer o rito do processo e, em determinados casos, limitar a admissibilidade de recursos e modificar a competência.

Para José Frederico Marques:

“Valor da causa é o equivalente monetário do bem jurídico que lhe constitui o objeto” (Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, 4ª edição, Ed. Forense, pág. 75).

Quando não puder ser aferido, de imediato, o conteúdo econômico da demanda, não se conformando a nenhuma das hipóteses previstas nos arts. 259 e 260 do Estatuto Processual,

cumpra ao autor estimar o valor. Porém, não deve ser identificado nesses casos arbítrio absoluto, pois existem parâmetros razoavelmente determinados a ser observados, conforme precedente colacionado por Alexandre de Paula:

“O legislador não outorgou, no art. 258 do CPC, arbítrio absoluto ao autor, na atribuição do valor da causa. A estimativa do conteúdo econômico mesmo que não seja este imediato, deve corresponder, mais ou menos, ao benefício patrimonial buscado’ (Do voto do Min. Américo Luz, rel. do Ac. no Ag. n. 46.130/PE; RTFR 125/39)” (Código de Processo Civil Anotado, 6ª ed., ver. e atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, vol. 1, pág. 965).

Na ação de indenização por dano moral é desnecessária a formulação, na exordial, de pedido certo relativamente ao montante da indenização postulada pelo autor. No entanto, uma vez indicado, o valor da causa não deve ficar aquém do benefício patrimonial visado.

É certo que a liberdade que o autor tem, quando persegue certa importância na ação que versa sobre dano moral, não existe no dano patrimonial, por exemplo, em que o critério é matemático, exato. No pedido de indenização por dano moral a incerteza é a tônica. A estimativa não estará assentada em cânones fixos e certos.

Ainda assim, tendo quantificado o dano ou apontado critério preciso, como in casu, ao indicar a importância mínima que entende devida, o autor valorou o pedido e este deve servir de balizamento para a aferição do valor da causa que, como visto,

não deve estar desatrelado do benefício que a parte postula na ação.

Nesse sentido tem decidido o eg. Superior Tribunal de Justiça:

“Dano moral. Valor da causa.

“1. Quando a parte pede importância determinada ou aponta critério preciso, de que resulta quantia certa, é esta que serve de base para a fixação do valor da causa.

“2. Recurso conhecido e provido” (REsp n. 80.501/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 20/9/1999).

“Dano moral. Valor da causa. Precedentes.

“1. Na linha de precedente da Corte, o ‘valor da causa, em ação de reparação de danos morais, é o da condenação postulada se esta já foi de antemão economicamente mensurada pelo autor na inicial’.

“2. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 178.854/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, RSTJ 122/269).

“Indenização por dano moral. Valor da causa. Pedido certo. Art. 258 do Código de Processo Civil.

“1. A fixação de um valor absurdo, fora da realidade, sem pertinência com os autos, ademais de agredir a lógica do razoável, viola o art. 258 do Código de Processo Civil, base sobre a qual fincou-se o julgado recorrido para admitir o valor indicado pelo autor.

“2. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 167.475/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, RSTJ 121/306).

“Valor da causa. Ação de indenização por danos morais. Inicial que

quantifica monetariamente a pretensão do autor.

“Havendo o autor quantificado monetariamente o seu pedido, o valor da causa deve corresponder ao proveito econômico perseguido, ao benefício patrimonial almejado. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 98.020/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 3/5/1999, pág. 151).

Na mesma linha, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Valor da causa — Dano moral — Valor que deve corresponder ao benefício patrimonial pretendido — O valor da causa deve corresponder à pretensão econômica da demanda. Caso não seja determinado o pedido condenatório, poderá o autor estimar valor e recolher eventual diferença após sua determinação, sendo comum nas ações envolvendo dano moral. Contudo, se o autor estipula balizas de quantificação do valor a indenizá-lo o réu, estará expressa sua pretensão econômica e necessária sua correspondência com o valor da causa” (Ac. 7ª Câm. de Direito Privado do TJSP, no AI n. 45.769-4/2, j. 6/8/97).

Este Tribunal já definiu:

“Valor da causa — Ação de indenização fundada em dano moral — Incidência do art. 258 do CPC — Pedido genérico — Agravo provido.

‘Em ação de indenização por dano moral, o valor da causa não encontra parâmetros no elenco do art. 259 do CPC, mas, sim, no disposto no art. 258 do mesmo estatuto’ (STJ — RSTJ 29/384)” (AI n. 98.005485-0, de Blumenau, rel. Des. Anselmo Cerello, DJ 25/2/1999).

Do corpo do acórdão extrai-se:

“Nossa egrégia Segunda Câmara Civil, a respeito, deliberou:

‘Valor da causa — Ação de indenização por dano moral — Fixação por estimativa do autor — Aplicação do art. 258 do CPC — Valor que deve guardar correspondência com o benefício patrimonial buscado — Impugnação rejeitada — Agravo desprovido.

‘Nas ações de reparação por dano moral, porque não se adaptam a alguma das hipóteses previstas nos arts. 259 e 260 do CPC, a fixação do valor da causa, que se exige seja sempre certo, deve ser feita de conformidade com a regra geral do art. 258 do mesmo Codex, por estimativa do autor que, para ser criteriosa e não abusiva, deve guardar correspondência com o benefício patrimonial por ele buscado’ (AI n. 9.756, de Blumenau, rel. Des. Gaspar Rubik, in DJ n. 9.338, de 16/10/95, pág. 7)”.

Para que o valor da causa seja meramente simbólico, portanto, necessário que o autor não tenha mensurado o dano para o qual busca indenização, formulando pedido genérico, sem mencionar sua quantificação, o que não ocorreu no caso concreto.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 30 de novembro de 2000.

Anselmo Cerello,

Presidente com voto;

Sérgio Roberto Baasch Luz,

Relator.

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 00.015432-6, DE TIMBÓ

Relator: Des. Silveira Lenzi

Direito Constitucional. Juros reais. Art. 192, § 3º, da Constituição Federal de 1988. Norma auto-aplicável. Desnecessidade de regulamentação por Lei Complementar. Prevalência do voto vencedor.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 00.015432-6, da comarca de Timbó, em que é embargante o Banco Bradesco S.A., sendo embargado Dário Schrull:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

1 — Relatório

Trata-se de embargos infringentes interpostos pelo Banco Bradesco S.A. contra o acórdão de fls. 68/84 da Câmara Especial — Processos Cíveis, relatado pelo Des. Cesar

Abreu, que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso interposto por Dário Schrull.

O embargante sustenta que o art. 192, § 3º, da Constituição Federal de 1988, por necessitar de regulamentação específica, não é auto-aplicável, devendo prevalecer o voto vencido do Des. Vanderlei Romer.

Devidamente preparado o recurso, os embargados não apresentaram resposta.

2 — Voto

Convém, inicialmente, observar que, mesmo ausente a declaração de voto vencido do Des. Vanderlei Ro-

mer, o recurso deve ser conhecido, visto que é perfeitamente possível identificar, pela certidão de julgamento, que a divergência deu-se relativamente à auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF/88, sendo que o voto vencedor foi no sentido de que o referido artigo prescinde de regulamentação, devendo ser aplicados juros de 12% ao ano.

Nesse sentido:

“Embargos infringentes. Voto minoritário não declarado. Cabimento.

“Os embargos infringentes são cabíveis se, apesar de não declarado o voto vencido, for possível a dedução de seu teor.

“Fraude à execução. Necessidade da citação. Aplicação do art. 593, II, do Código de Processo Civil.

“Para a configuração da fraude à execução é indispensável a citação válida, não sendo suficiente o ajuizamento da ação.

“Improvemento do recurso” (EI n. 187, de São Miguel do Oeste, Des. Nestor Silveira, julgado em 10/6/91).

E, ainda:

“Embargos infringentes — Voto vencido — Falta de declaração — São cabíveis os embargos infringentes se, apesar de não declarado o voto minoritário, for curial a declaração do seu sentido.

“Embargos infringentes — Acidente do trabalho — Benefício — Parcelas vencidas — Atualização.

“As parcelas vencidas do benefício deverão ser atualizadas de conformidade com os índices de variação salarial da categoria profissional do obreiro — A jurisprudência deste Tribunal guia-se nessa posição à unani-

midade, haja vista a adesão do respeitoso voto isolado.

“Embargos improvidos” (EI n. 177, de Criciúma, Des. João Martins, julgado em 14/11/90).

Ressalte-se, também, que a discussão nos embargos infringentes limita-se ao exame da matéria divergente. Esta, na hipótese em apreço, conforme constou do dispositivo do acórdão, é relativa à auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

Quando passamos a integrar este Grupo de Câmaras desta egrégia Corte de Justiça, manifestamo-nos pela auto-aplicabilidade do § 3º do art. 192 da Constituição da República.

Seguidamente vencidos pela maioria dos eminentes colegas julgadores, não resistimos aos apelos e às solicitações dos integrantes para que os acompanhasse.

Agora, após maiores reflexões e estudos, retornamos ao antigo entendimento sobre a matéria.

Colhemos, inclusive, dentro das numerosas páginas que publicaram a ADIn n. 4/DF, julgada pelo STF em março de 1991 e publicada na RTJ vol. 147, nas argumentações dos pareceres e dos votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Paulo Brossard e Néri da Silveira, subsídios que reforçam a posição pela auto-aplicabilidade do § 3º do art. 192 da CF. A autonomia do mencionado parágrafo, em face do preceito contido no caput, que firma o princípio constitucional de que o Sistema Financeiro Nacional deve ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País, é vencedora. Recorde-se que na votação da

Assembléia Nacional Constituinte de 1988, parlamentares tentaram dar nova redação ao § 3º, retirando-lhe a limitação dos juros, sem sucesso. Aprovado o texto, há que ser respeitado. Foi, assim, uma decisão política da Constituinte, com a notória intenção de sepultar o monopólio da usura, os efeitos das Leis ns. 4.595/64, 4.728/65 e a Súmula 596 do STF.

O voto do eminente Ministro Sidney Sanches, na ADIn n. 4 de 1991, é preocupado com a inflação galopante que então imperava no país (fls. 779 da RTJ 147). Na época não se admitia o entendimento de que os juros reais significam a taxa da inflação, mais 12% de juros ao mês. Após o Plano Real, oficialmente, os índices inflacionários nacionais não ultrapassaram um dígito.

Concluindo o seu voto o Ministro (aposentado) Paulo Brossard firmou: "Tenho para mim que o disposto na primeira cláusula do § 3º do art. 192 da Constituição é auto-aplicável, pois não necessita de nenhum suplemento legal para dizer tudo o que quer e a lei complementar que vier a ser editada há de ser-lhe fiel ou será inconstitucional (...) Se eu fosse legislador — finaliza — é possível que não incluísse o preceito em tela na Constituição; mas eu, que já fui, deixei de sê-lo. Agora, como juiz, não faço leis, antes lhes devo obediência e precipuamente à Lei Maior, goste ou não goste de suas regras, devendo dar-lhes honesta e leal aplicação" (RTJ, vol. 147, pág. 845).

Entendemos, dessa forma — na companhia dos eminentes colegas deste Tribunal, Desembargadores Alcides Aguiar, Francisco Borges,

Carlos Prudêncio, Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos e Solon d'Eça Neves — que o § 3º do art. 192 da Constituição da República introduziu um novo, compulsório e imediato tratamento para a matéria dos juros teratológicos remuneratórios, cobrados no mercado financeiro nacional, no qual as taxas não raro ultrapassam o patamar de 60% ao ano, contrastando com aquelas vigorantes nas democracias políticas e econômicas da Europa e nos Estados Unidos, onde a remuneração do capital oscila em torno de 5% ao ano.

A nova inscrição constitucional limitativa veio coibir a ilimitação abusiva dos juros financeiros, calcada nas resoluções do Conselho Monetário Nacional, a partir de 1964 e nos entendimentos pretorianos.

Hoje os tempos mudaram, inclusive os da política e do direito. O processo constitucional oriundo das conquistas populares democráticas veio encobrir um passado autoritário, repressor e elitizante, com as esperanças de paz e de maior justiça social.

A matéria tem causado muita discussão doutrinária e jurisprudencial. Contudo, é do entendimento da maioria deste Grupo que esta norma possui caráter auto-aplicável, devendo, desse modo, prevalecer o voto vencedor do referido acórdão.

3 — Decisão

Do exposto, nega-se provimento a estes embargos infringentes.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alcides Aguiar, Pedro Manoel Abreu,

Trindade dos Santos e Nelson Schaefer Martins. Vencido o Exmo. Des. Cláudio Barreto Dutra, que votou no sentido de dar provimento ao recurso.

Florianópolis, 6 de fevereiro de 2001.

Alcides Aguiar,
Presidente;
Silveira Lenzi,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra:

Continuo divergindo da douta maioria por entender que o comando da norma constitucional depende de regulamentação, num contexto global do Sistema Financeiro.

Por isso, meu voto foi no sentido de prover os embargos.

Cláudio Barreto Dutra.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 00.018375-0, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Jorge Mussi

Habeas corpus — Ação penal — Tentativa de furto contra a Caixa Econômica Federal — Empresa pública da União — Competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do paciente — Exegese do art. 109, VI, da Carta Constitucional — Nulidade absoluta reconhecida — Remessa dos autos ao Juízo Federal — Ordem concedida.

“A Carta Política, ao definir a competência penal da Justiça Federal comum, incluiu nas suas atribuições jurisdicionais, dentre outras hipóteses, os delitos cometidos contra bens, serviços e interesses das empresas públicas federais. A Caixa Econômica Federal, que é ente revestido de paraestatalidade, subsume-se, em função de explícita definição legal (DL n. 759/69), à noção de empresa pública da União. Incompetente, assim, ratione personae, a Justiça do Estado-membro para processar e julgar crime (...) cometido contra a Caixa Econômica Federal” (STF — HC n. 68.020/SP).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.018375-0, da comarca de Itajaí (1ª Vara Criminal), em que é impetrante José Antônio Kurten da Silva, sendo paciente Luís Antônio Tavares:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime,

conceder a ordem para declarar nulo o processo ab initio, por incompetência absoluta da Justiça Estadual, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal de Itajaí.

1 — Cuida-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. José Antônio Kurten da Silva, com supedâneo nos arts. 647 e seguintes do CPP, e art. 5º,

LXVIII, da Constituição Federal, em favor de Luís Antônio Tavares, contra ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Itajaí, nos autos do Processo Crime n. 033.00.009801-1, em que responde pela suposta prática do crime descrito no art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 14, II, do CP.

Informa que o paciente foi preso em flagrante “ficto”, no dia 4 de agosto do corrente, “sob a acusação de ter tentado praticar um furto (...) contra a Caixa Econômica Federal, empresa pública, localizada no município de Navegantes” (fl. 3).

Diz que o auto de prisão em flagrante foi lavrado e devidamente homologado pelo Juízo dito coator, tendo a denúncia sido oferecida em 14 de agosto e o paciente interrogado em 5 de setembro de 2000.

Salienta que a defesa do paciente ingressou com três pedidos de liberdade provisória perante o Juízo impetrado, os quais, contudo, até a data da impetração ainda não tinham sido analisados, o que entende configurar ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Carta Constitucional Federal, e constrangimento ilegal.

Não obstante reconhecer que não é o momento oportuno para discutir a culpabilidade do paciente, faz extensa incursão na matéria de prova, tentando fazer crer que não são verdadeiras as imputações que estão sendo assestadas a ele.

Argúi a incompetência do Juízo impetrado para o processamento e julgamento da ação penal em questão, uma vez que a vítima do pretense furto foi a Caixa Econômica Federal, sendo o feito da competência da Justiça

Federal, nos precisos termos do art. 109, I, da Constituição Federal (sic).

Dessa forma, sustenta que patenteado está o constrangimento ilegal que vem sofrendo o paciente, pois o Processo Crime a que responde é nulo ab initio, dada a incompetência do Juízo.

Alega que, anulados os atos processuais praticados até agora, haverá evidente excesso de prazo no encerramento da instrução criminal, não se podendo atribuir parcela de culpa ao paciente ou à sua defesa pelo fato de estar sendo processado por Juízo incompetente.

Argumenta, de outro vértice, que o flagrante é nulo, haja vista ser “ficto” e não haver sido elaborado o necessário exame de corpo de delito — laudo pericial — relativamente ao arrombamento ocorrido, nos moldes do art. 158 do CPP, já que se cuida de infração que deixa vestígios.

Por fim, diz que a soltura do paciente não acarretará qualquer perigo à sociedade, não estando presentes os pressupostos do art. 312 do CPP, pelo que lhe deve ser concedida a liberdade provisória, a teor do disposto no art. 310, parágrafo único, do CPP.

Requeru, assim, a concessão liminar da ordem, a fim de que fosse restabelecido o status libertatis do paciente.

Instruem a inicial os documentos de fls. 12 a 52.

A liminar foi justificadamente indeferida (despacho de fls. 54/55).

Sobreveio petição do impetrante ratificando inteiramente o que havia sido declinado na inicial, requerendo a

juntada de documentos e reiterando o pedido de concessão da ordem.

Oficiada, a autoridade dita coatora prestou as suas informações.

Instada, a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do pedido, com a remessa dos autos à Justiça Federal, competente para o seu processamento e julgamento.

É o relatório.

2 — Razão assiste ao impetrante quando levanta a incompetência do Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Itajaí para processar e julgar o paciente.

Dos documentos acostados ao habeas corpus, infere-se que o paciente está sendo processado perante a Justiça Comum porque, segundo se depreende da denúncia e das informações da autoridade dita coatora, no dia 4 de agosto de 2000, por volta de 0h15min, tentou furtar, mediante arrombamento e em concurso de agentes, a agência da Caixa Econômica Federal de Navegantes, somente não conseguindo seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

Evidente que a vítima, então, foi a Caixa Econômica Federal, empresa pública pertencente à União, e, de acordo com o disposto no art. 109, IV, da Carta Constitucional Federal, compete à Justiça Federal processar e julgar “os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral”.

A jurisprudência do Excelso Pretório é pacífica quanto à competência dos Juízes Federais nesse caso, senão leia-se:

“Habeas corpus. Paciente condenado pela Justiça Estadual, por crime de roubo praticado contra a Caixa Econômica Federal. Alegada nulidade. Incompetência. Prescrição.

“Procedência da alegação.

“Os crimes praticados contra o patrimônio de empresa pública federal são de competência da Justiça Federal.

“(…)”

“Habeas corpus deferido” (STF — HC n. 71.849/SP — rel. Min. Ilmar Galvão — DJU de 4/8/95, pág. 22.444 — o grifo é nosso).

Nesse mesmo sentido:

“Havendo sido praticado o crime de roubo, em detrimento da Caixa Econômica Federal, compete à Justiça Federal o processo e julgamento da ação penal (art. 109, inciso IV, da CF)” (STF — HC n. 70.541/SP — rel. Min. Sidney Sanches — DJU de 18/3/94, pág. 5.151).

Ainda nesse norte:

“Os delitos cometidos contra o patrimônio da Caixa Econômica Federal — que é empresa pública da União — submetem-se à competência penal da Justiça Federal comum ou ordinária. Trata-se de competência estabelecida *ratione personae* pela Constituição da República.

“É pois, incompetente a Justiça do Estado-membro para processar e julgar crime de roubo cometido contra a Caixa Econômica Federal. (...)” (STF — HC n. 68.895/SP — rel. Min. Celso de Mello — DJU de 21/2/92, pág. 1.695).

E, por fim, para afastar qualquer dúvida acerca do tema tratado, cita-se:

“A Carta Política, ao definir a competência penal da Justiça Federal comum, incluiu nas suas atribuições jurisdicionais, dentre outras hipóteses, os delitos cometidos contra bens, serviços e interesses das empresas públicas federais. A Caixa Econômica Federal, que é ente revestido de parastatalidade, subsume-se, em função de explícita definição legal (DL n. 759/69), à noção de empresa pública da União. Incompetente, assim, *ratione personae*, a Justiça do Estado-membro para processar e julgar crime de roubo cometido contra a Caixa Econômica Federal. (...)” (STF — HC n. 68.020/SP — rel. Min. Celso de Mello — DJU de 26/10/90, pág. 11.978 — grifamos).

Sendo apurada suposta prática de crime de tentativa de furto contra agência da Caixa Econômica Federal, empresa pública da União, conduta atribuída ao paciente, absolutamente incompetente a Justiça Estadual para processá-lo e julgá-lo, pelo que evidenciado o constrangimento ilegal a que está sendo compelido, nos precisos termos do art. 648, VI, do Código de Processo Penal.

Dessa forma, outra solução não resta a este Tribunal senão conceder a ordem para declarar nula a ação penal, desde o seu início, haja vista a incompetência absoluta do Juízo, e determinar a remessa dos autos à Justiça Federal, onde poderão ser ratificados os atos não decisórios.

Com o reconhecimento da incompetência do Juízo Estadual, o alegado excesso de prazo para o encer-

ramento da instrução criminal; a tese de nulidade do flagrante; a sustentada necessidade do laudo pericial comprobatório do arrombamento, para atestar a qualificadora em que foi incurso o paciente; a alegativa de que a soltura não acarretará qualquer perigo à sociedade, bem como de que não estão presentes os pressupostos do art. 312 do CPP; tudo a justificar, no entender do impetrante, a concessão da ordem para deferir a Luís Antônio a liberdade provisória, são matérias a ser dirimidas pela autoridade judiciária federal competente.

Nesses moldes já decidiu esta Corte de Justiça:

“Sendo competente a Justiça Federal para processar e julgar o paciente, cabe à mesma sanar qualquer coação eventualmente ocorrida, mesmo tendo sido o ato praticado por Juiz Estadual” (HC n. 12.553, da Capital, rel. Desembargador José Roberge, j. em 13/11/95).

3 — Diante de todo o exposto, a Câmara concede a ordem para declarar nulo o processo ab initio, por incompetência absoluta da Justiça Estadual, determinando, outrossim, a remessa dos autos à Justiça Federal de Itajaí.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 17 de outubro de 2000.

Jorge Mussi,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.018596-5, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**Relator: Des. Jorge Mussi**

Habeas corpus — Sentença condenatória que permite ao paciente recorrer em liberdade — Anulação do julgado por força de decisão proferida em recurso exclusivo da defesa — Novo edito condenatório que, sem qualquer fundamentação ou fato novo a justificar a mudança, nega ao réu o direito de apelar solto — Constrangimento ilegal manifesto — Acusado que, ademais, permaneceu livre durante a instrução criminal, comparecendo a todos os atos do processo — Inexistência dos requisitos da custódia preventiva — Medida liminar confirmada — Ordem concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.018596-5, da comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal), em que é impetrante o Dr. Carlos Cesário Pereira, sendo paciente Edson Santana:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem em favor do paciente, confirmando-se a liminar.

1 — Trata-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. Carlos Cesário Pereira, em favor de Edson Santana, contra ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú.

Informou o impetrante que o paciente foi denunciado, juntamente com outros acusados, por infringir o disposto no art. 157, § 2º, I e II, do CP, peça que foi recebida em 11 de abril de 1991, restando condenados “a penas distintas, porém idênticas, de cinco anos e quatro meses de reclusão” (fl. 2).

Da decisão condenatória houve recurso a este Tribunal, que houve

por bem anular o processo, nos termos expostos no acórdão de fls., que trouxe anexo, retornando os autos à origem, onde as partes apresentaram alegações finais no início de novembro de 1999, sendo a nova sentença proferida no dia 13 do referido mês.

Alegou que o edito condenatório, “além da excessiva pena aplicada ao paciente, que será objeto de recurso próprio e futuro, trouxe ainda a determinação de expedição de mandados de prisão a todos os réus, o que significa a vedação ao paciente de recorrer em liberdade” (fl. 3).

Sustentou que a negativa do direito de recorrer em liberdade não encontra qualquer justificativa nos autos da ação penal a que respondeu o paciente, eis que compareceu a todos os atos processuais, além de ser primário e não se poder considerá-lo como indivíduo de “alta periculosidade” (fl. 3). E mais, quando da primeira sentença, foi-lhe concedido o direito de apelar em liberdade, vez que não era reincidente.

Requeru, assim, a concessão liminar da ordem, a fim de que lhe fos-

se garantido o direito de recorrer solto da sentença que o condenou e assim permanecer até o seu trânsito em julgado.

Trouxe aos autos cópias do processo crime em questão (fls. 5 a 72).

A liminar foi justificadamente concedida (despacho de fls. 74/75).

Oficiada, a autoridade impetrada prestou as suas informações (fls. 82/83), ocasião em que encaminhou cópia das alegações finais, da sentença anulada e da prolatada em seu lugar (documentos de fls. 84 a 134).

Instada, a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela concessão do remédio heróico.

2 — Merece ser tornada definitiva a medida liminar concedida.

Com efeito, vê-se que por ocasião da prolação da primeira sentença foi concedido ao paciente o direito de recorrer solto, tudo porquanto não era reincidente e aguardou a sentença em liberdade, como se infere do consignado à fl. 102 dos autos principais (fl. 21 do writ).

Em razão de recurso da sua defesa e dos demais acusados, foi anulada referida decisão por deliberação desta Segunda Câmara Criminal, sobrevindo nova, em que o sentenciante, ao final, ordenou a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, isto é, negou-lhe o direito de recorrer em liberdade, sem contudo justificar o porquê de tal determinação (fl. 205 dos autos principais — fl. 72 dos presentes autos).

Sabe-se que, com o advento da Constituição Federal, o artigo 594 do Código de Processo Penal vem mere-

cendo interpretação mais liberal, em respeito ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Lei Magna), constituindo a prisão, em qualquer circunstância, exceção à regra de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Deixou de ser, assim, condição para o recebimento do apelo o recolhimento do réu ao cárcere.

A segregação cautelar não está de forma alguma desautorizada pela Lei Maior, mas foi por ela tornada medida excepcional, pelo que deve pautar-se pelas regras do artigo 312 do Código Processual Penal, que enumera as hipóteses de necessidade de aprisionamento do réu no curso da instrução criminal.

Deve, ainda, juntamente com a excepcionalidade, revestir-se de instrumentalidade, ou seja, é mister que se perceba a necessidade de aprisionamento do réu para o normal transcorrer do processo, isto é, há que se inferir que, se solto, esta normalidade estaria ameaçada.

Assim entende Alberto Silva Franco:

“Quando o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’, é inquestionável que não se afirma que o acusado deva, em todo o transcorrer da investigação policial e do processo judicial, permanecer livre e que nenhum poder cautelar possa ser, contra ele, exercido. Tanto é exato que a própria Constituição Federal reconhece que o Estado pode exercitar seu poder cautelar quer por meio de prisão em flagrante delito, quer através de

ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal). Destarte, a primeira consequência que se extrai da aceitação constitucional do princípio da presunção de inocência é a de que a liberdade do acusado, no processo penal, constitui uma regra geral enquanto que o exercício do poder cautelar se traduz numa exceção. Em resumo, uma relação entre generalidade e excepcionalidade. A segunda observação que se mostra adequada, em virtude da acolhida do princípio da presunção de inocência, em nível constitucional, é a de que as medidas de cautela que se traduzem em coerção pessoal devem ter um caráter puramente instrumental, não se admitindo que se transformem numa pena antecipada, nem que o acusado seja contaminado pela figura do culpado. A total privação da liberdade pessoal, em razão de uma medida cautelar, só se distingue da total privação de liberdade em virtude de uma sentença condenatória definitiva, no plano das finalidades objetivadas: finalidade puramente instrumental, isto é, de realização do processo e de garantia de seus resultados, num caso, e finalidade, de conotação penal, de prevenção e reeducação, no outro. O princípio da presunção de inocência não entra, portanto, em rota de colisão com a prisão cautelar desde que esta tenha o caráter de excepcionalidade e não perca sua qualidade instrumental. A verificação dessas duas características básicas importa no reconhecimento de que a privação da liberdade não pode decorrer de um automatismo legal (prisão cautelar obrigatória) uma vez que o exercício do poder cautelar deverá estar sem-

pre subordinado à comprovação, real, efetiva, concreta do *periculum libertatis*, nem pode ter desvirtuado o seu feito instrumental que tem alicerces fundados numa palavra-chave: a necessidade. O exercício do poder cautelar, no processo penal, para preservar o princípio constitucional da presunção de inocência, não poderá ser, em resumo, nem automático, nem desnecessário” (Crimes Hediondos e Notas sobre a Lei n. 8.072/90, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, págs. 91-2).

E tal constatação há que estar delineada na decisão que ordena a prisão, como vem orientando a jurisprudência pátria, que tem decidido que “ressalvado o flagrante delito, para todas as demais hipóteses de prisão cautelar rege o princípio da obrigatoriedade da fundamentação, mediante juízo valorativo acerca de sua excepcional necessidade, em face do *periculum libertatis* apurável real e efetivo no caso concreto” (TJSP — HC n. 279.447-3/1, São Paulo, 3ª CCrim, rel. Des. Gonçalves Nogueira, j. em 11/5/00 — in Boletim do IBCrim n. 96, pág. 495), o que não foi obedecido na espécie.

Ora, se na anterior sentença havia sido o réu beneficiado com o direito de recorrer em liberdade, porquanto não era reincidente e permaneceu solto até o momento da sua prolação, comparecendo a todos os atos processuais, não há razão visível para que, por determinação da novel decisão, seja então encarcerado, mormente da forma como foi feito, sem qualquer motivação e sem fato novo que justificasse a mudança.

De acordo com os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“A atual redação do art. 594, CPP, aproximou-o das mais recentes recomendações da doutrina penal e da criminologia. A orientação inicial era de a restrição ao exercício do direito de liberdade decorrer do simples reconhecimento do crime; depois, se não demonstrados a primariedade e os bons antecedentes; hoje, por imperativo da Constituição da República é diferente. A proibição de recorrer em liberdade é excepcional. Urge, além disso, de a decisão ser motivada e evidenciar a necessidade do recolhimento” (RT 713/408).

Ainda desta Superior Corte:

“O art. 594 do CPP tem de ser repensado diante da nova Constituição Federal, que consagra em seu art. 5º, dentre outros, os princípios da ‘presunção de inocência’ (inciso LVII) e da ‘liberdade provisória’ (inc. LXVI). A regra geral é ‘apelar solto’; a excepcional, ‘apelar preso’. O que o juiz nunca pode deixar de fazer é demonstrar a necessidade da prisão. (...)” (RHC n. 2642-3/RN, DJU de 10/5/93, pág. 8.650).

Igualmente:

“A prisão para recorrer como a penal, reclama necessidade e interesse público. Se o paciente respondeu ao processo em liberdade, a restrição somente pode ser imposta havendo fato posterior” (RSTJ 76/51).

Desta Casa, tem-se o seguinte aresto:

“Habeas corpus. Direito de recorrer em liberdade. Réu que respondeu solto a todos os atos da instrução criminal, sem causar qualquer empe-

cilho. Ausência dos requisitos que autorizam a prisão preventiva. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida.

‘Havendo o condenado respondido em liberdade aos atos instrutórios, a prisão determinada na sentença condenatória só terá suporte se presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva’ (RHC n. 3.534-0/RJ, rel. Min. Flaquer Scartezini, DJU de 25/4/94, pág. 9.266)” (HC n. 12.437, de Taió, rel. Des. Alberto Costa, j. em 25/9/95).

E, mais recentemente:

“Habeas corpus — Decisão condenatória que nega ao paciente o benefício de recorrer em liberdade — Réu que permaneceu solto durante a instrução criminal, comparecendo a todos os atos do processo — Inexistência dos requisitos da custódia preventiva — Ordem concedida” (HC n. 98.008471-7, de Blumenau, deste relator, j. em 11/8/98).

Diante das considerações acima, e nada havendo nos autos que motivasse a aplicação da regra do art. 594 do CPP no caso em tela, vez que nenhum fato novo foi mencionado ou verificado e os pressupostos para o encarceramento cautelar não se fazem presentes, merece concedida a ordem, a fim de garantir-se ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da decisão condenatória.

3 — Pelo exposto, a Câmara concede a ordem, para, confirmando a liminar, garantir ao paciente o direito de recorrer em liberdade da decisão que o condenou, assim permanecendo até o seu trânsito em julgado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 14 de novembro de 2000.

Jorge Mussi,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.019395-0, DE CONCÓRDIA

Relator: Des. Jorge Mussi

Habeas corpus — Processual-penal — Crime ambiental — Pena mínima igual a um ano — Suspensão condicional do processo proposta pelo órgão ministerial — Acusado que compareceu à audiência desacompanhado de advogado e aceitou a proposta — Juízo impetrado que deixou de nomear defensor para o ato — Ofensa ao disposto no art. 89, § 1º, da Lei n. 9.099/95, c/c art. 133 da Carta Constitucional Federal — Nulidade — Constrangimento ilegal patenteado — Ordem concedida.

Exige o § 1º do art. 89 da Lei n. 9.099/95 que a proposta de suspensão condicional do processo seja aceita não só pelo réu, mas também por seu defensor, que, via de consequência, deverá estar presente à audiência para tal fim, posto que a Constituição Federal considera a participação deste indispensável à administração da justiça (art. 133 da CF/88). Descumprida tal formalidade, absolutamente nulo é o ato que homologa a suspensão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.019395-0, da comarca de Concórdia (1ª Vara), em que é impetrante o Dr. Celso Antônio Frozza, sendo paciente Neldo Simon:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem, e determinar que seja designada nova audiência para os fins do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Cuida-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. Celso Antônio Frozza, com supedâneo no art. 5º, LXVIII, da Carta Constitucional, e arts. 647 e 648, IV, do Código de Processo Penal, em favor de Neldo Simon, contra ato da Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito Substituta da 1ª Vara do Juizado Especial Criminal da comarca de Concórdia, nos autos do Processo Crime n. 019.99.002091-4.

Informa o impetrante que o paciente foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 54, § 2º, V, da

Lei n. 9.605/98 (Crimes Ambientais), oportunidade em que o órgão ministerial propôs-lhe a suspensão condicional do processo.

Diz que a denúncia foi recebida em 24 de maio de 2000 e designou-se o dia 9 de agosto para a audiência para os fins do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Assevera que para tal audiência o paciente somente foi intimado em 7 de agosto, não tendo, por isso, "oportunidade de constituir defensor" (fl. 3), comparecendo àquela desacompanhado de advogado, consoante se infere do termo de audiência anexo, "não lhe sendo oportunizado indicar defensor para o ato, tampouco lhe foi nomeado defensor público" (fl. 3).

Alega, outrossim, que na referida audiência "não se encontravam nem o representante do Ministério Público nem a Juíza (...), fato este costumeiro nesta Comarca", tendo a técnica judiciária presidido o feito e proposto o sursis processual ao paciente, "que não entendendo nada do que estava acontecendo, pois ninguém lhe explicou as conseqüências do seu ato, apenas lhe disseram que lhe era 'um bom negócio', assinou os documentos que lhe foram apresentados; conseqüentemente, aceitou a proposta de suspensão" (fl. 3).

Sustenta que tal ato é nulo de pleno direito, pois não atendeu ao disposto no art. 89, § 1º, da Lei n. 9.099/95, que determina expressamente que a proposta deverá ser aceita pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, lembrando ainda que "se norma não excepciona, não é lícito ao intérprete fazê-lo" (fl. 4).

Assim, e argumentando evidente o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, à luz do art. 648, VI, do CPP, e alegando cabível a propositura do writ para saná-lo, pretende a concessão liminar da ordem, a fim de que seja reconhecida a nulidade da ação penal, a partir da audiência de propositura do sursis processual, determinando-se, via de conseqüência, "a repetição da solenidade, de modo a atender às exigências legais" (fl. 7).

Instruem o pedido os documentos de fls. 8 a 16.

A liminar foi justificadamente indeferida (despacho de fls. 18/19).

Oficiada, a autoridade dita coatora apresentou suas informações, noticiando que na data apazada o acusado compareceu desacompanhado de defensor e, proposta a suspensão do feito, foi por ele aceita. Asseverou que seria inviável nomear defensor dativo a todo réu que comparecer à audiência em questão sem o seu advogado, vez que são feitas em média 20 audiências desse tipo por semana e designar nova data para o ato quando isso ocorresse tornaria "a pauta de audiência extensa e morosa" (fl. 24). Afirmou, por fim, que o fato de constar no termo que o acusado e o seu defensor aceitaram a proposta ministerial trata-se de erro material, bem como que, juntamente com o representante do Ministério Público, estava presente à audiência em exame (fls. 23/24).

Instada, a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela concessão do remédio heróico.

É o relatório.

2 — Merece concedida a ordem de habeas corpus.

Da análise da documentação trazida à colação pelo impetrante, infere-se que o paciente foi denunciado pelo cometimento, em tese, da infração disposta no art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/98, que pune, com reclusão de 1 a 5 anos, aquele que: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”, com a agravante de o crime “ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos”.

Como a pena mínima prevista para o delito em referência era igual a 1 ano, já na oportunidade da denúncia o órgão ministerial, diante do preenchimento das condições legalmente estipuladas, ofereceu ao ora paciente a suspensão do processo, sob as seguintes condições: a) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, por prazo superior a 30 dias, sem autorização do Juízo processante; b) comparecimento bimensal em Juízo, a fim de informar e justificar suas atividades; c) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, pelo que requereu a designação de audiência para formular a proposta, nos termos do art. 89, § 1º, da Lei n. 9.099/95.

Recebida a denúncia, foi marcado dia para a audiência de proposta e, devidamente intimado (constando do mandado a necessidade de fazer-se acompanhar por advogado — art. 68 da Lei n. 9.099/95), na data aprazada compareceu o acusado, sem contudo fazer-se acompanhar de seu defensor, e, feita a proposta, ten-

do já reparado o dano, aceitou-a, consoante se infere do “Termo de Audiência — Artigo 89 da Lei n. 9.099/95” que descansa à fl. 14 destes autos.

O Superior Tribunal de Justiça já deixou assentado que “a suspensão condicional do processo prevista na Lei n. 9.099/1995 se circunscreve no princípio da discricionariedade regulada, da vontade consciente do acusado e de seu defensor, e da desnecessidade da aplicação da pena privativa de liberdade de curta duração, tendo em vista o menor potencial ofensivo da infração” (HC 5027/RJ — rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJU de 28/4/97, pág. 15.881 — RSTJ 95/357, grifamos).

Evidente, nesse passo, o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, porquanto o § 1º do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais é claro ao preceituar que a proposta deverá ser aceita “pelo acusado e seu defensor”, dispositivo que, diga-se, veio a ratificar o entendimento constitucionalmente consagrado, segundo o qual “o advogado é indispensável à administração da justiça” (art. 133 da CF/88).

Sobre a indispensabilidade da presença em audiência e da aprovação do advogado do réu a quem foi proposta a suspensão condicional da ação penal, a doutrina é pacífica:

“A suspensão condicional do processo é matéria consensual, sendo necessária a concordância do acusado para que o juiz profira a sentença. Dessa forma, apresentada a proposta com o oferecimento da denúncia, deve ser ele intimado para se manifestar a respeito. Poderá acei-

tá-la, ou entender que lhe é mais interessante responder ao processo para lograr a absolvição, não ficando submetido às condições restritivas do benefício. Trata-se de ato voluntário, personalíssimo e formal que deve ser praticado pelo réu na presença do magistrado. (...)

“Exige a lei que a proposta seja aceita não só pelo réu mas pelo defensor e que essa aceitação seja apresentada na presença do juiz. Não aceita a proposta pelo acusado ou por seu defensor, não é possível a homologação” (Julio Fabrinni Mirabete, Juizados Especiais Criminais, São Paulo, Atlas, 1997, págs. 157/158, destacamos).

Ao tratar do tema, Damásio E. de Jesus não diverge, ao afirmar que “a suspensão do processo depende da aceitação do réu e de seu defensor (§ 1º)” (Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, 2ª ed., Saraiva: São Paulo, 1996, pág. 124).

Nesse vértice navega a jurisprudência:

“Lei n. 9.099/95. Suspensão condicional do processo.

“A proposta de suspensão condicional do processo deve ser feita ao acusado e seu defensor através de uma audiência para tal fim com a necessária presença do Juiz e do Promotor” (TARS — Ap. Crim. n. 296004468 — rel. Sylvio Baptista Neto — j. 12/6/97, JUIS — Jurisprudência Informatizada Saraiva n. 18).

A suspensão condicional do processo não deixa de ser um acordo entre o acusado e o Ministério Público, e, da jurisprudência, embora cível, tratando de assunto semelhante, tem-se:

“Conciliação — Advogado — Necessidade — Exegese do artigo 133 da Constituição Federal.

“Sendo instituto tipicamente processual a conciliação pressupõe necessariamente, além da capacidade das partes e da disponibilidade do direito patrimonial sobre o qual versa o conflito, que os litigantes estejam acompanhados de seus patronos regularmente constituídos, posto que a Lei Maior considera a participação destes indispensável à administração da justiça (artigo 133)” (Ap. c/ Rev. 321.831 — 7ª Câm. — rel. Juiz Antonio Marcato — j. em 15/12/92, in JTA (Lex) 143/292 — Referência: Moacyr Amaral Santos — Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, 1ª ed., Rio: Forense, 1976, n. 298, pág. 402 — MG 452/2.062).

Ademais, e como se sabe, a nomeação de advogado por ocasião de audiências criminais é sempre de rigor, caso não disponha o réu de profissional constituído ou não tenha ele, embora intimado, comparecido ao ato. É o que prevê o parágrafo único do art. 265 do CPP, que dita que “a falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato”, bem como o que se pode extrair da última parte da regra do art. 68 da Lei n. 9.099/95, que estipula que “do ato de intimação do autor do fato e do mandado de citação do acusado, constará a necessidade de seu comparecimento acompanhado de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á designado defensor público”.

Ora, ao deixar de, no dia da audiência marcada para a aceitação da proposta de suspensão condicional do processo, nomear defensor ad hoc para o paciente, descumpriu o Juízo apontado as referidas normas, nulificando absolutamente o ato judicial sub examine, por falta de formalidade legalmente prevista para tanto (art. 564, IV, do CPP).

3 — Diante do exposto, a Câmara concede a ordem, para declarar nulo o ato judicial em questão, determinando que seja designada nova au-

diência para os fins do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 14 de novembro de 2000.

Jorge Mussi,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.020898-1, DE FRAIBURGO

Relator: Des. Jorge Mussi

Constitucional e processual-penal — Sentença condenatória que, sem qualquer fundamentação, determina a expedição de mandado de prisão contra o paciente — Necessidade de motivação da negativa do benefício de recorrer em liberdade — Exegese dos arts. 5º, LXI, e 93, IX, da CF/88 — Constrangimento ilegal demonstrado — Ordem concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.020898-1, da comarca de Fraiburgo, em que é impetrante o Dr. Flávio Marcelo Martins, sendo paciente Roberto Carlos de Almeida:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem em favor do paciente, expedindo-se o competente alvará de soltura, se por al não estiver preso.

1 — Cuida-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. Flávio Marcelo Martins com suporte no art. 5º, LXVIII,

da CF, e arts. 647 e 648 do Código de Processo Penal, em favor de Roberto Carlos de Almeida, contra ato da Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito da Vara Única da comarca de Fraiburgo.

Informou o impetrante que o paciente foi condenado nos autos do Processo Crime n. 024.99.001028-0 às penas de 7 anos e 2 meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 100 dias-multa, por infração ao art. 12 c/c 18, II, e art. 61, I, do CP, e a 1 ano e 9 meses de detenção, em regime semi-aberto, e ao pagamento de 15 dias-multa, por viola-

ção ao art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, c/c art. 61, I, do CP.

Disse que, preso em flagrante, durante o curso do processo foi solto, por ordem de habeas corpus concedida por este Tribunal (HC n. 00.003741-9, rel. Des. Nilton Macedo Machado), haja vista o evidente constrangimento ilegal a que estava sendo submetido o paciente, e dessa data até a prolação da sentença “trabalhou ininterruptamente, em empresas de Fraiburgo onde exerceu as funções de mecânico/chapeador”, e nas horas vagas e durante os finais de semana “prestava serviços a outra empresa da cidade, limpando caixas d’água de residências e estabelecimentos comerciais, conforme se infere dos documentos em anexo” (fl. 3).

Contudo, no dia 3 de outubro de 2000, quando se encontrava trabalhando, foi novamente preso, por força de mandado judicial decorrente da sentença condenatória.

Argumentou que o decreto prisional, ao simplesmente determinar, ao final, a expedição de mandado de prisão contra o paciente, não observou o disposto na Constituição Federal (art. 5º, LXI), que exige fundamentação para tanto, mormente porquanto o paciente encontrava-se respondendo à ação penal em liberdade.

Assim, e sustentando a presença da fumaça do bom direito, consistente na nulidade da decisão atacada, por falta de motivação, e do perigo na demora, já que estava solto e prestando serviço remunerado para duas empresas, requereu a concessão liminar da ordem, a fim de que se fizesse cessar o constrangimento ilegal a que vem sendo submetido o paciente,

concedendo-se-lhe o direito de aguardar solto o julgamento da apelação que já interpôs contra a decisão que o condenou, confirmando-se-lhe ao final, quando da análise do mérito.

Instruem a inicial os documentos de fls. 7 a 29.

A medida liminar foi justificadamente indeferida (despacho de fls. 31/32).

Oficiada, a autoridade dita coatora prestou as informações, em que noticia que se negou ao acusado o direito de recorrer da sentença em liberdade porquanto restou condenado pelo delito de tráfico de drogas, exigindo a lei o seu encarceramento para apelar (art. 35 da Lei n. 6.368/76); é reincidente; e está evidenciada a sua periculosidade (fls. 62/65). Trouxe aos autos cópias da sentença condenatória, certidão de antecedentes do paciente e o termo de apreensão da droga encontrada com o réu (fls. 66 a 83).

Instada, a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça posicionou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

2 — É de se conceder o habeas corpus, não obstante o parecer desfavorável do Parquet ad quem.

Sabe-se que, com o advento da Constituição Federal, o artigo 594 do Código de Processo Penal, assim como o art. 35 da Lei de Tóxicos, que obrigam o réu a recolher-se ao cárcere para apelar (salvo se primário e de bons antecedentes ou condenado por crime de que se livre solto), vêm merecendo interpretação mais liberal, em respeito ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Lei Magna), constituindo a prisão, em qualquer cir-

cunståncia, exceção à regra de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatária.

Nesse norte, dos julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“A atual redação do art. 594, CPP, aproximou-o das mais recentes recomendações da doutrina penal e da criminologia. A orientação inicial era de a restrição ao exercício do direito de liberdade decorrer do simples reconhecimento do crime; depois, se não demonstrados a primariedade e os bons antecedentes; hoje, por imperativo da Constituição da República é diferente. A proibição de recorrer em liberdade é excepcional. Urge, além disso, de a decisão ser motivada e evidenciar a necessidade do recolhimento” (RT 713/408).

Ainda dessa Superior Corte:

“O art. 594 do CPP tem de ser repensado diante da nova Constituição Federal, que consagra em seu art. 5º, dentre outros, os princípios da ‘presunção de inocência’ (inciso LVII) e da ‘liberdade provisória’ (inc. LXVI). A regra geral é ‘apelar solto’; a excepcional, ‘apelar preso’. O que o juiz nunca pode deixar de fazer é demonstrar a necessidade da prisão. (...)” (RHC n. 2642-3/RN, DJU de 10/5/93, pág. 8.650).

Nem sequer o fato de ser o réu reincidente, como no caso, não elide a excepcionalidade da prisão cautelar como condição recursal, conforme já se decidiu:

“A CF estabeleceu, no art. 5º, LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatária’. Perdeu, pois, força jurídica e consequên-

cia axiomática da condenação, como previsto no art. 594 do CPP. A prisão do réu antes do trânsito em julgado da condenação penal só pode ocorrer em razão de determinação fundamentada (art. 5º, LXI, da CF). Assim, não pode a sentença condenatária negar ao réu o direito de recorrer em liberdade com fundamento tão-só no fato de ser reincidente, sendo necessário invocar o quadro dos requisitos previstos para a prisão preventiva, dada a norma constitucional referida” (TACrimSP — RT 643/303, grifamos).

Deste Tribunal, colhe-se, em idêntica orientação, guardando as devidas proporcionalidades com a hipótese que se apresenta:

“Ao agente reconhecidamente reincidente, com antecedentes pouco recomendáveis, porém que respondeu a todo o longo processo em liberdade, sem causar qualquer embaraço à instrução, deve ser concedido o benefício de apelar solto, desde que, como no caso vertente, não estejam presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva” (HC n. 96.007488-0, de São Francisco do Sul, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 10/9/96).

Note-se que, até mesmo no tocante aos crimes hediondos, como o tráfico de entorpecentes, crime em que foi condenado o paciente, a prisão para apelar constitui excepcionalidade, como se vê do artigo 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, devendo ser justificada a sua decretação, até em respeito ao disposto nos arts. 5º, LXI, e 93, IX, da Carta Constitucional.

Julio Fabbrini Mirabete, ao tratar do assunto, ensina:

“O juiz pode negar a liberdade provisória, ainda que se trate de réu

primário e de bons antecedentes, aos condenados por crimes hediondos, por prática de tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo pois o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072, de 25/7/90, dispõe que 'o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade'. Sua liberdade depende do prudente arbítrio do juiz que, se entender ser ela aconselhável, poderá concedê-la, fundamentando sua decisão. (...) Diga-se, aliás, que o artigo 2º, § 2º, da Lei n. 8.072, revogou o artigo 35 da Lei de Tóxicos, que sempre condicionara o recurso à prisão do réu na hipótese de concessão por tráfico de entorpecentes e drogas afins" (Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed. atual., São Paulo, Atlas, 1997, pág. 760).

Deixou de ser, assim, condição para o recebimento do apelo o recolhimento do réu ao cárcere.

Ressalte-se, contudo, que a segregação cautelar não está de forma alguma desautorizada pela Lei Maior, mas foi por ela tornada medida excepcional, pelo que deve pautar-se pelas regras do artigo 312 do Código Processual Penal, que enumera as hipóteses de necessidade de aprisionamento do réu no curso da instrução criminal.

Deve, ainda, juntamente com a excepcionalidade, revestir-se de instrumentalidade, ou seja, é mister que se perceba a necessidade de aprisionamento do réu para o normal transcorrer do processo, isto é, há que se inferir que, se solto, essa normalidade estaria ameaçada.

Assim entende Alberto Silva Franco:

"Quando o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória', é inquestionável que não se afirma que o acusado deva, em todo o transcorrer da investigação policial e do processo judicial, permanecer livre e que nenhum poder cautelar possa ser, contra ele, exercido. Tanto é exato que a própria Constituição Federal reconhece que o Estado pode exercitar seu poder cautelar quer por meio de prisão em flagrante delito, quer através de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal). Destarte, a primeira consequência que se extrai da aceitação constitucional do princípio da presunção de inocência é a de que a liberdade do acusado, no processo penal, constitui uma regra geral enquanto que o exercício do poder cautelar se traduz numa exceção. Em resumo, uma relação entre generalidade e excepcionalidade. A segunda observação que se mostra adequada, em virtude da acolhida do princípio da presunção de inocência, em nível constitucional, é a de que as medidas de cautela que se traduzem em coerção pessoal devem ter um caráter puramente instrumental, não se admitindo que se transformem numa pena antecipada, nem que o acusado seja contaminado pela figura do culpado. A total privação da liberdade pessoal, em razão de uma medida cautelar, só se distingue da total privação de liberdade em virtude de uma sentença condenatória definitiva, no plano das finalidades objetivadas: finalidade puramente instrumental, isto é, de realização do processo e

de garantia de seus resultados, num caso, e finalidade, de conotação penal, de prevenção e reeducação, no outro. O princípio da presunção de inocência não entra, portanto, em rota de colisão com a prisão cautelar desde que esta tenha o caráter de excepcionalidade e não perca sua qualidade instrumental. A verificação dessas duas características básicas importa no reconhecimento de que a privação da liberdade não pode decorrer de um automatismo legal (prisão cautelar obrigatória) uma vez que o exercício do poder cautelar deverá estar sempre subordinado à comprovação, real, efetiva, concreta do *periculum libertatis*, nem pode ter desvirtuado o seu feitiço instrumental que tem alicerces fundados numa palavra-chave: a necessidade. O exercício do poder cautelar, no processo penal, para preservar o princípio constitucional da presunção de inocência, não poderá ser, em resumo, nem automático, nem desnecessário" (Crimes Hediondos e Notas sobre a Lei n. 8.072/90, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, págs. 91/2, o grifo é nosso).

E tal constatação há que estar delineada na decisão que ordena a prisão, como vem orientando a jurisprudência pátria, que tem decidido que "ressalvado o flagrante delito, para todas as demais hipóteses de prisão cautelar rege o princípio da obrigatoriedade da fundamentação, mediante juízo valorativo acerca de sua excepcional necessidade, em face do *periculum libertatis* apurável real e efetivo no caso concreto" (TJSP — HC n. 279.447-3/1, São Paulo, 3ª CCrim, rel. Des. Gonçalves Nogueira, j. em 11/5/00 — in Boletim do IBCrim

n. 96, pág. 495), o que não foi obedecido na espécie.

No caso em análise, contudo, limitou-se a autoridade impetrada, sem qualquer justificação, a determinar a expedição de mandado de prisão contra o paciente.

Ora, a teor das considerações transcritas e do que dispõem os arts. 5º, LXI, e 93, IX, da Constituição Federal, mister que o Juízo apontado como coator fundamentasse o porquê da necessidade do encarceramento do paciente para recorrer, mormente num país em que vigem os princípios da pluralidade dos graus de jurisdição e da presunção de inocência, e principalmente considerando-se que não sobreveio qualquer razão ensejadora da prisão cautelar após a concessão do habeas corpus por este Tribunal e também porque compareceu o acusado a todos os chamamentos judiciais no período em que gozava de liberdade provisória.

Do Superior Tribunal de Justiça, extrata-se, nesse sentido:

"O art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, veio mitigar a imperatividade da imposição do art. 35 da Lei n. 6.368/76, de modo que, para impor a constrição ao direito de liberdade, mesmo no uso da faculdade que lhe é conferida, o julgador há de se submeter ao dever de motivar concretamente o ato constritivo (art. 93, IX, CF)" (RHC n. 9.631/SP — rel. Min. Arnaldo da Fonseca — DJU de 9/10/2000, pág. 161).

E mais, se o acusado permaneceu solto durante o processo, a condenação, ainda que por crime hediondo, não tem o condão de obstar o apelo em liberdade:

"I — Se o réu se encontrava, ao longo do processo, em liberdade, o juiz sentenciante para obstar o direito de apelar em liberdade deveria ter fundamentado concretamente a sua decisão.

"II — A exigência de motivação vinculada não está afastada mesmo em sede de delitos hediondos.

"Writ concedido" (HC n. 6.682/PE, rel. Min. Felix Fischer, j. em 17/3/98, DJU de 11/5/98, pág. 134).

Igualmente:

Sobre a matéria não diverge a jurisprudência desta Corte de Justiça, leia-se:

"Habeas corpus. Paciente condenado por tráfico de entorpecentes. Decreto que lhe negou o direito de recorrer em liberdade. Inocorrência dos motivos apresentados pelo magistrado apontado como coator. Ordem concedida.

"Assim como o § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 possibilitou ao réu aguardar o recurso em liberdade, desde que motivada a decisão, nos crimes de tráfico de entorpecentes, antes vedado pelo art. 35 da Lei n. 6.368/76, também deve ser motivada a decisão que nega o benefício, porque todas as decisões judiciais devem ser, obrigatoriamente, fundamentadas" (HC n. 96.006334-0, de Tubarão, rel. Des. José Roberge).

"Habeas corpus — Tráfico de drogas — Crime hediondo — Condenação — Direito de recorrer em liberdade — Benefício negado — Paciente

que respondeu ao processo em liberdade — Prisão sem fundamentação de sua necessidade — Inadmissibilidade — Exegese do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90 — Ordem concedida.

"O § 2º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90 admite que o condenado por crime hediondo apele em liberdade, cometendo ao juiz a tarefa de decidir fundamentadamente a respeito.

"A decisão judicial, amparada em elementos objetivos e concretos existentes nos autos, deve ser fundamentada num e noutro sentido, ou seja, quer negue ao réu o direito de apelar em liberdade, quer conceda a ele referido benefício" (HC n. 12.543, de Joaçaba, relator Des. Álvaro Wandell).

3 — Pelo exposto, a Câmara concede a ordem, para garantir ao paciente o direito de recorrer em liberdade da decisão que o condenou, assim permanecendo até o seu trânsito em julgado, expedindo-se, para tanto, o competente alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 14 de novembro de 2000.

Jorge Mussi,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.018852-2, DE XANXERÊ**Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Apreensão de substância tóxica na posse de detento, logo após a visita de seu advogado. Pretendido trancamento da ação penal em face da ausência de justa causa. Não ocorrência. Prova indiciária indicando, a princípio, que o tóxico foi entregue ao “detento” pelo paciente, havendo um mínimo justificando o desencadeamento da ação penal, não podendo falar em constrangimento ilegal, por falta de justa causa. Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.018852-2, da comarca de Xanxerê, em que é impetrante o Dr. Leonir Baggio, sendo paciente Anderson Bastos:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Na comarca de Xanxerê, 2ª Vara, Anderson Bastos foi denunciado pela prática do crime definido no artigo 12 combinado com o artigo 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76.

Por meio de habeas corpus, impetrado pelo Dr. Leonir Baggio, é pretendido o trancamento da ação penal, por falta de justa causa ao seu exercício. Para tanto, são colocadas em destaque nuances da prova amealhada na fase pretérita, quando salientado: “Precisa o juízo criminal, de justa causa suficientemente configurada, consistência que decorre da instrução investigatória, de indícios veementes e de figura nuclear típica delineada com a plenitude de suas matizes. Saliente-se que a denúncia fundamenta-se na presunção que fizeram entre

a coincidência do flagrante com a visita do Advogado que prestava serviços ao detento”.

No pedido, foi requerida a suspensão do interrogatório, que se encontrava marcado para o dia 29 de setembro, próximo passado. Contra o despacho que determinou, tão-somente, providências procedimentais (requisição de informações e vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça), foi interposto agravo regimental, que foi objeto da seguinte deliberação, constante às fls. 66/68: “Na comarca de Xanxerê, Anderson Bastos foi denunciado pela prática do crime definido no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, porquanto, segundo a imputação, ‘Em data de 11 de setembro de 2000, por volta das 16h15min, o denunciado Anderson Bastos dirigiu-se até o Presídio local, nesta Cidade, para fornecer Cannabis Sativa Linneu ao seu cliente e co-denunciado Edson Lara Dal Bosco, que se encontra preso em função de tráfico de entorpecentes, pelo que transportou e levou consigo a droga até aquela instituição prisional com a finalidade de fornecê-la para Edson. Já no presídio local, Anderson Bastos manteve rápida conversa a sós com

seu cliente, no corredor do parlatório da instituição penal, entregando-lhe uma 'trouxinha' contendo cerca de 11,55 gramas da droga psicotrópica conhecida vulgarmente como maconha, que trazia consigo e transportou para dentro do presídio local. Após receber a droga entorpecente do seu advogado e co-denunciado, Edson Lara Dal Bosco retornava ao interior do estabelecimento penal quando foi novamente revistado e encontrado trazendo consigo dentro do calção, para consumo, a 'trouxinha' contendo 11,55 gramas de erva Cannabis Sativa Linneu (maconha) que lhe havia sido fornecida pelo seu advogado dentro da instituição penal' (fls. 7/8).

"Por meio de habeas corpus, impetrado pelo Dr. Leonir Baggio, é pretendido o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, bem como a suspensão do interrogatório marcado para ser realizado no dia 29 de setembro. Pelo despacho de fl. 51v., foi determinada a requisição de informações e, após, vista à d. Procuradoria-Geral de Justiça.

"Por meio de agravo regimental, é pretendida a concessão de liminar para que seja suspenso o interrogatório, já referido. Segundo deflui do artigo 195 do Regimento Interno, 'A parte que se considerar prejudicada por decisão do presidente, ou do relator, poderá dela agravar, conforme o caso, para o Tribunal Pleno, para a Câmara competente ou para as Câmaras Cíveis Reunidas, no prazo de quarenta e oito horas, contados da intimação, salvo disposição em contrário'. E, no seu artigo 196, consta: 'Mantida a decisão agravada, seu prolator apresentará os autos em mesa na sessão seguinte, limitando-se a ex-

por os fatos e as razões de decidir, sem tomar parte no julgamento'. Ora, o despacho de fl. 51v. diz respeito à determinação de ordem procedimental, nada tendo sido decidido. A liminar que se pretendeu é providência inexistente no Código de Processo Penal, bem como no Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. A providência existente diz respeito ao indeferimento in limine. A respeito, o já decidido: 'Em matéria penal não existe a concessão liminar da ordem de habeas corpus impetrada, como se vê, com frequência, pleiteando com base em desautorização símile do mandado de segurança' (TJSP, RT 593/303); 'Liminar em habeas corpus. Não conhecimento por incabível. Regramento não previsto no artigo 557 do CPP' (RTJERGS 152/90). Excepcionalmente, a concessão de liminar tem sido admitida, dès que exsurja do fato alegado, inequívoca e incontestada situação de constrangimento ilegal. Não é o caso dos autos, pois é pretendido o trancamento de ação penal por falta de justa causa, a matéria que exige, após informações, e ouvida da d. Procuradoria-Geral de Justiça, análise pelo órgão colegiado no sentido de se averiguar a existência de um mínimo probatório justificando o desencadeamento da ação penal. Logo, não é questão que possa ser decidida em mero despacho do relator. E, por via de consequência, não é possível impedir a prática de ato procedimental, no caso, o interrogatório, determinado em ação penal, em tese, legítima.

"Nego seguimento ao agravo regimental.

"Tendo em vista que as informações já foram prestadas, cum-

pra-se a segunda parte do despacho de fl. 51v.”.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Paulo Antonio Günther, após análise minudente da matéria ventilada, posicionou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, “somente se justifica a concessão do habeas corpus por falta de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. Nada proíbe a concessão da ordem em caso de denúncia que se mostra abusiva, como na hipótese de demonstrar-se inexistente circunstância essencial à tipicidade por prova documental inequívoca. É possível verificar-se perfunctoriamente os elementos em que se sustenta a denúncia ou a queixa, para reconhecimento da ‘fumaça do bom direito’, mínimo demonstrador da existência do crime e da autoria, mas não se pode pela via estreita do mandamus trancar ação penal por falta de justa causa quando, imputado fato que é crime em tese, e o seu reconhecimento exigir um exame aprofundado e valorativo da prova dos autos”.

Nesse sentido, decisão apontada pelo Dr. Procurador de Justiça:

“A simples presença da probabilidade de êxito da acusação justifica a deflagração da lide penal, afastando a hipótese de ausência de justa causa” (RJD 22/484).

Tendo em vista tais parâmetros, resta examinar se há um mínimo probatório justificando o desencadeamento da ação penal, haja vista que o fato narrado constitui o crime definido no artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

No auto de prisão em flagrante, lavrado contra Edson Lara Dal Bosco, para quem a droga teria sido entregue, a versão do condutor: “que nesta data, por volta das 16h15min, chegou ao presídio o advogado Anderson Bastos e pediu para falar com seu cliente Edson Lara Dal Bosco, conhecido pela alcunha de ‘Dinho’; que ‘Dinho’ estava no pátio e ao ser conduzido para o Parlatório foi revista no corredor e nada foi encontrado com ele; que, Edson e o Advogado permaneceram no Parlatório por 5 (cinco) minutos; que, como a visita foi de pouca duração desconfiaram, uma vez que já tinha suspeita de que ‘Dinho’ estaria recebendo drogas de visitantes; que, após o Advogado ter saído do Parlatório e Edson ia retornar para o pátio foi submetido novamente a uma revista, na presença de Vivaldino Roberto e Juarez Lemes quando foi encontrado com o mesmo uma trouxinha da erva conhecida como maconha, escondida em seu calção; que o declarante deu voz de prisão e chamou o Diretor do Presídio e entregou Edson”.

No mesmo diapasão, o narrado por Antonio Lemes: “que, o depoente esclarece que ao proceder a revista no conduzido Edson, logo que o retirou do solário, tomou todas as providências de rotina, ou seja, determinou que o detento baixasse o calção, fazendo uma verificação minuciosa em todo o seu corpo; que o detento estava no pátio/solário a praticar futebol,

razão pela qual estava com vestimenta própria; que, o detento baixou o calção até os pés, não tendo sido encontrado nenhum objeto ou substância proibida; que da mesma forma em sua blusa e uma camiseta nada foi encontrado; que a seguir levou até o Parlatório onde o Advogado o aguardava; que, após a visita com duração curta, de aproximadamente 5 (cinco) minutos, o depoente e Juarez Lemes fizeram outra revista no detento, com o mesmo procedimento; que, a segunda revista foi realizada no corredor de acesso ao Parlatório, sendo que quando o detento baixou o calção, encontraram uma pequena trouxinha de maconha envolta em plástico branco; que, na verdade, quando o detento baixou o calção a trouxinha caiu, sendo que provavelmente estava na saqueira do calção”.

Por evidente, estamos diante de prova indiciária, prevista no artigo

239 do Código de Processo Penal, indiciando, até agora, que o tóxico foi entregue ao “detento” pelo paciente. Portanto, há um mínimo justificando o desencadeamento da ação penal, não se podendo falar em constrangimento ilegal por ausência de justa causa.

Em face do exposto, a ordem é denegada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antonio Günther.

Florianópolis, 10 de outubro de 2000.

Jorge Mussi,

Presidente;

Maurílio Moreira Leite,

Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.017736-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Ação penal — Denúncia — Ausência de justa causa e inépcia — Distinção — Descrição de conduta que não constitui crime — Simples classificação — Inépcia reconhecida — Trancamento.

É inepta a denúncia que, limitando-se a dar a classificação do delito, omite-se em descrever a conduta típica e suas elementares que constituiriam infração penal, porquanto a defesa não pode defender-se de fato que não foi imputado; o que nela não estiver contido não pode ser apreciado contra o acusado.

“O trancamento da ação penal por falta de justa causa só se viabiliza quando, pelo exame da simples exposição dos fatos na denúncia, constata-se que há imputação de fato atípico ou ausência de

qualquer elemento indiciário configurador da autoria” (RSTJ, 79/323).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.017736-9, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é impetrante o Dr. Cláudio Gastão da Rosa Filho, sendo paciente Antônio Hillesheim:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

Trata-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. Cláudio Gastão da Rosa Filho em favor de Antônio Hillesheim, denunciado pelo representante do Ministério Público em exercício perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca da Capital, dando-o como incurso nas sanções do art. 171, caput, c/c os arts. 29 e 71, todos do Código Penal; requer o trancamento da ação penal, sustentando que os fatos descritos na denúncia são atípicos, tendo em vista que “sua conduta diverge totalmente da descrição penal”; que os valores recebidos estavam previstos em contrato firmado entre o hospital e a construtora do paciente e que, sendo devidos os valores, não houve dano patrimonial à vítima Irmandade do Senhor Jesus dos Passos.

Em aditamento à inicial, o impetrante questionou a validade da perícia efetuada na contabilidade da Irmandade do Senhor Jesus dos Passos e Hospital de Caridade de Florianópolis.

Solicitadas informações, apresentou-as a autoridade apontada como coatora, relatando o processado, con-

cluindo que o interrogatório do paciente foi marcado para “o dia 22 do corrente mês e ano, dependendo do cumprimento da Carta Precatória Cita-tória expedida ao Juízo de Direito da Vara Criminal da comarca de Palhoça” (fls. 187/188).

A liminar para suspensão do interrogatório foi negada.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça oficiou o Dr. Vilmar José Loef pela denegação da ordem.

É o relatório.

1. Inicialmente registre-se, consoante entendimento doutrinário pacífico, “dispondo o art. 43, inciso I, do Código de Processo Penal, que a denúncia ou queixa será rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, é de se concluir, num primeiro raciocínio, que deveria a denúncia mencionar todos os elementos componentes do delito, segundo a definição acima transcrita, baseada na nova sistemática adotada pela reforma de 1984. Isto é, além da descrição da ação típica e sua ilicitude, deveria a denúncia, também, descrever a culpabilidade.

“Raciocinando com mais vagar, todavia, verifica-se que assim não se passa na realidade. A culpabilidade, que diz respeito a um juízo de censura, de reprovação do autor do fato, fica, no mais das vezes, inquestionada nos autos, com graves conseqüências sociais.

“A denúncia, como se sabe, é o libelo contra o qual irá o réu se defender. O que nela não estiver contido

não será objeto de apreciação judicial. Não se pode, por isso, postergar-se o questionamento da culpabilidade para o final da instrução. Na verdade, se ela não for mencionada de início será o caso de rejeição da denúncia, com fundamento no art. 43, inciso I, do CPP" (Rui Cascaldi, *O Conceito de Delito e o Direito Processual Penal, in Justiça Penal: Crimes hediondos, erro em direito penal, juizados especiais, Ada Pellegrini Grinover et alii*, coordenado por Jacques de Camargo Pen-teado, SP, RT, 1993, pág. 118).

Vicente Greco Filho, sobre a hipótese, leciona:

"A falta de descrição de uma elementar provoca a inépcia da denúncia, porque a defesa não pode se defender de fato que não foi imputado. Denúncia inepta deve ser rejeitada e, se não o for, pode haver tranca-mento da ação penal por habeas corpus" (Manual de Processo Penal, 3ª ed., SP, Saraiva, 1995, pág. 114).

O Supremo Tribunal Federal, em casos semelhantes, tem decidido:

"Persecução penal — Ministério Público — Aptidão da denúncia.

"A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o pleno exercício do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta. Precedente" (HC n. 73.271/SP, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, j. em 19/3/96 — DJU de 4/10/96, pág. 37.100).

No caso em exame, à evidência a ordem deve ser concedida, pelo fundamento de inépcia da denúncia, porquanto não imputou especificamente ao paciente qualquer conduta que preencha as elementares do crime de estelionato, valendo a transcrição da inicial acusatória:

"17) Antonio Hillesheim, sócio-proprietário da empresa A. M. Construções e Incorporações Ltda., o denunciado Sérgio Severo Matos, utilizando recursos do Hospital de Caridade, liberados para a conta corrente n. 075.575-2, agência 16-7, junto ao Banco do Brasil S.A., emitiu, no decorrer do período de 12/3/91 a 12/6/91, um total de 9 (nove) cheques nominais à empresa A. M. Construções e Incorporações Ltda., no valor total de Cr\$ 70.650.000,00 (setenta milhões, seiscentos e cinquenta mil cruzeiros), que, convertidos e atualizados monetariamente, importam em R\$ 545.950,36 (quinhentos e quarenta e cinco mil, novecentos e cinquenta reais e trinta e seis centavos), e creditou nas contas correntes dessa empresa, de n. 09.820-7, na Agência 051, durante o período de 23/9/91 a 19/2/92, o valor de Cr\$ 35.128.000,00 (trinta e cinco milhões e cento e vinte e oito mil cruzeiros), que, convertidos e atualizados, importam em R\$ 120.107,55 (cento e vinte mil, cento e sete reais e cinquenta e cinco centavos), na conta de n. 1000-0, na Agência 257, ambas do Banco Besc, durante o período de 30/4/92 a 21/12/93, o valor de CR\$ 7.071.000,00 (sete milhões e setenta e um mil cruzeiros reais), que, convertidos e atualizados, importam em R\$ 179.063,45 (cento e setenta e nove mil e sessenta e três reais e quarenta e cinco centavos), bem como efetuou

pagamentos com cheques emitidos pelo Hospital de Caridade, durante o período de 26/7/91 a 25/3/92, no valor de Cr\$ 55.500.000,00 (cinquenta e cinco milhões e quinhentos mil cruzeiros), que, convertidos e atualizados, importam em R\$ 144.457,41 (cento e quarenta e quatro mil, quatrocentos e cinquenta e sete reais e quarenta e um centavos). Ainda em 1996, o denunciado Sérgio Severo Matos efetuou mais 4 (quatro) pagamentos no valor de R\$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais) que, atualizados, importam em R\$ 154.600,74 (cento e cinquenta e quatro mil e seiscentos reais e setenta e quatro centavos), totalizando, em valores atualizados, R\$ 1.144.179,51 (um milhão, cento e quarenta e quatro mil, cento e setenta e nove reais e cinquenta e um centavos). Dos valores pagos para a empresa em questão, R\$ 113.055,39 (cento e treze mil e cinquenta e cinco reais e trinta e nove centavos) foram distribuídos para Sérgio Severo Matos, Manoel Machado Filho, Ataíde Manoel Pereira, Dinazarda Carvalho de Freitas e José Renato Matos, tudo conforme o quadro demonstrativo a seguir: (...)” (grifei).

E, no final, ao classificar a imputação, disse:

“4) Shirley Corrêa Peixoto, Dinazarda Carvalho de Freitas, Ionara Terezinha Ribeiro, Adriana Patrícia de Oliveira, José Renato Matos, Manoel Machado Filho, Adriana Brand Taranto, Regina Lúcia de Souza Taranto, Abdon Tadeu Lehmkuhl, Carlos Alberto Rocha, Antonio Hillesheim, Carlos Alberto da Silva, Antônio de Azevedo Jorge Júnior, que conforme já demonstrado, obtiveram vantagem ilícita em prejuízo da Irmandade do Senhor Jesus dos Passos, mediante o artifício

e meio fraudulento empregados, como incursos nas sanções do art. 171, caput, c/c o art. 29 e art. 71 (crime continuado), todos do Código Penal” (fls. 64/65 e 73).

Com efeito, segundo o disposto no art. 41 do CPP, “a denúncia ou a queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas (...) a fim de que possa ser ela recebida instaurando-se a ação penal condenatória” (Julio Fabbrini Mirabete, Processo Penal, 5ª ed., Atlas, 1997, pág. 127).

Nesse passo, diante da arguição de inépcia da denúncia, é importante lembrar, como o fazem os professores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, citando João Mendes Júnior, que “a instauração do processo pressupõe o oferecimento de denúncia ou queixa com exposição clara e precisa de um fato criminoso, com todas as suas circunstâncias” (art. 41, CPP), isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis), o malefício que produziu (quid), os motivos que o determinaram a isso (cur), a maneira por que a praticou (quomodo), o lugar onde a praticou (ubi), o tempo (quando), para concluírem:

“A narração deficiente ou omissa, que impeça ou dificulte o exercício da defesa, é causa de nulidade absoluta, não podendo ser sanada porque infringe os princípios constitucionais”

(As Nulidades no Processo Penal, 6ª ed., SP, RT, 1997, pág. 95).

Por outro lado, não custa distinguir, inicialmente, como fez o ilustre Des. Maurílio Moreira Leite, em oportunidade anterior, no Habeas Corpus n. 12.525, de Curitiba, j. em 31/10/95, falta de justa causa e inépcia da denúncia:

“A primeira diz respeito à ausência de qualquer adinículo probatório que possa dar guarida à descrição delituosa ocorrente naquela peça, quando necessário o exame dos elementos esclarecedores existentes no inquérito ou qualquer outra peça informativa. A segunda diz respeito à inteireza formal e legal da peça mencionada que deve, necessariamente, descrever uma conduta enquadrável em algum dispositivo de natureza penal”.

Ainda, consoante ensina Magalhães Noronha:

“Não existe justa causa e, portanto, a coação é ilícita se o fato imputado ao preso não é típico, não se subsume no tipo, ou não é crime — nullum crimen sine lege. Justa causa também não ocorre quando, embora tendo o preso praticado crime ou contravenção, está em condições de livrar-se solto, seja por prestar fiança, seja porque a infração é das que se responde ao processo em liberdade. Também inexistente quando se acha extinta a punibilidade do fato; quando é decretada prisão preventiva sem os requisitos legais; quando também não os observou o auto de flagrante ou não traduz a realidade do ocorrido; quando, não obstante ser cabível a prisão, é ela efetivada em lugar indevido; quando há erro de identidade, is-

to é, o preso não é a pessoa que delinqüiu etc. Nesses e em outros casos não há justa causa, que, aliás, é matéria a ser apreciada no caso concreto. Em conclusão: justa causa é o fato cuja ocorrência torna lícita a coação” (Curso de Direito Processual Penal, 21ª ed. atual., SP, Saraiva, 1992, pág. 410).

Vicente Greco Filho, da mesma forma, explicita os casos em que se permite o trancamento da ação penal por falta de justa causa:

“A expressão legal ‘manifestamente nulo’ significa que, no habeas corpus, não se deve fazer o exame da prova do processo em tela, o que é cabível através dos meios de defesa de que dispõe o réu no curso da ação. Todavia, aliando-se o inc. VI do art. 648 com o inc. I, que considera ilegal a coação sem justa causa, a jurisprudência e a doutrina têm trancado a ação penal quando não houver base para a acusação, fazendo, assim, análise das provas. O exame, contudo, não é o mesmo que seria feito pelo juiz ao proferir sentença condenatória ou absolutória. Trata-se de um exame de que deve resultar, inequivocadamente, a ausência, em tese, de possibilidade da acusação, de forma que a absoluta inviabilidade de processo signifique constrangimento indevido. Seria o caso, por exemplo, de ação penal por fato atípico ou em que alguém é acusado sem nenhuma prova que sustente a imputação que lhe é feita” (Manual de Processo Penal, 3ª ed. atual., SP, Saraiva, 1995, pág. 394).

Mais adiante, já com relação ao segundo defeito (inépcia), conclui que “a falta de descrição de um elemento provoca a inépcia da denúncia,

porque a defesa não pode se defender de fato que não foi imputado. Denúncia inepta deve ser rejeitada e, se não o for, pode haver trancamento da ação penal por habeas corpus (ob. cit., pág. 114).

2. Ora, a denúncia transcrita, como se viu, não transcreveu em qualquer de suas linhas, na imputação que detonou contra o paciente, qualquer conduta de "obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento", que caracteriza o crime de estelionato (art. 171, caput, do Código Penal).

Com efeito, a exordial, em relação ao paciente, fique bem claro, se refere, tão-somente, a pagamentos efetuados por serviços prestados ao Hospital, sem dizer se tais valores eram injustos, indevidos ou superfaturados, e à sua distribuição aos co-denunciados, não fazendo menção às elementares do crime de estelionato, não podendo ser aceita a descrição genérica feita ao final, quando mencionou obtenção de vantagem ilícita, se houve pagamentos devidos em razão de realização das obras objeto de licitação e cujos valores finais, segundo noticiaram os autos, estão sendo discutidos em ação cível no foro da comarca da Capital.

Ao se relacionar os pagamentos feitos por ordem de Sérgio Severo Matos à construtora do paciente, a denúncia não imputa a Antônio Hillesheim qualquer vantagem ilícita em prejuízo da Irmandade, muito menos tivesse este, direta ou indiretamente, seja como autor, co-autor ou partícipe, indu-

zido ou mantido alguém em erro "mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento" (CP, art. 171, caput); se o paciente realizou algum pagamento para terceiro, a partir daqueles recebimentos, o que se constata ter ocorrido em quantum que se aproxima de 10% (dez por cento) do contratualmente recebido, pode ser reprovado eticamente (seria propina, comissão?), mas entre pessoas jurídicas de direito privado isto não caracteriza crime (muito menos foi descrito).

No Superior Tribunal de Justiça decidiu-se que: "...2. A inépcia da denúncia não decorre da errônea capitulação, mas da falta de descrição em que teria consistido a prática da infração penal imputada aos acusados" (trecho da ementa do Recurso Especial n. 37.595, Rio de Janeiro, rel. Min. José de Jesus Filho, in DJU de 25/10/93, pág. 22.507).

3. O pedido de análise do valor do laudo pericial, por sua vez, não merece prosperar, porquanto deverá ser discutido na instância ordinária, eis que sobre ele ainda não se manifestou.

4. Diante do exposto, concede-se a ordem para, reconhecendo a inépcia da denúncia em relação ao paciente Antonio Hillesheim, trancar a ação penal contra ele instaurada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, os Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 10 de outubro de 2000.

*Genésio Nollí,
Presidente com voto;
Nilton Macedo Machado,
Relator.*

HABEAS CORPUS N. 00.023506-7, DE CONCÓRDIA

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Processo crime — Citação por edital — Prazo inferior ao previsto no art. 361 do CPP — Vício insanável — Nulidade decretada.

Prescrição retroativa — Prescrição da pretensão punitiva do Estado — Extinção da punibilidade.

Em virtude da anulação do processo a partir da citação editalícia, desaparece qualquer causa de interrupção da prescrição.

Declarada a nulidade do processo, o prazo prescricional deve fluir da data do recebimento da denúncia.

Em razão da prescrição retroativa, deve ser decretada a extinção da punibilidade do paciente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.023506-7, da comarca de Concórdia (2ª Vara), em que é impetrante Sandra Mara Brasil da Silva, sendo paciente Luiz Carlos Mitrut (conhecido como Silvano Xavier da Cunha):

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

I — Relatório

Na comarca de Concórdia, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Luiz Carlos Mitrut e mais outros oito acusados, dando-os como incurso nas sanções

dos arts. 288; 155, § 4º, incisos II e IV (7 vezes); 157, § 2º, incisos I e II (3 vezes); c/c art. 25, todos do Código Penal.

Decretada a prisão preventiva do paciente, este evadiu-se da cadeia pública local.

O MM. Juiz de Direito determinou a citação por edital do paciente, sendo expedido o respectivo edital (fls. 15/17).

O paciente não compareceu, sendo-lhe nomeado defensor, que apresentou defesa prévia.

O Ministério Público aditou a denúncia, vez que Silvano Xavier da Cunha é, na verdade, Luiz Carlos Mitrut.

Apresentadas as alegações finais, o Magistrado prolatou sentença em 18 de agosto de 1983, condenando o paciente ao cumprimento da pena de 13 anos, 7 meses e 26 dias de reclusão, e 64 dias-multa, pela prática dos delitos capitulados nos arts. 155, § 4º, inciso IV (7 vezes); 157, § 2º, incisos I e II (3 vezes); c/c arts. 29, 71 e 69, todos do Código Penal.

A impetrante aduziu que o edital de citação foi expedido em 12/3/1987, com prazo de 15 dias, com a finalidade de citar o réu/paciente para que comparecesse em Juízo em 23/3/1987, às 11 horas, para ser interrogado. O edital foi afixado em 12/3/1987 no local de costume, conforme certidão do Escrivão (fl. 18).

Acrescentou que da data da afixação do edital até a data do interrogatório passaram-se apenas 11 dias, não sendo respeitado o prazo de 15 dias do edital, e, em consequência, não restou formalizada a citação.

Requeru a impetrante a declaração da nulidade do processo a partir da citação, e, reconhecida a nulidade, seja declarada a extinção da punibilidade do paciente, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, pois decorridos mais de 12 anos desde a última causa de interrupção da prescrição, que foi o recebimento da denúncia, o que se deu em 8/9/1983.

O Magistrado prestou informações, noticiando que da sentença condenatória o paciente foi pessoalmente intimado. Expediu-se carta de guia para cumprimento da pena imposta, remetida ao Juízo de Execuções da comarca de Curitiba—PR, em 17/5/1995 (fls. 48/50).

O douto Procurador de Justiça opinou, em seu parecer, pela concessão da ordem, para anular-se o processo crime a partir da citação editalícia, ante a inobservância do art. 361 do CPP, declarando-se, em consequência, a extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado, com a expedição do alvará de soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso (fls. 56/62).

II — Voto

O presente writ visa à anulação do Processo Crime n. 3883/83, da comarca de Concórdia, a partir da citação editalícia, com a declaração da extinção da punibilidade do paciente, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Alegou a impetrante que ocorreu vício insanável, vez que a citação por edital não satisfaz os requisitos do art. 361 do Código de Processo Penal.

Vislumbra-se, pela análise dos autos, que a citação editalícia é nula, pois eivada de vício insanável, porque deixou-se de observar o lapso temporal entre o prazo do edital e a data marcada para o interrogatório.

É que o prazo do edital era, por força do disposto no art. 361 do CPP, de 15 (quinze) dias.

Considerando-se que a contagem do prazo obedece ao disposto no art. 798, § 1º, do CPP (RTJ 112/645), sendo afixado o edital no dia 12/3/1987, iniciou-se a contagem do prazo em 13/3/1987, expirando-se em 27 do mesmo mês e ano.

No entanto, como o interrogatório foi marcado para 23/3/1987, não decorreram os quinze dias.

Assim, evidente o prejuízo ao réu/paciente, cuja revelia foi decretada.

O ato citatório, que é solene, foi irregular, devendo, portanto, ser anulado.

Assim leciona o mestre Julio Fabbrini Mirabete:

“Fixa o dispositivo o prazo de 15 dias para o edital caso o citando não tenha sido localizado. Como a citação do edital só se completa com a fruição de 15 dias a contar da publicação, nula é a citação se não se interpôs tal prazo entre a data da publicação e a marcada para o interrogatório. Caso o citando seja preso após o prazo da citação, mas antes da data marcada para seu comparecimento, deve ser providenciada a citação por mandado, sob pena de nulidade. O prazo não é de direito penal, mas de direito processual, aplicando-se o artigo 798, § 1º, segundo o qual não se computa o dia do começo (publicação), incluindo-se, porém, o do vencimento” (Código de Processo Penal Interpretado, SP, Atlas, 1994, pág. 421).

Segundo anotam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, “a citação constitui seguramente o mais importante ato de comunicação processual, especialmente em sede penal, pois visa levar ao conhecimento do réu a acusação que lhe foi formulada, bem como a data e local em que deve comparecer para ser interrogado, propiciando, assim, as informações indispensáveis à preparação da defesa” (As Nulidades no

Processo Penal, 2ª ed., SP, Malheiros, pág. 83).

Com relação à contagem de prazo (arts. 361 e 365, V, do CPP), concluem os autores supramencionados:

“Em conseqüência, não é possível a designação do interrogatório para data anterior ao esgotamento do prazo fixado, pois o chamamento não terá sido ainda realizado, o que acarretará a invalidade de eventual decreto de revelia por falta de citação regular” (op. cit., pág. 93).

Já decidiu o STF:

“Processual Penal.

“Prazo de citação por edital.

“É nula a citação por edital se o prazo nele marcado para o interrogatório é inferior ao previsto no art. 361 do Código de Processo Penal. No caso, haviam transcorrido apenas catorze dias, e não quinze.

“O prazo, na hipótese, não é de direito penal substantivo. Não cabe, deste modo, a regra do art. 10 do Código Penal, onde se dispõe que ‘o dia do começo inclui-se no cômputo do prazo’, mas, sim, a do art. 798, § 1º, do Código de Processo Penal, segundo a qual ‘não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento’.

“Habeas corpus deferido a fim de que volte o réu a ser citado para o interrogatório” (RHC n. 60.345, MG, Segunda Turma, rel. Min. Aldir Passarinho, in RTJ 104/141).

Nesta Corte já se decidiu nesse sentido:

“É nula a citação por edital quando entre o interrogatório e a fixação do edital no local de costume

(quando não haja publicação no órgão oficial), decorre prazo inferior ao previsto no artigo 361 do CPP" (Ap. Crim. n. 27.760, de Palhoça, rel. o subscritor, j. 25/11/91, p. DJE em 5/12/91, pág. 6; idem Revisões Criminais ns. 9.961, de Chapecó, e 96.008335-9, de Criciúma, e Habeas Corpus n. 12.284, também de Chapecó).

Ainda:

"Processo crime — Citação edital — Prazo do edital não decorrido — Revelia e produção de prova prejuízo ao réu — Nulidade decretada, de ofício — Efeitos.

"É nula a citação por edital quando, entre a expedição/afixação do edital no local de costume (onde não haja publicação no órgão oficial) e o interrogatório marcado, decorre prazo inferior ao previsto no art. 361 do CPP.

"Declarada nula a citação por edital, todos os efeitos por ela gerados, como suspensão do processo, suspensão do curso do prazo prescricional e produção de provas antecipadamente, desaparecem.

"Processo crime — Réu revel citado por edital — Conseqüências — Atos que podem ser praticados.

"Com a nova redação do art. 366 do CPP, advinda com a Lei n. 9.271/96, garantindo-se o direito ao contraditório, à ampla defesa e dando-se inteiro cumprimento ao princípio de que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido, uma vez declarada a revelia do réu citado por edital que não compareceu ao interrogatório nem constituiu defensor, o processo será suspenso, assim como o prazo prescricional, podendo ser decretada prisão preventiva, se for o caso, e até ser

produzidas provas consideradas urgentes; mas, uma vez colhidas tais provas, nada mais poderá ser praticado não se admitindo, salvo comparecimento do réu, sobrevenham alegações finais e pronúncia em caso de homicídio. (...)" (in Apelação Criminal n. 99.003197-7, de Chapecó, relator Des. Nilton Macedo Machado).

Luiz Flávio Gomes esclarece as conseqüências da declaração de nulidade da citação por edital:

"Nesse caso, todos os efeitos gerados por ela (suspensão do processo, suspensão do curso do prazo prescricional etc.) desaparecem. Deve-se renovar a citação por edital, se o caso, e durante todo o tempo em que o processo esteve suspenso é de se admitir que transcorreu normalmente o prazo prescricional" (Estudos de Direito Penal e Processo Penal, RT, 1998, pág. 162, citando Bastos, Marcelo L., Lei n. 9.271/96. Boletim IBCCrim n. 56, jul. 1997, pág. 8).

Anulando-se o processo a partir do ato citatório, inclusive, tem-se que a última causa de interrupção da prescrição foi o recebimento da denúncia, que se deu em 8/9/1983.

Contando-se da data do recebimento da denúncia até a presente, passaram-se mais de 17 anos.

Considerando-se o disposto no art. 119 do Código Penal, no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incide sobre cada delito, separadamente.

O paciente foi condenado pela prática dos delitos de furto (6 anos e 3 meses) e roubo (7 anos, 4 meses e 26 dias), mas, segundo a regra do art. 119 do CP, considera-se a pena aplicada para cada delito, sem o aumento

decorrente da continuidade delitiva. Então, parte-se do quantum de 4 anos e 2 meses para o delito de furto e 5 anos, 6 meses e 20 dias para o delito de roubo.

Como se cuida de prescrição após o trânsito em julgado da sentença condenatória, consoante dita o art. 110 do Código Penal, o cálculo deve ser feito levando-se em conta a pena concretamente aplicada, verificando-se os prazos prescricionais do art. 109 do mesmo diploma legal.

Segundo dispõe o art. 109, inciso III, do CP, se a pena é superior a quatro anos mas não excede oito anos, que é o caso dos autos, a prescrição ocorre em doze anos.

Então, passados dezessete anos, verificou-se a ocorrência da prescrição retroativa, pois para a contagem do prazo prescricional retroage-se à data do recebimento da denúncia.

Diante da prescrição, decaiu o direito do Estado de punir o paciente, conforme regra estabelecida no art. 107 da lei repressiva em vigor, devendo ser declarada a extinção da punibilidade do paciente.

Já se decidiu:

“O habeas corpus é meio idôneo para que seja declarada extinta a punibilidade de fato criminoso em virtude da prescrição, quer ela se refira à pretensão punitiva estatal, quer diga respeito ao título penal executório. A opção do interessado pelo remédio

heróico acarreta-lhe, porém, o ônus de provar a liquidez e a certeza de seu direito, inclusive no que tange à incorrência de qualquer causa interruptiva” (RT 671/319).

Deve, pois, ser declarada a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, inciso IV, do CP, o que pode ser feito em qualquer fase do processo e grau de jurisdição, até mesmo de ofício, por ser matéria de ordem pública.

III — Decisão

Por estes fundamentos, concede-se a ordem, anulando-se o processo, em face dos vícios demonstrados, desde a citação editalícia, inclusive, com relação ao paciente Luiz Carlos Mitrut.

Decreta-se, ainda, a extinção da punibilidade do paciente, em face da prescrição retroativa. Prescrito o direito de punir do Estado, deve ser o paciente posto em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Florianópolis, 27 de dezembro de 2000.

João José Schaefer,

Presidente com voto;

Wilson Augusto do Nascimento,

Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.022355-7, DE BLUMENAU**Relator: Des. Jaime Ramos**

Habeas corpus — Prisão preventiva decretada contra preso que estava prestes a ultimar pena por outro delito — Irrelevância — Índícios suficientes de autoria intelectual de homicídio qualificado contra outro preso — Crime hediondo — Concurso com outros crimes — Necessidade da custódia, pela tríplice motivação legal — Requisitos comprovados — Excesso de prazo na tramitação do recurso interposto — Inocorrência.

Havendo indícios suficientes de que o paciente, demonstrando alta periculosidade, foi o autor intelectual do homicídio qualificado por motivo torpe (vingança motivada pela falta de pagamento de uma partida de maconha que a vítima teria recebido do acusado), com emprego de asfixia (enforcamento com uma “teresa”), e mediante recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa do ofendido (surpresa e superioridade de agressores), praticado contra colega de prisão, no interior da cela, em concurso com outros crimes (narcotráfico, formação de quadrilha e redução a condição análoga à de escravo), é imperiosa a sua custódia preventiva, para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar eventual execução penal, ainda que esteja prestes a concluir o cumprimento da pena anteriormente irrogada, o que é irrelevante.

Incorre o alegado excesso de prazo na instrução do recurso interposto pela defesa, contra a decisão de pronúncia, porque os efeitos da prisão preventiva, no caso, passam a ocorrer somente a partir do término do cumprimento da pena anterior.

I — Relatório

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.022355-7, da comarca de Blumenau, em que são impetrantes André de Mello Filho, Marcelo Luciano Vieira de Mello e Ricardo Fagundes, sendo paciente Luís Carlos Schlosser:

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

André de Mello Filho, Marcelo Luciano Vieira de Mello e Ricardo Fagundes impetraram habeas corpus em favor de Luís Carlos Schlosser, alegando: que o paciente, desde 4/6/1996, cumpre pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, irrogada pelo Juízo da comarca de Blumenau, por infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76, com término previsto para outubro de 2000; que enquanto permanecia na

cadeia pública de Blumenau o paciente viu-se envolvido, na qualidade de mandante, em crime de homicídio, sendo denunciado em data de 11/11/1997 como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal; que, estando a instrução quase concluída, o MM. Juiz, em despacho surpreendente e inusitado, proferido em 30/3/1999, dizendo apreciar o requerimento feito pelo Ministério Público quase dois anos antes, decretou a custódia preventiva do paciente, o que depois confirmou na decisão de pronúncia, sem que houvesse motivo algum, pois o acusado não oferecia qualquer obstáculo à instrução processual ou perigo à sociedade, por estar encarcerado, com ótimo comportamento, e já se encontrar recuperado, não oferecendo insegurança quanto ao cumprimento da lei penal, até porque tem família, endereço certo e emprego ofertado pela empresa de seu sogro para começar a trabalhar a partir de quando ultimar o cumprimento da sanção, não podendo continuar na condição de marginal da sociedade. Afora isso, o paciente também está sofrendo constrangimento ilegal pelo fato de que o processo se arrasta por mais de três anos, e o recurso em sentido estrito interposto pela defesa em junho de 2000 ainda não subiu à superior instância, pois cumpre tramitação lenta na Comarca de origem.

Foram prestadas informações à autoridade dita coatora à fl. 70.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça ofertou o parecer de fls. 73/75, em que opinou pela denegação da ordem.

Depois disso, os impetrantes juntaram as peças de fls. 77 a 827, correspondentes às cópias do processo crime, que foram dispostas em mais quatro volumes, e sobre elas manifestou-se o eminente Procurador de Justiça subscritor do parecer anterior, que por ele foi inteiramente ratificado (fl. 831).

É o sucinto relatório.

II — Voto

A longa reportagem dos autos revela que enquanto o paciente Luís Carlos Schlosser cumpria a pena de 5 anos e 4 meses que lhe havia sido irrogada pela prática de crime de tráfico de entorpecente, no Presídio de Blumenau, em data de 18/8/1997, ocorreu o homicídio contra a vítima Paulo Henrique Pellens, ali também reclusa, condenada por delito idêntico.

Após as investigações preliminares, foram denunciados como executores do homicídio Vilmar Gonçalves, vulgo "Gambá", Luiz Fabiano de Souza e Sidnei Luís Marques; como autor intelectual (mandante), o paciente Luís Carlos Schlosser; e como co-partícipes, Izaias Lopes e Jaime Torres, todos presos do mesmo ergástulo.

Por ocasião da denúncia, secundando o pleito já externado pela autoridade policial, o Ministério Público requereu a decretação da prisão preventiva dos denunciados, sem que tal pedido tenha sido examinado pelo Juízo, à época, até porque os acusados estavam todos presos, cumprindo sanções anteriormente aplicadas por outros crimes.

Durante a instrução processual, colheram-se indícios veementes de que o paciente Luís Carlos Schlosser e a vítima Paulo Henrique Pellens, ambos traficantes de drogas, antes de adentrarem no presídio de Blumenau, envolveram-se em uma transação de cerca de 100 (cem) quilos de maconha, que o primeiro entregou ao segundo, para a venda, e não tinha havido, ainda, o correspondente pagamento do preço.

Ao se encontrarem no presídio, o paciente questionou a vítima sobre tal pendência, e, apesar da promessa de pagamento a ser efetuado no momento em que o ofendido viesse a sair da cadeia, Luís Carlos passou a provocá-lo, atacando a honra da mulher daquele com os pejorativos de “vaca, vagabunda” etc. A vítima, depois disso, chegou a aproximar-se da cela do paciente, e por entre as grades desferiu-lhe um soco. A partir de então, o paciente teria passado a ameaçar a vítima e a confabular com os demais denunciados, todos ligados ao tráfico de entorpecentes, em reuniões, para ceifar a vida dela, em vingança pelo não-pagamento da droga recebida. Declarou-se, então, que a vítima “iria para as cordas”, gíria de presos que significa enforcamento. Ameaçada, a vítima já pouco saía da cela, onde permanecia lendo.

Em preparação ao crime, foram confeccionadas “teresas”, com partes de roupas de cama, sendo escondidas no forro da lavanderia.

No dia dos fatos, os denunciados Vilmar, Luiz Fabiano e Sidnei adentraram na cela da vítima, levando consigo as “teresas”. No interior da cela, os referidos executores agredi-

ram a vítima, a socos, pontapés e batidas nas paredes, provocando-lhe 39 lesões em diversas partes do corpo, e, ao final, passaram uma “teresa” em volta do pescoço dela e a prenderam nas grades da cela, culminando por lhe provocarem a morte por asfixia decorrente de enforcamento.

Enquanto se desenrolava o homicídio, o denunciado Izaías, que tinha a regalia outorgada pela administração de comandar a faxina, a distribuição da comida e outros serviços do interior do presídio, teria mantido em volume mais alto o som do rádio, bem como permanecido nas proximidades para impedir que outros reclusos se aproximassem, mandando, depois, um preso responsável pela leitura bíblica ir à cela da vítima para ver como ela estava (certamente para confirmar a ocorrência da morte). E o denunciado Jaime Torres teria permanecido, igualmente, em ponto estratégico, para vigiar sobre a aproximação ou percepção de agentes de segurança.

O paciente não estava presente, até porque habitava uma cela em outra ala, sem comunicação, no momento, com aquela em que se encontrava a vítima. Mas os indícios da autoria intelectual do homicídio são muito fortes, dadas as ocorrências anteriores, o confronto com a vítima, no interior do ergástulo, as reuniões com os demais denunciados, e as conversas que circulavam entre os presos a respeito das ameaças que o paciente vinha fazendo ao ofendido, em face da dívida de droga. Consta que o paciente tinha ampla ascendência sobre os demais presos, comandando, de fato, toda a administração do interior do presídio, até porque era dotado de

poder aquisitivo um pouco mais avantajado (gize-se que em revista ao seu cubículo, após os fatos, foram encontrados em sua cama R\$ 1.500,00, em dinheiro, sob suspeita de que teria recebido em comércio de entorpecente com um terceiro).

A denúncia, e a decisão de pronúncia que a acolheu, bem como a justificada confirmação desta última, pelo Magistrado prolator, após o recurso em sentido estrito, capitularam a infração nas disposições do art. 121, § 2º, incisos I (motivo torpe, correspondente à vingança pelo não-pagamento da dívida de tóxico), III (mediante enforcamento por asfixia) e IV (emprego de meio que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima, diante da surpresa e da superioridade de força dos executados contra a vítima reclusa em sua cela), do Código Penal. É crime hediondo (art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.072, de 25/7/1990), em razão do qual é proibida a concessão de liberdade provisória (art. 2º, inciso II).

Durante as investigações sobre o homicídio, que culminaram pela descoberta da autoria e da co-autoria, a Polícia encontrou, enterrado no quintal da casa da vítima, o montante de 72,7kg de maconha, dividido em quarenta e seis barras. Consta que essa era a maconha que o ofendido tinha adquirido do paciente e ainda não havia pago. Em consequência, a denúncia imputou a Luís Carlos Schlosser a infração dos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76, o que também foi acolhido na decisão de pronúncia. Trata-se de delito equiparado ao hediondo, como se depreende do art. 2º, caput, da Lei n. 8.072/90.

As investigações preliminares, depois também confirmadas em Juízo, demonstraram que pelo menos os denunciados Luís Carlos Schlosser e Izaias Lopes, senão também os demais, submetiam outros presos, cujos nomes encontram-se mencionados na denúncia, autores de crimes contra os costumes, sob ameaças, a todo o tipo de serviço, como lavagem de roupa, entrega de comida, limpeza dos cubículos e pátio da cadeia, reduzindo-os a condição análoga à de escravos, o que também foi acolhido na decisão de pronúncia (art. 149 do Código Penal).

E, diante da associação dos denunciados para a prática de crimes no interior do presídio, também foi abrangido pela pronúncia o crime de formação de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal), a eles imputado; podendo incidir até mesmo o disposto no art. 8º da Lei n. 8.072/90, que estabelece a pena maior, de 3 a 6 anos de reclusão, para quem se associa para a prática de crimes hediondos, entre os quais o homicídio qualificado perpetrado contra a vítima, ou para o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Enquanto permaneciam presos, por força das condenações anteriores, era desnecessário decretar a prisão preventiva dos denunciados.

Avizinhando-se o término de suas reprimendas, contudo, tornou-se imperiosa a decretação da custódia antecipada dos acusados, em primeiro lugar, para garantir a instrução criminal ainda não totalmente completada, haja vista que na época ainda faltavam algumas providências processuais, e, se houver júri, como até este momento encontra-se previsto

por força da pronúncia, poderá haver reinquirição de testemunhas, com o perigo ainda existente de estas virem a sofrer ameaças ou constrangimentos, dado o poder ascendente de alguns dos denunciados, como demonstrado no período em que ficaram presos no Presídio de Blumenau. Sem contar a possibilidade de os presos que delataram os denunciados virem a sofrer represálias, já que alguns deles encontram-se soltos.

Em segundo lugar, a prisão preventiva é necessária para garantia da ordem pública, haja vista que alguns dos crimes que são imputados aos acusados são hediondos ou equiparados, com reflexo conseqüente sobre os demais. A sociedade não pode ficar à mercê de indivíduos de alta periculosidade, como a demonstrada por ocasião dos fatos. Com certeza a comunidade blumenauense cobrará da Justiça providências enérgicas para que os acusados só retornem ao convívio social após purgarem suas culpas, nos termos da lei.

Em terceiro lugar, a custódia revelou-se indispensável para assegurar a aplicação da lei penal, uma vez que há receio de que, soltos, os acusados evadam-se, prejudicando a execução da pena que eventualmente lhes seja aplicada, caso venham a ser considerados culpados.

O fato de o paciente ter residência fixa em Blumenau e oferta de emprego na empresa de seu sogro não conduz necessariamente à conclusão de que ali permanecerá no aguardo do desfecho de seu processo, até porque as imputações que nele se lhe fazem são bastante graves, e o paciente, que já cumpriu mais de

cinco anos de prisão, a ela obviamente não quererá voltar, como é natural.

A decisão pela qual foi decretada a prisão preventiva dos acusados contém fundamentação razoavelmente suficiente. Dela extraem-se os seguintes excertos basilares:

"Aos indiciados é imputada a prática de delitos dolosos, em que é cominada pena de reclusão, restando, pois, atendido o requisito do art. 313, I, do Código de Processo Penal.

"A materialidade das infrações restam comprovadas através dos termos de apreensão bem como pelo documento de fl. 10, havendo, igualmente, indícios suficientes da autoria do ilícito penal praticado, sempre lembrando que, para a decretação da prisão cautelar, exige-se apenas indícios suficientes da autoria, não sendo necessários indícios concludentes e unívocos, como para a condenação, bastando convicção razoável, em termo de probabilidade, de que o acusado tenha sido o autor da infração ou de que tenha dela participado.

"Vislumbra-se, assim, presente também a exigência condita na 1ª parte do art. 312 da Lei Instrumental Penal.

"(...)

"O contexto probatório noticia as agressões sofridas pela vítima, fazendo-se evidente a necessidade de decretar-se o encarceramento provisório dos relevados, para o fim de garantir a tranqüilidade necessária para o normal andamento do processo, visto tratar-se de pessoas supostamente não confiáveis, com suspeitas de atitudes pouco recomendáveis para continuar convivendo em sociedade.

"(...)

"A conveniência da medida, por outro lado, deve ser revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa.

"Por todo o esposado e a fim de que a administração da justiça não reste desacreditada perante a população, é que se conclui pela decretação da prisão preventiva, posto que tal decreto, in casu, é um imperativo de justiça".

Mais enfática ainda foi a zelosa autoridade judicial dita coatora, por ocasião das informações que prestou neste writ:

"Rechaçam, maximae data venia, as alegações de coação ilegal, aventadas pelos ilustres impetrantes, (a) o fato de que a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do processo, (b) bem como de que o acontecimento jurídico de estar cumprindo uma penalidade imposta noutro processo não é impeditivo, ao contrário, da segregação cautelar noutro e, por fim, principalmente, (c) porque somente a partir do cumprimento da pena que lhe foi imposta no outro processo é que se pode falar em efeitos concretos da decisão atacada" (fl. 70).

Além dos motivos alinhados no art. 312 do Código de Processo Penal, que se encontram satisfeitos, a periculosidade demonstrada pelo paciente e seus comparsas na prática das hediondas infrações por si só já seria suficiente para impor a custódia deles, que tutela o interesse público, como bem anotou o ilustre Procurador de Justiça Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, em seu parecer de fls. 73/75, verbis:

"Ademais, deve-se ter em conta que a gravidade do crime cometido pelo paciente, como os motivos que deram ensejo a sua ação criminosa, ou seja, o acerto de contas por ter sido enganado pela vítima, que não lhe entregou o numerário havido com a venda do tóxico, indicam, por si só, a necessidade de sua manutenção na prisão, principalmente, porque de lá é que comandou toda a ação criminosa. Imagine-se solto, quais não seriam suas atitudes, principalmente pelo fato de responder à ação penal pela prática de crimes de tal gravidade".

Mesmo quando o réu é primário e de bons antecedentes, com residência e emprego fixos, a segregação cautelar às vezes torna-se indispensável, principalmente na hipótese da prática de crime hediondo, como é o caso dos autos.

A respeito, veja-se o acórdão da lavra do eminente Des. Genésio Nollí no HC n. 00.014420-7, de Balneário Camboriú, julgado pela 1ª Câmara Criminal deste Tribunal (DJSC de 5/9/2000):

"Habeas corpus. Paciente denunciado por homicídio qualificado. Crime hediondo. Impossibilidade de concessão da liberdade provisória. Art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90.

"Decreto de prisão preventiva devidamente fundamentado pelo magistrado.

"A circunstância de o paciente ser primário, possuir bons antecedentes, emprego e residência fixos não é óbice à manutenção da prisão preventiva.

"Presentes quaisquer das circunstâncias do art. 312 do CPP, a ma-

nutenção da segregação cautelar é medida que se impõe.

“Ordem denegada”.

A periculosidade decorrente da gravidade da infração tem sido considerada pelo Supremo Tribunal Federal como motivo para a decretação da prisão preventiva:

“Esta Corte, por ambas as suas turmas, já firmou o entendimento de que a prisão preventiva pode ser decretada em face da periculosidade demonstrada pela gravidade e violência do crime, ainda que primário o agente” (RT 648/347).

“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” (DJU de 22/5/1987, pág. 9.756 — apud TJSC — HC n. 99.002292-7, de Rio Negrinho).

É o que também se extrai das lições de Julio Fabrini Mirabete (Processo Penal, 2ª ed., São Paulo: Atlas, pág. 370):

“Primariedade, bons antecedentes, condição essencial etc. não impedem a custódia antecipada dès que em potencial perigo estejam os valores alinhados no art. 312 do Código de Processo Penal. E a ordem pública está elencada entre aqueles valores, cujo conceito não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e sua repercussão. A conveniência da

medida, como já decidiu o STF, deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa”.

Por fim, resta analisar o alegado excesso de prazo na tramitação do recurso em sentido estrito interposto pela defesa em junho de 2000, o qual, até a impetração, ainda não tinha ascendido à instância superior.

Verifica-se das peças trazidas aos autos que, além do paciente, outros réus foram pronunciados, e que a intimação deles demandou a expedição de cartas precatórias para outras comarcas, onde se encontravam presos. Um deles, intimado, manifestou o desejo de recorrer, pelo que se deu vista à sua defesa para o oferecimento das razões. Encontrava-se nessa situação, quando da impetração. Hoje é provável que o feito já se encontre em vias de subir à instância recursal. Tem sido diligente o Juiz na condução do processo, que apresenta certa complexidade, demonstrada pelo elevado número de páginas que já contém.

Por outro lado, como bem afirmou a autoridade dita coatora, os efeitos da prisão preventiva só iniciaram a partir do término do cumprimento da pena anteriormente irrogada ao paciente, ou seja, de outubro de 2000 para cá.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Wilson Augusto do Nascimento.

Florianópolis, 27 de dezembro de 2000.

*João José Ramos Schaefer,
Presidente com voto;
Jaime Ramos,
Relator.*

HABEAS CORPUS N. 00.022970-9, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Jaime Ramos

Habeas corpus. Violação de direito autoral. Exposição à venda de material contrafeito com fim de lucro. Ausência de justa causa para a deflagração da ação penal. Inépcia da denúncia. Falta de homologação de laudo pericial. Alegações afastadas. Ordem denegada.

O art. 18 do CPP autoriza o desarquivamento do inquérito policial para a realização de nova perícia comprobatória da contrafação de material exposto à venda, com violação de direitos autorais, quando a primeira é incompleta, por basear-se em elementos precários de comparação.

Não é inepta a denúncia que, contendo os requisitos do art. 41 do CPP, descreve razoavelmente os fatos delituosos, referindo-se aos objetos contrafeitos que se encontram relacionados no termo de busca e apreensão encartado no caderno indiciário.

Comprovada a materialidade da infração, por nova perícia conclusiva, e existindo indícios suficientes de autoria da exposição à venda de material contrafeito, com violação de direito autoral, não há falar em ausência de justa causa para a deflagração da ação penal. Em sede de habeas corpus, não cabe exame aprofundado da prova, para proclamar-se a inocência do paciente.

Os delitos tipificados nos §§ 1º e 2º do art. 184 do Código Penal são de ação pública incondicionada (parte final do art. 186). Portanto, são inaplicáveis a eles as disposições dos arts. 525 a 527 do Código de Processo Penal quanto ao procedimento de busca e apreensão e à homologação da perícia do material objeto de contrafação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.022970-9, da comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal), em que é

impetrante Nelson Walter da Silva, sendo paciente Gessé de Souza Lima:

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

Cuida-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. Nelson Walter da Silva em favor de Gessé de Souza Lima, objetivando o trancamento de ação penal que imputa ao paciente a prática do delito insculpido no art. 184, § 2º, do Código Penal.

Relata que no dia 19/4/98 foram apreendidos no interior do estande do paciente várias fitas cassete e compact discs; que o paciente negou, perante a autoridade policial, a propriedade dos bens e afirmou que não se encontravam expostos à venda, ressaltando que não estava no local quando da busca e apreensão; que em seguida os peritos efetuaram exame no material e constataram que se tratava de cópias originais, dando azo ao pedido de arquivamento do inquérito policial pelo representante do Ministério Público, que foi acatado pela autoridade judicial.

Afirma que o paciente foi surpreendido em 15/3/00, quando o Parquet o denunciou, baseando-se em segunda perícia, efetivada em 28/2/00 pelos mesmos peritos que, nessa oportunidade, afirmaram ser falsificado o material apreendido, comparando este, não com obras extraídas do comércio, como na primeira perícia, mas com material fornecido pela suposta empresa vítima, portanto totalmente suspeita, pois sem qualquer atestado de procedência e originalidade.

Assim, afirma que a denúncia oriunda do segundo laudo é inepta, nos termos do art. 41 do CPP, por não apresentar os requisitos indispensáveis à sua propositura, pois não discrimina as obras, focalizando-as genericamente, e porque fundada em laudo pericial dúbio e contraditório.

Ressalta, ainda, a inobservância do art. 528 do CPP, posto que não há prova de que referido laudo tenha sido homologado pelo Juiz, e que houve violação à Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal, eis que não existem novas provas a embasar a ação penal ora intentada, pelos motivos já expostos.

Ao prestar informações, o Dr. Juiz relatou que fora instaurado contra o paciente o Inquérito Policial n. 91/98, tendo o Ministério Público requerido seu arquivamento em 6/4/99, o que foi acatado pelo MM. Juiz titular.

Consignou ainda que a vítima peticionou requerendo a baixa do inquérito à Delegacia a fim de que fosse efetuada nova perícia, com a concordância do Ministério Público, sendo anexados documentos e determinada a baixa, quando então, após novas investigações, foi oferecida a denúncia ora atacada, estando os autos aguardando os antecedentes criminais do paciente em vista de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos da Lei n. 9.099/95.

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

É o relatório.

Ao compulsar a documentação carreada aos autos, percebe-se que a primeira perícia, efetuada em 29/1/99 (fls. 47/48) pelo Instituto de Criminalis-

tica da 29ª Delegacia Regional de Polícia de Balneário Camboriú, visando a atestar a autenticidade dos bens apreendidos, valeu-se somente de informações de revendedor de cds e fitas cassete, uma vez que os peritos não possuíam material tido como autêntico para traçar um quadro comparativo entre os produtos. Dessa forma, o primeiro laudo pericial calcou-se em meras declarações de empresa onde eram comercializados bens genericamente idênticos, concluindo que as peças apreendidas eram originais por apresentarem características neste sentido. Portanto, apesar dos esforços dos peritos, seu trabalho fora superficial e incompleto.

Constata-se ainda que pelo Instituto de Criminalística do Departamento da Polícia Civil do Estado do Paraná foi realizada perícia em 3/8/99 sobre outros materiais apreendidos em estande do paciente, e os peritos, respondendo os quesitos elaborados pela autoridade policial daquele Estado (fls. 94/95), concluíram pela falsidade dos cds analisados (fls. 108/114).

Com base nesse novo elemento, atendendo o pedido formulado pela empresa que se considerava prejudicada pela violação de direitos autorais, o Ministério Público requereu, e obteve, o desarquivamento do inquérito policial, realizando-se nova perícia oficial no material apreendido em Balneário Camboriú. A conclusão dos mesmos peritos que elaboraram o primeiro laudo foi a de que as fitas cassete e os compact discs apreendidos no estande do paciente eram contrafeitos, em face da comparação que fizeram com materiais fornecidos pela

própria empresa que se diz prejudicada (fls. 132/161).

É evidente que essa perícia haverá de ser analisada pelas partes, durante a instrução, com aplausos ou críticas, e caberá ao Juiz, ao final, decidir se tem validade para comprovar a materialidade da infração ou não. Mas não cabe, por ora, rechaçá-la.

Pois bem, com base nessa nova perícia, e no termo de apreensão, o Ministério Público ofereceu a denúncia datada de 3/3/00, contra o paciente, por infração do art. 184, § 2º, do Código Penal (expor à venda, com fim de lucro, material oriundo de violação de direito autoral).

Ora, infere-se do próprio pedido de arquivamento do inquérito policial efetivado pelo Ministério Público, datado de 6/4/99, que o representante do Parquet expressamente ressaltou a futura aplicação dos arts. 18 e 28 do CPP, ou seja, prevendo possível desarquivamento do feito ante a superveniência de novas provas ou mesmo o seu encaminhamento ao Procurador-Geral, caso o Magistrado não acausasse o teor de seu parecer.

Assim, vê-se que o pedido de desarquivamento para elaboração de nova perícia revela-se pertinente e plenamente justificável, mormente considerando que no caso em apreço, conforme exposto acima, a primeira perícia, apesar de firmada pelos mesmos peritos, não foi elaborada de forma completa a ponto de firmar um posicionamento preciso e claro sobre o caso.

Plenamente aplicável ao caso, pois, o mencionado art. 18 do CPP, sobre o qual é esclarecedora a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Mas o arquivamento do inquérito não causa a preclusão, sendo uma decisão tomada rebus sic stantibus, que não produz coisa julgada. Possibilita assim a lei que a autoridade policial, diante da notícia de existência de novas provas, efetue de ofício diligências a respeito do fato que foi objeto do inquérito arquivado. Produzidas novas provas que modifiquem a matéria de fato, poder-se-á desarquivar o inquérito para o oferecimento da denúncia ou queixa” (Código de Processo Penal Interpretado, 6ª ed., Atlas, pág. 59).

Quanto à alegada violação à orientação emanada da Súmula 524 do STF, tal argumentação também não pode ser acolhida, eis que as novas provas, mencionadas no enunciado, “são somente aquelas que produzem alteração no panorama probatório dentro do qual fora concebido e acolhido o requerimento de arquivamento” (Damásio E. de Jesus, in Código de Processo Penal Anotado, 17ª ed., Saraiva, pág. 15), o que efetivamente ocorreu no presente caso.

Do Excelso Pretório apanha-se o seguinte julgado:

“Se após o arquivamento de inquérito policial novos elementos probatórios são colhidos que alteram a impressão causada pelos informes antes obtidos, nada obsta ao desarquivamento e, se for o caso, ao oferecimento da denúncia. Hipótese em que isso aconteceu, sem se evidenciar falta de justa causa para a ação penal” (RT 634/359).

Referentemente à alegada inocência do paciente, ressalte-se que não há como exaurir a tese sustentada pela via ora eleita, posto envolver

exame aprofundado do elenco probatório, inviável em sede de habeas corpus, como bem leciona Fernando da Costa Tourinho Filho: “...é de se observar que os Tribunais ou Juízes, na apreciação do pedido de habeas corpus, não podem nem devem fazer um estudo aprofundado das provas” (Processo Penal, vol. 4, 13ª ed., Saraiva, 1992, pág. 443).

Nesse sentido, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“Também somente se justifica a concessão do habeas corpus por falta de justa causa para a ação penal quando ela é evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. É possível verificar-se perfunctoriamente os elementos em que se sustenta a denúncia ou a queixa, para reconhecimento da ‘fumaça do bom direito’, mínimo demonstrador da existência do crime e da autoria, mas não se pode pela via estreita do mandamus trancar ação penal por falta de justa causa quando o seu reconhecimento exigir um exame aprofundado e valorativo da prova dos autos” (Processo Penal, 3ª ed., Atlas, pág. 690).

No tocante à inépcia da denúncia (fls. 304/306), não se vislumbra o descumprimento do art. 41 do CPP, eis que expõe claramente o fato tido como criminoso e suas circunstâncias, bem como imputa a autoria ao paciente, possibilitando-lhe exercer plenamente seu direito de defesa, além do que especifica qual a perícia com que pretende comprovar a materialidade dos fatos narrados. Apesar de não ter

relacionado as obras tidas por contrafeitas, a denúncia reportou-se aos cds e às fitas referidas no termo de apreensão constante do caderno indiciário.

Acerca do tema, cumpre trazer a lume escólio do já mencionado doutrinador Julio Fabbrini Mirabete:

“A denúncia é uma exposição, por escrito, de fatos que constituem em tese um ilícito penal, ou seja, de fato subsumível em um tipo penal, com a manifestação expressa da vontade de que se aplique a lei penal a quem é presumivelmente o seu autor e a indicação das provas em que se alicerça a pretensão punitiva” (Processo Penal, 3ª ed., Atlas, pág. 122).

E complementa:

“O artigo 41 do CPP trata dos requisitos que devem estar presentes na denúncia a fim de que possa ser ela recebida instaurando-se a ação penal condenatória. Exige-se em primeiro lugar, no artigo citado, que a denúncia contenha ‘a exposição do fato, com todas as suas circunstâncias’, dispondo-se, ainda, que será ela rejeitada quando ‘o fato narrado evidentemente não constituir crime’ (art. 43). O fato descrito deve ser subsumível a uma descrição abstrata na lei (tipo penal)”, concluindo, então, que “É inepta e não deve ser recebida a denúncia que não especifica, nem descreve, ainda que sucintamente, o fato criminoso atribuído ao acusado, que seja vaga, imprecisa, lacônica” (ob. cit., pág. 123), o que, como já exposto, não é o caso dos autos.

Pertinente a menção do seguinte julgado:

“Denúncia — Inépcia — Descaracterização — Peça que descreve fa-

tos que, em tese, constituem crime e oferece condições plenas para o exercício da defesa — Habeas corpus denegado.

“Ementa oficial: Não é inepta a denúncia que descreve fatos que, em tese, apresentam a feição de crime e oferece condições plenas para o exercício de defesa.

“Ementa da redação: Se a denúncia, apesar de sucinta, preenche todos os requisitos do art. 41 do CPP, assegurando ao denunciado o amplo direito à defesa, não pode ser reputada nula. Ademais, o réu não se defende da capitulação dada na denúncia, mas dos fatos nela descritos, tanto é assim que o juiz sentenciante pode considerar na capitulação do delito dispositivos penais diversos dos enunciados, ainda que tenha que aplicar pena mais grave” (RT 725/517).

Finalmente, cumpre consignar a inaplicabilidade do art. 528 do Código de Processo Penal ao caso vertente, eis que o art. 186 do Código Penal é claro ao dispor que, nos casos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 184 do CP, a ação penal é pública, sendo que a busca e apreensão do material é realizada pela autoridade policial, nos termos do art. 240 do CPP, não se aplicando, por conseguinte, os arts. 525 e seguintes do Código de Processo Penal.

José Frederico Marques esclarece:

“A questão referente à busca e apreensão, em relação aos crimes do art. 184, §§ 1º e 2º, é hoje pacífica na jurisprudência, que entende ser a ação penal pública incondicionada, razão pela qual a busca e apreensão devem ser feitas após a instauração do

competente inquérito policial (RT 625/287, 637/259, 647/273). Esta jurisprudência conclui pela inaplicabilidade dos artigos 525 e 527 do Código de Processo Penal, nos casos dos §§ 1º e 2º do art. 184 do Código Penal” (Elementos de Direito Processual Penal, vol. III, Bookseller, 1997, pág. 323).

Mais uma vez, recorre-se a Julio Fabbrini Mirabete que, ao comentar o art. 527 do CPP, consigna:

“A diligência de busca e apreensão relacionadas com os crimes contra a propriedade imaterial não se confunde com as previstas pelos artigos 240 e seguintes do CPP, que, de modo geral, podem ser efetuadas pela autoridade policial ou por oficiais de justiça. Entretanto, tratando-se de crime que se apura mediante ação penal pública, como na hipótese de crime de violação de direito autoral pela comercialização de fitas de videocassete sem autorização do órgão competente (art. 184, §§ 1º e 2º, do CP), pode a autoridade policial instaurar inquérito policial e proceder a busca e apreensão na forma do art. 240, § 1º, do CPP, não se aplicando o art. 527” (Código de Processo Penal Interpretado, 6ª ed., Atlas, pág. 669).

Pondo uma pá de cal sobre o tema, cita-se:

“Os crimes contra a propriedade imaterial previstos nos §§ 1º e 2º do art. 184 do CP processam-se mediante ação penal pública incondicionada, a teor do art. 186, in fine, do mesmo diploma, devendo a autoridade policial, ao tomar conhecimento da notitia criminis, instaurar o inquérito procedendo à busca e apreensão das obras indevidamente reproduzidas, consoante normas do art. 240 do CPP, e não segundo os arts. 525 e seguintes, aplicáveis aos delitos do mesmo título que se processam mediante queixa” (RT 670/263).

Por estes fundamentos, denege-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 3 de janeiro de 2001.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.024199-7, DE IMARUÍ

Relator: Des. Jaime Ramos

Habeas corpus. Induzimento à especulação (“jogo do dedal”). Citação pessoal frustrada. Suspensão do processo (CPP, art. 366). Prisão preventiva decretada. Conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal. Despacho fundamentado. Justa causa presente. Ordem denegada.

Não sendo encontrado o réu no endereço que declinou nos autos, e não atendendo ao chamamento editalício, concomitantemente à suspensão do processo, pode-se decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

É fundamentado o decreto de prisão preventiva que, dando conta da materialidade e dos indícios de autoria, considera a evasão do réu do distrito da culpa e do endereço.

O crime de induzimento à especulação, na modalidade de “jogo do dedal”, é crime formal que se consuma com a prática do ato potencialmente prejudicial, ainda que o fato não acarrete proveito ao agente ou terceiro, podendo haver tentativa quando o processo é interrompido antes de o sujeito passivo efetuar a aposta.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.024199-7, da comarca de Imaruá, em que são impetrantes Isaac Matos Pereira e outro, sendo paciente Edson Nascimento Pereira:

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

Impetram os Drs. Isaac Matos Pereira e Carlos Renato Borba ordem de habeas corpus em favor de Edson Nascimento Pereira, denunciado pela prática do crime capitulado no art. 174 do Código Penal, relatando que o paciente foi preso em flagrante no dia 21/3/99, por possuir um cavalete com dois tablados, três dedais e uma bola de esponja, e que estaria praticando o “jogo do dedal”.

Afirmam que não foi oferecida ao paciente a proposta de suspensão condicional do processo, tendo ele declinado o telefone de sua companhia à autoridade policial, firmando termo de comparecimento para au-

diência em 23/3/99, à qual compareceu, sendo que, em seguida, os autos do inquérito foram baixados para diligências, quando foi novamente ouvido pela autoridade policial em Florianópolis, onde reside, após ter sido encontrado no endereço que havia declinado nos autos, quando novamente negou a autoria do delito.

Aduzem ter sido expedida carta precatória de citação, na qual foi omitido o número do telefone mencionado; que ao mandado foi dado cumprimento apenas cinco dias antes da audiência, quando a Oficial de Justiça consignou não ter logrado efetivar o ato por não haver ninguém no endereço declinado; que, aprazada nova data para o interrogatório, expediu nova precatória, também sem indicar o número do telefone, tendo o Meirinho comparecido à residência do paciente apenas três dias antes desta e certificou que, segundo informações de vizinhos, o paciente já não morava no local, dando azo à sua citação por edital e posterior decretação da prisão preventiva.

Sustentam, em suma, que não foram esgotados todos os meios necessários para a localização do paciente, daí por que ilegal sua citação por edital, e que também não há a necessária motivação no decreto de prisão preventiva; que o paciente foi denunciado pelo "intuito" de induzir pessoas que transitavam no local, eis que a própria denúncia atesta que o paciente não consumou seu intento, por ter sido surpreendido pelos policiais; que não há justa causa a amparar a ação penal deflagrada e o decreto de prisão, pois não há vítimas, nenhum ato executório se iniciou e ninguém foi ludibriado, havendo somente atos preparatórios.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada, opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da ordem.

É o relatório.

Inicialmente, registre-se que até agora o paciente não foi preso nem se apresentou às autoridades.

Verifica-se que a decisão atacada calçou-se no fato de terem sido frustradas as tentativas de citação pessoal do paciente, valendo-se o Magistrado da prerrogativa inculpada no art. 366 do CPP, com a nova redação imprimida pela Lei n. 9.271/96, pois suspendeu o curso do processo e do prazo prescricional, e decretou a prisão preventiva do paciente, justificada pela necessidade de garantir a aplicação da lei penal, por não inspirar o acusado nenhuma certeza de que compareceria à instrução processual, já que se evadiu.

Julio Fabbrini Mirabete, acerca do dispositivo em tela, comenta:

"Dispõe-se expressamente na lei nova que, apesar de suspenso o processo, pode o juiz decretar a prisão preventiva nos termos do art. 312. Havendo elementos que indiquem, por exemplo, que o réu se ocultou para não ser citado, que desapareceu logo em seguida à prática do crime, que não possui residência fixa ou emprego etc., recomenda-se a decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. De qualquer forma, a medida coercitiva se justifica em todas as hipóteses previstas no caso do processo penal em curso..." (Código de Processo Penal Comentado, 6ª ed., Atlas, pág. 741).

Não se vislumbram no caderno processual elementos capazes de amparar as alegações feitas pelos ilustres impetrantes, pois se verifica às fls. 78 verso e 94 verso que os oficiais de justiça procuraram o paciente por duas vezes no local que indicou como de sua residência, sendo que na primeira vez foi impossível deixar recados por estar a casa fechada e com cães de guarda soltos e da segunda vez a casa estar vazia, sem moradores, informando uma vizinha que o paciente havia se mudado do local há dois meses, isso em junho de 2000.

Ademais, o número do telefone indicado encontra-se desligado ou é inexistente, conforme tentativa agora empreendida, devendo salientar-se que o paciente não foi encontrado e não foi carreada aos autos comprovação do seu atual endereço, o que poderia dar um mínimo de plausibilidade às suas alegações, tendo os impetrantes declinado como tal, na inicial, aquele no qual não mais reside.

No tocante ao decreto de prisão (fl. 101), ao contrário do que sustentam os impetrantes, a medida está satisfatoriamente fundamentada, dando conta da materialidade e indícios de autoria, acrescentando que “o fato de o réu evadir-se do distrito da culpa é suficiente para a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Por sinal, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que ‘a evasão do réu, por si só, justifica a preventiva decretada a bem da instrução e aplicação da lei penal’ (RT 664/336)”.

No caso vertente, a medida adotada pelo Togado a quo busca ainda acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face das condições peculiares do acusado, indubitavelmente dado à prática de delitos desta espécie, conforme atestam as certidões de antecedentes juntadas (fls. 79/84, 90/93 e 113/121), devendo anotar-se que, em tema de prisão preventiva, “vige o princípio da confiança no juiz do processo, posto que atuando no local onde o crime foi perpetrado e conhecendo as pessoas nele envolvidas, é quem melhor pode avaliar a necessidade da decretação da medida cautelar” (JC 66/451).

Ainda nesse sentido, cumpre consignar:

“A primariedade e mesmo os bons antecedentes, com a existência de profissão definida e residência fixa, não impedem seja decretada a prisão preventiva, porquanto os objetivos a que esta visa não são necessariamente afastados por aqueles elementos; o que é necessário é que a decisão — como ocorre no caso — demonstre que há possibilidade de qualquer das

finalidades (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou segurança da aplicação da lei penal) não ser alcançada se o réu permanecer solto” (HC n. 11.436, de Abelardo Luz, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 11/3/94).

Finalmente, quanto à inexistência de justa causa a amparar a deflagração da ação penal, cumpre assinalar que os depoimentos das testemunhas, colhidos na fase policial (fls. 31/34), atestam claramente que o paciente, quando de sua prisão, estava praticando o referido jogo, havendo várias pessoas aglomeradas ao seu redor para a prática do ilícito, sendo que, no mínimo, está em tese configurada a tentativa.

Sobre o delito em comento, cumpre trazer à baila comentário de Julio Fabbrini Mirabete:

“A conduta típica do delito é idêntica à do crime de abuso de incapazes, ou seja, é o de abusar das condições da vítima, induzindo-a, convencendo-a, persuadindo-a à prática de um ato. No caso, o fim do agente é que a vítima participe do jogo, aposta ou especulação com títulos ou mercadorias” (Manual de Direito Penal, vol. 2, 7ª ed., Atlas, pág. 310).

Mais à frente, acrescenta o doutrinador:

“Consuma-se o delito quando da prática do ato pela vítima (aposta, jogo, especulação), ainda que o fato não acarrete proveito ao agente ou terceiro. É pacífico que ocorre o crime ainda que a vítima, surpreendentemente, venha a ganhar. Isso porque se trata de crime formal, que se consuma com a prática do ato potencialmente prejudicial e o ganho, posterior

à consumação do crime, não pode descaracterizá-lo.

“A tentativa ocorre quando o processo executivo é interrompido, não praticando o sujeito passivo o ato (aposta, jogo, especulação)” (ob. cit., pág. 311).

Colhe-se desta Corte o seguinte julgado que põe fim à celeuma:

“Crime contra o patrimônio — Induzimento à especulação — Jogo do dedal — Tentativa — Admissibilidade — Caracterização — Pena diminuída — Recurso provido parcialmente.

“O ‘jogo do dedal’ é uma das formas de o sujeito abusar, em proveito próprio, ou alheio, da inexperiência ou da simplicidade de inferioridade mental de outrem, induzindo-o à prática de jogo ou aposta, sabendo ou devendo saber que a operação é ruíno-

“Admite-se a tentativa no crime de induzimento à especulação mediante ‘jogo de dedal’” (Ap. Crim. n. 33.512, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 23/1/96).

Diante de todo o exposto, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 17 de janeiro de 2001.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.024534-8, DE ARARANGUÁ

Relator: Des. Jaime Ramos

Habeas corpus. Prisão civil. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Constitucionalidade do DL n. 911/69. Pacto de São José da Costa Rica. Supremacia da Constituição Federal. Ação de depósito. Revelia da depositária. Preclusão quanto às matérias não contestadas. Força maior inocorrente. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

O Supremo Tribunal Federal já proclamou que o Decreto-Lei n. 911/69, que disciplina a alienação fiduciária em garantia de financiamento concedido por instituição financeira, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Pela alienação fiduciária o devedor transfere ao credor o domínio resolúvel do bem, do qual, por força legal e contratual, torna-se depositário, com as responsabilidades civis e penais inerentes ao depósito civil.

A Constituição Federal de 1988, ao permitir expressamente a prisão civil do alimentante inadimplente e também do depositário infiel (art. 5º, LXVII), tem supremacia sobre as convenções internacionais, que a ela não se equiparam, uma vez que incorporadas ao ordenamento infraconstitucional brasileiro.

A prisão civil do depositário infiel não se dá por dívida, mas pelo descumprimento da obrigação legal ou contratual do depósito.

Em face da coisa julgada, não cabe alegar em habeas corpus o mérito que deveria ter sido discutido na ação de depósito em que não houve contestação.

Não há que se falar em força maior a impedir a restituição do bem depositado, quando a própria depositária admite tê-lo vendido a terceiro, ainda que a transferência da documentação se tenha dado por fraude do comprador e em virtude da ausência de registro da alienação fiduciária na repartição de trânsito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.024534-8, da comarca de Araranguá (2ª Vara), em que é impetrante Luciano Torres Medeiros, sendo paciente Rovilda Zilda Bernardo Duarte:

ACORDAM, em Câmara de Férias, por maioria, denegar a ordem.

Cuida-se de habeas corpus preventivo impetrado pelo Dr. Luciano Torres Medeiros em favor de Rovilda Zilda Bernardo Duarte, cuja prisão civil foi decretada por ter-se tornado depositária infiel, haja vista não ter entregue o veículo que foi objeto de alienação fiduciária em garantia, nem o equivalente em dinheiro, após a intimação que seguiu ao trânsito em julgado da sentença que julgou proce-

dente ação de busca e apreensão transformada em ação de depósito.

Argumenta que a paciente está na iminência de sofrer constrangimento ilegal, com sua prisão civil, uma vez que o Decreto-Lei n. 911/69, em que se funda a alienação fiduciária, perdeu sua validade jurídica em face da nova ordem constitucional criada em 1988; que o devedor-fiduciante não se equipara ao depositário, pois o contrato de depósito disciplinado nos arts. 1.265 a 1.287 do Código Civil não se aplica ao contrato de alienação fiduciária, já que o devedor não recebe o bem para guardar, conservar e restituir ao credor, e sim permanece na posse dele, como seu; que, por outro lado, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, incorporado ao ordena-

mento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo n. 226/91, no seu art. 11, veda taxativamente a prisão civil por descumprimento de obrigação contratual, o mesmo ocorrendo com o Pacto de São José da Costa Rica, que dispõe ser incabível a prisão civil por dívida, salvo por inadimplemento de obrigação alimentar, sem incluir a do depositário infiel, de modo a derogar todas as previsões legislativas de caráter geral sobre a prisão civil.

Complementa que é nula a notificação que objetivava constituir a devedora em mora, posto que se fez por carta com aviso de recebimento, que foi recebida por terceira pessoa e não pela paciente.

Por outro lado, a entrega do bem só não foi possível em razão de força maior, já que a paciente foi vítima de golpe aplicado por terceiro, com a benevolência da credora, que não tomou o cuidado de averbar a restrição no órgão de trânsito competente, pois aquela vendeu o veículo a Edson Emerim Júnior, sob o compromisso deste de providenciar a transferência do veículo e também o financiamento que havia com a credora fiduciária, cujo saldo devedor assumiu; que o comprador, em conluio com o antigo proprietário do veículo, procedeu à transferência no Detran, após a obtenção de uma segunda via do documento, sob a falsa afirmação de que teria sido extraviado.

Ponderou que a paciente é mãe de família, tem filhos para cuidar e sustentar, de modo que a sua prisão por quatro meses será uma verdadeira tragédia.

Antes do exame do pedido de liminar, a autoridade apontada como

coatora prestou informações, noticiando que a Aravel Administradora de Consórcio S/C Ltda. promoveu ação de busca e apreensão contra a paciente, baseada em contrato de alienação fiduciária, nos termos do Decreto-Lei n. 911/69, e como o bem não foi encontrado em poder da ré, efetivou-se a conversão para ação de depósito, a requerimento da autora; que a ré foi citada e deixou fluir in albis o prazo para resposta; que após o julgamento antecipado, foi intimada a ré, para depositar o bem em juízo ou o equivalente em dinheiro, sob pena de prisão, e como não cumpriu a intimação, considerando-se o trânsito em julgado da decisão e o requerimento da autora, foi decretada a sua prisão civil por 120 dias, encontrando-se o mandado ainda pendente de cumprimento, em mãos da autoridade policial.

A liminar foi indeferida (fl. 68).

Seguiu-se o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pela concessão da ordem, sob o entendimento de que o devedor fiduciário não pode ser equiparado ao depositário infiel, este, sim, passível de prisão civil prevista no texto constitucional (fls. 71/73).

É o relatório.

A paciente ainda não foi presa, mas pende sobre ela o decreto de prisão civil que o impetrante verbera, ao argumento de que é ilegal.

A primeira alegação, de que o Decreto-Lei n. 911/69 não foi recepcionado pela nova ordem constitucional implantada pela Carta Magna de 1988, não resiste à orientação emanada do supremo guardião da Constituição, o Excelso Pretório, que assim tem decidido:

“Habeas corpus. Prisão civil. Alienação fiduciária. Depositário infiel. Decreto-Lei n. 911/69. Recepção pela Constituição de 1988. Prescrição. Direito Civil. Inexistência de ilegalidade. I — O Decreto-Lei n. 911/69 foi recepcionado pela ordem constitucional vigente. A equiparação do devedor fiduciário ao depositário infiel não afronta a Carta da República. Legítima, assim, a prisão civil do devedor fiduciante, que descumpre, sem justificação, ordem judicial para entregar a coisa ou o seu equivalente em dinheiro. Precedente do STF. II — Para prisão civil, vale a prescrição à luz do Direito Civil (art. 177 do Código Civil). Ordem denegada” (STF — HC n. 71.286-0—MG, rel. Min. Francisco Rezek, DJU 149, de 4/8/95, pág. 22.442, e RT 721/556 a 559; idem HC n. 4.712—SP, publ. no DJU de 4/9/95, e RT 727/102 a 104).

Idêntica orientação vem do Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto à possibilidade de prisão civil, também permitida no texto magno:

“Alienação fiduciária. Depositário infiel. Prisão civil. Possibilidade e legitimidade.

“A atual ressalva constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não diverge da constante do texto anterior (art. 159, § 17, da Constituição de 67), razão pela qual houve recepção da legislação ordinária que rege a matéria (art. 66 da Lei n. 4.728/65, na redação que lhe deu o art. 1º do Decreto-Lei n. 911/69), segundo a qual a alienação fiduciária transforma o alienante ou devedor ‘em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e en-

cargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal’.

“Legítima, pois, nos termos da jurisprudência precedente, a decretação da prisão civil da devedora-fiduciante que não cumprir o mandado judicial para entregar a coisa ou seu equivalente em dinheiro.

“Recurso de habeas corpus improvido” (RHC n. 4.545—SP, rel. Min. Assis Toledo, in DJU n.174, de 11/9/95, pág. 28.839; idem HC n.2.740-3—RS, DJU de 28/6/93, pág. 12.899, e HC 2.987-9—SP, DJU de 12/12/94, pág. 34.354).

O egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina confirma:

“Inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 911/69, proclamada pelo juiz, de ofício, em processo de busca e apreensão regulado pelo diploma impugnado — Dúvidas quanto à existência da eiva constitucional fundada na longa vigência do diploma criticado, sem qualquer argüição de incompatibilidade com a Constituição — Existência de outras normas procedimentais não invalidadas sob tal fundamento — Inafastável acolhimento à presunção de constitucionalidade das leis — Apelo conhecido e provido — Sentença recorrida anulada para que tenha desenvolvimento normal o processo de busca e apreensão.

“O transcurso de mais de duas décadas de pacífica eficácia do Decreto-Lei n. 911/69, bem como sua co-vigência com disposições procedimentais análogas, num contexto constitucional consagrador dos mesmos princípios ditos afrontados pelo diploma criticado, estão a delinear um quadro de incerteza quanto a sua inconstitucionalidade, que os doutos

não aconselham a acolhida, em prestígio ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis, só sendo autorizável quando transparece de forma indubitosa e indissolúvel à definição judicial do litígio" (JC 69, págs. 315/318, Ap. Cív. n. 37.158, de Criciúma, 2ª Câm. Cív., unân., rel. Des. Anselmo Cerello, em 26/11/91).

"Alienação fiduciária em garantia.

"Alegação de inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 911/69, por vícios em sua formação, baixado que foi pela Junta Militar que governou o Brasil, e afronta a diversos dispositivos da Carta Magna.

"Arguição bem afastada quanto ao vício de formação do Decreto-Lei n. 911/69, porque, embora editado por Junta Militar, esta detinha na ocasião poderes legislativos, o que é aberrante da tradição jurídica brasileira, fundada na tripartição dos poderes, na época rompida por ato de força, mas foi convalidado pelo art. 181 da Constituição Federal de 1967, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional n.1, de 17/10/69, referendando os atos excepcionais baixados na ocasião.

"Reconhecimento pela sentença, contudo, de inconstitucionalidade de diversos dispositivos do Decreto-Lei n. 911/69 e, afinal, do próprio Decreto-Lei.

"Inconstitucionalidade inexistente do § 4º do art. 66 da Lei n. 4.728/65 e dos artigos 2º e 3º e seu parágrafo 2º do Dec.-Lei n. 911/69, porque não violada a regra do devido processo legal ou a que proclama o princípio da isonomia.

"Inconstitucionalidade afastada do § 5º do art. 3º do Decreto-Lei n. 911, porque a par de não vislumbrada violação a normas constitucionais, senão que eventualmente contrariada regra do CPC, o processo não chegou à etapa de aplicação do dispositivo em apreço, não cabendo ao juiz de primeiro grau declarar a inconstitucionalidade em tese de preceitos legais, mas apenas deixar de aplicá-los concretamente, quando os tenha como afrontosos ao texto constitucional.

"Sentença anulada para que o feito prossiga como de direito" (JC 70, págs. 228/235, Ap. Cív. n. 37.729, da Capital, rel. Des. João José Schaefer, em 2/4/92).

"Alienação fiduciária (...)

"A constitucionalidade é sempre presumida, na dúvida, prevalece.

"Lei editada pelo Regime Militar é constitucional desde que não afronte qualquer dispositivo da Carta vigente.

"O Decreto-Lei n. 911/69 não é inconstitucional nem vulnera o princípio da igualdade de todos perante a lei" (JC n.70, págs. 299/300, 3ª Câm. Cív., unân., Ap. Cív. n. 39.335, de Indaial, rel. Des. Amaral e Silva; idem Ap. Cív. n. 38.789.

"Prisão civil — Alienação fiduciária em garantia — Constitucionalidade — Habeas corpus — Ordem concedida em face da ilegalidade manifesta da ameaça da prisão antes do julgamento da ação de depósito.

"A prisão do depositário infiel com base no Decreto-Lei n. 911/69 não padece de inconstitucionalidade.

"A cominação de prisão ao depositário não pode preceder ao julga-

mento da ação de depósito”(JC n. 75, págs. 512/518, 3ª Câm. Civ., maioria, rel. Des. Amaral e Silva (vencido), HC n.12.755, de Tubarão, voto vencedor do saudoso Des. Eder Graf, em 5/3/96).

No tocante à alegação de que a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada “Pacto de São José da Costa Rica”, veda a prisão por dívida, salvo por inadimplemento de obrigação alimentar, excluindo a prisão civil do depositário infiel, é necessária uma digressão acerca da posição que as convenções internacionais ocupam na hierarquia das leis, e da melhor exegese dos enunciados que figuram em tais pactos.

Depois de relacionar uma série de princípios e normas acerca dos direitos e garantias fundamentais do homem, o art. 5º da Constituição Federal, no seu § 2º, reza que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que no seu art. 11 veda a prisão civil por descumprimento de obrigação contratual, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12/12/1991. Por sua vez, o Pacto de São José da Costa Rica, estabelecendo que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (art. 7º, item 7), foi aprova-

do no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26/5/1992, e mandado cumprir pelo Decreto n. 678, de 6/10/1992.

A partir do momento em que ingressaram no Direito interno, mencionados pactos passaram a gozar, consoante o citado dispositivo constitucional, do privilégio de garantir os direitos fundamentais do homem prescritos no seu texto, em todo o território nacional.

Na hierarquia das leis, porém, as convenções internacionais assim incorporadas devem situar-se “no mesmo patamar da legislação ordinária” infraconstitucional (cf. TJSC — 4ª Câm. Civ. — HC n. 99.017787-9).

É indubitável, pois, a supremacia da Constituição da República sobre todas as convenções internacionais que a ela devem obediência.

Ora, a Carta Política de 1988 estabeleceu, no inciso LXVII do mesmo art. 5º:

“Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

O texto constitucional vigente autorizou, portanto, a decretação da prisão civil do depositário infiel.

A exegese mais extremada que se tem dado ao art. 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica, é a de que a exceção feita apenas quanto à prisão civil por inadimplemento alimentar derogou, automaticamente, a legislação infraconstitucional brasileira que autorizava a custódia civil do depositário infiel (Código Civil, art. 1.287; Código de Processo Civil, arts. 885, parágrafo único, 902, § 1º, e 904,

parágrafo único etc.), ao argumento de que “não há, pois, lei infraconstitucional autorizando a prisão civil fora da hipótese de inadimplemento de obrigação alimentar” (TJSC — HC n. 99.017787-9, com base em lições de Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, publicadas na Revista dos Tribunais).

Contudo, a ausência de menção à possibilidade de prisão civil do depositário infiel não induz à simplista ilação de que propositadamente o Pacto em comento a afastou do ordenamento jurídico nacional.

É que, em primeiro lugar, como o faz a Carta Magna, o Pacto está proibindo a prisão civil por dívida, salvo aquela decorrente de obrigação alimentar não honrada. Não poderia falar na prisão civil do depositário infiel, porque ela não decorre de dívida, e sim do descumprimento de uma obrigação legal ou contratual.

Em segundo lugar, a omissão em pauta está suprida pelo texto da Constituição Federal de 1988, que expressamente autoriza a prisão civil do depositário infiel. E contra essa disposição não tem poderes a convenção internacional, sob pena de inconstitucionalidade ou não recepção.

Por outro lado, o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ao vedar a prisão por descumprimento de obrigação contratual, não proíbe a prisão civil do depositário infiel, por encontrar-se esta respaldada pela lei e pela Constituição, e não apenas por contrato.

Assim é que, por todos os ângulos, mantida se encontra, na ordem jurídica nacional, a prisão civil do de-

positário infiel, porque autorizada pela Constituição da República.

Melhor sorte não agasalha a paciente, quanto à alegação de que o devedor fiduciante não se investe na função de depositário do bem dado em alienação fiduciária.

O art. 66 da Lei n. 4.728, de 14/7/1965, com a redação dada pelo art. 1º do Decreto-Lei n. 911/69, dispõe:

“A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”.

É da essência do contrato de financiamento com alienação fiduciária, pois, a transmissão, em favor do credor, do domínio resolúvel e da posse indireta do bem móvel dado em garantia, tanto que na hipótese de inadimplemento cabe a busca e apreensão prevista no art. 3º do citado Decreto-Lei, porque o bem já não mais pertence ao devedor-fiduciante e sim ao credor-fiduciário.

A resolução do domínio ocorre, segundo o disposto no art. 646 do Código Civil, com o implemento da condição, ou seja, com o cumprimento das obrigações assumidas no contrato de financiamento, caso em que tanto a propriedade como a posse plenas e exclusivas retornam às mãos do devedor-fiduciante.

Note-se que o art. 66 da Lei n. 4.728/65 desde logo estabelece um depósito legal do bem em mãos do de-

vedor, que também por direito se responsabiliza pelos encargos que lhe incumbem, como depositário, nos termos das leis civis e penais.

Afora isso, os contratos de financiamento com alienação fiduciária, assumindo uma feição mista, como em Direito Privado é cediço, trazem cláusula específica quanto ao depósito do bem fiduciariamente alienado, em mãos do devedor. Dessa sorte, o depósito, além de legal, também se torna contratual, voluntário. E o financiado assume, além da condição de devedor, também a de depositário do bem que alienou ao financiador.

Em conseqüência do depósito legal e geralmente também contratual, fica o devedor-fiduciante sujeito às disposições dos arts. 1.265 a 1.287 do Código Civil, dentre as quais as dos arts. 1.266 e 1.287, que lhe impõem os seguintes ônus:

“Art. 1.266. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando lho exija o depositário”.

“Art. 1.287. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo, mediante prisão não excedente a 1 (um) ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273)”.

A prisão civil do depositário infiel também vem cominada nos arts. 902, § 1º, e 904, parágrafo único, do Código de Processo Civil:

“Art. 902. (...)

“§ 1º. No pedido poderá constar, ainda, a cominação da pena de prisão até 1 (um) ano, que o juiz decretará na forma do art. 904, parágrafo único”.

“Art. 904. Julgada procedente a ação, ordenará o juiz a expedição de mandado para a entrega, em 24 (vinte e quatro) horas, da coisa ou do equivalente em dinheiro.

“Parágrafo único. Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel”.

Cessa a prisão com a entrega da coisa ou do equivalente em dinheiro, independentemente do valor da dívida.

Disso tudo resulta a possibilidade de conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69, quando o bem não é encontrado em mãos do devedor-depositário.

É despicienda, nesta fase, a outra alegação do impetrante, quanto à nulidade da notificação que constituiu a paciente em mora para o ajuizamento da ação, porque, embora citada para a ação de depósito, a paciente deixou transcorrer in albis o prazo de contestação, e também não se habilitou nos autos para a discussão de qualquer direito, de modo a autorizar a proclamação antecipada do julgamento, com a procedência do pedido exordial.

Imunizada que se encontra, a sentença, por força da coisa julgada material, não há como revolver a questão atinente à irregularidade da notificação premonitória, mormente na via estreita do writ.

Quanto à impossibilidade de entrega do bem, em virtude de força maior, observa-se, desde logo, que foi a própria paciente quem vendeu o veículo para um terceiro, que depois obteve, no Detran, a transferência da documentação para o seu nome.

Reza o art. 1.277 do Código Civil: "O depositário não responde pelos casos fortuitos, nem de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los".

No entanto, quem deu causa ao desaparecimento do veículo foi a paciente, que o vendeu a terceiro, ainda que possa ter sido lograda por ele, no tocante à assunção do saldo devedor do financiamento ao qual estava jungida a alienação fiduciária, o que poderá ser apurado, a requerimento da interessada, inclusive na esfera criminal, se for o caso.

A circunstância de não ter o credor-fiduciário registrado a alienação fiduciária no Detran não se encontra devidamente provada, até porque, quando da expedição da segunda via dos documentos, o antigo proprietário e o novo comprador afirmaram, perante a repartição de trânsito, sob as penas da lei, que não pesavam restrições sobre o veículo, como se vê na documentação anexada aos autos.

Por outro lado, consta no verso do contrato de financiamento com alienação fiduciária que foi registrado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, como recomenda o § 1º do art. 66 da Lei n. 4.728/65, com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 911/69, para valer contra terceiros.

E mesmo que essa providência não tivesse sido tomada, dúvida não

há de que o contrato tem validade entre as partes, obrigando o seu cumprimento, independentemente de qualquer registro, seja no Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou na própria repartição de trânsito.

Por estes fundamentos, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, que ressaltou seu entendimento no sentido de que, não havendo cláusula de depósito no contrato, o devedor não se investe na condição de depositário, e, em tal caso, não é possível a prisão civil, mas, como no caso dos autos a cláusula de depósito existe no ajuste firmado entre as partes, acompanha o voto do Relator, no particular. Vencido o Exmo. Sr. Des. João José Ramos Schaefer. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 17 de janeiro de 2001.

João José Schaefer,
Presidente com voto vencido;
Jaime Ramos,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. João José Schaefer:

Divergi, com a devida vênia, da douta maioria, uma vez que, a despeito da antiga e reiterada orientação do Excelso Pretório pelo cabimento da prisão civil em casos da espécie, vai-se firmando no colendo Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a prisão civil está agora reservada

apenas às hipóteses de inadimplemento de obrigações alimentares.

Em trabalho publicado na Revista dos Tribunais n. 756/37 sob o título “Prisão Civil do Depositário Infiel em face da derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de São José da Costa Rica”, Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe sustentam que, embora “constitucional a permissão de prisão civil do infiel depositário”, está em plena vigência, como norma de caráter geral, o Pacto de São José da Costa Rica, derogatório de todas as previsões legislativas de caráter geral sobre prisão civil, principalmente o art. 1.287 do Código Civil e os artigos 885, parágrafo único, 902, § 1º, e 904, parágrafo único, todos do CPC.

Argumentam aqueles juristas que o art. 5º, LXVII, da Carta Política de 1988, constitui uma norma que abre exceção permissiva à prisão civil ao dispor que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Trata-se, entretanto, de norma não auto-aplicável, dependendo sua eficácia da lei.

Presentemente, dizem, não existe texto de lei autorizador de prisão civil em decorrência de infidelidade de depósito, mas apenas nos casos de inadimplemento de obrigação de alimentos.

É que tendo o art. 7º, n. 7 do aludido Pacto, assentado que “Ninguém será detido por dívidas; este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”, e havendo

tal Pacto sido aprovado pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26/5/92, e mandado cumprir pelo Decreto Executivo n. 678, de 6/10/92, não mais estão em vigor os preceitos de lei ordinária permissivos da prisão civil por infidelidade de depósito.

Não obstante respeitável entendimento do eminente Ministro Celso de Mello de que “não há como fazer abstração da Constituição para, com evidente desprestígio da normatividade que dela emana, conferir, sem razão jurídica, precedência a uma convenção internacional”, consoante despacho no HC n. 77.631/SC, publicado no DJU 158-E, de 19/8/98, Seção 1, pág. 35, transcrito no trabalho sob apreciação de Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, essa não é uma orientação unânime no egrégio Supremo Tribunal Federal.

O eminente Ministro Marco Aurélio, por exemplo, no HC n. 77.383—MG, publicado no DJU de 27/6/97, assinalou que “O fato de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, situado no mesmo patamar da legislação ordinária, restou na derrogação desta no que extrapolava à hipótese de prisão civil por inadimplemento de prestação alimentícia”.

Em voto nos Embargos de Divergência no REsp n. 149.518—GO (9810063056-2), a publicação de cujo acórdão pende de declaração de outros votos, o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar sustenta, também, a derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de São José da Costa Rica.

Acentua, de início, que sua antiga opinião de que não cabe a prisão

civil do devedor em alienação fiduciária “se reforça na mesma proporção em que se degrada o sistema prisional do País, transformados os cárceres em depósitos destituídos das mínimas condições de dignidade, conforme estamos, diariamente, sendo informados pela imprensa”, situação que mais se agrava, acrescenta, “quando se sabe que o egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu ser a prisão civil incompatível com a prisão albergue ou com a prisão domiciliar (HC n. 74.381/PR, 1ª Turma, 26/8/97)”.

Procede, em seguida, a ampla análise sobre os reflexos do Pacto de São José da Costa Rica no direito interno do Brasil, entendendo também derogado pelo aludido Pacto o disposto no art. 1.287 do Código Civil, culminando por transcrever este tópico de decisão do Min. Marco Aurélio no HC n. 79.010/PR (DJU de 10/3/99, Seção 1, pág. 45):

“Vale frisar que o Brasil, ao subscrever o Pacto de São José da

Costa Rica, situado no mesmo patamar da legislação ordinária, veio a derogar o Código Civil, o Código de Processo Civil e, com maior razão, o Decreto-Lei n. 911/69, alterado pelo artigo 4 da Lei n. 6.071/74, no que disciplinavam matérias estranhas à prestação alimentícia”.

Não há, pois, lei infraconstitucional autorizando a prisão civil fora da hipótese de inadimplemento de obrigação alimentar.

Nestas condições, concedia, por meu voto, a ordem, ante a integração ao direito positivo brasileiro do Pacto de São José da Costa Rica, de norma legal disciplinadora do depósito, como reconhecido pelo STJ nos Embargos de Divergência n. 149.518, de Goiás, relatados pelo eminente Min. Ruy Rosado de Aguiar.

João José Schaefer

HABEAS CORPUS N. 01.000111-5, DE CANOINHAS

Relator: Des. Jaime Ramos

Habeas corpus para obstar quebra do sigilo bancário. Via inadequada. Não conhecimento.

O habeas corpus é meio idôneo a afastar constrangimento sobre o direito de liberdade de locomoção, não se prestando a obstar a quebra de sigilo bancário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 01.000111-5, da comarca de Canoinhas (2ª Vara), em que é

impetrante Mário Cordella Filho, sendo paciente José Ricardo Fuck:

ACORDAM, em Câmara de Férias, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Impetra o Dr. Mário Cordella Filho ordem de habeas corpus em favor de José Ricardo Fuck, relatando que a autoridade impetrada, a pedido do Delegado de Polícia local nos autos de inquérito policial instaurado, determinou que o gerente da agência bancária fornecesse todos os borderôs de desconto de títulos, acompanhados dos extratos bancários das duas contas correntes mencionadas, bem como emitisse declaração sobre a natureza dos títulos descontados no período de janeiro de 1995 a dezembro de 1998.

Sustenta, em resumo, a impossibilidade de deferimento da medida, porquanto não foi respeitado o direito à privacidade e intimidade pelo devido processo legal e do contraditório, além de não observado o princípio da proporcionalidade, salientando que o disposto no art. 38 e parágrafos da Lei n. 4.595/64 deve ser interpretado à luz da nova Carta Constitucional, mormente no caso, em que sequer existem indícios da ocorrência de delito e de sua autoria. Acrescentou a falta de demonstração da imprescindibilidade da quebra do sigilo bancário para o êxito das investigações, até porque não se verifica pertinência ou relação necessária entre a documentação pleiteada e o objeto criminalmente investigado.

Após indeferida a liminar postulada, a autoridade impetrada prestou informações, esclarecendo a necessidade da medida e, em seguida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça ma-

nifestou-se pelo não conhecimento do writ.

É o relatório.

Adoto, como razões de decidir, o duto parecer do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Vilmar José Loef, que, com a percuciência que lhe é peculiar, consignou:

“Segundo dispõe o inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal, ‘conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder’.

“Trata-se, portanto, de garantia destinada a tutelar a liberdade de ir e vir do cidadão, só havendo interesse de agir quando utilizado para afastar constrangimento ilegal (concreto ou ameaça) à liberdade de locomoção.

“Segundo doutrinam os mestres Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes:

‘O pedido de habeas corpus será necessário toda vez que houver uma prisão atual ou simples ameaça, mesmo que remota, de restrição ao direito de liberdade física de alguém. Assim, se pelo teor da impetração, ou das informações prestadas pelo aponentado coator, ficar evidenciado que a coação não existe, já cessou, ou sequer pode vir a ocorrer, faltarão o interesse de agir pela via do habeas corpus’.

“Mais adiante, em análise à adequação, acrescentam:

‘Além de necessária, a tutela invocada pela via do habeas corpus deve ser adequada, ou seja, deve haver uma relação entre a situação de ile-

galidade que se pretende remover e o remédio utilizado: como já ficou dito, desde a Reforma Constitucional de 1926, no nosso ordenamento o habeas corpus é instrumento exclusivamente destinado à proteção da liberdade de locomoção, ou seja, direito de ir, vir e ficar.

‘As Mesas de Processo Penal concluíram a respeito: ‘Súmula 94 — Faltar interesse de agir, por inadequação do pedido, se a pretensão não for dirigida à garantia de liberdade de locomoção’.

‘Assim, deve ser negado o interesse de agir, por falta da adequação, sempre que se pedir o habeas corpus para remediar situações de ilegalidade contra outros direitos, mesmo aqueles que têm na liberdade de locomoção condição de seu exercício, como v.g., o direito de freqüentar templo religioso, de ingressar em determinados locais etc. Para tais hipóteses adequado, em tese, o Mandado de Segurança, previsto na Constituição justamente para a proteção de ‘direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data’ (art. 5º, LXIX)’ (Recursos no Processo Penal, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1998, pág. 350).

‘Julio Fabbrini Mirabete também leciona a respeito:

‘Também falta legítimo interesse quando o pedido de habeas corpus é inadequado à providência que o impetrante pretende obter. Sendo o mandamus meio adequado para se afastar constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, não é idôneo para que paciente se livre do pagamento das custas processuais (Súmula 395 do STF); para trancar processo administrativo; para permitir o exercício de atividade que é vista como contrária aos interesses da sociedade; para

cancelamento de registros; para obter tratamento médico; para não atender intimação para prestar esclarecimentos na Polícia; para obter restituição de coisas apreendidas etc. Também não se admite o pedido quando não se trata de coação à liberdade ambulatoria, mas de simples impedimento de passagem por certas vias públicas, ou de entrada em determinados lugares. Para assegurar outros direitos que não a liberdade de ir, ficar e vir, a medida adequada é o mandado de segurança ou, eventualmente, o habeas data’ (Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., Ed. Atlas, 1997, pág. 835).

“Observa-se que o habeas corpus afronta a ilegalidade ou abuso de poder, atual ou iminente, que repercute na liberdade de locomoção do paciente, enquanto o mandado de segurança protege direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus.

“O direito que o ora paciente tenciona proteger é aquele, até então, tutelado pelo art. 38 da Lei n. 4.595/64, expressamente revogado pela Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, referente ao sigilo bancário.

“Assim, na hipótese dos autos, a matéria não pode ser conhecida no estreito âmbito do remédio heróico onde, como se viu, se protege a liberdade de locomoção, consubstanciada na fórmula de ir, ficar e vir.

“A jurisprudência não destoa:

‘O pressuposto do habeas corpus é o risco ou a atualidade de uma coação sobre a liberdade ambulatoria da pessoa, sobre sua liberdade física (artigo 5º, LXVIII, da CF). Não se conhece do pedido se não há sequer

ameaça de ilegítimo cerceamento a tal liberdade' (RTJ 156/869). Precedentes do STF (Habeas Corpus n. 96.010699-5, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

'O habeas corpus garante direito de locomoção. Esse seu campo específico. Nesse processo serão examinados e coibidos todos os atos, ilegais e abusivos, que venham ou possam vir repercutir na restrição desse direito. Os demais direitos, desde que líquidos e certos, amparo se dá mediante o habeas data. CF/88, art. 5º, incs. LXVIII e LXIX. A incomunicabilidade diz respeito a direito de comunicação e não ao de locomoção. Mandado de segurança conhecido e denegado' (JSTJ 29/369).

"Especificadamente sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

'Constitucional. Processual penal. Habeas corpus. Decisão que decreta a quebra do sigilo bancário. Direito de locomoção. Lesão. Inocorrência.

'O habeas corpus é remédio constitucional que tem por objetivo a proteção do direito de locomoção, não se prestando para afastar decisão que decreta a quebra do sigilo bancário.

'Habeas corpus denegado' (HC n. 8218/SP — Min. Vicente Leal, data da decisão 4/2/1999).

'Processual penal — Habeas corpus — Quebra de sigilo bancário — Via adequada.

'O habeas corpus visa à proteção que se restringe à liberdade de locomoção, não sendo a via adequada para obstaculizar a quebra irregular de sigilo bancário.

'Ordem não conhecida' (HC n. 6412/GO — Min. Cid Flaquer Scartez-zini, data da decisão 10/3/1998).

"Como se vê, a pretensão do impetrante não pode ser obtida via habeas corpus, eis que o presente remédio constitucional é destinado única e exclusivamente para tutelar, de forma eficaz e imediata, a liberdade de locomoção".

Sobre o tema, ainda anota Julio Fabbrini Mirabete:

"Depois de constar em todas as anteriores Constituições brasileiras, o pedido de habeas corpus é previsto na Carta Constitucional de 1988, no art. 5º, LXVIII: 'conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder'; e regulado nos artigos 647 a 667 do Código. É uma garantia individual, ou seja, um remédio jurídico destinado a tutelar a liberdade física do indivíduo, a liberdade de ir, ficar e vir, tendo por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder" (Código de Processo Penal Interpretado, 6ª ed., Ed. Atlas, 1999, págs. 832/833).

Ante o exposto, não se conhece do writ.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 24 de janeiro de 2001.

Nilton Macedo Machado,
Presidente com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

RECURSOS CRIMINAIS

RECURSO CRIMINAL N. 00.011003-5, DA CAPITAL

Relator designado: Des. Jorge Mussi

Processual-penal e militar — Recurso em sentido estrito — Aforamento contra decisão indeferitória dos benefícios da Lei n. 9.099/95 — Hipótese não prevista nos casos arrolados no art. 516 do CPPM — Ausência de má-fé ou erro grosseiro — Aplicação subsidiária do princípio da fungibilidade (art. 579 do CPP) — Conhecimento como reclamação (art. 243 do RITJSC) que se impõe.

Justiça Castrense — Lesão corporal leve — Lei n. 9.099/95 — Incidência — Superveniência da Lei n. 9.839/99 — Crime militar impróprio cometido após a entrada em vigor da lex gravior — Vedação expressa — Inaplicabilidade das normas dispostas na Lei dos Juizados Especiais Criminais no caso — Decisão indeferitória acertada — Recurso defensivo não provido.

A jurisprudência do STF firmou entendimento no sentido da aplicabilidade à Justiça Castrense das disposições da Lei n. 9.099/95 “e, assim, a necessidade de representação, no caso de lesão corporal leve ou culposa (artigos 88 e 91), e a possibilidade de concessão da suspensão condicional do processo, quando a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano.

“Entretanto, esta orientação jurisprudencial ficou superada com o advento da Lei n. 9.839/99, que afastou a incidência da Lei n. 9.099/95 do âmbito da Justiça Militar” (HC 79.988/PR — rel. Min. Maurício Corrêa).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 00.011003-5, da comarca da Capital (Auditoria da Justiça Militar), em que é recorrente Luiz Alves Castanha, sendo recorrida a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, conhecer do recurso, e quanto ao mérito, por maioria de votos, negar-lhe provimento.

Custas legais.

1 — Perante a Auditoria Militar do Estado de Santa Catarina, Luiz Alves Castanha foi denunciado como incurso nas penas do art. 209, caput, do Código Penal Militar, porque, segundo narra a exordial acusatória de fls. 2 e 3:

“No dia 23 de outubro de 1999, por volta de 0h50min, os policiais militares Luiz Alves Castanha e Jeverson Corrêa dos Santos receberam uma comunicação do Copom para que apoiassem a viatura PM 12-721, pois havia acabado de ser furtada uma motocicleta CG 125, em uma boate de nome ‘Casa de Campo’.

“Ao efetuarem rondas pelas proximidades foram alertados pelo soldado Steffen, que havia avistado um motoqueiro suspeito, o qual havia empreendido fuga em alta velocidade, após perceber que seria abordado pelos policiais.

“Foi realizada uma barreira policial, onde a vítima Edison Sampaio tentou fugir, sendo disparado um tiro contra este pelo Policial Militar Luiz Alves Castanha, ora acusado, resultando em lesão corporal le-

ve, conforme demonstrado em fl. 34 dos presentes autos”.

Recebida a denúncia e interrogado o acusado, levantou a defesa a aplicabilidade dos ditames da Lei n. 9.099/95 ao caso, uma vez que se cuidava de crime militar impróprio, reque-rendo, por isso, o arquivamento dos autos, ante a ausência de representação por parte da vítima (art. 88 e art. 91 da Lei n. 9.099/95), ou que fosse designada data para a audiência para os fins do art. 89 da Lei n. 9.099/95, asseverando, ainda, que a vedação da sua aplicação no caso pela novel Lei n. 9.839/99 seria inconstitucional.

O Ministério Público posicionou-se contrariamente, “pois a inaplicabilidade dos institutos da Lei n. 9.099/95 é expresso na Lei n. 9.839/99” (fl. 57), e, com base nesses mesmos fundamentos, o Conselho Permanente de Justiça houve por bem indeferir o pleito defensivo.

Inconformado com referida decisão, Luiz Alves recorreu em sentido estrito, fulcrado no art. 510, alínea a, e 516 e seguintes, do Código de Processo Penal Militar, pretendendo seja reconhecida a aplicabilidade dos ditames da Lei n. 9.099/95, mais especificamente do preceituado no seu art. 89, ao caso sub judice.

Alega que se apura o cometimento em tese do delito do art. 209 do CPM — lesão corporal leve —, que é punido com detenção, de 3 meses a 1 ano, e, portanto, infração de menor potencial ofensivo, e apesar de a Lei n. 9.839/99 gramaticalmente negar a aplicação na Justiça Militar das normas da Lei n. 9.099/95, “não está invalidado o argumento segundo o qual

as razões militares (disciplina, hierarquia, segurança) somente podem fundamentar tratamento distinto para os crimes exclusivamente militares. Aos crimes militares impróprios não se pode dar tratamento diferente daquele previsto para os crimes comuns, pois também são comuns" (fl. 61), sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, constitucionalmente albergados.

Sustenta, então, que o disposto no art. 90-A da Lei n. 9.099/95, acrescentado pela Lei n. 9.839/99, aplica-se somente aos crimes militares próprios ocorridos a partir do dia 28/9/99, data da publicação da novel lei, sob pena de incorrer-se em inconstitucionalidade, e haja vista ser a lex posterior mais gravosa.

Requer, destarte, a reforma do decimum, a fim de que seja designada data para a audiência para proposta do sursis processual, nos moldes do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Contra-arrazoado o recurso e mantida a decisão objurgada, os autos ascenderam a esta Instância, onde a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu conhecimento e improvimento.

Pautado o processo, sobreveio a petição do recorrente pleiteando a juntada de artigo doutrinário sobre o tema tratado.

É o relatório.

2 — Sabe-se que a enumeração dos casos em que se pode ingressar com recurso em sentido estrito é taxativa e não exemplificativa, seja no âmbito da Justiça Comum seja no âmbito da Justiça Militar.

Certo também, por outro vértice, que quando da entrada em vigor do Código de Processo Penal Militar, datado de 21 de outubro de 1969, ainda não vigia a Lei n. 9.099, pelo que nele não poderia estar prevista a situação da qual se recorre; nem mesmo a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, previu a hipótese de recurso no caso de indeferimento da benesse estabelecida no seu art. 89.

Dita o art. 3º do CPPM que "os casos omissos neste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar". Já o Código de Processo Penal, por sua vez, adotou o princípio da fungibilidade dos recursos, ao dispor que "salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro" (art. 579), perfeitamente aplicável in casu, por força do citado art. 3º do CPPM.

Sobre o princípio da fungibilidade, ensina Julio Fabbrini Mirabete:

"Havendo situações em que existem dúvidas na doutrina e na jurisprudência quanto ao recurso adequado, a parte não deve ficar prejudicada se se equivoca no meio pelo qual deve ser efetuado o reexame da decisão. Assim, adota-se no processo penal o princípio da fungibilidade dos recursos, colocando-se acima da legitimidade formal o fim a que visa a impugnação. Onde não houver má-fé, o juiz deve admitir o recurso interposto por outro em caso de evidente equívoco, mandando processá-lo de acordo com os dispositivos pertinentes (...)" (Código de Processo Penal Interpretado, 5 ed., Atlas, São Paulo, 1997, pág. 722).

Clara a impropriedade da interposição presente, eis que não há expressa previsão legal do cabimento de recurso em sentido estrito nos casos de indeferimento da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) em sede de processo penal militar, mas não se evidenciamdo má-fé ou erro grosseiro do requerente, há que se conhecer do inconformismo, como reclamação, prevista no art. 243 do Regimento Interno deste Tribunal.

Com efeito, o artigo 243 do RITJSC estabelece que “cabará reclamação de decisão que contenha erro ou abuso, que importe na inversão da ordem legal do processo, quando para o caso não haja recurso específico”, e, julgando caso semelhante, esta Corte de Justiça já deixou assentado:

“Recurso em sentido estrito. Pedido de suspensão condicional do processo denegado. Lei n. 9.099/95. Descabimento da via eleita. Reclamação. Exegese do art. 243 do RITJSC” (Rec. Crim. n. 96.008944-6, de Pomerode, deste Relator, j. em 26/10/96).

No mesmo norte:

“Recurso crime — Sentido estrito — Suspensão condicional do processo — Indeferimento — Lei n. 9.099/95 omissa — Não cabimento — Reclamação (art. 243 do RITJSC) — Distribuição na classe própria” (Rec. Crim. n. 96.005596-7, de Pomerode, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 10/9/96).

Assim, e como o que pretende o recorrente é a reforma da decisão que lhe indeferiu a possibilidade de suspensão condicional do processo, hipótese não prevista nas alíneas do

art. 516 do CPPM, ausentes a má-fé e/ou o erro grosseiro do recorrente, com supedâneo no contido no art. 589 do CPP, subsidiariamente aplicável na hipótese, bem como com fundamento na exegese do art. 243 do RITJSC, conhece-se do recurso como reclamação.

3 — No mérito, melhor sorte não socorre o recorrente.

Bem verdade que se pacificou, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a aplicabilidade das regras da Lei n. 9.099/95 tanto às infrações apuradas mediante o rito comum, quanto às apuradas pelo rito especial, inclusive perante as Justiças Especializadas, como a Federal, a Militar e a Eleitoral.

Assim, tanto a necessidade de representação pela parte, em se tratando de lesão corporal leve (arts. 88 e 91 da Lei n. 9.099/95), quanto a possibilidade de o ora acusado ser agraciado com a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), estavam asseguradas, mesmo em se tratando da apuração de crime militar, senão leia-se dos seguintes excertos doutrinários e jurisprudenciais:

“(…) é evidente que é cabível, nos juízos comum, militar e eleitoral, a suspensão do processo nos ‘crimes’ (assim como contravenções) da competência do juizado” (Ada Pellegrini Grinover e outros, Juizados Especiais Criminais, RT: São Paulo, 1996, pág. 198).

Luiz Flávio Gomes, por seu turno, confirmava que “(…) não importa, de outro lado, se o delito está previsto no Código Penal ou em lei especial (envolve, portanto, em tese, sonegação fiscal — alguns crimes —, crimes

militares etc.)” (Suspensão Condicional do Processo, RT: São Paulo, pág. 147).

Outra não era a posição de Damásio E. de Jesus, que sustentava que “a suspensão condicional do processo é aplicável aos delitos militares arrolados pelo art. 89 da lei especial. Competência: Justiça Militar” (Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, 2ª ed., Saraiva: São Paulo, 1996, pág. 110).

Do Excelso Pretório, nesse vértice, tem-se:

“O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da aplicação à Justiça Militar da Lei n. 9.099/95” (HC n. 80.177-3/RS — rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 6/10/2000, pág. 82).

Não restava dúvida, portanto, que tanto a necessidade de representação pela vítima nos casos de lesão corporal, como a suspensão condicional do processo, disciplinadas nos arts. 88, 91 e 89 da Lei n. 9.099/95, aplicavam-se inclusive aos crimes com rito especial, como os crimes militares, fossem eles próprios ou impróprios, desde que, obviamente, preenchidos os requisitos legais.

Porém, com a edição e entrada em vigor da Lei n. 9.839, de 27/9/1999, que acrescentou o artigo 90-A à Lei n. 9.099/95, que expressamente estatuiu que “as disposições desta Lei” (n. 9.099/95) “não se aplicam no âmbito da Justiça Militar”, e que entrou em vigor na data da sua publicação, isto é, em 28/9/1999, não mais se aplicam as benesses da citada Lei Especial aos fatos ocorridos após a sua vigência.

Esse é o entendimento que vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal, veja-se:

“1. A jurisprudência deste Tribunal entendeu aplicável à Justiça Militar as disposições da Lei n. 9.099/95 e, assim, a necessidade de representação, no caso de lesão corporal leve ou culposa (artigos 88 e 91), e a possibilidade de concessão da suspensão condicional do processo, quando a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano.

“Entretanto, esta orientação jurisprudencial ficou superada com o advento da Lei n. 9.839/99, que afastou a incidência da Lei n. 9.099/95 do âmbito da Justiça Militar” (HC n. 79.988/PR — rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 28/3/2000 — grifamos).

De idêntico sentido, cita-se, também da jurisprudência da Excelsa Corte:

“A jurisprudência do Tribunal firmou-se no sentido da aplicação na Justiça Militar do instituto da suspensão condicional do processo (Lei n. 9.099/95).

“Esse verbete era pacífico até o advento da Lei n. 9.839/99, que vedou a aplicação da Lei n. 9.099/95, no âmbito da Justiça Militar” (ROHC n. 79.568-4/AM, rel. Min. Nélson Jobim, DJU de 18/8/2000, pág. 97 — destacamos).

E, do Superior Tribunal de Justiça:

“Até a edição da Lei n. 9.839, de 27 de setembro de 1999, que acrescentou o art. 90-A ao texto da Lei n. 9.099/1995, prevaleceu na jurisprudência desta Corte e do STF o entendimento de serem aplicáveis à Justiça

Castrense as disposições deste último diploma legal" (RSTJ 132/468).

E, no caso sub examine, o fato criminoso apurado é de 23 de outubro de 1999, cometido, portanto, bem após a entrada em vigor da novel lei, pelo que expressamente vedada a incidência das regras da Lei n. 9.099/95 à hipótese.

Para arrematar, a alegada inconstitucionalidade da Lei n. 9.839/99 quanto aos crimes impropriamente militares, como bem assinalou o representante do Parquet a quo, Dr. Sidney Eloy Dalabrida, em suas contra-razões ao Recurso Criminal n. 00.013217-9, da Capital, em que julgou idêntico tema, "carece de consistência jurídica", senão veja-se:

"O notável Célio Lobão, em sua obra 'Direito Penal Militar', após frisar que a Constituição/88 acolheu o critério *ratione legis* ou objetivo, preleciona que 'Em conformidade com o critério *ratione legis*, ou critério objetivo, crime militar é aquele definido em lei, portanto o previsto no Código Penal Militar, com atendimento aos requisitos expressos nesse mesmo diploma penal, compreendendo os crimes propriamente e os impropriamente militares' (Ed. Brasília Jurídica, 1999, pág. 51).

"A Lei n. 9.839/99, ao excluir a incidência da Lei n. 9.099/95 não excepcionou os crimes propriamente militares; ao contrário, vedou a aplicação daquele diploma legal 'no âmbito da Justiça Militar' (art. 1º). Sendo assim, até por força de elementar norma de hermenêutica, não é lícito ao intérprete restringir os seus efeitos.

"Em outros termos, constituindo a conduta praticada crime militar, assim definido aquele que possa ser

enquadrado em uma das hipóteses previstas no art. 9º do Código Penal Militar (critério *ratione legis*, ou objetivo), incabível a aplicação da Lei n. 9.099/95 após a entrada em vigor da Lei n. 9.839/99" (fls. 109/110).

Dirimindo eventuais dúvidas acerca da sustentada inconstitucionalidade do dispositivo tratado, cita-se o recente julgado:

"Habeas corpus. Crime militar. Alegação de inconstitucionalidade da Lei n. 9.839/99. Entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de sua aplicabilidade aos crimes cometidos após a sua vigência. Constrangimento inocorrente. Ordem denegada.

"Não há falar em constrangimento ilegal quando, com base no artigo 90-A, acrescentado à Lei n. 9.099/95 pela Lei n. 9.839/99, é indeferido pedido de suspensão condicional do processo a crime praticado por militar, no exercício de sua função, mormente porque neste sentido é o entendimento da Suprema Corte" (HC 00.017198-0, da Capital, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, in DJSC n. 10.567, pág. 34).

4 — Pelo exposto, conhece-se do recurso como reclamação, mas nega-se-lhe provimento.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor quanto à preliminar de conhecimento e com voto vencido quanto ao mérito, o Exmo. Sr. Des. Álvaro Wandelli, e participou, com voto vencido quanto à preliminar de conhecimento e com voto vencedor quanto ao mérito, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 29 de agosto de 2000.

*Jorge Mussi,
Presidente para o acórdão
e Relator designado.*

RECURSO CRIMINAL N. 01.000794-6, DE TAIÓ

Relator: Des. Irineu João da Silva

Processo penal — Recurso criminal — Sentido estrito — Decisão que concluiu pela competência do juízo — Hipótese não referida no art. 581 do Código de Processo Penal — Não conhecimento.

Tratando-se de decisão do juiz que se declara competente, de natureza interlocutória, no processo penal a regra é a irrecorribilidade, com as exceções previstas no art. 581 do Código de Processo Penal e em algumas leis especiais. Poderão ser examinadas como preliminar de apelação, pois não serão atingidas pela preclusão, ou, então, impugnadas por habeas corpus, mandado de segurança, correição parcial ou reclamação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 01.000794-6, da comarca de Taió, em que são recorrentes José de Lima e outros, sendo recorrida a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Custas na forma da lei.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por José de Lima e outros, representados pela Funai — Fundação Nacional do Índio, contra ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da comarca de Taió, que decidiu pela competência da Justiça Estadual para processamento e julgamento de crime de furto qualificado, pelo qual foram

denunciados os indígenas José de Lima, Levi Patte, José Cuzum Patte e Osmair da Silva.

Com as contra-razões e sem a manutenção da decisão atacada, nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Robison Westphal, manifestou-se pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

1. Não obstante a ausência do despacho a que se refere o art. 589 do Código de Processo Penal, o recurso não deve ser conhecido, faltando-lhe condição essencial de admissibilidade, ou seja, a possibilidade jurídica, que, em matéria de recursos, equivale ao seu cabimento.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho

e Antônio Scarance Fernandes, esta exigência corresponde à previsão legal do recurso. Só há possibilidade de utilização da via recursal quando o ordenamento contempla certo meio de impugnação para atacar a decisão. Desse modo, a possibilidade jurídica de recorrer prende-se à recorribilidade da decisão.

“Sendo irrecurável a decisão, por não caber dela qualquer recurso, haverá impossibilidade jurídica de interpô-lo. (...)”

“Também são irrecuráveis os meros despachos (que nem decisões são, por não versarem sobre questões controvertidas), enquanto atos judiciais que servem exclusivamente para impulsionar o processo” (Recursos no Processo Penal, 2ª ed., SP, RT, 1998, pág. 44).

Tratando-se de decisão do juiz que se declara competente, de natureza interlocutória, diversamente do que ocorre no processo civil, em que podem ser impugnadas pelo agravo (CPC, art. 522), no processo penal a regra é sua recorribilidade, com as exceções previstas no art. 581 do Código de Processo Penal e em algumas leis especiais. Poderão ser examinadas por ocasião do recurso, pois não serão atingidas pela preclusão, ou, então, impugnadas por habeas corpus, mandado de segurança, correição parcial ou reclamação.

2. No caso, a questão suscitada pelos recorrentes não encontra apoio nas decisões previstas no referido art. 581, as quais são passíveis de ser impugnadas pelo recurso em sentido estrito, não admitindo ampliação para contemplar hipóteses diversas.

Damásio de Jesus ensina que, “o disposto no art. 581 é taxativo e não exemplificativo. Não admite ampliação. Assim, não cabe recurso nas hipóteses não exemplificativas” (Código de Processo Penal Anotado, Ed. Saraiwa, 1994, 11ª ed., SP, pág. 386).

Sobre a matéria, esta egrégia Câmara Criminal já decidiu:

“Habeas corpus — Competência — Exceção rejeitada — Cabimento do writ — Crimes praticados por indígenas — Competência para julgamento da Justiça Estadual — Ordem conhecida e denegada.

‘A decisão que rejeita exceção de incompetência não se encontra no rol das atacáveis por recurso em sentido estrito. Nem sendo interlocutória mista ou terminativa, é inapelável. Destarte, só pode ser atacada através de habeas corpus ou em preliminar de eventual apelação’ (RT 644/308)” (HC n. 99.015758-0, de Itaiópolis, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 28/9/1999).

É o caso dos autos.

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robson Westphal.

Florianópolis, 6 de março de 2001.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.001402-8, DE SÃO FRANCISCO DO SUL

Relator: Des. Alberto Costa

Apelação criminal — Furto qualificado — Condenação — Recurso visando à absolvição, escudado na negativa de autoria e ausência de provas — Contexto probatório emanado dos depoimentos de policiais militares e civis, declarações da vítima e termo de apreensão da res furtiva — Validade — Álibi indemonstrado — Condenação mantida — Inviabilidade da aplicação das disposições da Lei n. 9.714/98, em face dos maus antecedentes do apelante, tingidos pela reincidência — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.001402-8, da comarca de São Francisco do Sul (2ª Vara), em que é apelante Marzoli Budal, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de São Francisco do Sul, 2ª Vara, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia

contra Marzoli Budal, dando-o como incurso nas sanções do artigo 155, §§ 1º e 4º, inciso I, do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: "O ora denunciado, no dia 9 de abril de 1999, por volta de 0h30min, durante o repouso noturno, após arrombar a janela lateral esquerda, do tipo veneziana, e a interior da residência da vítima Luiz Carlos Gonçalves, sita à Rua Parati, n. 360, centro de Araquari, nesta Comarca, usando para tanto um pé-de-cabra e uma faca, conforme laudo de arrombamento de fls. 20/21, do seu interior subtraiu, para si, um videocassete marca

Gold Star, uma máquina fotográfica marca Zenit com flash profissional e os demais objetos descritos no boletim de ocorrência de fl. 7.

“Accionados os policiais militares estes encontraram o ora denunciado na posse de parte da res furtiva, cujos objetos foram apreendidos e avaliados, conforme termo de apreensão de fls. 14 e 15. E no mato próximo à residência da vítima os descritos à fl. 17, os quais foram reconhecidos, avaliados e entregues, conforme termos de fls. 18/19” (fl. 2).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Marzoli Budal às penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime semi-aberto, e 12 (doze) dias-multa, por infração ao artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal.

Inconformado, o acusado, por cota nos autos, apelou objetivando a absolvição, alegando ser frágil a prova amealhada para ensejar um decreto condenatório, pois embasada, exclusivamente, nos depoimentos contraditórios prestados pelos policiais participantes da diligência que culminou com a apreensão da res furtiva e a sua prisão, e, também, no fato de ser reincidente.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, pelo desprovimento do recurso.

O recurso não merece ser provido, e isso porque, conforme restou muito bem anotado no parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do ilustre doutor Anselmo Agostinho da Silva:

“Não obstante a negativa de autoria, o réu, em Juízo, não dá justificativa convincente sobre a circunstância de estar na posse de alguns dos objetos furtados quando os policiais o prenderam. Esse fato, os demais elementos reunidos nos autos e os antecedentes criminais, no sentido de reiterada prática de furtos, não deixam qualquer dúvida de que ele é o autor da subtração qualificada de que trata o processo.

“Por isso, a decisão deve ser mantida, inclusive no que se refere à não aplicação da Lei n. 9.714/98, a vista da comprovada reincidência (fls. 40/41)” (fls. 151/152).

Na verdade, a prova colhida na fase investigatória, reprisada em Juízo, sem discrepância relevante, demonstra, satisfatoriamente, ter sido o apelante o autor do injusto, antijurídico típico penal descrito na denúncia.

As palavras do policial militar Wilmar Antônio de Mello e dos policiais civis Adilson da Silva e Evenilton Leão de Oliveira (fls. 5/7, 72/73 e 90) e as declarações da vítima Luiz Carlos Gonçalves (fls. 13 e 81), contrariaram frontalmente a posição defensiva adotada pelo apelante, pessoa dedicada a prática de furtos, e que na data em que praticou os fatos narrados na denúncia encontrava-se fora da cadeia pública, em regalia externa, não tendo retornado ao ergástulo público.

De outra parte, o alibi apresentado pelo apelante, descomprovado, imerece qualquer acolhida (confira Apelação Criminal n. 29.154, de Itajaí).

A reprimenda foi dosada com critério, e o apelante não faz jus à substituição de pena prevista na Lei n.

9.714/98, em virtude de seus maus antecedentes, marcados pela reincidência (fls. 40/44).

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Jus-

tiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 14 de março de 2000.

Álvaro Wandelli,
Presidente para o Acórdão;
Alberto Costa,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.002307-8, DE SÃO CARLOS

Relator: Des. Alberto Costa

Crime contra a saúde pública — Maconha — Condenação de um réu por tráfico de drogas e absolvição de outro da imputação referente ao delito previsto no artigo 16 da Lei de Tóxicos — Réu condenado beneficiado com a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos — Omissão na sentença do regime de cumprimento da pena — Recurso ministerial visando à cassação do benefício concedido; a fixação do regime prisional em integralmente fechado; e a condenação do réu absolvido — Preliminar de diligência requerida pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a fim de que o Togado a quo fixe o regime prisional — Prefacial afastada, pois a omissão pode ser suprida pela Superior Instância — Inaplicabilidade do benefício conferido pela Lei n. 9.714/98 aos crimes equiparados aos hediondos, em cujo rol está metido o tráfico de entorpecentes — Regime integralmente fechado para o resgate da pena aplicada, consoante prevê o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 — Ausência de provas suficientes à condenação do réu absolvido — Recurso ministerial parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.002307-8, da comarca de São Carlos, em que é apelante a Justiça por seu Promotor, e apelados Fábio Martins de Souza e João Carlos de Jesus:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de São Carlos, o representante do Ministério Público

ofereceu denúncia contra Fábio Martins de Souza, vulgo "Paraguaio", João Carlos de Jesus e Claudemir Arruda da Silva, dando-os como incurso, o primeiro, nas sanções do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, e os dois últimos, nas sanções do artigo 16 da Lei n. 6.368/76, porque, segundo narra a exordial acusatória: "(...) em meados do mês de fevereiro do corrente ano (1999), o denunciado Fábio Martins de Souza em sociedade com o adolescente A. S. P. adquiriram de Carlos Brizola Padilha grande quantidade de maconha (*cannabis sativa*), substância entorpecente de uso proibido, capaz de causar dependência física e psíquica, nos termos da Portaria n. 28/86, da Dimed/MS, para comercializar durante os festejos carnavalescos.

"Assim é que, no dia 12 de fevereiro do corrente ano, o denunciado Fábio Martins de Souza vendeu para os denunciados João Carlos de Jesus e Claudemir Arruda da Silva aproximadamente 125,00g (cento e vinte e cinco gramas) de maconha, os quais adquiriram para uso próprio, encontrada posteriormente sob o banco do veículo Fiat 147, de propriedade do denunciado João Carlos.

"No dia seguinte, 13 de fevereiro de 1999, por volta das 5 horas, após ser abordado por policiais civis desta Comarca, o adolescente referido indicou o local onde estava escondida a substância entorpecente, lá sendo encontrados aproximadamente 2,285kg (dois quilos e duzentos e oitenta e cinco gramas) de maconha, ali guardada por ele e pelo denunciado Fábio Martins de Souza" (fl. 3).

Na fase do artigo 500 do Código de Processo Penal o Dr. Juiz a quo determinou a separação do processo em relação ao réu Claudemir Arruda da Silva (fl. 193), prosseguindo contra os réus Fábio Martins de Souza e João Carlos de Jesus.

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Fábio Martins de Souza às penas de 3 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infringir o disposto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (artigo 44, § 2º, CP), consistentes na prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de direitos, e absolvendo João Carlos de Jesus, com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o representante do Ministério Público apelou objetivando a reforma do decisum, para que seja cassado o benefício da substituição da pena privativa de liberdade concedida ao réu Fábio Martins de Souza, eis que inaplicável ao caso sub iudice, pois restou condenado pela prática de crime equiparado aos hediondos, e fixado o regime de cumprimento de pena, omitido na r. sentença, em integralmente fechado, a teor do que dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

Por derradeiro, pugna pela condenação do réu João Carlos de Jesus nas sanções do artigo 16 da Lei n. 6.368/76, haja vista estar devidamente comprovado o seu envolvimento na compra de tóxico para uso próprio,

juntamente com o co-réu Claudemir Arruda da Silva.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância e foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra do Dr. Rui Carlos Kolb Schiefler, opinou, em preliminar, pela conversão do julgamento em diligência, a fim de ser fixado, no Juízo a quo, o regime de cumprimento de pena e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso, para cassar o benefício de substituição de pena concedido ao acusado Fábio Martins de Souza, e manter a absolvição do réu João Carlos de Jesus.

Improcede a preliminar de diligência requerida pelo douto Parecerista, pois sendo o crime praticado pelo réu Fábio Martins de Souza equiparado aos hediondos, o regime obrigatório para o resgate da pena aplicada é o integralmente fechado, consoante prevê o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, ainda que omitido na r. sentença, cuja omissão, segundo entendimento jurisprudencial, pode ser suprida nesta Superior Instância, eis que outro regime mais benéfico é vedado aos delitos desta natureza.

Nesse sentido:

“Não obstante entendimento anterior, filia-se a Câmara a orientação mais recente da Suprema Corte de Justiça do País, ao fixar que a omissão do regime da pena na sentença prolatada pelo juízo pode, perfeitamente, ser sanada pelos tribunais” (Ap. Crim. n. 28.615, de Lages, rel. Des. Marcio Batista).

E, quanto ao regime de cumprimento de pena, esta Corte de Justiça assentou:

“Crime contra a saúde pública. Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. Regime de pena. Reprimenda a ser resgatada no regime fechado. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. Recurso provido” (Ap. Crim. n. 96.005691-2, de Lages, deste Relator).

Fica, portanto, afastada a preliminar de diligência requerida pelo Parquet ad quem.

Por outro vértice, o recurso ministerial deve ser provido, mas apenas parcialmente.

Com efeito, o primeiro argumento recursal, no sentido de ver cassado o benefício concedido ao réu Fábio Martins de Souza, da substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, tem procedência, uma vez que referida benesse, conferida pela Lei n. 9.714/98, é inaplicável aos denominados crimes hediondos, em cujo rol está metido o delito do artigo 12 da Lei de Tóxicos.

O Superior Tribunal de Justiça, sobre a matéria, decidiu:

“HC. Tráfico de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Lei n. 9.714/98. Impossibilidade. Ordem denegada.

“I. A substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, trazida ao Código Penal pela Lei n. 9.714/98, é incompatível e inaplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, tendo em vista a vedação imposta pela Lei n. 8.072/90” (HC n. 10.940/SP, relator Min. Gilson Dipp, DJU de 8/3/2000, pág. 138).

E, desta Corte de Justiça:

"Apelação criminal — Tráfico de entorpecentes — Substituição da pena de reclusão por restritiva de direitos — Lei n. 9.714/98 — Impossibilidade — Orientação doutrinária e precedentes jurisprudenciais — Recurso provido.

"— O elevado grau de danosidade do crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins, é incompatível com a política criminal descarcerizadora adotada pela Lei n. 9.714/98.

"— 'À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela Lei das Penas Alternativas (Lei n. 9.714/98), não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei n. 8.072/90 — de cunho especial — impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90). Inteligência da Súmula 171 STJ' (RHC n. 8.620, Paraná, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julg: 8/6/99. DJU de 16/8/99)" (Ap. Crim. n. 99.014047-4, de Santo Amaro da Imperatriz, deste Relator).

Por outro lado, a análise do segundo argumento do recurso ministerial, qual seja, o referente à fixação do regime de cumprimento de pena fica prejudicado, em face de ter sido abordado e decidido ao ser afastada a preliminar suscitada pelo douto Parecerista.

Por derradeiro, o pleito condenatório do réu absolvido João Carlos de Jesus nas sanções do artigo 16 da Lei de Tóxicos carece de procedência, em virtude da prova autuada não permitir entrever, dada a sua fragilidade, que tenha havido unidade de de-

signio entre referido acusado e o co-réu Claudemir Arruda da Silva, pois, embora estivessem juntos quando da chegada dos policiais, não restou evidenciado o grau de envolvimento dele no fato tido por delituoso.

Na verdade, consoante ressumbra da prova amealhada, o réu absolvido João Carlos de Jesus encontrava-se em seu automóvel juntamente com o co-réu Claudemir Arruda da Silva e, ao serem abordados pela polícia, foram encontrados debaixo do banco do caroneiro 125g (cento e vinte e cinco gramas) de maconha, tendo este acusado, Claudemir, em Juízo, na presença de advogado, confessado ser o proprietário do referido entorpecente e elidido a responsabilidade do réu João Carlos de Jesus, aliás, como já o fizera, anteriormente, ao prestar depoimento no flagrante.

Ademais, as declarações prestadas pelo co-réu Claudemir inocentando João Carlos de Jesus estão corroboradas pelos policiais participantes da diligência, que culminou com a apreensão do material tóxico e prisão dos acusados, Marcos Paulo da Cruz (fls. 19 e 165), Cesar Augusto Silveira (fls. 7 e 122/123) e Roberto José Toni ni (fls. 7/8 e 166).

Assim, diante desse contexto, e à mingua de prova satisfatória, a absolvição do réu João Carlos de Jesus é de ser mantida, conforme decidido pelo Togado a quo, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, afasta-se a preliminar suscitada pela douta Procuradoria-Geral de Justiça e, no mérito, dá-se provimento parcial ao recurso ministerial, a fim de cassar o benefício

de substituição da pena concedido ao réu Fábio Martins de Souza, e fixar o regime de pena em integralmente fechado para o resgate da reprimenda aplicada, mantendo-se, no entanto, a absolvição do co-réu João Carlos de Jesus. Ressalvados os entendimentos dos Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi, no sentido de ser aplicável a Lei n. 9.714/98 aos denominados crimes hediondos, mas não ao caso sub judice, em virtude de o

réu não preencher os requisitos subjetivos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Rui Carlos Kolb Schiefler.

Florianópolis, 20 de junho de 2000.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.002665-4, DE CORREIA PINTO

Relator: Des. Alberto Costa

Apelação criminal — Estelionato em sua forma fundamental — Utilização de cheque furtado e falsificação da assinatura, com emissão no comércio local — Pretensão à absolvição, por não ter a vítima sofrido prejuízo ou, alternativamente, a aplicação da Lei n. 9.099/95; a modificação do regime de cumprimento de pena para o aberto ou semi-aberto; ou o benefício estampado no artigo 171, § 1º, do Código Penal — Delito configurado — Exame grafotécnico comprovando a autoria e a materialidade da falsificação — O ressarcimento da vítima não exclui o delito de estelionato previsto no artigo 171, caput, do Código Penal — Pretensão absolutória improcedente — Inaplicabilidade da Lei n. 9.099/95, em face de o acusado estar respondendo a outros processos crimes em outra comarca pelo mesmo delito — Inviabilidade do benefício estampado no artigo 171, § 1º, do Código Penal, à vista dos péssimos antecedentes do apelante — Modificação do regime de pena, de fechado para o aberto — Recurso parcialmente provido.

Soares Bonete, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.002665-4, da comarca de Correia Pinto, em que é apelante Jorge Luiz

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, apenas para fixar o regime aberto para o cumpri-

mento da pena, mantidas as demais cominações da sentença recorrida.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Correia Pinto, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Jorge Luiz Soares Bonete, dando-o como incurso nas sanções do artigo 171, caput, do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: "No dia 23 de março de 1996, durante à noite, na cidade de Ponte Alta/SC, o acusado Jorge Luiz Soares Bonete obteve, para si, vantagem ilícita, em prejuízo da vítima Júlio da Silva Kern, após induzi-la em erro, mediante fraude no pagamento das despesas efetuadas, no valor de R\$ 62,00 (sessenta e dois reais), com o cheque n. 143109, da Caixa Econômica Federal, agência 0420, objeto de furto da vítima Nilce Maria Sandri, preenchido e assinado pelo denunciado, conforme perícia grafotécnica fls. 72/73) (fl. 2).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Jorge Luiz Soares Bonete às penas de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e 15 (quinze) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato, por infringir o disposto no artigo 171, caput, do Código Penal.

Inconformado, o acusado apelou objetivando a absolvição, sob o argumento de não restar comprovado o delito de estelionato, em virtude de ter ressarcido a vítima, não lhe causando, portanto, qualquer prejuízo.

Alternativamente, requer a aplicação da Lei n. 9.099/95; a modificação do regime de cumprimento de pena, para o aberto ou semi-aberto; ou o

benefício estampado no artigo 171, § 1º, do Código Penal.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Robison Westphal, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O apelante, segundo as razões expostas na apelação, pretende a absolvição, sob o argumento de haver ressarcido a vítima, não lhe causando qualquer prejuízo.

Consoante se deduz da leitura dos autos, a vítima, à fl. 13, afirma ter promovido no dia 23/3/96 uma noite dançante em sua pousada, de nome Flor da Serra, e, no decorrer daquele evento, um dos freqüentadores, no caso o acusado, lhe passou um cheque da Caixa Econômica Federal no valor de R\$ 62,00, o qual foi depositado, mas devolvido por tratar-se de cártula furtada.

Em Juízo, à fl. 119, assegura que o acusado efetuou consumo de bebidas alcoólicas e, ao final, para pagamento da conta que estava em torno de R\$ 28,00, o acusado deixou em pagamento o cheque referido na denúncia (R\$ 62,00), alegando tê-lo recebido em pagamento de venda de roupas. Inclusive, pagou a diferença em dinheiro.

Já o acusado, na polícia, declarou que o cheque "lhe foi dado em pagamento por Dione Martins, residente à Rua das Primaveras, próximo à Rótula Central do Bairro Habitação, sendo que a mesma comprou do declarante peças de enxoval, mais precisamente uma colcha de cetim; que dito cheque a mesma já lhe deu preenchido e assi-

nado, em 11/3/96, tendo o declarante pré-datado tal cheque para o dia 22 do mesmo mês; que de posse do cheque o declarante contraiu despesas junto da Pousada Flor da Serra em Ponte Alta e como pagamento o fez com o cheque acima citado”.

Em Juízo, quando interrogado, declarou: “Que na época dos fatos trabalhava como vendedor ambulante de enxovais, e nesta condição vendeu um enxoval para uma senhora, no bairro Habitação, em Lages, tendo recebido o valor de R\$ 62,00 mediante o cheque mencionado na denúncia. Na ocasião estava presente o chefe do interrogando que, inclusive, consentiu com o recebimento do valor do cheque, de terceiro. Dizia a compradora que o cheque era de sua patroa. Por isso, na data dos fatos narrados na denúncia, o interrogado, após fazer um lanche em companhia da vítima Júlio, efetuou o pagamento das despesas com a entrega do cheque, sem saber da procedência ilícita do cheque”. E, mais adiante, acrescenta: “Que no momento que recebeu o cheque como pagamento, o cheque estava apenas assinado, sendo que o preenchimento foi efetuado pelo interrogando no valor de R\$ 62,00. Que no ato, estava presente uma outra senhora que se dizia dizer a patroa da compradora, inclusive com documentos no nome de Nilse Maria Sandri. Que inclusive, a identidade conferia com a fotografia da pessoa que estava junto com a compradora”.

Dos depoimentos acima constatou-se que o apelante realmente praticou o delito a ele imputado, senão vejamos: Na polícia, alegou que recebera o cheque já preenchido e assinado no valor de R\$ 62,00. Em Juízo, no

entanto, afirmou que ao receber o cheque este estava apenas assinado, preenchendo-o posteriormente.

Ademais, ao afirmar que recebeu referido cheque como forma de pagamento na venda de um produto, por que não tratou de trazer aos autos, como testemunha, referida compradora? Ora, ao invocar um álibi, deveria tê-lo comprovado, sendo certo que, não o fazendo, comprovada restou a autoria do delito.

Nesse sentido:

“O álibi deve ser comprovado por quem se propõe demonstrá-lo. A falta de sua comprovação faz certa a presença do alegante no cenário do crime ou na participação dele, de qualquer modo” (Apelação Criminal n. 31.700, de Aranguá, deste Relator).

De outro modo, se não bastassem os depoimentos contraditórios prestados pelo réu, temos a conclusão da perícia grafotécnica a demonstrar, de forma inequívoca, a autoria da falsificação, ao preencher um cheque que sabia ser furtado, pois, segundo os experts: “Procedida a Gramafenia entre os documentos questionados e o padrão constataram os Peritos: elementos convergentes de Identidade Gráfica no preenchimento e assinatura do cheque n. 143.109, questionado, com os padrões gráficos em nome de Jorge Luiz Soares Bonete...”.

Por outro vértice, o fato de ter o apelante ressarcido os danos causados à vítima não tem o condão de isentá-lo da culpabilidade, consoante entendimento remançoso da jurisprudência, in verbis:

“Elidir o prejuízo não descaracteriza o crime, porquanto o estelionato se consuma no momento em que se

obtém a vantagem ilícita, com prejuízo alheio, mantida a vítima em erro mediante o uso de meio fraudulento" (RT 587/381).

In casu, a conduta do réu, ao preencher e assinar cheque furtado para o pagamento de dívida no estabelecimento comercial da vítima, frustrando-lhe o recebimento da quantia devida, em virtude de a vítima ter dado contra-ordem bancária, a fim de sustar o pagamento da cártula, aliada à incontestável materialidade do delito, dá ensejo à condenação, restando caracterizada a figura típica de estelionato, em sua forma fundamental, prevista no caput do artigo 171 do Código Penal.

É da jurisprudência:

"A simples circunstância de o acusado haver dado em pagamento cheque que não lhe pertencia, produto de furto, evidencia a má-fé e a vontade de induzir a vítima em erro com o intuito de obter vantagem econômica, configurando, assim, o crime de estelionato" (RT 749/719).

E, desta Corte de Justiça:

"Estelionato em sua forma fundamental — Furto de cheque de terceiro e falsificação da assinatura deste, com emissão no comércio local — Pretensão à absolvição por não terem as vítimas sofrido prejuízo ou, alternativamente, a concessão do privilégio — Delito configurado — Inocorrência da agravante da reincidência — Recurso parcialmente provido para reduzir a pena" (Apelação Criminal n. 97.013116-0, de Pinhalzinho, deste Relator).

Destarte, a tese defensiva, quando pretende a absolvição, fica afastada.

No que tange ao pleito alternativo, melhor não é a sorte do apelante no que diz respeito à aplicação da Lei n. 9.099/95 e quanto ao benefício estampado no artigo 171, § 1º, do Código Penal.

Com efeito, quanto à aplicação da Lei n. 9.099/95, o acusado não preenche os requisitos para ser beneficiado, pois, consoante se infere do interrogatório, o Órgão Ministerial deixou de propor a suspensão do processo, em virtude de responder a outros processos na comarca de Lages.

Ora, se o acusado possui maus antecedentes, inviável a suspensão do processo, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"Além do requisito objetivo relativo à quantidade da pena, a suspensão condicional do processo exige, também, a verificação dos bons antecedentes do acusado, a teor do art. 89 da Lei n. 9.099, de 26/9/1995. Ordem de habeas corpus denegada" (HC n. 4.643/SP — 6ª Turma — relator Min. Fernando Gonçalves — DJU de 3/3/97, pág. 4.708).

De outra parte, inviável a concessão do privilégio previsto no § 1º do artigo 171 do Código Penal, porque, não obstante se reconheça ter sido pequeno o prejuízo sofrido pela vítima, o réu ostenta maus antecedentes, má conduta social e personalidade deformada voltada à prática de delitos de estelionato, consoante se infere da certidão de fl. 98, o que impede a concessão da benesse.

Nesse sentido:

"— Não há falar em estelionato privilegiado quando o réu ostenta maus antecedentes, má conduta social e personalidade deformada voltada à

prática de delitos contra o patrimônio” (Ap. Crim. n. 97.013116-0, de Pinhalzinho, deste Relator).

Por derradeiro, o recurso merece ser provido parcialmente, somente no que diz respeito ao regime de cumprimento de pena, pois sendo o réu primário, muito embora ostente maus antecedentes, a reprimenda corporal deverá ser cumprida no regime aberto, cujas condições deverão ser ditadas pelo Juízo da Execução, não fazendo ele jus à suspensão condicional da pena e, tampouco, à substituição preconizada no artigo 44 do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 9.714/98, em virtude de a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as cir-

cunstâncias do crime indicarem não ser essa substituição suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Pelo exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, apenas para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, mantidas as demais cominações da sentença recorrida.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 25 de abril de 2000.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.007322-9, DE CAMPOS NOVOS

Relator: Des. Alberto Costa

Apelação criminal — Estupro — Tentativa — Condenação — Recurso defensivo — Preliminar de nulidade do processo, ante a ilegitimidade do Ministério Público para propor a ação penal — Mérito visando à absolvição, escudada na fragilidade da prova — Pleito alternativo de redução da pena — Acusado que ataca a vítima em sua residência, causa-lhe lesões corporais e, após tirar-lhe as peças íntimas do vestuário, com a nítida intenção de cometer estupro, não consuma o referido crime em face da resistência e gritos daquela, e do comparecimento de testemunhas e policiais que acorreram ao local dos fatos — Preliminar de nulidade afastada — Aplicação ao caso sub judice da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal — Tentativa de estupro caracterizada — Condenação esteada nas declarações da vítima, de uma testemunha presencial e dos policiais participantes da diligência — Pleito alternativo de redução da pena inviável — Pena dosada com critério — Condenação mantida — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.007322-9, da comarca de Campos Novos (2ª Vara), em que é apelante Domingos Luiz de Siqueira Neto e apelada a Justiça por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, rejeitar a preliminar de nulidade argüida e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Campos Novos, 2ª Vara, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Domingos Luiz de Siqueira Neto, dando-o como incurso nas sanções do artigo 213, c/c os artigos 226, inciso III, e 14, parágrafo único, todos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória:

“No dia 17 de janeiro de 1999, por volta das 10h, através da porta entreaberta, o denunciado, casado, adentrou na residência da vítima S. T. de B., situada no bairro Senhor Jesus, nesta cidade de Campos Novos. Em seguida, deslocou-se até o quarto da ofendida e passou a acariciá-la, merecendo a resistência da moça. Insatisfeito, o denunciado agarrou-a violentamente, baixou-lhe as vestes e chupou-lhe o seio direito. Ato contínuo, a vítima desvencilhou-se e o denunciado começou a persegui-la pelo interior da casa. Finalmente, logrou pegá-la, derrubou-a sob o chão, levantou-lhe o vestido e retirou-lhe a calcinha mediante forte violência. Após, expôs o seu pênis, viril, com o desiderato de inseri-lo na vagina da vítima. Ocorreu, porém, que nesse exato instante, chamados pelos vizi-

nhos, policiais militares chegaram ao local e prenderam o denunciado, impedindo-o de alcançar sua aspiração.

“Desde que ingressou na casa, ao repetir várias vezes que iria ‘fazer amor’ com a vítima, o denunciado deixou claro que sua intenção era a de praticar a conjunção carnal. Só não consumou tal objetivo por circunstância alheia a sua vontade, cingida a eficaz ação policial.

“A violenta ação do denunciado causou lesões corporais de natureza leve na ofendida, descritas nos exames de fls. 6 e 7. Consta, inclusive, que o denunciado, no meio do entrevero, desferiu um soco contra o olho da vítima” (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Domingos Luiz de Siqueira Neto à pena de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime fechado, por infração ao disposto no artigo 213, caput, c/c artigos 14, inciso II, 33, § 2º, alínea a, 59 e 61, inciso I, todos do Código Penal.

Inconformado, o réu apelou alegando, em preliminar, a nulidade do processo, ante a falta de legitimidade do Ministério Público para deflagrar a ação penal, haja vista não ter sido o termo de representação firmado mediante vontade livre e consciente da vítima, pois não se encontrava no domínio de suas plenas faculdades mentais.

Por outro vértice, afirma ser inaplicável ao caso sub judice a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, pois não restou comprovada a ocorrência de lesões no exame de corpo delito efetuado, necessárias à

caracterização da violência praticada contra a vítima.

No mérito, objetiva a absolvição, sob o argumento de ser frágil a prova amealhada para ensejar um decreto condenatório, pois existe apenas a versão da vítima contra a do acusado, o qual afirma ter sido convidado por ela para praticar relações sexuais. No entanto, ao negar-se à prática de tal ato, a vítima promoveu um escândalo que culminou com sua prisão.

Alternativamente, requer a minoração da pena em 2/3 (dois terços), pois o iter criminis percorrido pelo réu foi abortado em seu início.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serratine, pelo desprovimento do recurso.

A prefacial de nulidade improcede.

Com efeito, consoante ressumbra do termo de representação de fl. 8, a vítima S. de B. requereu a abertura do inquérito contra o acusado, a fim de ver apurada a sua responsabilidade pelo delito perpetrado. Se não bastasse isso, ao prestar declarações perante a autoridade policial, a vítima deixou expressamente consignado que "a declarante nunca teve nenhum caso amoroso com Siqueira, desta feita, representa criminalmente contra Domingos Luiz de Siqueira Neto, pelo crime de tentativa de estupro (...)" (fl. 21v.).

Ora, consoante decisão reiterada da jurisprudência, a representação prescinde de rigores formalísticos,

bastando, apenas, a exteriorização da vontade da vítima em ver o seu opressor responder pela prática do delito.

Ademais, convém ressaltar que o termo de representação firmado e as declarações da vítima são datados de 21 de janeiro de 1999, ou seja, quatro dias após a prática delitiva. Portanto, se é que, segundo alega a defesa, a ofendida não detinha o domínio integral de suas faculdades mentais naquela oportunidade, situação que não restou comprovada nos autos, não há como cogitar-se tenha assim permanecido pelo período de quatro dias, até o momento que compareceu perante a autoridade policial.

Por outro vértice, e ante a ocorrência de violência real, constatada pelo laudo pericial de fl. 9, a ação penal é pública incondicionada, não havendo falar, in casu, em ilegitimidade do Órgão Ministerial para propor a competente ação penal.

Nesse sentido, a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal:

"No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada".

Fica, portanto, rejeitada a preliminar de nulidade suscitada.

Quanto ao mérito, melhor não é a sorte do apelante, uma vez que o contexto probatório amealhado, do qual sobressaem as declarações da ofendida (fls. 21/53), pessoa séria e acreditável, e dos depoimentos das testemunhas E. T. de A. (fls. 11/56), J. M. (fl. 58), J. E. de O. (fls. 5/59) e L. J. S. (fls. 6/60), emana o convencimento de que o apelante foi o autor da tentativa de estupro narrada na exordial acusatória.

Na verdade, embora do desconhecimento do acusado, no momento em que a vítima passou a clamar por socorro, seu filho que se encontrava brincando nas proximidades, ao ouvi-la, saiu para buscar ajuda, encontrando a testemunha E. T. de A., vizinha da vítima. Aquela afirmou em Juízo que “na manhã dos fatos a depoente ouviu gritos do menino da vítima, que dizia que o acusado estava matando a vítima pedindo que alguém a acudisse. Que a depoente foi até o local e, por debaixo da porta, a depoente viu que a vítima estava deitada no chão da sala com o vestido erguido até o pescoço e que o acusado estava sobre ela, segurando o pênis com a mão. Que pouco depois chegou a polícia e arrombaram a porta dos fundos da casa da vítima, prendendo o acusado dentro de casa. Que dentro da casa estava somente o acusado e a vítima. Que a depoente ouviu a vítima pedir socorro” (fl. 56).

Já o policial José Edimilson Oliveira, à fl. 59, declarou que “chegando no local, a casa estava fechada, mas o depoente ouviu forte barulho vindo do seu interior. Que criança e adolescentes que estavam no local disseram que espiaram através dos buracos das paredes da casa de madeira da vítima e viram o acusado tentando tirar a roupa da vítima, à força. Diante disso, o depoente e seu colega Soldado solicitaram que abrisse a porta, mas o pedido não foi atendido e como o barulho continuava, decidiu o depoente arrombar a porta dos fundos da referida casa, o que de fato fez. Dentro da casa, o depoente viu tudo revirado. Que a vítima estava desesperada e tinha escoriações no corpo. Que

a vítima estava com o vestido erguido, mas sem peças íntimas”.

Ora, se não bastassem os depoimentos acima, aliados aos da vítima (fls. 21/56), é de enfatizar-se que “Em tema de delitos sexuais, ocorridos quase sempre a descoberto dos olhares de indiscretas testemunhas, as declarações da ofendida, quando coerentes, firmes e corroboradas por outros elementos constantes do conjunto probatório, revestem-se de acentuado valor probante e autorizam a prolação de decreto condenatório” (Ap. Crim. n. 31.341, de Taió, deste Relator).

Ademais, na ocasião dos fatos, algumas pessoas puderam ver o que se passava dentro da casa da vítima, visão facilitada pelos buracos existentes nas paredes de madeira e frestas na porta.

Por isso, a prova da respectiva autoria está embasada nas palavras da vítima, pois revestida de credibilidade, e ainda roborada pelos depoimentos das testemunhas antes referidas.

O apelante, com a conduta retratada nos autos, transgrediu os elementos configuradores do delito previsto no art. 213, caput, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, ficando, por via de consequência, rejeitada a tese absolutória.

Nessas condições, a condenação do apelante é medida que se impunha decretada.

Por outro lado, inviável acolher-se a pretensão do apelante referente à redução da pena aplicada, por exacerbada.

Na verdade, o Dr. Juiz sentenciante, ao diminuir a pena aplicada no grau mínimo, à vista da comparência da causa de especial diminuição prevista no artigo 14, inciso II, do Código Penal, agiu com acerto.

Ora, conforme ressei dos autos, o acusado percorreu o iter criminis em toda sua extensão, só não consumando o delito porque fora impedido pelos policiais que acorreram ao local e invadiram a residência da vítima, encontrando-a praticamente sem roupas, despojada de suas peças íntimas, desesperada e apresentando lesões corporais.

Nesse sentido, a jurisprudência:

“Na tentativa, a redução da pena deve levar em conta o maior ou menor caminho do crime percorrido

pelo agente. Ficando o delito bem próximo de sua consumação, a redução pela tentativa deve ser de 1/3 da pena, e não a máxima prevista” (RT 614/283).

Ante ao exposto, rejeita-se a preliminar de nulidade argüida e, no mérito, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 13 de junho de 2000.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.008306-2, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Alberto Costa

Apelação criminal — Roubo qualificado pelo concurso de agentes — Defensor constituído pelo réu, no interrogatório, que não apresenta defesa prévia, embora intimado — Nomeação pelo Juízo a quo de defensor dativo para apresentar as alegações preliminares e defender o acusado em todas as demais fases processuais — Vulneração ao princípio da livre escolha do defensor — Nulidade absoluta — Decretação de ofício — Recurso defensivo prejudicado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.008306-2, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é apelante Moisés Coelho e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime,

conceder habeas corpus, de ofício, para anular o processo a partir de fl. 29, inclusive, prejudicado o recurso interposto, mantida a prisão em flagrante.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itajaí, 2ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Moisés Coelho, dando-o como incurso

nas sanções do artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: “No dia 3 de novembro de 1999, por volta de 00h50min, na Av. Adolfo Konder, nesta Cidade e Comarca, o denunciado Moisés Coelho e o menor inimputável C. dos S. T. abordaram a vítima Aderbal Zin Júnior com o firme propósito de subtrair-lhe bens. De imediato, fazendo uso de violência, Moisés Coelho aplicou uma ‘gravata’ contra a vítima, imobilizando-a, oportunidade em que o adolescente dela arrancou o relógio de pulso da marca Casio G-Shock, avaliado na importância de R\$ 300,00 (trezentos reais). C. dos S. T. ainda retirou a carteira da vítima onde continha a quantia de R\$ 62,00 (sessenta e dois reais). Na sequência o ofendido foi empurrado no chão, após o que os agentes lograram fuga do local.

“Aderbal Zin Júnior então solicitou a uma viatura da Polícia Militar que passou no local, propiciando que os agentes fossem perseguidos e detidos quando já estavam na Rua das Hortências.

“Ao perceber a chegada da guarnição militar, o menor atirou por sobre o muro de uma residência o relógio subtraído, o qual foi recuperado e entregue à vítima. O montante do dinheiro não foi recuperado” (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Moisés Coelho às penas de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto, e 20 (vinte) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infringir o disposto no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Inconformado, o acusado apelou objetivando a absolvição, sob o argumento de não estar comprovado ter praticado o delito imputado.

Alternativamente, requer: a) a desclassificação do delito para o de furto simples, ante a inexistência de lesões ou ameaças sofridas pela vítima; b) o reconhecimento da tentativa, eis que não chegou a ter a posse tranqüila da res furtiva; e, c) a redução da pena aplicada, por exacerbada.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, pelo desprovimento do recurso.

Em que pesem os argumentos expostos pelo douto parecerista, ocorreu, no caso sub judice, nulidade absoluta, que deve ser decretada, de ofício.

Na verdade, quando o apelante foi interrogado (fl. 28v.), afirmou possuir defensor constituído na pessoa do Dr. Henrique Labes de Fontoura, presente ao referido ato, sendo regularmente intimado para apresentar defesa prévia, o qual deixou, no entanto, transcorrer in albis o prazo estipulado.

Certificado o fato pelo Sr. Escrivão da Vara (fl. 29), o Dr. Juiz a quo, sem intimar o réu da inércia do advogado por ele constituído, nomeou-lhe defensor dativo na pessoa do Dr. João Pedro Beck, que então apresentou a defesa prévia e restou intimado para todos os atos processuais posteriores, ensejando, com isso, a ocorrência de nulidade absoluta no presente processo crime.

Ora, se o defensor constituído tivesse renunciado ao encargo, situa-

ção esta que não ocorreu, o Magistrado a quo, então, deveria ter intimado o réu para outro constituir, mas jamais nomear-lhe defensor dativo, como ocorreu in casu, para acompanhá-lo em todas as fases processuais.

Nesse sentido:

“Cerceamento de defesa — Ocorrência — Réu com advogado constituído — Nomeação de defensor dativo — Não apresentação de defesa prévia e nem comparecimento à audiência — Prejuízo caracterizado — Paciente que tem o direito de ver sua defesa exercitada pelo profissional a quem confiara o patrocínio da causa — Defesa sem a amplitude assegurada pela CF — Processo anulado — Ordem concedida” (TJSP – HC n. 233.600-3 — 6ª Câmara — rel. Gentil Leite — j. em 14/8/97 — Bol. IBCrim 61/225).

E do Supremo Tribunal Federal:

“O réu tem o direito de escolher o seu próprio defensor. Essa liberdade de escolha traduz, no plano da persecutio criminis, específica projeção do postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição. Cumpre ao magistrado processante, em não sendo possível ao defensor constituído assumir ou prosseguir no patrocínio da causa penal, ordenar a intimação do réu para que este, querendo, escolha outro advogado. Antes de realizada essa intimação — ou enquanto não exaurido o prazo nela assinalado —, não é lícito ao juiz nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do réu” (RT 691/379).

Esta Corte de Justiça, em casos que tais, decidiu:

“Processual penal — Nulidade — Cerceamento de defesa — Defensor constituído que não apresenta defesa prévia — Substituição por dativo e falta de intimação dos atos processuais subsequentes — Quebra do princípio do contraditório — Precedentes jurisprudenciais.

“Tendo o réu constituído advogado, não se lhe pode nomear dativo” (Ap. Crim. n. 97.000260-2, de São José, rel. Des. Amaral e Silva).

Ademais, convém ressaltar que a apresentação de defesa prévia é apenas uma faculdade da defesa, desde que o defensor seja intimado para tal desiderato, não havendo, assim, necessidade de o Togado nomear-lhe defensor dativo para oferecê-la.

In casu, consoante se verifica, ocorreu a nulidade do processo, por vulneração ao princípio do contraditório (livre escolha do defensor), devendo ser anulado a partir da nomeação do defensor dativo, à fl. 29, inclusive.

Pelo exposto, concede-se habeas corpus, de ofício, para anular o processo a partir de fl. 29, inclusive, prejudicado o recurso interposto, mantida a prisão em flagrante.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 20 de junho de 2000.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.008106-7, DE BLUMENAU**Relator: Des. Amaral e Silva**

Penal e processual — Furto qualificado — Desclassificação para apropriação indébita — Emendatio libelli — Arts. 617 e 383, CPP — Possibilidade.

O Tribunal pode dar nova qualificação jurídica ao fato, desde que não agrave a pena do réu, nos termos do art. 617 c/c o art. 383, ambos do CPP.

Pratica apropriação indébita, bancário que, valendo-se da função de chefia, desvia para sua conta particular valores de contas contábeis da agência e de outras de clientes do banco.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.008106-7, da comarca de Blumenau, em que é apelante Vanderlei Pedro Luz, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso e, de ofício, aplicar a emendatio libelli para condenar o apelante à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por uma pena alternativa de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, pelo mesmo período da pena substituída, a ser regulada pelo Juízo da Execução, por infração ao art. 168, § 1º, III, do Código Penal.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Vanderlei Pedro Luz foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor

mínimo legal, tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por uma pena alternativa de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo mesmo período, por infração ao art. 155, § 4º, II, do Código Penal.

Inconformado, apelou, pleiteando, em síntese, a diminuição da reprimenda para 1 (um) ano de reclusão, mantendo-se a substituição. Argumentou que o delito praticado foi o estelionato, na forma fundamental (art. 171, caput, do CP), acarretando nova definição jurídica para o caso.

Disse o Dr. Promotor, também em resumo, que o direito foi corretamente aplicado à espécie, devendo ser mantida a decisão.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — Tem-se dos autos que Vanderlei Pedro Luz, exercendo a fun-

ção de chefe de serviços do Banco HSBC Bamerindus S.A., por diversas vezes, desviou importâncias destinadas às contas contábeis da agência e de contas correntes de clientes, creditando-as em sua conta particular.

Data venia dos entendimentos da acusação e da defesa, a ação perpetrada pelo apelante não configurou furto qualificado nem, tampouco, estelionato. Ao revés, tal conduta está tipificada no art. 168, § 1º, III, do Código Penal, ou seja, apropriação indébita, circunstanciada pelo recebimento da coisa em razão de emprego, verbis:

“Art. 168. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

“Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

“§ 1º A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

“(…)”

“III — em razão de ofício, emprego ou profissão”.

João Roberto Parizatto ensina:

“Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que se tem a posse ou a detenção configura o crime de apropriação indébita.

“Apropriação é o ato de tomar como propriedade coisa que não pertence a si. É tomar como próprio, ou seja, para si, aquilo que é de outrem. Indébita é indevida, é incorreta, é aquilo que não é devido. Apropriação indébita vem a ser o apoderamento para si daquilo que não se lhe pertence, pressupondo-se, pois, que o apoderamento por uma pessoa daquilo que não lhe pertence, mas sim a outra, é indevido, é injusto.

“Para a configuração de tal crime é necessário: a) a apropriação pelo agente de coisa móvel, posteriormente a seu recebimento; b) que a coisa móvel esteja na posse ou detenção do agente numa relação existente entre este e o proprietário ou possuidor; c) que a coisa seja alheia, totalmente ou parcialmente; d) que o agente tenha a vontade livre e consciente (dolo) de apropriar-se daquilo que não lhe pertence, mas que está em sua posse ou detenção por algum motivo.

“A objetividade jurídica desse crime é proteger o patrimônio móvel, ou seja, a sua inviolabilidade, da ação de quem, por ter a posse ou a detenção momentânea da coisa, apodere-se desta, recusando-se a devolvê-la, numa espécie de inversão do título de posse ou detenção (Jurisprudência Mineira 68/287). O crime se opera com a passagem da posse animo alieno, com que o autor detinha a coisa, para o animus habendi (Jurisprudência Mineira 5/1.080), com a intenção de tornar-se dono dela e não mais a restituir (RJTAMG 14/275).

“Pune-se, pois, a atitude de quem indevidamente quer ter como seu aquilo que não adquiriu com seu esforço ou sacrifício, em prejuízo do legítimo proprietário ou possuidor” (Dos Crimes Contra o Patrimônio, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 113).

Já se decidiu:

“Apropriação indébita. Delito caracterizado. Sentença confirmada.

“É consabido que o elemento subjetivo da apropriação indébita assenta-se na intenção do agente em inverter o título da posse ou detenção para o domínio.

“A conduta do agente que deixa de repassar valores cobrados de clientes de seu empregador e retém quantias recebidas, depositando-as em sua conta bancária pessoal e delas dispondo como se suas fossem, apropria-se indebitamente de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção” (Ap. Crim. n. 98.018385-5, da Capital, rel. Des. Francisco Borges).

Dos Crimes

No caso, restou claramente configurado o dolo específico da apropriação indébita, ou seja, a tomada de coisa alheia em proveito próprio.

Com efeito, os valores desviados haviam sido confiados ao Banco pelos clientes, em razão da confiabilidade inerente a tais transações. A instituição bancária, por seu turno, em razão do exercício da função de chefe de serviços da área de despesas, confiava a Vanderlei o acesso irrestrito, e por conseguinte, a posse ou detenção, tanto dos valores dos clientes (via contas correntes), como dos pertencentes ao próprio Banco (via contas contábeis da agência).

Incontestes que o dinheiro não pertencia ao apelante, mas a posse ou detenção sobre ele, que era justa, obtida licitamente, ou seja, sem valer-se de qualquer subtração ou fraude, condições indispensáveis à configuração dos pretendidos delitos de furto e estelionato, respectivamente.

Vale trazer à colação o escólio de Celso Delmanto:

“Ao contrário do furto ou do estelionato, na apropriação indébita inexistente subtração ou fraude. O agente tem a anterior posse da coisa alheia, que lhe foi confiada pelo ofendido,

mas inverte a posse, isto é, passa a agir como se fosse ele o dono da coisa.

“(…) É necessário que preexista a posse ou detenção justas (lícitas); ou seja, a coisa deve ter sido antes entregue pelo ofendido, sem fraude nem violência (consentimento não viciado)” (Código Penal Comentado, 5ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, págs. 347/348).

A consumação do delito deu-se no momento em que o apelante, por ato voluntário e querido, transferiu os valores do Banco e de terceiros para sua conta corrente particular, invertendo o título da posse, passando a dispor do dinheiro como se proprietário fosse.

Helena Cláudio Fragoso explica que a consumação da apropriação indébita ocorre “no momento em que o agente transforma a posse em domínio, ou seja, quando inverte o título de posse: possuindo alieno nomine, passa a possuir *uti dominus*. Essa inversão do título da posse é, porém, um momento subjetivo, motivo pelo qual se transfere a consumação do delito para um ato exterior que revele a apropriação e que será um ato inequívoco de disposição, próprio do dono (venda, consumo, dação em pagamento, doação etc.)” (Jurisprudência Criminal, vol. 1, 4ª ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 1982, pág. 30).

Julio Fabbrini Mirabete não discrepa:

“Consuma-se o crime quando o agente transforma a posse em propriedade, ou seja, quando inverte a posse em domínio. Na maioria dos casos, essa disposição é revelada por uma conduta externa do agente, in-

compatível com a vontade de restituir ou de dar o destino certo à coisa (venda, desvio, ocultação, negativa na devolução etc.)” (Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, pág. 1.073).

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“A consumação do delito de apropriação indébita ocorre quando o agente transforma a posse ou a detenção da coisa em domínio” (RJD 16/227).

Indubitável a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso III do § 1º do art. 168 do Código Penal, porquanto caracterizada a relação de confiança em razão do emprego entre o Banco e o recorrente, bem como dos clientes em relação à instituição financeira.

No tocante à circunstância, João Roberto Parizatto, que a classifica como “qualificadora”, leciona:

“Em último lugar, o crime será qualificado quando o agente, em vista de sua condição, tenha recebido a coisa móvel em razão de ofício, emprego ou profissão (JTACrimSP 90/305).

“(…)

“Para a incidência de tal circunstância qualificadora, torna-se necessário que exista um nexo de causalidade entre a relação do trabalho e o recebimento da coisa móvel. (...)

“Bento de Faria (Código Penal Brasileiro Comentado, cit., vol. 5, pág. 109) explica, com propriedade, que: ‘Cumprir advertir que para o reconhecimento de tal agravante não basta que o delito tenha por objeto coisas confiadas, entregues ou consignadas por motivo do próprio ofício, emprego

ou profissão, mas deve ter sido praticado com abuso das respectivas funções, como meio determinante do evento’.

“O abuso de confiança não pode ser confundido com a qualificadora em questão, que reside no dever de fidelidade por parte de quem recebe a coisa como exercente de um ofício, emprego ou profissão (JTACrimSP 69/446). Daí que, tratando-se de entrega de dinheiro ao autor da apropriação indébita pela confiança que um colega de serviço lhe depositava, não há tal qualificadora (JTACrimSP 80/286). A simples relação decorrente de profissão entre acusado e vítima não é suficiente para qualificar o crime de apropriação indébita; torna-se necessária a existência de confiança desta naquele (RT 642/334).

“Se o agente, na condição de empregado, recebia valores de freqüentes, função, evidentemente, que demonstra confiança por parte do patrão, configura-se o crime de apropriação indébita com a respectiva qualificadora se o mesmo vem a se apropriar desses valores (RT 526/355, 569/336 e 615/306; JTACrimSP 22/369, 48/352, 80/539, 81/535, 87/416 e 94/125; Jurisprudência Brasileira Criminal 9/140; COAD n. 56.441; RTJE, 69:213) (...)” (op. cit., págs. 123/124).

Neste Tribunal:

“A causa de aumento de pena prevista no inciso III do § 1º do art. 168 do CP configura-se quando o agente exerce função que requer confiança da empregadora, tal como é encarregado de entregar e receber valores de freqüentes, função, evidentemente, que não lhe seria conferida caso não

inspirasse uma confiança especial na vítima” (Ap. Crim. n. 98.017487-2, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

A materialidade delitiva restou consubstanciada pelo relatório de auditoria (fls. 8/11) e pelos documentos colacionados pelo Banco HSBC Bamerindus S.A. (fls. 26/85).

No tocante à autoria, o delito foi amplamente confessado pelo apelante, senão vejamos:

Na polícia:

“Que durante o corrente ano de 1997, o declarante passou a enfrentar problemas financeiros, tendo solicitado auxílio ao Banco, porém não foi atendido; que, em face de não ter sido auxiliado pelo banco, e premido pelos problemas financeiros, o declarante passou a apropriar-se de pequenas quantias periodicamente, em intervalos de cerca de um mês, da forma comprovada pelo relatório da auditoria realizada, e cuja cópia se anexa à inicial; que, o declarante concorda em parte com os termos do relatório da auditoria, que inclusive assinou, conforme se vê à fl. 4, onde reconhece sua assinatura na parte inferior direita da folha; que, apenas tem dúvidas quanto ao valor total do dinheiro que se apropriou, pois tem a impressão que deveria ser menos do que o valor de R\$ 8.242,02 apontado pela auditoria; que, o declarante não fez um levantamento próprio dos valores dos quais se apropriou, e tampouco teria condições de fazer tal levantamento hoje; que, reconhece que o valor pode atingir a cifra citada, mas continua acreditando que seria menor” (fl. 15).

Em Juízo:

“Que admite como verdadeiras as acusações; que o interrogando esclarece que era funcionário do Banco Bamerindus, atualmente HSBC Bamerindus, quando dos fatos, e depa-rou-se com problemas de ordem financeira; que ao invés de procurar o próprio banco na busca de auxílio, sendo sabedor de que não encontraria obstáculos para o atendimento às suas necessidades, como já havia ocorrido anteriormente, acabou optando por desviar quantias de outras contas, fazendo operações ilegais e sem sustentação, admitindo na integralidade os fatos atribuídos na denúncia” (fls. 90/91).

A prova testemunhal também é farta ao imputar a autoria do delito:

Sanderson Rosalmo Pereira, auditor do Banco HSBC Bamerindus, que participou da auditoria que originou a denúncia, confirmou o teor do relatório de auditoria de fls. 8/11, e atestou que “durante a realização do trabalho chegou a conversar com o acusado, até pelo fato de já haverem trabalhado juntos noutro local anteriormente, tendo havido por parte dele a admissão dos fatos, tendo inclusive se desculpado” (fl. 104).

O também auditor da instituição bancária, Marco Antônio Rafaelli, que relatou a auditoria, confirmou “a ocorrência de irregularidades” e que o acusado “reconheceu sua culpa em contatos havidos com Sanderson” (fls. 105/106).

Por fim, Nilo Devigili, gerente da agência bancária onde ocorreram os fatos, confirmou a ocorrência e as conclusões da auditoria (fls. 107/108).

Desviando para sua conta particular o numerário das contas contábe-

is da agência bancária e de contas correntes de clientes do banco no qual exercia função de chefia, fatos fartamente comprovados nos autos, deve o apelante responder por apropriação indébita circunstanciada, impondo-se a desclassificação do delito do art. 155, § 4º, II, para o do art. 168, § 1º, III, ambos do Código Penal.

Como é cediço: encontrando-se o fato explicitamente descrito na denúncia, pode a Corte dar-lhe nova qualificação jurídica, desde que não agrave a pena quando somente o réu tiver apelado da sentença. É o caso dos autos.

Dispõe o art. 617 do CPP:

“Art. 617. O Tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”.

Julio Fabbrini Mirabete ensina:

“Permite o dispositivo que o tribunal desclassifique a infração, nos termos do artigo 383, dando ao fato definição diversa daquela constante da denúncia ou da sentença. É possível, assim, a emendatio libelli também em segundo grau, independentemente de pedido específico, mesmo em recurso exclusivo do réu. Nesta hipótese, porém, não se lhe pode agravar a pena” (Código de Processo Penal Interpretado, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, pág. 715).

Na mesma senda, Vicente Greco Filho:

“Pode-se dizer que a única classificação definitiva é a que se estabilizou com o trânsito em julgado da

sentença; as demais são provisórias e podem ser modificadas na decisão seguinte. Desde que os fatos sobre os quais incide sejam sempre os mesmos, a alteração da classificação independe de qualquer providência ou procedimento prévio, inexistindo nisso qualquer cerceamento de defesa ou surpresa, porque o acusado defende-se de fatos e não da classificação legal, ainda que o juiz deva aplicar pena mais elevada em virtude da nova classificação” (Manual de Processo Penal, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 287).

Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O tribunal de segunda instância pode dar nova definição jurídica ao fato constante da denúncia (Código de Processo Penal, arts. 383 e 617). Assim procedendo, não hostiliza o princípio do contraditório ou a garantia da amplitude da defesa” (RTJ 65/85).

Neste Tribunal:

“Extorsão mediante seqüestro (art. 159 do CP) — Vantagem (condição ou preço de resgate) — Elementar não descrita na denúncia — Inépcia inconfigurada — Adequação da classificação jurídica — Emendatio libelli (art. 383 do CPP) — Possibilidade — Seqüestro e cárcere privado (art. 148 do CP) — Inteligência do art. 617 do CPP — Recurso parcialmente provido.

‘Dentro da profundidade decorrente da devolução, é possível ao Tribunal aplicar o art. 383 do CPP, dando ao fato definição jurídica diversa da que constou na sentença, não estando autorizado, porém, a agravar a pena quando somente o réu houver apelado’ (Ada Pellegrini Grinover)” (Ap.

Crim. n. 00.014195-0, de Joinville, rel. Des. Álvaro Wandelli).

Passo à dosimetria da pena.

Analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, verifico que o réu era maior de 18 (dezoito) anos à época dos fatos e mentalmente são, dispondo de perfeita consciência da ilicitude da sua ação, sabendo ou devendo saber que atuava contrariamente ao direito. A culpabilidade foi normal à espécie. Não possui antecedentes. Não há dados precisos acerca da sua conduta social e personalidade. Motivação, circunstâncias e conseqüências, intrínsecas ao delito. O comportamento das vítimas em nada contribuiu para o crime.

Atento às ponderações acima, que foram todas favoráveis ao condenado, fixo a pena-base em 1 (um) ano de reclusão, a ser cumprida em regime aberto e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor individual de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Não há agravantes a considerar. Incidem em favor do réu as atenuantes da reparação dos danos antes do julgamento e da confissão espontânea (art. 65, III, b e d, do Código Penal), as quais não influenciam no quantum da pena, haja vista já ter sido fixada no mínimo legal.

Reconheço como causa especial de aumento da pena a circunstância prevista no inciso III do § 1º do art. 168 do Código Penal, motivo pelo qual majoro as reprimendas em 1/3 (um terço), totalizando em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, as quais torno definitivas diante da ausência de causas especiais de diminuição.

De acordo com o art. 44 e seguintes do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por uma pena alternativa de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, pelo mesmo período da pena substituída, a ser regulada pelo Juízo da Execução.

Cumpra salientar que substituí a reprimenda privativa de liberdade tão-somente por uma pena restritiva de direitos em desacordo com o disposto no § 2º do art. 44 do Código Penal, que prevê a substituição da pena privativa superior a 1 (um) ano “por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos”, em respeito à proibição da *reformatio in pejus*.

2 — Pelo exposto, nego provimento ao recurso e, de ofício, aplico a *emendatio libelli* para condenar o apelante à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por uma pena alternativa de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, pelo mesmo período da pena substituída, a ser regulada pelo Juízo da Execução, por infração ao art. 168, § 1º, III, do Código Penal.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Negaram provimento ao recurso e, de ofício, aplicaram a *emendatio libelli* para condenar o apelante à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por uma pena alternativa de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, pelo mesmo

período da pena substituída, a ser regulada pelo Juízo da Execução, por infração ao art. 168, § 1º, III, do Código Penal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douda Pro-

curadoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 26 de junho de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.008636-0, DE SÃO JOAQUIM

Relator: Des. Amaral e Silva

Processual penal — Furto qualificado — Concurso de agentes — Chamada do co-partícipe — Provas indiciárias fortes, coerentes e convincentes — Admissibilidade — Arrependimento posterior — Res devolvida à vítima antes do recebimento da exordial — Redução da pena — Sentença mantida — Recurso desprovido.

Nosso Código adotou o sistema do livre convencimento.

Não há tarifação de provas.

Fortes indícios podem ensejar condenação. Para tanto, basta que sejam coerentes e convincentes.

Crimes contra o patrimônio, geralmente praticados sem testemunhas, comprovam-se por indícios e circunstâncias, principalmente pelas chamadas de co-réus e pela apreensão de bens na posse do acusado.

Caracteriza o arrependimento posterior a reparação do dano causado ou a restituição da coisa subtraída nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, desde que por ato voluntário do agente, até o recebimento da denúncia ou da queixa.

Hipótese em que o agente devolveu espontaneamente a res antes do recebimento da exordial.

Cassetari Batista, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.008636-0, da comarca de São Joaquim, em que é apelante Kleber

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar

provimento parcial ao recurso para reduzir a pena em face do arrependimento posterior.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Kleber Cassetari Batista foi denunciado e condenado à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo, por infração ao art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, substituída por prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas no mesmo período.

Recorre o acusado, argumentando, em síntese, fragilidade de prova, pois além dos depoimentos controvertidos dos menores envolvidos na suposta subtração do aparelho de som, em ambas as fases processuais negou a participação no delito.

Também em resumo, diz o representante do Ministério Público que o furto restou plenamente consumado, devendo a r. decisão ser mantida pelos próprios fundamentos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — Sem razão o apelante, porquanto a prova indiciária convence da autoria.

Indícios, quando coerentes e convincentes, assumem o valor das provas diretas, sendo suficientes à

certeza necessária ao decreto condenatório.

O douto Magistrado não se utilizou de insuficientes provas indiretas. Convenceu-se e convenceu da autoria.

Julio Fabbrini Mirabete explica:

“Diante do sistema de livre convencção do juiz, encampado pelo Código, a prova indiciária, também chamada de circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como se atesta na Exposição de Motivos, em que se afirma não haver hierarquia de provas por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a qualquer outra. Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado” (Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, pág. 315).

A materialidade está devidamente comprovada pelos termos de apreensão de fl. 7 e auto de avaliação de fl. 8.

Embora negasse a autoria, nas duas oportunidades em que foi ouvido, o apelante sustentou que procurado pelo adolescente C., aquele pediu-lhe para vender um aparelho de som de sua propriedade, “haja vista que teria dificuldade em vender porque tinha a fama de ladrão e as pessoas poderiam pensar que o objeto era furtado”. Esclareceu que “concordou em efetuar a venda por R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) mediante uma condição de R\$ 50,00 (cinquenta reais)”. Que no dia em que tentou vender a res — fato que só não foi possí-

vel porque os possíveis compradores não dispunham de dinheiro — teve conhecimento da prisão do adolescente, “razão pela qual desconfiou que aquele som era furtado e resolveu, espontaneamente, comparecer à Delegacia de Polícia, onde entregou o aparelho ao Delegado” (fls. 29/30).

Em que pese a negativa, a co-autoria exsurge incontestemente em face da chamada do co-partícipe e de outros elementos de prova.

Confira-se as declarações dos menores infratores C. e A., confirmando a participação do apelante na prática do furto:

C. I. R. de A., cujo depoimento na polícia não pôde ser utilizado como elemento de prova, eis que não foi ouvido na presença de curador (fl. 10), na fase judicial, relatou:

Que “de madrugada o informante e A. entraram na casa, pela janela do banheiro, que estava aberta; que levaram jóias e bebidas, e guardaram na beira de uma taipa; que voltaram para o centro e encontraram Kleber, e o convidaram para voltar na casa, para pegarem o aparelho de som; que Kleber concordou; o informante e A. entraram na casa, por uma janela da frente da casa, que tinham deixado aberta quando saíram de lá na primeira vez; pegaram o aparelho de som, e saíram; que Kleber ficou pelo lado de fora da casa enquanto o informante e A. entraram; que Kleber levou o aparelho de som para a casa dele, para vender, e conforme o preço que conseguisse, seria dividido meio a meio o dinheiro; que a polícia apreendeu o aparelho de som na casa de Kleber; que falaram para a polícia onde estavam os outros negócios e a po-

lícia pegou tudo; (...) que resolveram entrar na casa ‘sei lá, por cabeça ruim’; que Kleber nunca tinha participado de outros furtos” (fls. 43/44).

A., perante a autoridade policial (fl. 11), disse que participou do furto realizado na residência da vítima Marcelo Pereira, juntamente com o outro adolescente C., sendo que furtou somente alguns chocolates e bolachas, enquanto que o outro subtraiu os demais objetos, entre eles “corrente, quatro anéis, quinze quilos de carne, bebida alcóolica, perfume, dois braceletes”. Disse ainda que retornou ao mesmo local para furtar, dias após, na companhia de um outro colega, sendo que não obtiveram êxito na empreitada criminosa.

Em Juízo, manteve a versão, dizendo que “não conhece o acusado, nem tampouco havia visto o mesmo anteriormente”. Ao final, esclareceu que “no dia em que estive na residência da vítima Marcelo, junto com C., não subtraíram o aparelho de som, que realmente estava na residência; que também foi na residência da vítima junto com outro menor de nome M. (...); que C. lhe contou que o furto descrito na denúncia foi cometido pelo acusado juntamente com C.; que C. não contou detalhes do furto; que o informante queria dar ‘uma força’ para o acusado” (fl. 56).

Ora, diante de tais depoimentos resta evidente que o réu participou, de uma forma ou de outra, do furto. A versão trazida pelo menor A. é bastante verossímil. Na polícia e em Juízo, relatou os fatos precisa e coerentemente, ocorrendo, assim, a chamada do co-partícipe.

É da lição de Altavilla:

“O interrogatório do acusado pode, também, ter valor probatório em relação a outro personagem do crime: se o acusa, temos ‘a chamada do co-réu’” (Psicologia Judiciária, vol. 3, Coimbra Armênio Amado Editor, 1959, págs. 177/178).

E mais adiante:

“A clássica chamada do co-réu implica a confissão da responsabilidade por parte de quem a faz. Por conseguinte, a primeira condição necessária para que ela seja verdadeira, é que verdadeira seja a confissão, a segunda é que não seja inspirada em razões de ódio e a terceira é que não mascare escopo oculto de atenuar a responsabilidade própria.

“De um modo geral, pode, portanto, afirmar-se que, quando concorrem estas três condições, a chamada do co-réu é um elemento probatório de confiança”.

De outro lado, ponderou o culto Procurador de Justiça Dr. Luiz Fernando Sirydakís:

“Ora, tendo com o apelante sido apreendido o aparelho de som e respectivas caixas furtadas da residência da vítima, e seu comparsa afirmado que efetivamente com ele praticara o furto, acusação esta confirmada por um terceiro menor, que afirmou ter-lhe C. contado a respeito, e considerando que motivo algum nos autos foi trazido que sequer pudesse ser levado à conta de determinante de uma acusação leviana partida do menor C. com o deliberado intuito de falsamente atribuir-lhe a prática delituosa, e, ante-se, com a participação do também menor A. na mentira engendrada, forçoso é convir que do confronto de tais acusações com sua negativa de auto-

ria desprovida de qualquer elemento fático que lhe dê qualquer sustentação é de prevalecer, sem dúvida, a palavra dos mencionados menores. Acresça-se a isto (...) o fato de nada crível ser a versão de que recebera o aparelho de som de C. para vender, ainda mais sabendo, conforme declarado pelo próprio menor, da fama de ladrão que o mesmo possuía, para concluir-se pela correção do juízo condenatório prolatado.

“Enfim, por evidenciada nos autos, ao contrário do afirmado, a efetiva participação do apelante no furto pelo qual restou denunciado, bem como que o mesmo foi praticado juntamente com o menor C., vulgo ‘C.’, não há como dar-se guarida à pretensão absoluta manifestada no apelo”.

2 — Observo que houve arrendimento posterior.

Dispõe o art. 16 do Código Penal, verbis:

“Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

Comentando o referido preceito, Damásio E. de Jesus explica:

“Para que haja a redução da pena é necessário que:

“1º) O delito tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. (...)

“2º) O sujeito tenha reparado o dano físico ou moral emergente do crime ou restituído o objeto material. (...)

“3º) A reparação do dano ou a restituição do bem constituam atos voluntários do agente. (...)”

“4º) A reparação ou a restituição deve ocorrer até a data do recebimento da denúncia ou da queixa” (Direito Penal, vol. 1, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, págs. 343/344).

Restam preenchidos todos os requisitos indispensáveis ao reconhecimento da causa especial de redução da pena, a saber:

O crime é de furto qualificado pelo concurso de agentes, ou seja, praticado sem violência ou grave ameaça.

O apelante afirmou que logo que teve conhecimento da prisão do adolescente, “desconfiou que aquele som era furtado e resolveu, espontaneamente, comparecer à Delegacia de Polícia, onde entregou o aparelho ao Delegado” (fl. 30).

O aparelho de som foi restituído à vítima em 14/9/99 (termo de entrega de fl. 19) e a denúncia recebida em 26/10/99.

Passo a dosar a redução.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, qual seja, 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo.

Na segunda fase, a reprimenda foi mantida em face da ausência de agravantes e atenuantes.

Presente a causa geral de diminuição de pena contida no art. 16 do CP, reduzo a pena em 2/3 (dois terços), que perfaz um total de 8 (oito) meses e pagamento de 6 (seis) dias-multa, no mesmo valor.

Regime aberto.

Mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, em face do quantum da pena — inferior a um ano (art. 44, § 2º, primeira parte, do CP).

3 — Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso para reduzir a pena em face do arrependimento posterior.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Deram provimento parcial ao recurso para reduzir a pena em face do arrependimento posterior.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Souza Varella. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 26 de junho de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.017568-5, DE BIGUAÇU**Relator: Des. Souza Varella**

Apelação criminal — Invasão de domicílio, lesão corporal e prática contravencional.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.017568-5, da comarca de Biguaçu (2ª Vara), em que é apelante Ademar Álvaro Sodré, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para excluir a condenação por crime de invasão de domicílio, rejeitadas as preliminares de nulidade.

Custas legais.

Ao relatório da sentença de fls. 122/124, que se adota, acrescenta-se que Ademar Álvaro Sodré resultou condenado por crimes de invasão de domicílio e lesão corporal, e pela prática contravencional descrita no art. 65 da lei própria, às penas de 11 (onze) meses de detenção, 7 (sete) meses de detenção e 35 (trinta e cinco) dias de prisão simples, respectivamente, em concurso material.

Inconformado, a tempo e modo, oferta o recurso de apelação objetivando a nulidade processual ante o indeferimento de realização de exame psiquiátrico e ausência de intimação da defesa para ato processual, atacando, ainda, a juntada aos autos do exame de lesão corporal e inexistência de intimação para diligências.

No mérito, pugna pela absolvição ou minoração das reprimendas.

Rebatido o apelo, os autos subiram e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Luiz Fernando Sirydakís, entende pelo desprovemento.

Vê-se dos autos que, no dia e hora narrados na denúncia, o apelante ingressou na residência das vítimas, muito provavelmente porque embriagado, vindo a molestar Mônica Aparecida da Silva, que dormia com seu marido, introduzindo a mão no interior de suas vestes. Acordados, reagiram, tendo o apelante, deliberadamente, atirado ao chão um bebê, de nove meses de idade, filho do casal, provocando-lhe ferimentos de natureza leve. Por isso foi denunciado como responsável pelas práticas descritas nos arts. 150, 214 e 129 do Código Penal.

As preliminares não merecem acolhida. É sabido, à saciedade, que: "O exame médico-legal do acusado com vistas à determinação da imputabilidade há que resultar de análise do contexto probatório dos autos, a revelar séria ou razoável dúvida a respeito de sua saúde mental. Não configura cerceamento de defesa o indeferimento do exame de sanidade mental do réu se não há dúvida sobre a sua integridade mental" (RT 637/298).

A alegada nulidade decorrente de não apresentação da defesa prévia inexistente porque, além de ter advogado constituído (fl. 34), a defesa preliminar é facultativa (art. 395 do CPP). Quanto ao documento de fls. 65/67, a defesa dele tomou inteiro conhecimento no curso da ação penal, assim como da precatória de fls. 78/81, não havendo demonstração de prejuízo a justificar nulidades. Por derradeiro, certificada está a intimação da defesa sobre a fase do art. 499 da mesma lei, conforme certidão de fl. 95 verso.

Rejeitadas, pois, as preliminares.

No mérito, o acusado não nega as práticas, apenas afirma não se recordar do que teria acontecido, em razão de ingestão de álcool com remédios.

Os fatos antes descritos restaram devidamente comprovados pela farta e unânime prova testemunhal colhida e pelo documento de fls. 65/67.

A ofendida Mônica, seu marido José João e o policial Pedro Camisão Xavier (fls. 54 a 58) descrevem com clareza a lamentável ocorrência que, felizmente, não teve conseqüências mais graves, sobretudo para a criança. Tamanha a evidência da espécie que são desnecessárias maiores despesas em considerações. Andou certo o ilustre Magistrado ao proferir o decreto condenatório.

Todavia, um reparo está a merecer a decisão recorrida.

É que ao desclassificar o delito de atentado violento ao pudor para a contravenção de perturbação da tranqüilidade, condenando por tal prática

contravencional, tem-se que a invasão de domicílio, em que pese punida com reprimenda mais grave, ficou por aquela absorvida, bem como pela lesão corporal, considerando-se tratar-se de crime-meio o ingresso na residência. Por isso é de ser afastado da condenação o crime definido no art. 150 do Código Penal.

Cita-se: "só subsiste como delito autônomo quando a entrada ou permanência for o próprio fim da conduta e não meio para o cometimento de crime diverso; então será absorvido por este" (Delmanto — Código Penal Comentado).

O apelante é reincidente (fl. 25) e apresenta antecedentes (fl. 80), estando as penas aplicadas pela contravenção e lesão corporal bem dosadas, devendo estabelecer-se o regime prisional em semi-aberto.

Ante o exposto, a Câmara, unanimemente, rejeita as preliminares e dá provimento parcial ao recurso, para excluir a condenação por crime de invasão de domicílio.

Presidiu a sessão de julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nollí, e participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 28 de novembro de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente para o acórdão;
Souza Varella,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.016666-9, DE IMARUÍ**Relator: Des. Souza Varella**

Apelação criminal — Ameaça e calúnia — Lei de Imprensa — Crime do art. 147 do Código Penal inexistente — Calúnia proferida em programa radiofônico caracterizada.

Recurso parcialmente provido.

O destempero verbal, quando não incide em ameaça de provocação de mal injusto e grave, é mera bazófia, não prevista no art. 147 da Lei Penal.

O crime de calúnia definido no art. 20 da Lei n. 5.250/67, assim como descrito no art. 138 do Código Penal, consiste na falsa imputação de fato definido como crime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.016666-9, da comarca de Imaruí, em que é apelante Elir Manoel Eliseu Martins, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, para afastar da condenação o crime de ameaça, rejeitada a preliminar de nulidade.

Custas de lei.

Na comarca de Imaruí, Elir Manoel Eliseu Martins foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 147 do Código Penal e 20 da Lei n. 5.250/67.

Tudo porque, em 7 de abril de 1999, em programa radiofônico, pelo qual é responsável, teria ameaçado a vítima Romário Fábio da Silva de causar-lhe mal injusto e grave ao proferir a expressão: “arma por arma, também tenho um trinta e oito”. Também por-

que, na mesma transmissão, teria afirmado que a vítima, soldado da Polícia Militar estadual, o ameaçara apontando-lhe uma arma (escopeta), com gesto ameaçador, quando passava pela frente do prédio do destacamento militar.

Devidamente processado o feito, com vários incidentes, inclusive exceção de suspeição do Magistrado, liminarmente rejeitada, restou o apelante condenado pelas práticas ilícitas descritas nos arts. 147 do Código Penal e 20 da Lei n. 5.250/67.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, a tempo e modo recorre, objetivando a nulidade do processo por cerceamento de defesa ante a nomeação de defensor para o ato ao qual não compareceu o advogado constituído e ausência de materialidade.

No mérito, pugna pela absolvição alegando inexistência de práticas delitivas, dando ênfase ao fato de inexistir a prova da materialidade dos crimes imputados.

Rebatido, os autos ascenderam e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Vilmar José Loef, opina pelo provimento parcial, para exclusão do crime de ameaça, com rejeição das prefaciais.

Com razão o ilustre parecerista.

Referentemente à nomeação de defensor para o ato ao qual não compareceu o constituído, o Dr. Juiz de Direito andou certo, nos exatos termos do art. 265, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

“Embora seja comum o adiamento de atos do processo a pedido do defensor, por impossibilidade de comparecimento a eles, tal se dá por mera liberalidade do juiz, sem qualquer direito daquele” (RT 520/400).

Por isso, é rejeitada a prefacial.

No mérito, vê-se que foi condenado porque responsável pelos delitos de ameaça e calúnia, este previsto na Lei n. 5.250/67.

O crime de ameaça, realmente, não aconteceu.

É que ao proferir a expressão “arma por arma, também tenho um revólver trinta e oito”, em programa radiofônico pelo qual é responsável, na mesma ocasião em que se disse ameaçado pelo soldado vítima, não incorreu na prática delitiva definida no art. 147 do Código Penal, cuja caracterização exige o dolo específico de incutir medo, de intimidar. Na espécie em exame, como sem muito esforço se deduz, as expressões utilizadas não foram além da bazófia, quando imputou ao militar atitude ameaçadora contra a sua pessoa. Só a ameaça séria e idônea configura o crime (RT

725/662), o que inexistente na hipótese em análise.

Todavia, quanto ao delito contra a honra — calúnia —, o caso assume aspecto diverso.

Colhe-se da prova testemunhal, aliás farta, que o apelante atribuiu ao soldado da Polícia Militar Romário Fábio da Silva o crime de ameaça descrito no art. 147 do Código Penal, durante um programa radiofônico que mantém na Rádio 26 de Abril, da cidade de Imaruí.

São claros os depoimentos, em ambas as fases, de Reginaldo Freitas de Almeida, Maureci Damas, Jaison Goulart Barreto Bossle, Rui Valdir de Souza Brasil, Jecy de Castro, Enedino Corrêa Barreto e Manoel Raulino Alves (fls. 38, 39, 42, 44, 45, 46, 143, 144 e 152).

Por tais declarações constata-se que no programa radiofônico, sob responsabilidade do apelante e por este apresentado, afirmou ter sido ameaçado pela vítima, que lhe apanhou uma arma de grosso calibre (escopeta) em gesto ameaçador. Tal fato, também segundo a prova oral, não ocorreu, haja vista que o soldado estaria apenas retirando o armamento de um veículo militar com “o cano voltado para o céu” (fl. 144). A de fl. 143 informa, inclusive, que “o acusado teria falado na notícia que iria processar a vítima porque esta o ameaçava com uma arma de grosso calibre”.

Destarte, a imputação do crime de ameaça resulta clara e evidente. O apelante, publicamente, disse ter sido ameaçado pela vítima, pretendendo processá-la por tal atitude. Nota-se, ainda, que a testemunha de fl. 156, arrolada pela defesa e que teria gravado

a transmissão, não discrepa das mencionadas.

Significativas, também, as afirmações de Epitácio Bittencourt Sobrinho, diretor proprietário da emissora 26 de Abril, a respeito do ofício sobre a conservação da gravação, no sentido de que “o depoente só tomou conhecimento do ofício através do radiologista Eliseu Martins e do gerente administrativo Paulo Francisco, algum tempo depois, quando o inquérito já estava instaurado” (fl. 72).

Também merece registro o documento de fl. 80: “que foi Eliseu Martins quem escreveu a correspondência e o depoente apenas assinou” (Paulo Francisco).

Não há, pois, uma só dúvida quanto à imputação feita e o delito consiste em fazê-la falsamente. Dúvida não há, também, de que o soldado não ameaçou o apelante.

Assim, configurado o ilícito que o art. 20 da Lei 5.250/67 define.

O conteúdo da fita anexada à fl. 158 é totalmente inócuo, eis que não foi periciada para verificação de sua autenticidade.

O bem jurídico agredido — a honra — é imensurável. Principalmente tratando-se de militar, com regras de hierarquia, disciplina e honorabilidade severas, acusado da prática de crime, utilizando-se de uma arma de propriedade da honrada corporação a que pertence. Não pode ela — a honra —, portanto, ficar exposta a publicações irresponsáveis.

O crime em análise é de imprensa.

“Esta não deve estar coarctada, constrangida ou censurada, sob

pena de não refletir a opinião da pessoa, das classes ou da sociedade. Deve ela, entretanto, ser regulada e limitada, como qualquer direito, para que não degenere em desmando ou licenciosidade” (Noronha — Direito Penal — vol. 2 — pág. 137).

A intensidade do dolo e a manifesta intenção de agredir a honra da vítima revela-se pela circunstância de que os fatos teriam ocorrido em repulsão a outros, entre policiais militares e o apelante, na localidade denominada Tamborete.

A condenação impõe-se.

Resta, apenas, a análise da alegada ausência de materialidade, por inexistência nos autos da fita magnética. Vê-se que foi ela desgravada, existindo indícios, pelas circunstâncias, de que teria sido inutilizada de forma proposital. E o art. 167 do Código de Processo Penal determina que, não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

“O STF tem entendido que nos delitos materiais, de conduta e resultado, desde que desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal pode suprir o auto de corpo de delito direto” (Damásio — art. 167 do CPP), e é da jurisprudência e do bom senso comum que se deve dispensar perícia direta, sempre que sua realização não mais seja possível por haverem desaparecido os vestígios da infração, embora hajam eles, de começo, existido (RT 528/311). Entendimento contrário, em delitos como o em exame, seria consagrar a impunidade, dadas as peculiaridades próprias da espécie presente.

Suprida, pois, a falta pela farta prova testemunhal, não contraditada, existente nos autos.

Isso posto, a condenação pelo crime de calúnia, da Lei n. 5.250/67, impõe-se.

A pena estabelecida na sentença é a mínima prevista para a espécie, tanto a privativa de liberdade como a pecuniária. Ocorreu a substituição, na forma legal, por limitação de fim de semana, justificando-a o ilustre Sentenciante. Ademais, é de se considerar os termos da Súmula 171 do egrégio Superior Tribunal de Justiça: "cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa".

Ante o exposto, a Câmara, unanimemente, dá provimento parcial ao recurso para excluir da condenação o crime de ameaça, mantida no mais a decisão recorrida.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves, e lavrou parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2000.

Genésio Nollí,
Presidente com voto;
Souza Varella,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.023146-0, DE ARARANGUÁ

Relator: Des. Souza Varella

Apelação criminal — Tóxicos — Autoria e materialidade devidamente comprovadas — Grande quantidade de cocaína apreendida, juntamente com outros indícios que comprovam o tráfico exercido pelos apelantes — Flagrante preparado — Inocorrência — Qualificadora da associação corretamente aplicada — Provas de que os apelantes agiam em conjunto na revenda das drogas — Decisão condenatória mantida — Redução da pena no tocante a um apelante, em virtude da exclusão da reincidência, e manutenção com relação à outra.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.023146-0, da comarca de Araranguá, em que são apelantes José Luís Soares e Marilu Aparecida Carvalho Osório, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso de José Luís Soares para excluir a agravante da reincidência e desprover o de Marilu Aparecida Carvalho Osório.

Custas legais.

José Luís Soares e Marilu Aparecida Carvalho Osório restaram condenados, o primeiro à pena de 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, e a segunda à pena de 4 (quatro) anos de reclusão e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, ambos por infração ao artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

Inconformados com a condenação, os réus, por seus procuradores, apelaram objetivando a absolvição ou, alternativamente, a desclassificação para o artigo 16 da Lei n. 6.368/76.

Contra-arrazoados, os autos subiram e, nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento dos recursos.

Com efeito, colhe-se dos autos que os policiais civis receberam informações anônimas de que os apelantes eram traficantes, sendo que o modus operandi desenvolvia-se na frente da residência destes, que portavam apenas pequenas quantidades da droga, já que as quantidades maiores ficavam enterradas no terreno ao lado da casa.

Tais declarações geraram a expedição de um mandado de busca e apreensão (fl. 25), regularmente cumprido pelos policiais, que ao chegarem à residência do apelante José Luís, vulgo "Cará", viram quando a esposa dele, a apelante Marilu, correu em direção aos fundos da casa na tentativa de dispensar a droga, porém frustrou-se, haja vista que o policial Cláudio César Pereira declarou à fl. 81: "...que viu quando a ré tentou dispensar um frasco branco redondo por cima do muro; que referido frasco bateu no muro e quase acertou o depoente;

que referido frasco caiu próximo aos pés do depoente; que no referido frasco encontrou oito papéletes de um pó branco; que na hora constatou ser cocaína".

Logo após, em ato contínuo, os policiais procederam a revista na residência e no terreno que a circunda, porém não encontraram nada, sendo que passaram a revistar o terreno baldio que fica ao lado da casa, e qual não foi a surpresa ao depararem-se com dois potes enterrados contendo grande quantidade de cocaína, conforme demonstram as fotografias anexadas ao laudo pericial de fls. 41/46.

Dessa forma, a materialidade está devidamente evidenciada, conforme atestam os termos de apreensão de fls. 15/16/17 e 18, o laudo de constatação de fl. 14, e laudos periciais de fls. 41/46 e 63/67.

Quanto à autoria, esta emerge clara do caderno indiciário, apesar de negada pelos apelantes, sendo que o argumento usado por José Luís, no sentido de que a droga destinava-se a seu consumo próprio, não é suficiente para sustentar a tese desclassificatória, já que não admitiu ser viciado, inclusive não realizando exame de dependência toxicológica.

Ademais, a forma em que foram encontradas as drogas, acondicionada uma parte em papéletes e outra em pacotes maiores, totalizando a expressiva quantidade de 40 (quarenta) gramas de cocaína, demonstra claramente o intuito de comercialização, sendo ainda que "para tipificação do tráfico do art. 12, da lei própria, não é exigido que o infrator seja colhido no próprio ato de mercancia. A certeza que a condenação exige pode emergir

do conjunto de circunstâncias e indícios que cercam o indivíduo” (Ap. Crim. n. 32.615, DJ n. 9.212, 10/4/95, pág. 8).

Vale salientar ainda que, conforme demonstrou o laudo pericial de fl. 43, o plástico que acondicionava a cocaína encontrada com Marilu é o mesmo usado para envolver as quantidades maiores da droga enterradas no terreno baldio.

Realmente, in casu, os indícios são veementes, seja pelas denúncias feitas nas urnas itinerantes, ou pelos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante, firmes e coerentes, e, ao contrário do pretendido pela defesa, não houve flagrante preparado, pois não se vislumbra nos autos qualquer induzimento por parte das autoridades policiais à prática do crime, que já preexistia com a simples posse da droga.

Portanto, o conjunto probatório é farto e consistente e leva à certeza da condenação dos apelantes pelo crime previsto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

No tocante à pretendida exclusão da qualificadora da associação, igualmente sem razão a defesa, posto que corretamente aplicada.

É evidente que a esposa de José Luís participava ativamente do tráfico de drogas, quer pela apreensão de parte da droga com ela, quer pelas denúncias que afirmaram que ajudava o marido a vender a cocaína na frente da sua residência.

Acerca do assunto é a jurisprudência:

“A majorante prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, incide nos casos de co-autoria ou cooperação de agentes na atividade de tráfico ilícito de entorpecentes, ausentes os requisitos de associação estável” (TJSP — Rev. 129.619-3/7 — rel. Des. Denser de Sá — julg. 18/3/93).

Todavia, quanto à agravante da reincidência, melhor sorte socorre ao apelante José Luís, eis que não está comprovada nos autos, pois não foi condenado por crime da mesma espécie, conforme certidão de fl. 29.

Assim, merece um pequeno reparo a r. decisão: a pena-base fica inalterada (3 anos e 3 meses), acrescida apenas da associação do artigo 18, III (+ 1/3), totalizando em definitivo 4 anos e 4 meses.

Ante o exposto, a Câmara, unanimemente, dá provimento parcial ao recurso de José Luís Soares para excluir a agravante da reincidência e desprové o de Marilu Aparecida Carvalho Osório.

Presidiu a sessão de julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nollí e participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves, lavrando parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente para o acórdão;
Souza Varella,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.017136-0, DE SOMBRIO**Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

Roubos praticados em concurso de agentes e com a utilização de armas de fogo. Apelos dos envolvidos almejando a absolvição, ou a redução das respectivas penas e progressão do regime de cumprimento. Pedido de desistência formulado por um dos apelantes. Homologação. Autoria e materialidade comprovadas, inclusive com o reconhecimento dos agentes pelas vítimas. Condenação mantida. Pena. Incidência de duas causas especiais de aumento. Exasperação da metade. Cabimento. Elevado número de agentes, e uso de armas de grosso calibre. Improvimento.

É facultado ao recorrente desistir do apelo que interpôs, por meio de advogado, dès que munido de procuração com poderes especiais para tanto. Desistência homologada.

A palavra da vítima, no crime de roubo, tem relevante valor probatório, quando amparada pelos demais elementos coligidos.

Para a exasperação da pena decorrente das causas especiais de aumento do crime de roubo há que se levar em conta as circunstâncias em que estas, ou esta ocorreu, como o número de agentes e o calibre e a quantidade das armas de fogo utilizadas, podendo, assim, enquadrar-se entre um terço e um meio, independentemente da incidência de um ou mais dos incisos pertinentes.

O delito descrito no artigo 157, § 2º, e seus incisos, do Código Penal, não se encontra no rol dos crimes denominados hediondos, pelo que o cumprimento da pena privativa de liberdade infligida ao seu autor deverá ser cumprida no sistema progressivo de regime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.017136-0, da comarca de Sombrio, em que são apelantes Jorge Ricardo dos Santos e outros, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos e, deferindo-se o pedido de desistência formulado pelo

defensor de Igor Machado, negar provimento aos demais.

Custas legais.

Na comarca de Sombrio, Cláudio Alberto Silva Schimidt, Igor Machado, Jorge Ricardo dos Santos e Alessandra da Silva Machado foram denunciados pela prática dos delitos descritos no artigo 288, parágrafo único, e 157, § 2º, inciso I, ambos do Có-

digo Penal, sendo que a Jorge Ricardo ainda foi atribuída a autoria de mais um roubo, com a incidência das causas especiais de aumento previstas nos incisos I e II do § 2º do dispositivo pertinente.

Consta da exordial que “os denunciados acima, habituados a delinquir, agiam em acordo de vontades e com o auxílio de outros três meliantes, Osmar Galhardo e Adelar Galhardo, conhecidos como irmãos ‘Malhados’ e Aldair da Silva Kruger (todos falecidos) e vieram do Rio Grande do Sul, prossequindo sua carreira criminosa, com o firme propósito de assaltar o Banco do Brasil desta Cidade. Os planos de assalto foram milimetricamente traçados, tanto que no dia 11 de agosto p.p., Alessandra e dois dos denunciados, que durante a instrução serão identificados, foram até a Praia das Gaivotas e lá contactaram com Alexandre Brandão Rodrigues, que alugou uma residência para os mesmos na Praia Turimar, por uma semana, no valor de R\$ 100,00, que serviria como base de apoio aos denunciados para a concretização de delitos. Na ocasião, estavam num Tempra de cor branca, que após seria utilizado na fuga do assalto planejado. Consta dos presentes autos, que no mesmo dia, Jorge Ricardo dos Santos, junto com outro denunciado, que durante a instrução poderá ser identificado, no centro da cidade de Criciúma, abordou a vítima Joel da Silva, e apontando uma arma nas suas costas, lhe subtraiu o automóvel Santana azul, placa KS 0445, de propriedade de Alfredo da Silva Neto, que no outro dia seria utilizado no crime arquitetado.

“Finalmente, no ‘grande dia’, 12 de agosto, Jorge Ricardo, Cláudio e um dos elementos falecidos, por volta das 12 horas, adentraram na agência do Banco do Brasil no centro de Sombrio e, armados, renderam o vigilante, subtraindo do mesmo um revólver calibre 38, Taurus n. 1604583, de propriedade do Banco, e aterrorizando as pessoas que lá dentro estavam sob ameaça de morte, em ato contínuo, Jorge Ricardo dirigiu-se ao cofre com o gerente, enquanto os outros dois ‘limpavam’ os caixas, totalizando o valor arrecadado pelos três R\$ 43.600,00. No lado de fora da agência dando o apoio necessário estava Igor, num Gol, observando à distância a ação de seus comparsas, e em frente ao banco, no Santana, a fim de auxiliar na fuga, aguardavam dois dos elementos que posteriormente seriam mortos e que serão identificados no decorrer da instrução. E foi neste carro que embarcaram os três elementos que adentraram no banco, com o produto da subtração. Neste momento, porém, foram surpreendidos pelo Policial Militar, Sargento Rogério, que efetuou disparos contra o referido veículo, sendo que os denunciados revidaram também atirando e rumaram no sentido Sombrio—Araranguá. Após o ocorrido, trocaram o Santana por um Monza e foram até a casa alugada na praia, onde estava Alessandra. A polícia dirigiu-se até o local, e ao observarem os movimentos, os meliantes adentraram no Tempra branco e foram pela praia em direção ao Rio Grande do Sul. A partir daí, iniciou-se perseguição, onde em diversas oportunidades trocaram de carros e se dividiram em grupos, sendo que desta empreitada restaram mortos os três

assaltantes acima referidos, lesionados dois policiais do Rio Grande do Sul, os denunciados Igor e Cláudio, o primeiro preso em flagrante e o segundo preventivamente, e conseguiram fugir Ricardo e Alessandra, estando em lugar incerto e não sabido até o momento”.

No curso da instrução, o processo foi desmembrado com relação à ré Alessandra (fl. 152).

No momento procedimental pertinente, todos resultaram condenados pelo crime de roubo perpetrado contra a agência bancária, e Jorge, além desta imputação, foi responsabilizado pelo roubo do carro ocorrido na cidade de Criciúma, ficando apenado com doze anos e um mês de reclusão, em regime fechado, mais trinta e um dias-multa. A Cláudio e Igor foi fixada a pena individual de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime fechado, mais treze dias-multa. O crime de quadrilha armada, por ser objeto de outro processo em andamento no Estado do Rio Grande do Sul, foi excluído da imputação.

Pessoalmente intimados, todos os apenados manifestaram, de próprio punho, desejo de recorrer. Nas razões de Jorge, a meta é a absolvição, sob o argumento de que, quando do roubo do Santana, ocorrido em Criciúma, se encontrava na capital gaúcha, comemorando seu primeiro dia dos pais. Além disso, aduz que o reconhecimento pela vítima, além de ter sido feito apenas por meio de fotografia, não encontra amparo nas demais provas do processo. No que diz respeito ao assalto à agência do Banco do Brasil de Sombrio, sustenta que lá não esteve, tendo em vista que, compare-

ceu à consulta médica marcada para às 14h daquele dia, em Porto Alegre. Alternativamente, pretende ver reduzida a pena que lhe foi imposta, argumentando que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal lhe favorecem, e que a confissão espontânea não ocorreu. Além disso, alega que a incidência de duas causas especiais de aumento no roubo, por si só, não têm o condão de ensejar a exasperação da pena no grau máximo.

Igor e Cláudio, cada qual por meio de seu defensor, se utilizando, contudo, de idênticos argumentos, pretendem a absolvição, por insuficiência de provas, ou, caso inacolhida a pretensão, querem que lhes seja “conferida a possibilidade da progressão de regime, após o cumprimento de um sexto da pena”, defendendo a inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos.

Em contra-razões, pugnou o Ministério Público pela manutenção do decidido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, manifestou-se pelo conhecimento e improvemento dos recursos.

Posteriormente, foi juntada aos autos petição pelo defensor de Igor Machado, requerendo a juntada de substabelecimento, bem como a desistência do recurso que interpôs, com “a expedição de certidão de trânsito em julgado da sentença prolatada”.

É o relatório.

Inicialmente, o pedido de desistência formulado pelo novo defensor do apelante Igor Machado é homologado. A procuração outorgada à Dra. Loizene Maria Henke, à fl. 224, lhe

confere poderes para desistir e substabelecer. Houve substabelecimento ao Dr. Luiz Guilherme Koury Maués à fl. 463, o que ocorreu novamente quando do protocolo do presente pedido de desistência, no qual foram conferidos os mesmos poderes ao Dr. Lahyr Jaeger. Assim, tendo o advogado poderes para desistir do recurso interposto, homologa-se o pedido formulado nesse sentido.

Segue-se à análise do mérito do recurso de Jorge Ricardo dos Santos, no tocante à negativa da autoria do furto do veículo Santana ocorrido em Criciúma.

A vítima, Joel da Silva, abordada tão logo deixara o carro estacionado em frente a uma loja de tintas, foi categórica ao afirmar que “foi surpreendido por dois elementos, o qual um reconheceu pela identidade apreendida como sendo Jorge Ricardo dos Santos, e o outro alto, magro, cabelos curtos e castanhos, de barba e bigode castanhos, apontaram uma arma pelas costas do declarante, dizendo que era da polícia e para que ele ficasse quieto...”. Em seguida, pediram-lhe a chave do veículo, a qual lhes avisou ter deixado na ignição. Entraram, então, no carro, e empreenderam fuga (fl. 21). Suas palavras foram confirmadas, com todas as minúcias, na fase judicial (fl. 371), no qual voltou a apontar, categoricamente, a pessoa de Jorge Ricardo dos Santos como sendo um dos autores do assalto que sofrera.

A palavra da vítima, nos crimes contra o patrimônio, segundo o entendimento jurisprudencial é de suma importância: “Nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados sem

testemunhas, a palavra coerente e isenta de má-fé da vítima, tem fundamental importância, pois não iria acusar terceiro sem justificativa” (Apelação Criminal n. 99.019929-0, de Canoinhas, rel. Des. Amaral e Silva, j. 14/12/99).

Aliado ao reconhecimento fotográfico procedido pela vítima, tem-se o fato de o veículo subtraído ter sido utilizado pela quadrilha arrolada na exordial no assalto à agência do Banco do Brasil de Sombrio, no dia seguinte. E, na casa alugada pelos assaltantes, na praia Turimar, naquela Cidade, foi encontrada a carteira de identidade de Jorge Ricardo, bem como um cartão magnético da Caixa Econômica Federal, carteira de habilitação, um talão de cheques da Caixa Econômica Federal e uma carteira de identidade de artesão, sinais explícitos de que fazia parte do bando, e, na companhia de um dos membros, cometeu o assalto à vítima Joel da Silva com o fim de obter um veículo para a empreitada do dia seguinte.

Diante de tudo isso, verifica-se que a alegação de que, nesse dia e horário, encontrava-se na capital gaúcha, comemorando seu primeiro dia dos pais, sustentada por parentes seus em Juízo não é aceitável.

Assim, a palavra da vítima, de relevante importância nos crimes contra o patrimônio, encontra apoio nas demais provas dos autos, pelo que a condenação por esse crime é de ser mantida.

O argumento dos apelantes, de que inexistem provas de sua participação no assalto à agência do Banco do Brasil de Sombrio, não merece acolhida.

O vigilante Ênio Gomes de Melo e o gerente João Carlos Mai, na fase policial, narraram, com detalhes, a forma como ocorreu o assalto, sendo que três elementos armados entraram na agência, tendo um deles rendido o vigilante e os demais se dirigido ao caixa, e ao cofre com o gerente, subtraindo a quantia lá depositada. Após relatar o ocorrido, reconheceram Jorge Ricardo dos Santos pela fotografia da carteira de identidade que lhes fora apresentada, como sendo um dos assaltantes. As fotografias juntadas posteriormente, pelo advogado deste, à autoridade policial, com o intuito de fazer crer que aquela constante no documento de identificação, tirada há mais de dez anos da data do assalto, não correspondia à sua aparência atual, levando as vítimas a erro, não têm o condão de afastar sua responsabilidade. Confrontando-se tais documentos, verifica-se a semelhança da aparência do réu Jorge Ricardo dos Santos, que apenas deixou crescer o bigode e penteou o cabelo de forma diversa, com o único fim de ludibriar as vítimas, tentando causar, inclusive, comoção nestas, quando acentuado o seu defeito físico, fotografado de todos os ângulos. Talvez por isso estas tenham sido levadas a erro, por compaixão, e também porque, à época do crime, o réu se utilizava de perna mecânica, o que fez passar despercebida a amputação da perna esquerda. Cabe ressaltar, ainda, que, com o uso da prótese, este praticava suas atividades normais, como se constata dos documentos do albergue que freqüentava, dando conta que era muito prestativo nos serviços que lhe eram designados. Dessa forma, talvez, no momento do crime, que

durou cerca de três minutos, as vítimas não tenham notado o defeito em questão, o que as colocou em dúvida quando da apresentação das novas fotografias. E, justamente pela amputação de uma das pernas, Jorge era conhecido na quadrilha como “Perneta” ou “Ciborgue”, consoante referido no documento de fls. 55/62, nas palavras de Igor, perante a autoridade policial da cidade de Torres/RS, quando preso em flagrante após a fuga. Nesse mesmo depoimento, Igor narra detalhadamente no que consistiu seu envolvimento no crime em questão: “Os companheiros dos conduzidos são conhecidos por Da Ivo, Adelar, Osmar, Cláudio e Perneta. Fazia aproximadamente um ano que conheceu os nominados quando estes e também o conduzido se encontravam presos no Presídio Central de Porto Alegre. O conduzido estava cumprindo pena relativa a delito de assalto a banco na Avenida Beira Rio, Porto Alegre, assim como os seus companheiros, porém em outro assalto. Que nega ter participado do assalto na cidade de Panambi. No domingo último, o conduzido e seus companheiros combinaram de se encontrar nesta cidade de Torres, no entanto o conduzido não sabia que seus companheiros pretendiam assaltar o Banco do Brasil de Sombrio, pois somente em Torres foi que ficou sabendo. Que todos os seus colegas praticaram o assalto naquele banco no dia de ontem, enquanto o conduzido fez somente a segunda, ou seja, ficou com o seu automóvel Gol, de cor marrom, em um ponto estratégico, aguardando os seus amigos. Do banco roubaram aproximadamente vinte mil reais, tendo o conduzido ficado com somente dois mil reais”.

Cláudio Alberto, inquirido à fl. 53, declarou que “cumpria pena na (...), que foi transferido na data aproximada de 19 a 18 de abril/96 para o Presídio de São Sebastião do Caí. Que permaneceu naquele presídio cerca de três dias. Que não sabia que iriam buscá-lo, isto é, resgatá-lo no Presídio. Que os indivíduos que resgataram-no foram Igor, ‘Bola’ e mais outro elemento que não sabe o nome. (omissis) Que saíram do presídio em um veículo de cor escura, tamanho grande, e dirigiram-se para um sítio nas proximidades. Que permaneceram no sítio durante quatro dias, o depoente, ‘Bola’, Igor e outro indivíduo, que não sabe o nome. Que do sítio foram para Caxias do Sul, onde cometeram assalto que rendeu cerca de cento e poucos mil reais, diz o depoente. Que o declarante ficou com vinte mil reais, sendo esta sua parte. (omissis) Que cometeram o assalto ao Banco do Brasil em Sombrio/SC, entre seis pessoas, sendo o depoente, Da Ivo, os Malhados, Igor e mais um elemento que, segundo o depoente, seria o mesmo que fora buscá-lo quando estava no Presídio. Que participou somente de dois assaltos a bancos, no interior do Estado. Que encontrou-se com Da Ivo dias antes do assalto em Sombrio. Que, os armamentos pesados estavam com os ‘Malhados’ e o depoente portava uma nove milímetros e um revólver cal. 38. (...) Que o depoente somente cometeu dois assaltos a bancos, sendo um em Caxias do Sul, como já referenciou, e outro em Sombrio/SC. (...) Que o depoente perdeu uma pistola”. Esta pistola certamente foi aquela que deixou cair quando da fuga do banco, o que foi

testemunhado pelo policial Rogério Cardoso de Sá” (fl. 301).

Aliado a tudo isso, pode-se verificar pelas certidões de fls. 330/332, que os três possuem personalidade voltada à prática criminosa contra o patrimônio.

A alegação de Jorge Ricardo de que no dia do assalto, em referência, estivera presente a uma consulta médica na cidade de Porto Alegre/RS, às 14h, não tem o condão de afastar sua condenação pela co-autoria no crime. Segundo os depoimentos das vítimas, o roubo ocorreu por volta do meio-dia e durou cerca de três minutos, tendo os meliantes empreendido fuga em seguida. Assim, seguiu Jorge, separadamente dos demais, para o hospital. Contudo, se observarmos atentamente os documentos pertinentes, três vezes juntados aos autos, pode-se constatar que ele não foi consultado naquele dia e horário, tendo apenas comparecido no nosocômio para pegar remédios, momento em que fora solicitada nova ecografia abdominal (fls. 246/247 e 427/428). Tudo foi, portanto, milimetricamente arquitetado para que pudesse livrar-se da imputação, posto que, segundo o teor do documento de fl. 254, encontrava-se em “licença saúde” da Fundação Patronato Lima Drummond até o dia 12/8/96, quando foi cometido o crime, tendo se recolhido nesta mesma data, à noite, com o fim de evitar qualquer suspeita.

Dessa forma, dúvidas não restam da autoria do crime cometido contra a agência do Banco do Brasil de Sombrio, pelo que a condenação dos apelantes é mantida.

No que diz respeito à aplicação da pena, acoimada de excessiva pelo recorrente Jorge Ricardo, nada há a reparar.

Na sentença, a fixação da pena-base seis meses acima da mínima, em ambos os crimes pelo qual foi condenado, restou devidamente fundamentada, considerando os antecedentes, a personalidade, bem como as circunstâncias em que o crime foi cometido, salientando-se, aqui, que no roubo ao Banco do Brasil houve troca de tiros durante toda a perseguição na fuga, resultando, inclusive na morte de dois dos réus e no ferimento do apelante Igor. A quantia subtraída daquele estabelecimento foi considerável. Por isso, correta a fixação em quatro anos e seis meses de reclusão, com o benefício da multa de dez dias no segundo roubo, eis que não foi elevada na mesma proporção. A confissão espontânea, conforme bem lembrado no recurso, não ocorreu, sendo reconhecida indevidamente em seu favor no roubo perpetrado em Criciúma, o que novamente o beneficiou.

A ocorrência de duas causas especiais de aumento no roubo do veículo Santana, na cidade de Criciúma, ensejou, corretamente a exasperação da pena em metade. Tal medida tem lugar ainda que incidente apenas uma daquelas causas de aumento, dês que os meios empregados tenham tornado o crime mais grave, com o uso de violência excessiva ou de armas poderosas (TACrimSP, RJDTACrim 24/312). Nesse sentido é o entendimento desta Corte: "O aumento de metade na pena do crime de roubo, em decorrência da incidência das qualificadoras do emprego de arma e concurso de agentes, só é de ser determinado quando a

prova revelar criminalidade violenta, com emprego de armas de grosso calibre e envolvimento de bando de marginais" (Revisão Criminal n. 98.009668-5, rel. Des. Genésio Noll, DJSC de 29/10/98 – ementa citada no parecer de fls. 779/790). E foi justamente o que aconteceu no presente caso, no qual a vítima, que mal saíra de seu veículo, foi abordada por Jorge Ricardo, acompanhado de outro elemento, não identificado, tendo um deles apontado uma arma para suas costas, chegando a lesioná-lo, com tal atitude. Além disso, o armamento utilizado por toda a quadrilha era pesado e utilizado sempre ostensivamente, sendo que nenhum deles titubeava em usá-lo ao sentir-se ameaçado. Dessa forma, o aumento foi proporcional aos atos praticados pelo apelante.

Quanto ao assalto ao banco, resultaram igualmente agraciados com a incidência de somente uma das causas especiais de aumento (uso de arma de fogo), pois inequívoco ficou que tal delito foi praticado também em concurso de agentes, nas mesmas circunstâncias daquele ocorrido em Criciúma, ou pior ainda, o que ensejaria um aumento considerável nas suas penas.

Finalmente, a argumentação despendida nas razões recursais de Cláudio, sobre a inconstitucionalidade da lei dos crimes hediondos, não tem lugar no presente caso, porquanto o crime de roubo com a incidência das causas especiais de aumento do parágrafo segundo não se enquadra no rol previsto no artigo primeiro do mencionado diploma.

Ante o exposto, conhece-se dos recursos e homologa-se o pedido

de desistência formulado pelo defensor de Igor Machado, negando-se provimento aos demais.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça,

o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 24 de outubro de 2000.

Jorge Mussi,
Presidente com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.021976-2, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Porte ilegal de arma de fogo. Autoria e materialidade comprovadas. Inexistência de perícia. Irrelevância. Presença de elementos bastantes à conclusão de sua eficiência. Recurso provido.

O artigo 10 da Lei n. 9.437/97 ao mencionar “arma de fogo” está se referindo a um instrumento de defesa ou ataque, “que funciona mediante deflagração de uma carga explosiva que dá lugar à formação de gases, sob cuja ação é lançado no ar um projétil”, sendo que a potencialidade lesiva decorre de sua própria natureza, por presunção juris tantum.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.021976-2, da comarca de Chapecó, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Gilberto Nogueira Martins:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao apelo para ser condenado o apelado pela prática do crime definido no artigo 10 da Lei n. 9.437/97, com pena dosada em 1(um) ano de detenção, mais 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo cada um. Determinado o regime prisional aberto. Contudo, a pena restritiva de liberdade é substituí-

da por prestação pecuniária, no valor de 4 (quatro) salários mínimos.

Custas da lei.

Na comarca Chapecó, Gilberto Nogueira Martins foi denunciado pela prática do crime definido no artigo 10 da Lei n. 9.437/97, porque, segundo o afirmado, “No dia 1º de maio de 1998, por volta das 17h30min, o acusado Gilberto Nogueira Martins, no interior do Bar Mattos, no bairro Passo dos Fortes, fez uso de uma arma conhecida como garrucha, cal. 32, apontando-a em direção a várias pessoas, entre elas Pedro Martins de Miranda, Inês Nogueira Borges e Rosália Mayer, profereindo-lhes ameaças, em evento que

deve estar sendo investigado no Juizado Especial Criminal, como delito de menor potencial ofensivo. No entanto, com relação ao instrumento (garrucha), verifica-se que o enunciado tinha consigo devidamente muniçada, eficaz para disparo e pronto uso, como também portava, transportava e mantinha sob sua guarda, uma arma de fogo, fora de casa ou dependência desta, sem estar autorizado". Na oportunidade foi proposta a suspensão do processo, nos termos do artigo 89 da Lei n. 9.099/95. Citado o réu, no dia aprezado não compareceu, sendo considerado revel, com designação de defensor dativo. De se notar, não foi cumprida à risca o disposto no artigo 89 da Lei 9.099/95, pois a denúncia foi recebida antes de a proposta ter sido apresentada ao réu. No momento procedimental pertinente, foi prolatada a sentença absolutória, sob o fundamento da ausência de comprovação da eficiência da arma de fogo apreendida, porquanto ausente exame pericial pertinente. A respeito, várias decisões foram alinhadas.

Inconformado, e no prazo legal, apelou o representante do Ministério Público, visando ao acolhimento da imputação, porquanto, segundo o alegado, não há necessidade de realização de exame pericial, pois, conforme já decidido, "No porte ilegal de arma, sendo a capacidade lesiva presumida, é dispensável que o revólver, para ser objeto de crime, seja submetido à perícia. Hipótese em que o acusado, sem o devido porte e registro, foi surpreendido, na via pública, na posse de um revólver cal. 38, muniçado com três cartuchos" (Apelação Criminal n. 99.022210-1, de Lages, rel. Des. Amaral e Silva, in DJC n. 10.424 de 27

de março de 2000). Contra-razões apresentadas às fls. 53/55, no sentido da manutenção do que fora decidido. A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Valdir Vieira, manifestou-se pelo desprovemento do apelo, quando alinhada decisão no sentido da indispensabilidade do exame pericial.

É o relatório.

Em que pese a respeitável posição adotada na sentença recorrida — indispensabilidade do exame pericial para comprovar a eficiência de arma de fogo —, tal medida somente se faz necessária se aquela nuança foi colocada em dúvida, com requerimento à realização do exame, por qualquer dos interessados, situação incorrente nos autos. Segundo constou do termo de apreensão, o apelado tinha consigo "Uma pistola, tipo garrucha, com dois canos, cal. 32(320), sob o n. F33816, cabo de osso", além de um cartucho intacto (fl. 10). Em Juízo, Pedro Querubi afirmou: "que é proprietário do bar onde ocorreram os fatos; que no interior do bar o acusado ameaçou sacar uma arma contra Pedro e outras pessoas, porém como havia crianças no local, um amigo do acusado disse que não atirasse; que então todos foram para o lado de fora e o depoente fechou o bar; que chegou a polícia e tomou a arma do acusado;" (fl. 30).

No mesmo sentido, dando conta que o réu portava uma arma de fogo, o contido no depoimento prestado por Rosária Mayer: "ato contínuo sacou uma pistola, tipo garrucha, e tentou atirar contra Pedro, porém como a depoente interveio com um taco de sinuca, conseguiu impedir que o mesmo

disparasse; que não sabe se a arma estava registrada, porém estava muni-ciada com um cartucho" (fl. 31). Nova-mente, na prova oral, referência à existência de arma de fogo: "que em seguida sacou de uma garrucha 32, tendo o informante saído do local" (fl. 32).

Assim, demonstrado que o réu tinha consigo uma arma de fogo, ne-cessário dizer que não há qualquer dispositivo legal que exija que sua efi-ciência seja demonstrada por exame pericial. A realização de perícia, pre-vista no artigo 158 do Código de Pro-cesso Penal, diz respeito ao exame de corpo de delito, no caso de a infra-ção deixar vestígios. A infração aqui tratada, posse de arma de fogo, não deixa vestígios, sendo a arma apre-en-dida o próprio corpo de delito. Por sua vez, o artigo 175 do diploma proces-sual citado, refere-se ao exame a que deve ser submetido o instrumento em-pregado para a prática da infração, a fim de se verificar a natureza e a efi-ciência, não dizendo respeito quando ele constitui a conduta típica. O artigo 10 da Lei n. 9.437/97 ao mencionar "arma de fogo" está se referindo a um instrumento de defesa ou ataque, "que funciona mediante deflagração de uma carga explosiva que dá lugar à formação de gases, sob cuja ação é lançado no ar um projétil" (Dicionário Aurélio, fl. 164), sendo que a potenci-alidade lesiva decorre de sua própria natureza. A garrucha apreendida, in-clusive muni-ciada, pertencia ao apela-do. Sua eficiência, em momento al-gum, foi colocada em dúvida, sequer pela defesa técnica.

Recentemente este colegiado, a respeito, decidiu: "Posse ilegal de arma de fogo. Autoria e materialidade

comprovadas. Ausência de perícia. Desnecessidade. Existência de ele-mentos suficientes para a conclusão condenatória" (Apelação Criminal n. 00.019146-9, de Araranguá, deste Re-lator, julgada em 31 de outubro de 2000).

Em decorrência, o apelado é condenado pela prática do crime defi-nido no artigo 10 da Lei n. 9.437/97, com pena fixada em 1 (um) ano de de-tenção, mais 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo cada um, pois favoráveis as circunstâncias enumeradas no arti-go 59 do Código Penal. A pena restriti-va de liberdade, contudo, é substituí-da por uma restritiva de direitos, consistente na prestação pecuniária no valor de 4 (quatro) salários míni-mos, a ser recolhido em favor de enti-dade assistencial, a ser apontada no Juízo de Execução, consoante previs-to no artigo 44, § 2º, do código citado. Por fim, cumpre registrar, qualquer problema dizendo respeito ao concu-rso aparente de normas (ameaça com emprego de arma de fogo), deve ser resolvida no Juizado Especial, pois, ocorrente, prevalecerá o crime mais grave, na espécie, o porte ilegal de ar-ma de fogo, ante o princípio major ab-sorbet minorem.

Diante do exposto, o apelo é provido, para ser condenado o apela-do pela prática do crime definido no artigo 10 da Lei n. 9.437/97, com pena dosada em 1 (um) ano de detenção, mais 10 (dez) dias-multa, no valor mí-nimo cada um. Determinado o regime prisional aberto. Contudo, a pena res-tritiva de liberdade é substituída por prestação pecuniária, no valor de 4 (quatro) salários mínimos, a ser reco-lhido em favor de entidade assisten-cial, a ser designada pelo Juízo de

Execução, consoante previsto no artigo 44, § 2º, do Código Penal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2000.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.010482-5, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Irineu João da Silva

Recurso crime — Apelação — Decisão que defere medida cautelar de seqüestro de bens — Conhecimento.

É apelável a decisão que determina ou cancela o seqüestro de bens como medida assecuratória, por ser de natureza definitiva e não figurar no elenco das hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito (art. 581 do CPP).

Crime de sonegação fiscal — Decreto-Lei n. 3.240/41 — Vigência — Legitimidade do Ministério Público.

O Decreto-Lei n. 3.240/41, que regulamenta o seqüestro de bens em caso de delitos de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, não foi revogado pelo Código de Processo Penal.

Há legitimidade ativa do Ministério Público para requerer seqüestro dos bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública.

Crime de sonegação fiscal — Constrição de bens dos sócios — Pessoa jurídica com patrimônio muito superior a eventual prejuízo da Fazenda — Periculum in mora incoerente — Apelo provido.

Tratando-se de espécie de medida cautelar, o seqüestro de bens só pode ser determinado se preenchidos os requisitos de plausibilidade do direito alegado (fumus boni iuris) e risco de lesão irreparável pelo decurso do tempo (periculum in mora).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.010482-5, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que são apelantes Luiz

Carlos Rodrigues e Jorge Zanatta, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Criciúma, no curso do Processo Crime n. 020.00.001306-4, a fim de garantir futura reparação de dano causado à vítima, o representante do Ministério Público requereu, com fulcro no Decreto-Lei n. 3.240/41, seqüestro de bens dos acusados Jorge Zanatta e Luiz Carlos Rodrigues, argumentando que os requeridos estão sendo processados pela prática de crime contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90) do qual resultou prejuízo para a Fazenda Pública. Aduziu que os requeridos são sócios-gerentes de empresa que, submetida ao regime do ICMS, apropriava-se de créditos indevidos mediante lançamento de valores inexistentes em seu livro de registro. Por fim, indicou que a condenação criminal torna certo o dever de indenizar o dano causado à vítima, na espécie, a Fazenda Pública (fls. 2/6).

Autuada em apenso, a medida foi deferida liminarmente pelo Magistrado de primeira instância (fls. 7/11).

Após efetivação da medida, Luiz Carlos Rodrigues e Jorge Zanatta apelaram na forma do § 4º do art. 600 do CPP, objetivando a reforma da decisão, "tornando sem efeito o seqüestro que incidiu sobre os seus bens" (fl. 117). Argumentaram, preliminarmente, ausência de fundamentação da decisão apelada por omitir-se quanto ao periculum in mora e ilegitimidade do Ministério Público para requerer seqüestro visando à garantia de cobrança futura de débitos fiscais. No mérito,

aduzem: ilegalidade da decisão por ausência de prova da procedência ilícita dos bens constritos, patrimônio da empresa superior aos valores dos débitos fiscais, impenhorabilidade dos bens vinculados à cédula de crédito industrial e dos bens de família (Lei n. 8.009/90), negativa de autoria do crime, atipicidade da conduta de aproveitamento de crédito tributário decorrente de aquisição de bens para consumo próprio ou para o ativo e que a responsabilidade tributária pelo imposto é da empresa, não de seus sócios.

Contra-arrazoado o apelo, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serrattine, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. Inicialmente, cumpre destacar que o recurso merece ser conhecido, porquanto próprio e tempestivo, já que a decisão que determina o seqüestro de bens, como medida assecuratória, ou o seu cancelamento, por ser de natureza definitiva, é apelável, nos termos do art. 593, inc. II, do Código de Processo Penal (cf. RT 708/314).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência deste Tribunal:

"Recurso criminal. Despacho inibidor da apelação que objetiva a nulidade de decisão determinante de seqüestro (intra processo penal). Provimento. Aplicação do art. 593, inc. II, do CPP. Da decisão que concede ou não o seqüestro ou que autoriza o seu levantamento, cabe o recurso de apelação, devendo ser endereçado ao Tribunal ad quem competente para apre-

ciá-la" (Rec. Crim. n. 9.760, de Rio Negrinho, rel. Des. Cláudio Marques, j. 7/3/95).

Portanto, o recurso é conhecido.

I — Preliminares

I.1 Ausência de fundamentação.

Não assiste razão aos apelações no que se refere à alegada ausência de motivação quanto ao requisito *periculum in mora*, porque, embora sucinta, há fundamentação sobre o tema.

O Magistrado consignou em sua decisão: "comparecendo aos autos o *fumus boni iuris* pelos elementos declinados na decisão que recebeu a denúncia, bem assim o *periculum in mora* decorrente da necessidade prévia de se garantir o ressarcimento do erário estadual, a concessão da medida requerida é de rigor absoluto" (fl. 11).

Como se vê, a decisão foi fundamentada, já que vislumbrou o requisito do *periculum in mora* pela necessidade de ser garantida futura reparação a dano causado à Fazenda Pública. Destaque-se que o STF já decidiu que "somente quando não motivada a sentença é nula. Assim, a circunstância de conter fundamentação sucinta ou deficiente não a invalida" (RTJ 73/220).

Eventual inadmissibilidade da medida de seqüestro previsto no Decreto-Lei n. 3.240/41 para garantia de pagamento de débito fiscal — argumento utilizado para justificar o *periculum in mora* — é matéria de mérito, que será analisada infra, mas que não

torna a sentença nula por ausência de fundamentação.

I.2 Ilegitimidade ativa ad causam.

Não assiste razão ao apelante quanto à aventada ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público para requerer seqüestro visando à garantia de cobrança futura de débitos fiscais.

Muito embora exista precedente desta Câmara em sentido contrário (Ap. Crim. n. 98.015731-5, de Santa Cecília, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 23/2/99), tem-se que o Ministério Público é parte legítima para postular o seqüestro de bens nos processos em que se apuram delitos praticados contra a ordem tributária, independentemente da representação atribuída, pelo art. 103, § 2º, da Constituição Estadual, à Procuradoria Fiscal do Estado, nos processos judiciais e administrativos que tratem de matéria tributária.

Isso porque, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público passou a ter legitimidade para a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos, a teor do art. 129, inc. III, do mencionado diploma legal.

Ademais, conforme o art. 129, inc. I, da Constituição Federal, é do Ministério Público a iniciativa exclusiva da ação penal pública. Assim sendo e como o Decreto-Lei n. 3.240 de 1941 e o próprio Código de Processo Penal lhe conferem a possibilidade de requerer o seqüestro de bens abordado no caso sub judice, acessório que, obviamente, pressupõe o principal, a legitimidade re-soa inequívoca.

Acrescente-se que, segundo ponderável diretriz jurisprudencial — RT 588/292 — “o seqüestro pode ocorrer em qualquer fase do inquérito policial ou da ação penal”, em que não atua a Procuradoria Fiscal do Estado, o que lança tintas definitivas ao assunto. A regra da Constituição Federal, evidentemente, sobrepõe-se à inserção constitucional do Estado.

Nesse ponto, faz-se necessário indicar que, ao contrário do apregoa-do pelo apelante, o Decreto-Lei n. 3.240/41 não está revogado pela entrada em vigor do Código de Processo Penal, já que se trata de norma especial relativa aos crimes de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, o que não colide com a norma geral.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

“Penal. Seqüestro de bens. Crime de sonegação fiscal. Decreto-Lei n. 3.240, de 1941. Aplicação. A teor de orientação já firmada na 6ª Turma do STJ, não está revogado, pelo Código de Processo Penal, o Decreto-Lei n. 3.240, de 1941, no ponto em que disciplina o seqüestro de bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública. Recurso especial conhecido e provido” (Recurso Especial 132.539—SC, relator o Sr. Min. William Patterson, recorrente Ministério Público do Estado de Santa Catarina, recorrido Gerhard Boezler).

II — Mérito

No mérito, melhor sorte assiste aos apelantes, pois não se detecta a figura do *periculum in mora*, na medida em que não se vislumbra risco irre-

parável de prejuízo no débito de R\$ 49.990,74 (quarenta e nove mil, novecentos e noventa reais e setenta e quatro centavos, conforme a inicial de fls. 2/6), para uma empresa com patrimônio líquido de R\$ 42.639.096,02 (quarenta e dois milhões, seiscentos e trinta e nove mil, noventa e seis reais e dois centavos), demonstrada por parecer técnico emitido sobre as demonstrações contábeis relativas ao exercício de 1999 (fls. 118/130). Aliás, oportuno ressaltar que esse parecer técnico contábil não foi impugnado pelo Ministério Público em suas contra-razões.

Tratando-se de espécie de medida cautelar, o seqüestro de bens só pode ser determinado se preenchidos os requisitos de plausibilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*) e risco de lesão irreparável pelo decurso do tempo (*periculum in mora*).

Julio Fabbrini Mirabete esclarece:

“Cuida o Código de Processo Penal de assegurar os direitos do ofendido, possibilitando prevenir-se com relação à reparação do dano por parte do autor do fato delituoso. Institui, por isso, no processo penal, medidas cautelares que podem ser propostas inclusive durante o inquérito policial e até o julgamento definitivo desta. São elas o seqüestro, o arresto (inadvertidamente denominado também como seqüestro) e a hipoteca legal dos bens do indiciado ou do responsável civil. Essas medidas assecuratórias têm a característica da instrumentalidade, pois destinam-se a evitar o prejuízo que adviria da demora na conclusão da ação penal (*periculum in mora*), garantindo, através da

guarda judicial das coisas, o ressarcimento do prejuízo causado pelo delito" (Processo Penal, 4ª ed., SP, Atlas, 1995, págs. 235/236).

No mesmo sentido é a lição de Romeu Pires de Campos Barros:

"As cautelas são situações jurídicas que podem ser individualizadas por dois caracteres fundamentais: sua 'instrumentabilidade' e sua 'provisoriidade', consoante ensinava o professor Foschini. Essa situação exige o concurso de dois pressupostos: a urgência de afastar o perigo resultante do tempo (*periculum in mora*), e a possibilidade de uma solução favorável no processo principal (*fumus boni iuris*)" (Processo Penal Cautelar, RJ, Forense, 1982, págs. 12/13).

Ainda que o seqüestro ora combatido decorra de outro diploma legal (Decreto-Lei n. 3.240/41) que não o Código de Processo Penal, sua natureza é cautelar e assecuratória, somente se justificando quando presentes os requisitos genéricos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

É oportuno trazer à colação as palavras de Romeu Pires de Campos Barros, que, analisando as medidas assecuratórias do Código de Processo Penal, conclui: "o que não se pode negar é a cautelaridade de tais medidas, seja servindo exclusivamente ao processo, quando assegurativas da prova, seja assegurando a reparação dos danos oriundos do crime; seja ainda propiciando a imediata devolução da coisa ao seu legítimo dono, como acontece com a apreensão da *res furtiva*" (op. cit., pág. 391).

Com a clareza que lhe era peculiar, Hely Lopes Meirelles arremata: "o seqüestro é providência cautelar,

enquanto o perdimento é medida definitiva. (...) O seqüestro dos bens adquiridos pelo indiciado com o produto da infração penal está genericamente disciplinado no CPP, arts 125 a 144. Todavia, quando a vítima é a Fazenda Pública, o procedimento é o previsto no Decreto-Lei n. 3.240, de 8/5/41, expressamente revigorado pelo Dec.-Lei 369/68 (art. 11)" (Direito Administrativo Brasileiro, 25ª ed., SP: Malheiros, 2000, págs. 457/458).

Embora a ação penal ainda esteja em curso, nada obsta que a Fazenda Pública, prejudicada por eventual sonegação fiscal, realize as medidas necessárias à satisfação de seu crédito tributário, mediante lançamento, notificação, inscrição em dívida ativa, execução fiscal etc.

Desse modo, havendo patrimônio suficiente para satisfação de eventuais créditos tributários devidos e não existindo óbice para que estes sejam cobrados na forma prevista pela legislação atinente à matéria, tem-se como desnecessária a manutenção do seqüestro dos bens dos apelantes, por ausência de *periculum in mora*.

Pondera-se, também, que a falta de avaliação dos bens seqüestrados, ausente, pelo menos, neste grau de jurisdição, não permite que se afira se foi obedecido o razoável limite do quanto necessário à satisfação do dano.

O Decreto-Lei n. 3.240/41 prevê:

"Art. 9º. Se do crime resulta, para a Fazenda Pública, prejuízo que não seja coberto na forma do artigo anterior, promover-se-á, no juízo competente, a execução da sentença condenatória, a qual recairá sobre tantos

bens quantos bastem para ressarcir-lo”.

Ora, se o próprio diploma legal utilizado como fundamento para o seqüestro ora combatido prevê que sejam executados bens suficientes apenas para ressarcir o prejuízo da Fazenda, torna-se evidente que a medida cautelar não pode ser imposta sobre aqueles cujo valor ultrapasse o montante que se entende devido, já que ela tem como único objetivo a garantia de futura execução.

No caso em tela, embora a medida decretada pelo eminente Juiz de primeira instância determine que se “proceda o seqüestro de bens suficientes à satisfação do crédito” (fl. 14), o ato atingiu relação expressiva de bens — 3 (três) terrenos e 1 (um) apartamento — sem que estes fossem avaliados.

Não bastassem todos esses argumentos, o exame da sentença guereada indica que, ao analisar o fumus boni iuris, o eminente Magistrado focalizou os dados de sustentação para o ato receptivo da denúncia, relacio-

nada com o crime contra a ordem tributária. Não o fez acerca da existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, aspecto irredável.

Por tudo isso, é de ser dado provimento ao recurso para que seja reformada da decisão de primeiro grau, a fim de tornar sem efeito o seqüestro que incidiu sobre os bens constritos.

4. Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constatino Serratine.

Florianópolis, 10 de outubro de 2000.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.015736-8, DE JOINVILLE

Relator: Des. Irineu João da Silva

Recurso crime — Apelação criminal — Protesto por novo júri — Acolhimento pelo magistrado — Possibilidade — Conhecimento — Equívoco quanto à decisão que deferiu o pedido — Hipótese de concurso formal imperfeito — Penas somadas — Inadmissibilidade — Decisão cassada — Provimento.

O protesto por novo júri não deve ser acolhido em caso de concurso formal imperfeito, porquanto cada crime é apenado isoladamente, somando-se as reprimendas, como na hipótese do concu-

so material; logo, se o pleito, exclusivo da defesa, foi acolhido, mesmo não estando presente algum de seus requisitos de admissibilidade, “nula estará a segunda decisão do Júri e deve prevalecer, em consequência, a proferida anteriormente” (TJSP — Ap. n. 168.949-3 — Rel. Celso Limongi — j. 23/2/95).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.015736-8, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é apelante a Justiça Pública, por seu Promotor, sendo apelado Antônio Padilha:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para cassar a decisão que acolheu o protesto por novo júri, determinando-se o processamento da apelação interposta.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Joinville, o representante ministerial ofereceu denúncia contra Antônio Padilha, dando-o como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, I e III, e art. 121, § 2º, I e III, c/c art. 14, II, todos do Código Penal, porque:

“O denunciado acima qualificado viveu algum tempo — aproximadamente três anos — amasiado com a vítima Evelina Denzer. No dia 9 de dezembro de 1989, foi visitá-la, em mais uma tentativa para que ela reatasse o idílio amoroso.

“Sem sucesso, imbuído de ódio e sentimento de vingança, resolveu matar, não só ela, mas todos os familiares. Para tanto, adicionou ‘arsênico’ na matéria-prima destinada ao preparo do alimento denominado ‘polenta’.

“No dia 14 de dezembro de 1989, a vítima Evelina Denzer, seus fi-

lhos Edson, Nelson e Eliane, e sua mãe Jacinta Antunes e os parentes Renato Demonti e Valmira Demonti, sentaram-se à mesa para o almoço, onde foi saboreada uma suculenta polenta, preparada com a farinha envenenada pelo acusado. Passados alguns minutos, todos passaram a sentir-se mal, tendo sido encaminhados ao hospital, onde Edson Denzer e Nelson Denzer vieram a falecer, conforme descrevem os laudos periciais de fls. 13, 34 e 42. Os demais, por circunstâncias alheias à vontade do agente, foram salvos, sofrendo apenas as lesões descritas nos laudos de fls. 35 a 39” (fls. 2/3).

Processado regularmente, restou pronunciado nos termos da denúncia.

Irresignado, interpôs recurso em sentido estrito, objetivando a absolvição por ausência de provas acerca da autoria, tendo esta egrégia Câmara, por votação unânime, negado provimento ao recurso.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, restou condenado à pena de cumprimento de 67 (sessenta e sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por infração ao disposto nos arts. 121, § 2º, III (duas vezes); 121, § 2º, III, c/c art. 14, II (cinco vezes), e art. 70, caput, in fine, do Código Penal.

Em face da decisão proferida pelo Conselho de Sentença, o réu

apelou, com fulcro no art. 593, III, a, b, c e d, do CPP, e apresentou protesto por novo júri, o qual foi deferido pelo Magistrado, julgando-se prejudicado o recurso de apelação.

Inconformado, apelou o representante ministerial, alegando ser o protesto por novo júri incabível, pois é requisito de admissibilidade que a pena cominada a cada delito seja igual ou superior a vinte anos, e, no caso em tela, “as penas foram aplicadas cumulativamente, como se fosse concurso material, porque a ação dolosa do réu e os crimes concorrentes resultaram de desígnios autônomos, ainda que praticados mediante uma só ação (concurso formal)”.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Valdir Vieira, opinou pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

1. Compulsando os autos, tem-se que o réu restou condenado à pena de cumprimento de 67 (sessenta e sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por infração aos arts. 121, § 2º, III (duas vezes); 121, § 2º, III, c/c art. 14, II (cinco vezes), e art. 70, caput, in fine, do Código Penal, reque-rendo, tempestivamente, protesto por novo júri, o qual foi acolhido pelo Magistrado nos seguintes termos:

“Em que pese o respeitável entendimento em contrário, não se deve negar o protesto por novo júri no caso de concurso formal imperfeito de crimes. Ora, como o recurso tem por fundamento a possibilidade de erro judiciário, com a consequência terrível de uma reprimenda pesadíssima, não faz

diferença que, no caso do concurso formal impróprio, a pena — igual ou superior a vinte anos — resulte da soma das penas dos diversos crimes. O que importa é que esse resultado provém da análise, pelo Conselho de Sentença, de um fato unitário, ainda que os crimes concorrentes resultem de desígnios autônomos (CP, art. 70, caput, 2ª parte)” (fl. 295).

O representante ministerial não se conformou com a decisão, interpondo recurso de apelação, alegando ser o protesto por novo júri incabível no caso dos autos, pois é requisito de admissibilidade que a pena cominada a cada delito seja igual ou superior a vinte anos, e “as penas foram aplicadas cumulativamente, como se fosse concurso material, porque a ação dolosa do réu e os crimes concorrentes resultaram de desígnios autônomos, ainda que praticados mediante uma só ação (concurso formal)” (fl. 301).

2. Data venia do entendimento do ilustre Procurador de Justiça, o recurso de apelação é próprio, merecendo ser conhecido, pois a decisão que acolhe protesto por novo júri é interlocutória mista terminativa — stricto sensu —, com força de definitiva, proferida por juiz singular, consoante disposto no artigo 593, inc. II, do Código de Processo Penal.

Sabe-se que “o protesto por novo júri, mais um favor libertatis, por ser exclusivo da defesa e pela desnecessidade de se invocar qualquer erro da decisão, é, nos termos legais, o recurso da decisão do júri para que outro julgamento seja realizado pelo mesmo tribunal, em face da pena imposta, independentemente de qualquer formalidade. Trata-se, pois, de um direito lí-

quido e certo dos condenados que preencham os pressupostos legais e tem como única finalidade a de desconstituir o julgamento anterior, com a realização de outro, em lugar do primeiro, para todos os efeitos. Ele torna inexistente o primeiro julgamento, mas não interfere com a sentença de pronúncia ou com o libelo crime acusatório” (Processo Penal, Julio Fabbrini Mirabete, 4ª ed., SP, Atlas, 1995, pág. 647).

Por outro lado, o mesmo doutrinador, comentando o art. 593 do Código Processual Penal, ensina:

“Também cabe apelação das decisões definitivas ou com força de definitivas proferidas por juiz singular nos casos não previstos no art. 581. As sentenças definitivas a que a lei alude são as chamadas sentenças definitivas em sentido estrito (*stricto sensu*), em que se julga o mérito, define-se o juízo, sem absolver ou condenar, e se encerra a relação processual. Como exemplos, citem-se as sentenças que resolvem o incidente de restituição de coisas apreendidas; que homologam, ou não, o laudo pericial de pedido de busca e apreensão em crimes contra a propriedade imaterial; que indeferem pedido de justificacão; que autorizam levantamento de seqüestro; que indeferem pedido de explicações; que, em pedido de explicações, as consideram satisfatórias, impedindo a propositura de ação penal nos crimes contra a honra; que decidem pela não existência de uma condição objetiva de punibilidade etc.” (Código de Processo Penal Interpretado, 7ª ed., SP, Atlas, 2000, pág. 1.245).

Portanto, se manifestado e acolhido o protesto por novo júri, exaurindo todos os seus efeitos, ficando, ipso facto, invalidada a primeira decisão, decorre que esta que o acolhe possui força de definitiva, obrigando o conhecimento da apelação.

3. Quanto ao mérito do recurso, verifica-se que o nobre Magistrado obrou em equívoco ao deferir o pedido, pois, em se tratando de concurso formal imperfeito, os crimes resultam de designios autônomos, sendo utilizada a mesma regra do concurso material, somando-se as penas e não se permitindo o protesto por novo júri.

A respeito do tema, lição de Fernando Capez:

“No caso de concurso formal imperfeito, entendemos que não é possível o protesto, pois, tendo o agente desejado produzir todos os resultados, não se pode falar em unidade real ou ficta. Subjetivamente há uma pluralidade de comportamentos, e, por essa razão, o legislador manda somar as penas, do mesmo modo que no concurso material. Assim, como as penas também são somadas, o tratamento deve ser o mesmo conferido ao concurso real de crimes. Aliás, não haveria sentido em negar-se o protesto ao homicida que desferiu um tiro na cabeça do bebê e outro no coração da mãe que o carregava, e concedê-lo na hipótese de ter desferido um único disparo transfixante da cabeça da criança e do coração materno” (Curso de Processo Penal, 3ª ed., SP, Saraiva, 1999, pág. 421).

Assim, “como o princípio básico para a interposição do protesto é a existência de uma única pena, pouco importando que decorra ela de um úni-

co delito ou de vários, esse recurso será inadmissível em face do concurso formal imperfeito, porquanto por expressa disposição legal cada crime em concurso é apenado isoladamente, como se tivesse havido o concurso material de delitos, em que as penas são somadas" (Júri Crimes e Processo, Heráclito Antônio Mossin, SP, Atlas, 1999, pág. 486).

Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Protesto por novo julgamento — Inadmissibilidade — Reconhecimento do concurso formal imperfeito — Desígnios autônomos e soma das penas consoante as normas relativas ao concurso material — Art. 70, 2ª parte, do CP — Ordem denegada" (TJSP — HC — Rel. Gomes de Amorim — JTJ — LEX 203/316).

No mesmo diapasão, precedente do Supremo Tribunal Federal:

"Penal. Processual penal. Habeas corpus. Júri. Réu condenado a vinte e quatro anos (dezesesseis anos por um homicídio qualificado e oito anos por uma tentativa de homicídio). Concurso formal imperfeito. Pretensão de somar as duas penas para possibilitar o protesto por novo júri: impossibilidade. CPP, art. 607 (...).

"I – Inviabilidade do protesto por novo júri se o réu foi condenado a duas penas e nenhuma delas é superior a 20 (vinte) anos de reclusão. CPP, art. 607 (...)" (HC n. 75540/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 11/11/97).

Além disso, nenhuma das penas, isoladamente consideradas, ultrapassou a 20 (vinte) anos de reclusão, sendo certo que "o protesto por

novo júri só se legitima se uma das condenações, isoladamente considerada, for igual ou superior a 20 anos de reclusão" (RT 565/313).

No mesmo norte, tem-se que "descabe o protesto por novo júri se as penas foram aplicadas cumulativamente, visto terem os crimes dolosos concorrentes resultado de desígnios autônomos, sendo que nenhuma delas o foi por tempo igual ou superior a vinte anos" (TJMG – Ap. — Rel. Edelberto Santiago — JM 126/127/407).

Desse modo, sendo o protesto por novo júri acolhido equivocadamente pelo Magistrado, este Tribunal deve cassar a decisão, de ofício, para evitar futuro reconhecimento de nulidade posterior à pronúncia. Se o "recurso", exclusivo da defesa, foi acolhido, mesmo não estando presente algum de seus requisitos de admissibilidade, "nula estará a segunda decisão do Júri, e deve prevalecer, em consequência, a proferida anteriormente" (TJSP – Ap. n. 168.949-3 — Rel. Celso Limongi — j. 23/2/1995).

4. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para cassar a decisão que acolheu o protesto por novo júri, determinando-se o processamento da apelação interposta, sem necessidade de retorno dos autos à origem, eis que houve manifestação do acusado para apresentação das razões na forma do art. 600, § 4º, do CPP.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 14 de novembro de 2000.

Jorge Mussi,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.018112-9 DE MONDAÍ

Relator: Des. Irineu João da Silva

Ação penal — Representação — Retratação após oferecimento da denúncia — Impossibilidade — Inteligência do art. 25 do CPP.

A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.

Processual penal — Prova — Inquérito — Palavras da vítima na fase extrajudicial — Retratação em juízo — Alegada coação policial — Inocorrência — Testemunhas judiciais — Presunção de violência (art. 224, a, do CP) — Vítima com maturidade sexual — Irrelevância — 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.

Dosimetria penal — Agente solteiro na época dos fatos — Casamento posterior — Causa de especial aumento afastada (art. 226, III, do CP) — Recurso provido parcialmente.

Não incide a causa de especial aumento prevista no art. 226, III, do CP, quando o agente se casa após a prática do estupro ou do atentado violento ao pudor.

Recurso da acusação — Estupro ficto — Violência presumida — Regime prisional — Inexistência de lesão corporal grave ou morte — Necessidade de incidência da qualificadora do art. 223 do CP para enquadrar os ilícitos no rol dos crimes hediondos — Inocorrência — Precedentes jurisprudenciais — Decisão mantida.

Diante da não capitulação expressa da presunção da violência (art. 224, a, do CP) no art. 1º da Lei n. 8.072/90, não pode ser considerado hediondo o crime de estupro cometido contra menor de

14 (quatorze) anos quando não houver lesão corporal grave ou morte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.018112-9, da comarca de Mondai, em que são apelantes e apelados José Roberto Dalcin e a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar provimento parcial ao da defesa para adequar a pena e, por maioria de votos, negar provimento ao recurso ministerial, vencido o relator quanto à hediondez do delito.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Mondai, o representante do Ministério Público denunciou José Roberto Dalcin, dando-o como incurso nas sanções do art. 213 c/c art. 224, a, art. 226, II e III, e art. 71, todos do Código Penal, em razão dos seguintes fatos delituosos, assim narrados na exordial:

“No início do ano de 1998, em data incerta, José Roberto Dalcin procurou o senhor L. S. e a senhora M. I. S., na localidade de Linha Taipa Baixa, neste Município e Comarca, e ofereceu-se para defendê-los em processo crime que tramita neste Fórum, do qual os mesmos figuram como réus, trocando seus honorários pela mão-de-obra do casal e de seus filhos, dando ainda casa e alimentação para todos.

“Sem local para morar e muito menos tendo o que comer, o casal aceitou a oferta feita por José Roberto Dalcin, indo, juntamente com seus filhos, morar na chácara do denuncia-

do, na localidade de Linha Taipa Baixa, neste Município e Comarca, mediante as condições impostas pelo advogado.

“Logo depois que a família S. se instalou na chácara, e começou a trabalhar no campo, isso em junho de 1998, José Roberto Dalcin passou a presentear a filha do casal, A., menor de apenas 13 anos de idade (fl. 13), com perfumes, sabonetes, xampus etc., passando, assim, a importuná-la constantemente, levando-a para passear, iniciando um assédio à menor, buscando manter com a mesma conjunção carnal.

“O denunciado passou a convidar a menor A. para manter relações sexuais com ele, sendo que a mesma constantemente recusava, mas José Roberto Dalcin mesmo assim insistia.

“Em data que não se recorda, o denunciado convidou a menor A. para dar uma volta de carro, sendo que em dado momento da viagem, José Roberto Dalcin parou o automóvel na beira da estrada e manteve relação sexual com a vítima, dentro de seu próprio veículo, um Ford/Versalles.

“Daí para frente, José Roberto Dalcin passou a visitar constantemente sua propriedade, sempre no escurecer, levando a menor A. para passear de carro, muitas vezes praticamente obrigando a menor a sair com ele, momento que estacionava o veículo em locais isolados e mantinha relações sexuais com a infante, sempre no interior do veículo.

“Em dezembro de 1998, próximo do dia de natal, o denunciado foi até a residência de A. e pegou-a novamente, levando-a para sua residência, no centro de Mondaí, onde, após despi-la, manteve relação sexual com a mesma, dormindo no local e devolvendo-a somente no outro dia para seus pais, no interior do município” (fls. 2/3)

Concluída a instrução criminal, o acusado restou condenado ao cumprimento da pena de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão em regime inicial fechado. Foi-lhe concedido o benefício de apelar em liberdade.

Inconformados, apelaram:

— o réu, objetivando, preliminarmente, a anulação do processo por ausência de representação e a anulação da sentença porque “fundada exclusivamente em prova indiciária” (fl. 223); no mérito, pugna pela absolvição aos argumentos de insuficiência de provas, porque a vítima e as testemunhas foram coagidas na fase policial e retrataram-se em Juízo, e por estar ilidida a presunção relativa de violência (art. 224, a, do CP), asseverando tratar-se de vítima com maturidade sexual e vida promíscua, embora menor de 14 (quatorze) anos; alternativamente, postula a redução da pena, sustentando que não restou configurada a causa de especial aumento do art. 226, inc. III, do CP;

— a Justiça Pública, por seu Promotor, visando à aplicação da Lei n. 8.072/90, ao argumento de ser hediondo o crime tipificado no art. 213 do CP.

Contra-arrazoados os apelos, os autos ascenderam a esta instância, manifestando-se a douta Procurado-

ria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Robison Westphal, pelo conhecimento dos recursos, provimento parcial do defensivo para redução da pena e provimento do ministerial para aplicação do art. 2º da Lei n. 8.072/90.

É o relatório.

1. Recurso de José Roberto Dalcin

1.1 Preliminares

Não merece prosperar a preliminar de ausência de representação, fundada na retratação da vítima e em suposta indução da sua mãe pela polícia.

Por primeiro, impõe-se destacar que o Código de Processo Penal determina:

“Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial”.

Ora, diante do permissivo legal, que admite a representação oral reduzida a termo, o fato de a vítima ou seus representantes serem analfabetos não impede que representem contra o agressor.

No que se refere aos crimes contra os costumes, o Código Penal prescreve:

“Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

“§ 1º. Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

“I — se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família.

“(…)”

“§ 2º. No caso do n. I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação”.

Na espécie, não só houve a apresentação (fl. 9), mediante redução a termo do pedido formulado pelos pais da vítima, como, também, a juntada de atestado de pobreza (fl.10), sendo preenchidos, portanto, os requisitos legais. Destaque-se, que, posteriormente, tanto a vontade dos pais da vítima de apurar o ocorrido, quanto a sua condição de miserabilidade foram comprovadas pelos seus depoimentos (fls. 11/12 e 13/15).

O argumento de que os pais da vítima teriam sido induzidos não convence, já que desprovidos de comprovação nos autos, e, como é sabido, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer” (art. 156 do CPP).

No mais, também não encontra respaldo legal a tese defensiva no sentido de que a representação foi retratada em Juízo, diante dos depoimentos da vítima e de seus pais, porquanto “a representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia” (art. 25 do CPP). Assim, irrelevante que, em Juízo, os pais da vítima tenham mudado sua versão dos fatos, pois já estava precluso o direito à eventual retratação da representação. A ação, naquele momento, já era pública, na sua forma condicionada à representação.

A preliminar de nulidade da sentença, porque fundada em prova

colhida na fase policial, é completamente infundada, pois esta, ao contrário do afirmado, foi, em verdade, embasada em todas as provas dos autos, inclusive as colhidas durante a instrução judicial. O Magistrado valorou todas as provas carreadas, cotejando-as e indicando sua validade e credibilidade, demonstrando, assim, as razões de seu convencimento. Não fosse somente por isso, ainda que lastreada exclusivamente nas provas obtidas no inquérito policial, a solução não seria a declaração de sua nulidade, mas sim a absolvição, o que não é o caso vertente.

Por estes argumentos, são rejeitadas as preliminares suscitadas pela defesa.

1.2 Mérito

O pedido de absolvição também não merece prosperar, pois os autos revelam que, em meados de 1997, o apelante, advogado, ofereceu seus trabalhos profissionais aos pais da vítima, prometendo, em troca de prestação de serviços em fazenda de sua propriedade, defender-lhes no processo criminal que respondiam por suposta participação em crime de estupro, praticado contra sua filha. Aceita a proposta, a família da vítima mudou-se para a referida fazenda, onde trabalhavam sem perceber remuneração, sempre sob a ameaça de que o apelante iria “tirar os papéis do Fórum”. Com o passar do tempo, o apelante, em visitas à sua propriedade, passou a presentear a vítima, menor de 14 (quatorze) anos, com perfumes, xampus, sandálias etc. Nessas visitas, o apelante levava a menina para passeios, quando, então, mantinha re-

lações sexuais com a infante. Após certo período, a vítima foi morar na residência de Arlindo Toebe, funcionário do apelante que cuidava de outra chácara, de onde só foi retirada mediante ordem judicial, requerida pelo Ministério Público, a pedido do Conselho Tutelar daquele Município.

Na fase policial, L. S. e M. I. S., pais da vítima, contaram, em detalhes, toda a história (fls. 11/12, 13/15), afirmando, inclusive, que o apelante fazia questão de ir sozinho com a vítima (fl. 14), e que esta, na volta, “chegava ‘meio arisca, meio desconfiada’, que a depoente indagava a A. o que havia feito, e esta, ‘meio encolhida’, respondia ‘nada, só fui dá umas voltas com ele’; que a depoente acredita que A. acompanhava Dalcin de medo do mesmo e não porque sentia atração pelo tal cidadão” (fl. 14).

Ouvida pela autoridade policial, a vítima, em extenso depoimento, narrou todos os fatos ocorridos, declarando que “a partir de dado momento Dalcin começou a demonstrar interesse sexual pela declarante, quando começou a ‘cantá-la’, sendo que a mesma sempre dizia ‘não’; que após insistência de Dalcin, em dado dia, que a declarante não se lembra as circunstâncias, acabou mantendo relação sexual com o mesmo; que, a partir de então, Dalcin passou a ‘cantar’ a declarante com mais frequência, sendo que mantiveram relações sexuais por outras vezes, que a declarante não sabe dizer quantas; que a maior parte das vezes a declarante e Dalcin mantiveram relação sexual dentro do carro deste (...) na maioria das vezes os pais da declarante não se encontravam em casa, estando ainda na roça ou no galpão fazendo algum serviço; que

em algumas vezes a declarante dizia ‘eu não quero, eu não vou e pronto’, sendo que então, após um pouco de insistência, Dalcin desistia; que ao sair com a declarante em seu veículo, Dalcin a levava para ‘algum lugar onde não tinha casas por perto’, e, após estacioná-lo, ia logo baixando as calças de ambos; que, prontamente Dalcin apanhava uma ‘camisinha’ e, após colocá-la no pênis, mantinha relação com a declarante (...) que, certo dia, ‘era quase noite já’, Dalcin novamente apareceu na casa da declarante, ocasião em que os pais desta ainda estavam na roça, e a convidou para ir até à roça, ‘vamo olhá onde teu pai tá’; que, atendendo ao pedido, a declarante acompanhou Dalcin, só que o mesmo ‘foi para o potreiro’ e, lá chegando, começou a agarrá-la; que, prontamente, Dalcin sacou de uma ‘camisinha’ que tinha no bolso e, em seguida, introduziu seu pênis na vagina da declarante e mantiveram relação sexual de pé; que, ato contínuo, retornaram até a casa da declarante, onde Dalcin ainda permaneceu algum tempo, onde inclusive tomou chimarrão com os pais da mesma; que certo dia, num sábado, Dalcin chegou na sua casa por volta das 21 horas; que, após lá permanecer por algum tempo, quando já era por volta das 23 horas, visando sair com a declarante, Dalcin disse ‘A., a C. te convidou para ir lá na casa dela’, a qual reside na Linha Tigre; que, a declarante chegou a ponderar que já era muito tarde, e que a mesma já estaria dormindo naquele horário; que, Dalcin retrucou ‘mas ela disse que vai te esperar’, sendo aceito pois o convite pela declarante em acompanhá-lo, sendo que nada foi dito por seus pais; que, Dalcin foi direto na sua casa, que

fica localizada próximo ao Fórum da Justiça, nesta Cidade, local onde chegaram; que, ao entrarem na referida casa, que estava deserta, rumaram direto para o quarto, local onde havia uma televisão, que foi ligada por Dalcin; que, sentados numa cama de casal, ambos tomaram sorvete, que foi retirado do freezer e servido por Dalcin; que, após tomarem sorvete; Dalcin passou a 'bolinar' a declarante, acariciando-a, beijando-a, ao mesmo tempo em que ia tirando toda sua roupa; que após também despir-se completamente, Dalcin retirou uma 'camisinha' da gaveta de um balcão que havia no quarto e revestiu seu pênis; que, completamente nus, mantiveram uma relação sexual 'mais demorada' do que nas demais vezes; que, em seguida, Dalcin foi banhar-se no chuveiro, retornando instantes após, quando então foi a declarante; que dormiram o restante daquela noite juntos na mesma cama em que mantiveram a relação sexual (...) que a declarante não acha que foi 'obrigada' a manter relação sexual com Dalcin, mas em algumas vezes 'não sentia prazer' em relacionar-se com o mesmo posto que 'ele é muito véio' (fls. 16/18). Posteriormente, a vítima prestou esclarecimentos ao representante do Ministério Público, ratificando suas assertivas iniciais (fls. 5/6).

Interrogado, na fase extrajudicial, José Roberto Dalcin negou ter mantido relações sexuais com a vítima, dizendo acreditar que "as acusações que ora lhe são imputadas da autoria de estupro por parte dos pais da menor é porque a menor não quis mais morar com os mesmos, quando eles deixaram a propriedade do depoente pelo fato de não ter dado lucro

durante o tempo que lá permaneceram" (fl. 64). Em Juízo, manteve a negativa de autoria, aduzindo, ainda, que a vítima lhe acusou porque "ameaçada pela polícia" (fls. 95/07).

A vítima, ouvida pelo Magistrado de primeira instância, modificou a versão dos fatos apresentada na fase policial, declarando que fora pressionada na delegacia (fls. 130/132). Os seus pais também alteraram seus depoimentos prestados perante a autoridade policial, dizendo que apenas assinaram as folhas sem ter conhecimento de seu conteúdo (fls. 133/134 e 135).

Essas retratações, contudo, não merecem credibilidade. Por primeiro, é importante ressaltar que, muito embora colhidos sem o crivo do contraditório (por expressa autorização legal), os depoimentos obtidos durante a fase policial têm, a princípio, presunção de origem lícita, não se lhe podendo impingir a qualidade de obtidos por coação sem que existam provas convincentes deste fato. Ao contrário, cabe àquele que se diz prejudicado a comprovação de que os policiais, civis ou militares, tenham atuado de forma propositada e ilícita, não só porque o ônus da prova cabe a quem alega (art. 156 do CPP), mas também, e principalmente, porque militam a favor daqueles servidores as presunções do estado de inocência (art. 5, LVII, da CRFB) e da legitimidade do ato administrativo. Ademais, não é razoável que sejam desacreditados, no curso de apuração criminal, os próprios funcionários que o Estado designou para a tarefa de combate ao crime, salvo, é claro, evidente e comprovada atuação desonesta, o que não é o caso dos autos.

Colhe-se da jurisprudência:

“Apelação criminal — Tráfico de entorpecentes — Alegação de espancamento na fase policial e de falta de provas para a condenação — Vício não demonstrado — Provas suficientes — Recurso improvido — A versão de que a confissão policial fora obtida mediante tortura, sem prova convincente, não merece guarida, mormente diante da presunção de legitimidade dos atos praticados por autoridades públicas” (TJMS — AC, Classe A, XII, n. 54.749-3, Miranda, 1º TACrim, rel. Des. Gilberto da Silva Castro, J. 21/10/1997).

De outra parte, ainda, vale destacar que H. H., oficial de justiça aposentado, pessoa desinteressada no caso dos autos, em Juízo, afirmou, categoricamente, que acompanhou as declarações da vítima perante o representante do Ministério Público, asseverando que não houve pressão ou induzimento e que, embora nervosa, a menor relatou o ocorrido com as suas próprias palavras (fl. 138).

A testemunha M. B., membro do Conselho Tutelar, disse que a mãe da menor procurou-lhe contando que o réu estava mantendo relações sexuais com a vítima. Assinalou que esta, indagada no local onde estava residindo (casa de Arlindo, funcionário de José Roberto Dalcin), negou os fatos, mas que, posteriormente, relatou-os perante o representante do Ministério Público, não havendo qualquer pressão para tanto. No concernente ao depoimento prestado na delegacia, M. B. disse que não o acompanhou, mas que estava presente durante a sua leitura e que ele foi prestado na

presença de outro membro do Conselho Tutelar (fl. 139).

Essas testemunhas, ouvidas na fase judicial, demonstram que tanto a vítima quanto seus pais faltaram com a verdade perante o Magistrado de primeira instância, pois não só tinham conhecimento do conteúdo daquilo que assinavam, como também depuseram sem que lhes fosse exercida qualquer pressão. Os únicos que afirmam ter existido pressão policial são os próprios envolvidos, ou seja, a vítima e seus pais.

Nesse passo, é importante analisar a carta de fls. 29 a 35 entregue pelo acusado à autoridade policial e cuja autoria é imputada à vítima. Embora aparentemente tenha sido escrita pela menor, verifica-se que o conteúdo da carta, no sentido de que houve pressão do delegado, não pode ser tido como oriundo da vontade livre e espontânea da sua signatária. A carta contém diversas palavras estranhas ao vocabulário esperado de uma menor cursando, na época, a 7ª (sétima) série do primeiro grau, e cuja renda familiar é praticamente inexistente. Com efeito, colhe-se da referida carta termos como: casa lindeira, trabalhar em sociedade, água potável, contrato verbal, preço de custo, lucro líquido, “respondi que esse tipo de pergunta não tem cabimento” etc. O Magistrado de primeira instância analisou bem esse documento: “a carta de várias folhas, manuscritas pela vítima e apresentada pelo acusado, é de todo desprezível como prova, já que ditada pelo mesmo, quando a polícia esteve em sua propriedade, com mandado de busca e apreensão da menor, tanto que usa palavreado e expressões to-

talmente estranhas à sua condição humilde" (fl. 200).

Aliás, os autos relatam que, ainda na fase policial, a mãe da vítima, M. I. S., já comparecera à delegacia de polícia para avisar que fora procurada por A. S. que, "a mando de Dalcin, disse que se não retirassem os papéis a coisa iria piorar para o lado da declarante" (fl. 44). Ouvido pela autoridade policial, A. confirmou que procurara a mãe da vítima, mas disse que "Dalcin" apenas lhe pediu que intercedesse a seu favor perante os pais da vítima, a fim de que estes retratassem sua representação (fl. 45). Entretanto, por ser funcionário do acusado, o depoimento de A. deve ser valorado com ressalvas, valendo apenas porque confirma ter sido procurado por José Roberto Dalcin e que interveio junto à mãe da vítima, confirmando, destarte, o depoimento desta.

Pondera-se que não existem motivos reais e concretos para que as autoridades, policiais e da justiça pública, tivessem elaborado um "complo" para acusar José Roberto Dalcin. O exame das retratações revela que os pais da vítima e as testemunhas defensivas tentaram, de forma velada, imputar a um vereador, Renê Staut, a conduta de, no passado, "cobiçar" a vítima. Todavia, não há qualquer elemento de convicção que corrobore tal imputação ou, ainda, que ligue o vereador ao acusado ou mesmo às autoridades policiais. Não há, pois, justificativa que demonstrasse o interesse em acusar falsamente José Roberto Dalcin.

Diante desse contexto probatório, tem-se que as palavras prestadas na fase policial e as proferidas ao re-

presentante do Ministério Público, tomadas sem qualquer coação (conforme os depoimentos judiciais de H. H. e M. B.), são verídicas, em detrimento às proferidas em Juízo, que foram desconsideradas, inclusive pelo Magistrado que, próximo aos fatos, instruiu e julgou a lide penal.

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 com base 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 retratação feita pela vítima e seus pais. Esta modificação nos depoi-

mentos, comparada às demais provas dos autos, 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.

O argumento recursal de que se trata de vítima com maturidade sexual e vida promíscua, embora menor de 14 (quatorze) anos, não se sustenta. Por primeiro, porque essa imputação não está comprovada nos autos, que, aliás, permitem vislumbrar, apenas, que a infante é vítima dos desejos sexuais de outrem e da falta de adequada vigilância paternal. Por segundo, ainda que fosse uma prostituta (repita-se: a menor não o é), toda mulher tem o direito à liberdade de escolha sexual, não se admitindo o contrário, pois busca-se, sim, viver em uma sociedade destinada “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida” (Preâmbulo da Constituição da República). Por fim, cabia ao réu, pessoa estudada, advogado merecedor da fé dos pais da vítima, ciente do seu compromisso ético e das consequências advindas de sua conduta, evitar que a menor fosse, novamente, ofendida em sua liberdade e constrangida a manter relação sexual contra à sua vontade.

A posição jurisprudencial sobre o tema é clara:

“Crime contra a liberdade sexual. Estupro. Vítima menor de qua-

torze anos. Alegado consentimento. Violência presumida. Presunção íntegra. Palavras da ofendida. Validade. Comprovação por laudo de exame de conjunção carnal e prova testemunhal. Condenação mantida. Atualmente, tanto a doutrina como a jurisprudência têm admitido que a hipótese de presunção de violência prevista no art. 224, a, do CP é apenas relativa (*juris tantum*) e não absoluta (*juris et de jure*); para desconstituí-la, no entanto, como pode excepcionalmente ocorrer, são necessários argumentos probatórios idôneos, não bastando apenas tentar abalar o conceito moral da ofendida, sem a força indispensável ao fim almejado” (Ap. Crim. n. 98.015258-5, de Pinhalzinho, rel. designado Des. Nilton Macedo Machado, j. 23/2/99).

Vide, também:

“Estupro praticado por agente casado (comprovado por certidão), tendo como vítima menor de catorze anos. Palavra da vítima que surge com um coeficiente probatório de ampla valoração. Réu que admitiu os fatos sustentando, entretanto, que a vítima consentiu. Irrelevância. Comprovada a inocuidade consilii da vítima. Recurso ministerial provido para condenar o apelado nos termos do artigo 213, caput, c/c os arts. 224, a, e 226, III, todos do Código Penal. Embora a presunção de violência pela menoridade seja relativa, ele só cede em vista de erro plenamente justificável, pelo fato de a vítima aparentar mais idade, se a vítima já havia mantido relação com outras pessoas ou era promíscua. Exclusão da presunção que somente se verifica em casos das chamadas ‘prostitutas de porta aberta’” (Ap. Crim. n. 99.003506-9, de São

Joaquim, rel. Des. Genésio Nolli, j. 27/4/99).

Nunca é demais lembrar que no sistema legal pátrio vige o princípio do livre convencimento motivado, pelo qual há liberdade para o magistrado apreciar as provas que lhe são trazidas à colação, cotejando-as e dando maior valor àquelas que possuem credibilidade. O comando legal é claro: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova" (art. 157 do CPP).

Julio Fabbrini Mirabete leciona:

"Adotou a lei o princípio do livre convencimento (ou livre convicção, ou da verdade real), segundo o qual o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova, não ficando adstrito a critérios valorativos e apriorísticos e é livre em sua escolha, aceitação e valoração. (...) Fica claro, porém, que o juiz está adstrito às provas dos autos, não podendo fundamentar qualquer decisão em elementos a eles estranhos: o que não está nos autos não está no mundo (quod non est in actis non est in mundo). É livre, porém, quando se guia pela crítica sã e racional; a lógica, o raciocínio, a experiência etc. o conduzirão nesse exame e apreciação. Por isso se fala no princípio da persuasão racional na apreciação da prova (Greco, Vicente. Ob. cit., págs. 191, 348/349). Como o juiz deve fundamentar a decisão (art. 381, III), fala-se no princípio do livre convencimento motivado" (Código de Processo Penal Interpretado, 7ª ed., SP, Atlas, 2000, págs. 414/415).

Por todos esses motivos, a condenação deve ser mantida.

Entretanto, pequeno reparo deve ser feito à sentença prolatada em

primeira instância, para que seja afastada a causa de especial aumento prevista no art. 226, inc. III, do CP. Embora não seja possível determinar exatamente a data correta na qual foram praticados os delitos, é certo que eles ocorreram antes da representação e dos depoimentos da vítima e de seus pais, todos ocorridos em 26/3/99. Assim, diante da certidão de casamento de fl. 153, dando conta que a cerimônia ocorreu em 24/4/99, tem-se que, na época dos fatos, José Roberto Dalcin não era casado, sendo inaplicável, portanto, o aumento de ¼ (um quarto) operado na 3ª fase da dosimetria da pena. Como bem lembra Damásio E. de Jesus, "o aumento da pena não incide quando o casamento ocorreu depois do crime. Nesse sentido: RT 330/166" (Código Penal Anotado, 10ª ed. rev. atual., SP, Saraiva, 2000, pág. 735).

Desse modo, afastada a incidência do art. 226, III, do CP, e mantidas as demais cominações da sentença vergastada, a pena-base é fixada no mínimo legal, ou seja, 6 (seis) anos. Ausentes agravantes e atenuantes, aumenta-se a pena em 1/6 (um sexto) pelo reconhecimento da continuidade delitiva (art. 71 do CP), totalizando 7 (sete) anos de reclusão, montante definitivo diante da ausência de outras causas de especial aumento ou redução da pena.

2. Recurso ministerial

O recurso interposto pelo representante do Ministério Público não merece provimento, não sendo considerado hediondo o crime praticado pelo réu, porque ausente a qualificadora prevista no art. 223 do CP.

Em caso semelhante, esta Câmara se posicionou:

“Atentado violento ao pudor — Apelante que, após exibir filmes pornográficos a meninos menores de 14 anos de idade, pratica com eles atos libidinosos que caracterizam o crime descrito no art. 214 do CP (...) Regime prisional — Inexistência de lesão corporal grave ou morte — Tipificação simples — Necessidade de incidência da qualificadora do art. 223 do CP para enquadrar os ilícitos no rol dos crimes hediondos — Inocorrência da aplicação do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 — Precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ — Pena que deve ser cumprida em regime semi-aberto em face do quantum fixado — Modificação operada” (Ap. Crim. n. 99.022413-9, da Capital, rel. Des. Jorge Mussi, j. 23/5/00).

Do corpo do voto condutor desse julgado, colhe-se:

“Recentemente o Excelso Pretório e o colendo Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, passaram a admitir que os delitos de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) e de estupro (art. 213), quando cometidos na forma simples (caput), ou seja, sem lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 223 e seu parágrafo único), não fazem parte do rol dos crimes hediondos.

“Portanto, quando o apenado for condenado por crime de atentado violento ao pudor contra vítimas menores de 14 (quatorze) anos, onde a violência é presumida — art. 214 c/c art. 224, a, ambos do CP —, não estando tal capitulação enquadrada no art. 1º da Lei n. 8.072/90, o qual elenca quais crimes são hediondos, tem o

rêu o direito de cumprir a pena imposta em regime inicialmente fechado, bem como a sua progressão.

“Consoante consignado na decisão monocrática, a Suprema Corte de Justiça em caso idêntico ao dos autos assim decidiu:

‘— Habeas corpus. 2. Atentado violento ao pudor e crime hediondo. Regime de cumprimento da pena. 3. Hipótese enquadrada nos arts. 214 e 224, letra a, e não nos arts. 214 e 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal. 4. Para que o atentado violento ao pudor possa ser classificado como crime hediondo, nos termos da Lei n. 8.072/1990, art. 1º, inciso VI, é necessário que do fato resulte lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 214 combinado com o art. 223, caput e parágrafo único). 5. Não se podendo, desse modo, enquadrar o crime a que condenado o paciente (CP, arts. 214 e 224, letra a) como hediondo, ut Lei n. 8.072/1990, o regime de cumprimento da pena a que foi condenado somente pode ser o inicialmente fechado e não o regime fechado durante o período integral de sua duração. 6. (...) cabe, aqui, deferir o habeas corpus, porque o crime de atentado violento ao pudor, pelo qual condenado o paciente (CP, arts. 214 e 224, letra a), não se enquadra entre os delitos hediondos, ut art. 1º, inciso VI, da Lei n. 8.072/1990, visto que do fato não resultou nem lesão corporal grave nas vítimas, nem morte (art. 214, em combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, do Código Penal). 7. Habeas corpus deferido para garantir ao paciente a progressão no regime de cumprimento da pena, que se há de ter, tão-só, como inicialmente fechado” (HC n. 78.305-4, de

Minas Gerais, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 8/6/99, pág. no DJU de 1º/10/99).

“A jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça não discrepa, veja-se:

‘Penal. Atentado violento ao pudor. Forma simples. Classificação como crime hediondo. Divergência. — O Supremo Tribunal Federal, analisando a controvérsia instaurada sobre o alcance da Lei n. 8.072/90, proclamou o entendimento de que o atentado violento ao pudor praticado sem violência real situa-se fora do rol dos crimes hediondos, admitindo-se o cumprimento da pena no regime inicial fechado (HC n. 78.305-4/MG, relator Ministro Néri da Silveira). — Precedente desta Sexta Turma (HC n. 10.260—SP, relator Ministro Fernando Gonçalves). — Recurso especial conhecido” (REsp n. 210.690, de Rondônia, rel. Min. Vicente Leal, j. em 7/10/99).

“Também daquela Corte de Justiça, cita-se:

‘Penal. Habeas corpus (EC n. 22/99). Crimes contra os costumes. Violência presumida. Art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90).

‘A violência ficta, tanto no atentado violento ao pudor como no estupro, não está arrolada no art. 1º da Lei n. 8.072/90, razão pela qual, aí, não incide a restrição do § 1º do art. 2º da mesma Lex (Precedentes do STF e do STJ).

‘Writ concedido’ (HC n. 9.608, de São Paulo, rel. Min. Felix Fischer, j. em 2/9/99, publ. no DJU de 11/10/99).

“Do mesmo Relator, colhe-se sobre os crimes contra os costumes onde a violência é ficta:

‘Penal. Estupro presumido. Presunção. Dolo e consentimento. Art. 224, alínea a, do Código Penal. Majoramento do art. 226, inciso III, do Código Penal.

‘(...)

‘IV — O estupro ficto não é crime hediondo visto que não arrolado no art. 1º da Lei n. 8.072/90. Inaplicável ao referido delito a restrição insculpida no art. 2º, § 1º da *lex specialis* (precedente aplicável do Pretório Excelso).

‘Recurso conhecido e parcialmente provido’ (REsp n. 192.346, do Distrito Federal, j. em 19/8/99, publ. no DJU de 13/9/99).

“Também navegando nesta direção, colaciona-se julgado mais recente daquela Casa:

‘Penal. Atentado violento ao pudor. Violência ficta. Regime prisional. Habeas corpus’

‘1. A violência ficta, no atentado violento ao pudor, não está expressamente arrolada na Lei n. 8.072/90, art. 1º. Fica afastada, assim, a restrição à progressão de regime, prevista naquela Lei, art. 2º, § 1º.

‘2. Habeas corpus conhecido, pedido indeferido. Ordem concedida, de ofício, para converter o regime prisional para o inicialmente fechado, permitida a progressão’ (HC n. 11.144, do Distrito Federal, rel. Edson Vidigal, j. em 14/3/2000, publ. no DJU de 3/4/2000, pág. 161).

“Por derradeiro, transcreve-se decisão deste Tribunal:

'Apelação criminal — Estupro e atentado violento ao pudor.

(...)

'Atentado violento ao pudor praticado sem violência real — Forma simples — Não configuração do caráter hediondo — Possibilidade de cumprimento da pena em regime inicialmente fechado (...)' (Ap. Crim. n. 99.002675-2, de Seara, rel. Des. Torres Marques, j. em 21/3/2000).

"Então, estes julgados entenderam que por não estar explícita a capitulação da presunção da violência (art. 224, a, do CP) no art. 1º da Lei n. 8.072/90, não pode ser considerado hediondo o crime de atentado violento ao pudor cometido contra menor de 14 (quatorze) anos, onde, salienta-se, não houver lesão corporal grave ou morte.

"Não fossem tais precedentes, há de se convir que tanto a doutrina como a jurisprudência alertam à gravidade que é alguém cumprir a penalidade imposta em regime integralmente fechado. Leia-se o entendimento exposto por Alberto Silva Franco, in Crimes hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, pág. 111:

'O § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 estabelece que a pena aplicada, pela prática de crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins e de terrorismo, será cumprida integralmente, em regime fechado. Esta afirmação incisiva, embora suavizada, em seguida, pelo disposto no art. 5º do mesmo diploma legal, que torna possível a concessão de livramento condicional ao condenado que tenha cumprido dois terços da pena, desde

que não seja reincidente específico, constitui um pesado gravame para o apenado que apresentar tal qualificação subjetiva já que, nessa hipótese, terá de cumprir a pena privativa de liberdade num único regime penitenciário, ou seja, o regime fechado'.

"Do corpo do judicioso voto prolatado nos autos do Habeas Corpus n. 11.144, do Distrito Federal, rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 14/3/2000, do Superior Tribunal de Justiça, colaciona-se que nenhuma 'pena, no sistema constitucional vigente, e também em razão dos compromissos internacionais do Brasil no tema dos direitos humanos, tenha que ser cumprida integralmente no regime fechado', intitulando tal repreensão de 'aberração jurídica' que 'adoece o processo civilizatório'.

"Continuando, destaca que:

'O sentido de toda a pena é a recuperação do condenado, de modo a que possa depois, voltar normalmente à sociedade e a ela se reintegrar como pessoa capaz de cumprir deveres e usufruir direitos, de exercer uma profissão, liderar uma família, criar e educar os filhos, ser cidadão. O cumprimento da pena deve, enfim, ter caráter dinâmico, tendo em vista os objetivos da execução penal'.

"Assim, face ao caráter sociológico da pena, bem como das condições da atual conjuntura penitenciária brasileira, e, especialmente em virtude das hodiernas decisões dos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, e por política criminal, há que se reconhecer que o apenado tem direito à regime prisional mais brando.

Ousei divergir, nesse ponto, do entendimento da doutra maioria porque, embora não se olvide o entendimento jurisprudencial no sentido de que o estupro com violência presumida (art. 213 c/c art. 224, a, do CP) não estaria contido no art. 1º, inc. V, da Lei n. 8.072/90, entendo que seus argumentos não convencem. A decisão tomada como paradigma para esta nova corrente foi assim ementada:

“Habeas corpus. 2. atentado violento ao pudor e crime hediondo. Regime de cumprimento da pena. 3. Hipótese enquadrada nos arts. 214 e 224, letra a, e não nos arts. 214 e 223, caput, e parágrafo único, todos do Código Penal. 4. Para que o atentado violento ao pudor possa ser classificado como crime hediondo, nos termos da Lei n. 8.072/1990, art. 1º, inciso VI, é necessário que do fato resulte lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 214 combinado com o art. 223, caput, e parágrafo único). 5. Não se podendo, desse modo, enquadrar o crime a que condenado o paciente (CP, arts. 214 e 224, letra a) como hediondo, ut Lei n. 8.072/1990, o regime de cumprimento da pena a que foi condenado somente pode ser o inicialmente fechado e não o regime fechado durante o período integral de sua duração. (...) o crime de atentado violento ao pudor, pelo qual condenado o paciente (CP, arts. 214 e 224, letra a), não se enquadra entre os delitos hediondos, ut art. 1º, inciso VI, da Lei n. 8.072/1990, visto que do fato não resultou nem lesão corporal grave nas vítimas, nem morte (art. 214, em combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, do Código Penal)” (STF – HC n. 78.305/MG, rel. Min. Né-

ri da Silveira, j. 8/6/99, DJ 1º/10/99, pág. 30).

A fundamentação dessa decisão é lastreada no argumento de que, havendo, no dispositivo da Lei n. 8.072/90, remissão expressa ao art. 223 do CP, a contrario sensu, não seria possível sua aplicação à forma simples ou à combinação com o art. 224, porque não mencionada; concluindo que somente as formas qualificadas do estupro e do atentado violento ao pudor podem ser consideradas hediondas.

De outra parte, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

“Penal. Atentado violento ao pudor. Forma simples. Classificação como crime hediondo. Divergência. — O Supremo Tribunal Federal, analisando a controvérsia instaurada sobre o alcance da Lei n. 8.072/90, proclamou o entendimento de que o atentado violento ao pudor praticado sem violência real situa-se fora do rol dos crimes hediondos, admitindo-se o cumprimento da pena no regime inicial fechado (HC n. 78.305—MG, relator Ministro Néri da Silveira)” (REsp n. 210690/RO, rel. Min. Vicente Leal, j. 7/10/99, DJ 16/11/99, pág. 239).

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça diverge do Supremo Tribunal Federal porque este, ao contrário daquele, não considera hediondos o estupro ou atentado violento ao pudor nas suas formas simples, ou seja, art. 213 e art. 214, ambos do CP, respectivamente. Pelo entendimento deste julgado do STJ, basta a violência real para classificar o estupro e o atentado violento ao pudor como hediondos, não sendo neces-

sária a qualificação pelo resultado, nos termos do art. 223 do CP.

Todavia, não obstante o inegável saber jurídico daqueles que adotam esta tese, tanto o estupro quanto o atentado violento ao pudor são hediondos, ainda que configurados pela violência ficta prevista no art. 224 do CP.

Por primeiro, é importante destacar que o texto legal é claro: são hediondos tanto o estupro simples quanto o qualificado pela lesão grave ou morte. Ao mencionar o art. 213 e indicar a sua combinação com o art. 223, o inc. V do art. 1º da Lei n. 8.072/90, utilizando o pronome possessivo "sua" para substituir a expressão "art. 213" e a conjunção aditiva "e" para uni-las, claramente está classificando como hediondos os crimes tipificados como art. 213; art. 213 c/c 223, caput; e art. 213 c/c art. 223, parágrafo único, todos do CP.

Aliás, se acaso o legislador objetivasse classificar como hediondo somente a forma qualificada do estupro, a redação do inc. V do art. 1º da Lei n. 8.072/90 seria igual à do III, em o qual se lê: "extorsão qualificada pela morte (artigo 158, § 2º)". Nesse, antes da abertura de parênteses para indicação do fundamento legal, há expressa e única menção do nome jurídico qualificado, ao passo que, naquele, é mencionada a designação genérica, qual seja, estupro.

A Lei n. 8.930/90, por sua vez, ao substituir a expressão "art. 213, caput, e sua (...)" por "art. 213 e sua (...)", suprimindo o vocábulo caput, somente esclareceu que não existem parágrafos relacionados ao dispositivo do Código Penal, não derogando

o inc. V do art. 1º da Lei n. 8.072/90, porque manteve as duas expressões apontadas como espécies do gênero estupro (art. 213 + art. 213 c/c art. 223).

No que se refere ao estupro ficto, configurado pela prática contra vítima cuja idade não é superior a 14 (quatorze) anos (art. 224, a, do CP), tem-se que, por se tratar de violência presumida que não afasta a aplicação do tipo penal na sua forma simples (art. 213 do CP), o delito permanece como hediondo, já que não é espécie diferente daquela referenciada no art. 1º da Lei n. 8.072/90.

Esse entendimento jurisprudencial, que era pacífico até o advento dos julgados supramencionados, é consubstanciado por diversas decisões, tais como: "Habeas corpus — Estupro ficto — Crime considerado hediondo — Impossibilidade de concessão de indulto parcial — Livramento condicional — Cumprimento de 2/3 da pena — Necessidade — Enquadrando-se o delito de estupro ficto (com violência presumida) dentre aqueles considerados hediondos pela Lei n. 8.072/90, torna-se inviável a concessão do indulto parcial previsto no Decreto n. 2.365/97, ante a expressa vedação contida neste diploma normativo. À luz do disposto no art. 83, V, do CP, não faz jus ao livramento condicional o condenado por crime hediondo que ainda não cumpriu 2/3 da pena. Ordem denegada" (STJ — HC n. 8.200, RS, 5ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 18/10/1999, pág. 238).

Ademais, não se pode esquecer que o direito não é o simples texto frio da lei, mas sim, e principalmente,

a dimensão valorativa e social que contém. O direito não visa a regular uma sociedade hermética e abstrata, fruto de uma elucubração intelectual divorciada da realidade; o seu objeto é a sociedade concreta, fundada nos anseios e necessidades expressados pelo legislador. No contexto do direito penal, a aplicação da lei tem, também, o fim de evitar, prevenir e reprimir condutas consideradas negativas pela sociedade, atuando, assim, em consonância com o interesse público. Diante dessa dimensão social, é inofensável que o estupro e o atentado violento ao pudor, quando cometidos contra infantes (violência presumida), são tão sórdidos e reprováveis quanto à violência utilizada para obrigar uma mulher a manter ato libidinoso, contra a sua vontade. Em síntese: o estupro realizado contra vítima criança (menor de 14 anos) é tão reprovável quanto o praticado com violência contra mulher adulta.

Por esses motivos, muito embora fique ressalvado o voto vencido deste relator, o recurso do Ministério Público não deve ser provido.

3. Diante do exposto, por unanimidade, conhece-se dos recursos e dá-se provimento parcial ao da defesa para adequar a pena e, por maioria de votos, nega-se provimento ao recurso ministerial, vencido o relator quanto a hediondez do delito.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Ex. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 7 de novembro de 2000.

Jorge Mussi,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.019037-3, DE PONTE SERRADA

Relator: Des. Irineu João da Silva

Processo penal — Crime de lesões corporais — Prova documental e testemunhal confirmando a existência do crime e sua autoria.

Crime contra a pessoa — Lesões corporais gravíssimas (CP, art. 129, § 2º) — Réu denunciado pela ocorrência de perda ou inutilização de membro, sentido ou função (inc. III) — Sentença reconhecendo a qualificadora de incapacidade permanente para o trabalho (inc. I) — Desclassificação para o crime de lesões corporais graves (CP, art. 129, § 1º) — Debilidade permanente de membro, sentido ou função (inc. III) — Laudo pericial complementar realizado a destempo — Irrelevância, na espécie — Recurso parcialmente provido.

*Pena criminal — Adequação — Perda do cargo público —
Manutenção.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.019037-3, da comarca de Ponte Serrada, em que é apelante Deonildo Pilonetto, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, para desclassificar o crime para o do art. 129, § 1º, inc. III, do CP, adequando-se a reprimenda, mantido o regime prisional fixado na sentença e a perda do cargo público.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Ponte Serrada, a representante ministerial ofereceu denúncia contra Deonildo Pilonetto, dando-o como incurso nas sanções do art. 129, § 2º, III, do Código Penal, e art. 3º, i, da Lei n. 4.898/95, por duas vezes, todos c/c o art. 69 do Código Penal, porque:

“No dia 10 de janeiro de 1996, a vítima João Maria de Almeida estava na casa de seu irmão, que é deficiente mental, em Passos Maia, quando o denunciado Deonildo Pilonetto lá chegou em uma viatura da Polícia Civil.

“Ao ouvir o irmão da vítima João Maria de Almeida gritar, o denunciado, sem motivo aparente, desceu do carro e começou a agredi-lo.

“Ato contínuo, o denunciado levou a vítima João Maria de Almeida, bem como seu irmão, para a Delegacia de Polícia, em Passos Maia, onde, sem nenhuma razão e, em um ato to-

talmente reprovável, bateu, por várias vezes, com a lateral de um facão no seu braço esquerdo e em sua cabeça.

“Em função da surra recebida, a vítima teve seu braço esquerdo quebrado e atrofiado, ficando com seu membro inutilizado e, conseqüentemente, impossibilitado de trabalhar na agricultura.

“No ano de 1997, a vítima Marcelino de Oliveira, após o término de um jogo de futebol, no município de Passos Maia, foi até o centro da cidade, levando consigo seu cachorro.

“Ocorre que, em determinado momento, o seu cachorro avançou no denunciado Deonildo Pilonetto, o qual, em função disto, levou a vítima Marcelino de Oliveira para um terreno perto da Delegacia de Polícia de Passos Maia, onde estava estacionado um trator.

“Lá chegando, amarrou a vítima na esteira do trator e começou a espancá-la, com socos e pontapés, atentando contra a incolumidade física da mesma.

“Após a agressão física, o denunciado Deonildo Pilonetto, o qual estava embriagado, foi embora, deixando a vítima por mais de 4 horas amarrado no trator, até ser ela socorrida por familiares.

“Durante o ano de 1997, a vítima Gomercindo Sales de Jesus trabalhava numa chácara localizada no município de Passos Maia, fazendo limpeza de madeira do tipo pinus.

“Na metade daquele ano, precisou fazer compras no centro da cidade.

de e aproveitou a oportunidade para pegar documentos no sindicato de trabalhadores de Passos Maia.

“Como o responsável pelo sindicato lá não se encontrava, resolveu aguardar no pátio da Delegacia de Polícia de Passos Maia, até que retornasse.

“Quando lá estava, apareceu o denunciado Deonildo Pilonetto e, sem motivo aparente, começou a espancá-la com socos e pontapés, atentando contra a incolumidade física da mesma, praticando violência no exercício de sua função policial, ocasionando-lhe os ferimentos descritos no atestado médico em anexo” (fls. 2/4).

Concluída a instrução criminal, restou condenado à pena de cumprimento de 7 (sete) anos e 7 (sete) meses de reclusão, em regime semi-aberto, por infração ao disposto no art. 129, § 2º, I, do Código Penal e art. 3º, I, da Lei n. 4.898/65, por duas vezes, c/c o art. 69 do Código Penal, sendo declarada extinta a punibilidade com relação ao crime de abuso de autoridade, nos termos do art. 109, VI, do Código Penal. Como efeito da condenação, decretou-se a perda do cargo público de policial civil, consoante o art. 92, I, a e b, do Código Penal.

Inconformado, o réu apelou, pleiteando, preliminarmente, a extinção da punibilidade dos crimes de abuso de autoridade pela prescrição da pena em abstrato, antes do oferecimento da denúncia; no mérito, alega a imprestabilidade do auto de exame de corpo-delito, realizado mais de quatro anos após os fatos, pretendendo a desclassificação para lesão corporal grave e, por fim, a diminuição da

reprimenda e a exclusão da determinação da perda do cargo público.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Luiz Fernando Sirydakís, opinou pelo provimento parcial do recurso objetivando desclassificar o delito para lesão corporal grave e, conseqüentemente, tornar sem efeito a determinação da perda do cargo público.

É o relatório.

1. Não tem razão o impetrante quanto ao alegado erro na sentença no tocante ao reconhecimento da prescrição, tendo o ilustre Magistrado, sem mencionar o dispositivo legal apropriado, reconhecido a ocorrência da prescrição in abstrato, quando consignou que “tendo os fatos criminosos se passado no ano de 1997, a pretensão punitiva, relativa aos crimes de abuso de autoridade denunciados somente em 31/1/2000, encontra-se prescrita nos termos do art. 109, VI, do Código penal, declarando-se desde já extinta a punibilidade” (fl. 266).

E não poderia ser diferente, já que não havia como reconhecer a ocorrência de qualquer outro tipo de prescrição, antes do trânsito em julgado da sentença para a acusação.

No entanto, a título de esclarecimento, tem-se que a Lei n. 4.898/65, que trata do crime de abuso de autoridade, pelos quais o apelante foi denunciado, prevê pena privativa de liberdade de detenção de 10 (dez) dias a 6 (seis) meses, e multa (art. 6º, § 3º, letras a e b), não havendo indicação na exordial acusatória ou na sentença sobre a data exata dos fatos. Assim, “ignorado o dia e o mês da consuma-

ção do crime, mas conhecido só o seu ano, pode-se considerar como se tendo consumado no dia 1º de janeiro, para não prejudicar quanto à prescrição” (RT 608/353). A denúncia, por sua vez, foi recebida em 3/2/00, tendo decorrido, portanto, mais de 2 (dois) anos entre a data da consumação dos crimes, considerando o dia 1º/1/97 e o recebimento da denúncia, em 3/2/00.

Assim, a teor do que dispõem os arts. 107, inc. IV, primeira parte, 109, inc. VI, e 111, inc. I, todos do CP, não havia mesmo outra alternativa ao Magistrado do que reconhecer a ocorrência da prescrição dos referidos crimes de abuso de autoridade. Mas, por questão de técnica, deveria tê-lo feito antes da sentença, antes de apreciar o mérito.

No entanto, como bem enfatizou o ilustre Procurador de Justiça, nenhum motivo de ordem prática existe para a reforma da sentença neste ponto, pois sequer terá seu nome lançado no rol dos culpados, de uma forma ou de outra.

2. Não deve prosperar a alegada ausência de materialidade do crime de lesões corporais pela imprestabilidade do auto de exame de corpo de delito complementar, realizado mais de quatro anos após os fatos, não tendo sido suprida sua falta pelas provas colacionadas, especialmente porque as fotocópias dos prontuários do Hospital onde a vítima foi internada, na época dos fatos, não foram autenticadas.

Quanto a estas, não se olvide que as fotocópias de documentos devem ser autenticadas, determinando a absolvição se os demais elementos carecerem de valor probatório, sendo

indispensável, pois, o exame de corpo de delito, como determina o art. 158 do CPP, sob pena de nulidade (CPP, art. 564, III, b).

No entanto, em momento algum anterior à sentença, a defesa questionou a legitimidade e veracidade dos documentos apresentados, mesmo não autenticados. Agora, apenas critica seus aspectos formais, reclamando sua imprestabilidade, ainda mais se consideramos que o auto de exame de corpo de delito “complementar” somente foi efetuado 4 (quatro) anos depois dos fatos.

Por isso, e inexistindo norma expressa no Código de Processo Penal sobre a eficácia dos documentos não autenticados, aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil (CPP, art. 3º), para o qual a “fotocópia não autenticada equipara-se a documento particular, devendo ser submetida a contraparte, cujo silêncio gera presunção de veracidade (CPC — art. 372)” (STJ — REsp n. 162807/SP, rel. p/ o acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 29/6/98, pág. 70).

No Supremo Tribunal Federal também já se decidiu:

“A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal” (HC n. 70814/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU 24/6/94, pág. 16.649).

3. Na verdade, a prova dos autos é abundante no tocante à existên-

cia do crime de lesões corporais e sua autoria.

Julio Fabbrini Mirabete é explícito:

“Ensina a doutrina que não há qualquer formalidade para a constituição do corpo de delito indireto, normalmente revelado por prova testemunhal. O juiz deve inquirir a testemunha sobre a materialidade do fato e suas circunstâncias e a palavra dele bastará para firmar o convencimento do julgador, de acordo com o princípio da livre apreciação. A única restrição prevista na lei a respeito é a de que o exame de corpo de delito indireto não pode ser suprido exclusivamente pela confissão do acusado. No mais, a prova da existência do crime pode ser formada por qualquer elemento probatório não vedado em lei. Por isso, já se deu por válido o laudo de exame de corpo de delito indireto elaborado com base em atestado passado pelo médico que assistiu a vítima de lesões corporais em pronto-socorro” (Processo Penal, SP, Atlas, 1995, 4ª ed., pág. 270).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

“Habeas corpus — Alegada nulidade do procedimento penal por ausência do exame de corpo de delito — Inocorrência — Possibilidade de suprimento do exame pericial por outros elementos probatórios — Pedido indeferido.

“O exame de corpo de delito direto pode ser suprido, quando desaparecidos os vestígios sensíveis da infração penal, por outros elementos de caráter probatório existentes nos autos da persecutio criminis, notada-

mente os de natureza testemunhal ou documental.

“Os postulados da verdade real, do livre convencimento do magistrado e da inexistência de hierarquia legal em matéria probatória admitem e legitimam — consoante orientação jurisprudencial firmada pela Suprema Corte — a utilização da prova testemunhal, da prova documental e, até mesmo, da confissão do próprio réu, como elementos hábeis ao válido suprimento da ausência do exame pericial de corpo de delito. Precedentes: RTJ 84/425, 89/109, 103/1.040, 112/167.

“O magistrado sentenciante pode, em consequência — e desde que não mais subsistam os vestígios materiais da infração penal — recorrer, para efeito de prolação de seu ato decisório, a outros meios de convicção, não obstante a ausência do exame pericial. A falta do laudo pericial não deve conduzir, necessariamente, à decretação da nulidade do processo. Ante a inexistência ou insuficiência dos elementos probatórios, deve o juiz, como ordinário efeito consequencial, proferir o non liquet” (HC n. 69.174-9, do Rio de Janeiro, rel. Min. Celso de Mello, j. 7/4/92).

Sobre a matéria, também assentou o Superior Tribunal de Justiça:

“Habeas corpus — Constitucional — Processual penal — Corpo de delito.

“O corpo de delito, na clássica definição de João Mendes, é o conjunto dos elementos sensíveis do fato criminoso. Diz-se direto quando reúne elementos materiais do fato imputado. Indireto, se, por qualquer meio, evidencia a existência do acontecimento

delituoso. A Constituição da República resguarda serem admitidas as provas que não forem proibidas por lei. Restou, assim, afetada a cláusula final do art. 158 do CPP, ou seja, a confissão não ser idônea para concorrer para o exame de corpo de delito. No processo moderno, não há hierarquia de provas, nem provas específicas para determinado caso. Tudo que lícito for, idôneo será para projetar a verdade real. No caso concreto, além da confissão, houve depoimento de testemunha" (HC n. 2.454, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 12/4/93, pág. 6.085).

Desta Corte:

"O exame de corpo-delito direto pode ser suprido, quando desaparecidos os vestígios sensíveis da infração penal, por outros elementos de caráter probatório existentes nos autos da persecutio criminis, notadamente os de natureza testemunhal, documental e pela própria confissão do agente na polícia e em juízo" (Ap. Crim. n. 97.002848-2, de Canoinhas, j. 16/9/97).

Além disso, o próprio Código de Processo Penal dispõe que "o Juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte" (art. 182), devendo formar sua "convicção pela livre apreciação da prova" (art. 157).

No caso, o próprio acusado confirmou haver constatado a lesão na manhã seguinte à prisão, alegando, contudo, que, "quando recolheu João Maria este já apresentava o braço lesionado" (fl. 57), pela queda de um caminhão carregado de erva-mate, afirmando, ainda, "que no livro da PM de Passos Maia consta o

recolhimento de João Maria e sua condição de ter o braço debilitado" (fl. 57).

A assertiva, no entanto, tentando escapar da condenação criminal iminente, restou contrariada pela prova produzida, inclusive pelas palavras das testemunhas arroladas pela defesa.

Com efeito, segundo consta do documento juntado aos autos pelo apelante, na defesa prévia, o policial militar Edemar Sebastião do Amaral, no dia 10/1/96, por volta das 22h30min, atendendo informações dos Srs. Bruno Bonamigo e Sérgio Marchesine, prendeu a vítima, João Maria de Almeida, e Avelino Ferreira que, embriagados, estavam promovendo desordens e perturbando o sossego público" (fl. 67). Refere-se o documento em questão, ainda, ao fato de a vítima encontrar-se com o braço esquerdo aparentemente quebrado, vindo assinado pelo policial Edemar Sebastião do Amaral, que declarou, em Juízo:

"(...) com relação à prisão de João Maria, tem a dizer que no dia dos fatos estava de folga quando foi procurado pelo acusado que pediu auxílio para que fosse até a casa de Bruno Bonamigo, o qual havia feito reclamação quanto ao indivíduo João Maria que estaria brigando com outro elemento conhecido por Tiba, seu irmão. Lá chegando, encontraram os dois visivelmente embriagados, sem as mínimas condições de lá permanecerem, inclusive exalando a casa forte cheiro de gás, eis que a torneira do fogareiro estava aberta, que levaram os dois até a Delegacia, um na viatura com o depoente e outro na caminhonete de

Bonamigo; que os dois passaram a noite na Delegacia e foram liberados pela manhã, quando então perceberam os policiais que João Maria estava com o braço fraturado, motivo pelo qual levaram ele até o Posto de Saúde, não se recordando quem foi que lhe deu atendimento, que se recorda que havia uma médica de plantão e deixaram João Maria aguardando sua vez; que não percebeu nenhum ferimento no braço de João Maria, à noite, quando ele foi trazido para a Delegacia; que não faz idéia de como ele teria-se machucado" (fl. 204).

Na mesma esteira são as declarações de Bruno Bonamigo:

"(...) que não viu se algum dos dois estava machucado quando chegaram na Delegacia, mas pode dizer que os dois estavam acordados, e saíram andando, muito embora cambaleantes (...) que quando embarcaram na caminhonete nenhum dos dois reclamou de dor ou ferimento" (fl. 207).

E, Sérgio Marchesini:

"(...) que quando desembarcaram os dois não viu ninguém machucado" (fl. 208).

Nada, portanto, que desconstitua as palavras da vítima, no sentido de que "foram levados para o cubículo, sendo que Avelino levou um chute no estômago do policial Pilonetto e ficou caído, enquanto que o depoente levou uma surra com facão, aplicado também pelo policial Pilonetto, que estava sozinho no cubículo e lhe aplicou golpes nas costas, nos braços, nas pernas, que o médico que lhe atendeu posteriormente contou 17 marcas de pranchaço de facão" (fl. 170).

O valor dessas declarações é incontestável, pois, como é sabido e consabido, a palavra da vítima, em casos tais, cometidos às escondidas e longe dos olhos de testemunhas, é de suma importância.

Como bem ensina a doutrina, "assim, naqueles delitos clandestinos qui clam comittit solent — que se cometem longe dos olhares de testemunhas —, a palavra da vítima é de valor extraordinário" (Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, 18ª ed. rev. e atual., SP, Saraiva, 1997, vol. 3, pag. 296).

A sentença, nesse ponto, merece prevalecer, por seus próprios e bem-lançados fundamentos.

4. No tocante à desclassificação do crime de lesão corporal gravíssima, o pleito está a merecer acolhida.

A par das considerações já efetuadas sobre a existência do crime de lesões corporais, a vítima foi submetida a Exame de Corpo de Delito em 18/7/00, ou seja, mais de quatro anos após o crime, fazendo constar os srs. peritos a existência de "uma ferida infectada pós-cirurgia de ossos do antebraço esquerdo, complicada com osteomielite e incapacidade funcional do membro superior esquerdo" (fl. 216).

Embora a perícia "complementar" só se tenha realizado 4 (quatro) anos depois, e não logo após os fatos, é de se ponderar que a exigência de sua realização, "logo que ocorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime (CPP, art. 168, § 2), destina-se à constatação da incapacidade da vítima para suas ocupações habituais por mais de 30 dias (CP, art. 129, § 1, inc. I) e conseqüente desclassificação das lesões. Logo, comprovada a existên-

cia do crime, pela farta prova colacionada, e destinado o exame complementar à verificação de perda de membro, sentido ou função, lesão de natureza permanente, que diferença faz ter sido realizado 4 (quatro) anos depois?

Na verdade, o que importa realmente em um laudo pericial de lesões corporais é a descrição médica e não a data certa em que foi realizado.

Com base nesse exame, o órgão acusador, que havia oferecido denúncia apontando a ocorrência de "perda de membro, sentido ou função" (CP, art. 129, § 2º, inc. III), requereu a alteração da capitulação do crime, para a de incapacidade permanente para o trabalho (CP, art. 129, § 2º, inc. I), com o que anuiu o ilustre Magistrado sentenciante, na forma do art. 383 do CPP.

Na verdade, os elementos dos autos caracterizariam, em tese, a ocorrência de deformidade permanente, não fossem as circunstâncias dos autos em relação aos princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal que, mesmo contrariamente, levam a concluir pela desclassificação do crime de lesões gravíssimas para graves, pela ocorrência de debilidade permanente de membro, sentido ou função.

Para a configuração da incapacidade permanente para o trabalho (CP, art. 129, § 2º, inc. I), impõe-se: a) que a incapacidade seja total; b) que, obviamente, ela seja permanente, não apenas em face da irreparabilidade do dano, como, também, quando se verifica a recuperação funcional após determinado período; e, c) que ela diga respeito a toda e qualquer atividade

laborativa e não apenas àquela que se relacione, especificamente, com a profissão da vítima.

Assim, "só se pode falar em lesão corporal gravíssima quando o ofendido ficar privado da possibilidade física de se aplicar a qualquer atividade lucrativa. A incapacidade, além de total, deverá ser permanente, ou seja, duradoura no tempo, sem previsibilidade de cessação. Não é o que ocorre, entretanto, na diminuição acentuada da mobilidade e da força muscular de um dos membros superiores" (RT 550/284).

Consoante à legislação, debilidade é fraqueza, diminuição de forças, enfraquecimento, embotamento, debilitação. Para ser considerada grave, deverá resultar da lesão indubitável e duradoura debilidade de membro, sentido ou função, prejudicando efetivamente o vitimado, mas não chegando, todavia, à verdadeira inutilização que configuraria a lesão gravíssima.

Para a doutrina médica, "a perda de um órgão dúplice (rim, pulmão etc.), desde que não comprometida a função de seu similar, caracteriza debilidade permanente da função que lhe corresponde" (Elias e Manif Zacharias, Dicionário de Medicina Legal, 2ª ed., Curitiba, Universitária Champagnat, 1991, pág. 119).

É o caso.

Conforme o Auto de Exame de Corpo de Delito de fl. 216, do ferimento produzido resultou atrofia da musculatura do antebraço, ocasionando, assim, uma debilidade permanente de função (art. 129, § 1º, III, do CP), e não a incapacidade permanente para o trabalho. Isto porque os mesmos do-

cumentos, que serviram de base à comprovação da materialidade, diante da não realização do Auto de Exame de Corpo de Delito na época dos fatos, devem ser sustentáculo para a comprovação ou não da qualificadora. E, no caso, mesmo que tenham demonstrado a existência do crime, amparados pela prova testemunhal e documental produzida, não oferecem a necessária certeza quanto à caracterização de incapacidade permanente para o trabalho. É o que se infere da declaração juntada à fl. 10, informando a incapacidade parcial para o trabalho.

Sobre a matéria, colhe-se da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

“Se a oblação ou inutilização ocorre em um dos órgãos duplos (ouvidos, no caso), desde que mantido o outro íntegro e não abolida sua função, constitui-se em lesão corporal de natureza grave, por debilidade permanente” (Ap. Crim. n. 33.625, de Videira, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 31/10/95).

Nesse passo, deve ser desclassificado o delito de lesão corporal de natureza gravíssima para grave, na modalidade de debilidade permanente de membro (art. 129, § 1º, III, do CP).

5. A pena deve ser reduzida, em razão do novo tipo, mantendo-se, no entanto, os critérios adotados na decisão recorrida.

Com efeito, ao proceder à análise das circunstâncias judiciais, o Magistrado assim consignou:

“Atendendo ao art. 59 do Diploma Substantivo Penal, verifico a culpabilidade em grau máximo, visto que a censurabilidade social do fato é intensa ao jogar por terra as mais fundamen-

tais garantias inerentes à dignidade humana; possui inúmeros antecedentes que o desabonam, com diversas sindicâncias administrativas, inclusive uma por abuso de autoridade, arquivada em 1995 (fl. 218), além de inquéritos policiais e termos circunstanciados que se deixa de levar em conta por posteriores ao fato, sofreu o acusado em 1993 processo crime em razão de fatos semelhantes na comarca de São Bento do Sul, que restou extinto após o cumprimento do sursis processual (fls. 238 e segs.) e responde atualmente a ação penal por peculato ocorrido em março de 1995 (fl. 220); apresenta conduta social duvidosa, variando das informações favoráveis trazidas pelas testemunhas da defesa a outras bastante negativas constatadas na instrução criminal, em especial quando se embriaga; quanto à personalidade, é dado à prática de delitos variados, desde infrações administrativas a ameaças e principalmente de atos violentos, tudo isso aliado ao vício da bebida, como também se constatou na instrução criminal; os motivos não restaram esclarecidos; as circunstâncias são extremamente desfavoráveis por estarem vinculadas ao exercício do poder estatal de polícia que justamente deveria garantir a segurança e a tranquilidade dos cidadãos; e como registrar o profundo temor e insegurança sentidos por toda a sociedade de Passos Maia, além dos inegáveis traumas psicológicos causados às vítimas; que em nada contribuíram para o evento, já que não praticaram qualquer ato ilícito capaz sequer de sustentar a detenção, quanto mais as humilhações e os espancamentos sádicos a que foram submetidos” (fl. 264).

Ora, considera-se que, para o crime de lesões corporais gravíssimas, a pena-base poderia, em tese, ser fixada em 6 (seis) anos, já que o limite máximo estabelecido no § 2º do art. 129 do CP é de 8 (oito) anos.

Nesse sentido, “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de o magistrado sentenciante fixar a pena em limite superior ao mínimo legal, desde que indique concretamente as razões justificadoras da exacerbação penal” (STF, HC n. 70.650/ES, rel. Min. Celso de Mello, DJU 11/2/1994, pág. 1.480).

Ademais, como se sabe, “nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo. É lícito ao magistrado sentenciante, desde que o faça em ato decisório adequadamente motivado, proceder a uma especial exacerbação da pena-base” (HC n. 71697-1, rel. Min. Celso de Mello, clipping do DJ — 16/8/96 —, Informativo STF, n. 40).

Aliás, como bem lembrado pelo Magistrado, citando acórdão memorável da lavra do ilustre Des. Álvaro Wandelli, “a tortura, usada historicamente como meio de coerção político-social, deixou as passeatas e as esquinas para instalar-se nas delegacias de polícia, insuflando à violência policiais despreparados e mal remunerados como forma simplista de investigação policial. O Judiciário, realmente, não pode mais ser complacente e deve reprimir a tortura institucionalizada, na medida de sua competência” (HC n. 98.016491-5, de Concórdia, j. 18/12/98).

Assim, utilizando dos mesmos critérios da sentença atacada, fixa-se a pena-base do crime de lesões corporais graves (CP, art. 121, § 1º, inc. III), em 3 (três) anos e 6 (seis) meses, mantido o quantum da circunstância legal agravante do abuso de poder (CP, art. 61, inc. II, letra g) — 1 ano, totalizando a reprimenda, na ausência de outras modificadoras, em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Por disposição do art. 33, § 2º, letra b, deve ser mantido o regime inicial de cumprimento como o semi-aberto.

O quantum da pena finalizada não permite substituição por penas restritivas de direitos, caso fosse cabível, já que se trata de condenação por crime praticado com violência à pessoa. Da mesma forma, não tem direito à suspensão condicional da pena (CP, art. 77).

No que pertine à perda do cargo público, não obstante a ressalva efetuada pelo ilustre Procurador de Justiça, no sentido de que o crime ocorreu antes da alteração do art. 92 do CP, sabe-se que já era um dos efeitos da condenação, quando ao agente fosse aplicada pena, de reclusão ou detenção, superior a 4 (quatro) anos, como é o caso.

Por outro lado, não há dúvida quanto ao abuso de poder, inquestionável pela própria condição do agente, policial civil, portanto, funcionário público estadual, exercendo função pública. Como consignou o ilustre Magistrado, motivadamente, o acusado exorbitou das atribuições inerentes à sua função pública desempenhada, não respeitando a esfera da atuação

legítima da autoridade, passando, pois, para o campo de ilegalidade.

6. Diante do exposto, conheceu-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial, para desclassificar o crime para o do art. 129, § 1º, inc. III, do CP, adequando-se a reprimenda, mantido o regime prisional fixado na sentença e a perda do cargo público.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres

Marques, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 24 de outubro de 2000.

Jorge Mussi,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.013479-1, DA CAPITAL

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Processo crime — Vinculação do juiz — Inexistência de impedimento — Sentença criminal proferida por juiz substituto — Validade.

Nossa lei processual penal não adota o princípio da identidade física do juiz, nada impedindo que a decisão venha a ser proferida por magistrado diverso daquele que presidir a instrução.

Os juízes substitutos, mesmo não vitalícios, quando substituindo, têm “competência plena para praticar todos os atos reservados por lei ao juiz vitalício” (Lei n. 5.624/79, art. 112).

Crime contra a administração pública — Concussão — Crime próprio — Agente prestador de serviço à Celesc — Exigência de vantagem indevida — Fatos praticados antes da vigência da Lei n. 9.983/2000 — Garantia da reserva legal — Impossibilidade de equiparação a funcionário público (CP, art. 327, § 1º, na redação anterior) — Atipicidade absoluta — Absolvição decretada.

O princípio da legalidade, também conhecido como da reserva legal ou da anterioridade da lei penal, garante que, com o surgimento de novas normas sancionadoras após a prática do fato tido como delituoso, a ele não se aplicam, garantida a incidência da lei mais favorável.

O crime de concussão se insere dentre aqueles denominados próprios, que somente podem ser praticados por sujeito ativo qualificado, vale dizer, o funcionário público, assim definido no art. 327 do CP.

Se somente com a lei nova (n. 9.983/00) é que houve equiparação a funcionário público de “quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”, resulta que, anteriormente a ela, tal pessoa não podia ser erigida a tal categoria funcional, derivando daí em ser atípica a conduta a ela imputada como concussão.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.013479-1, da comarca da Capital (3ª Vara), em que são apelantes Júlio César Silveira e Paulo Ricardo Lentz Gasparini, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para absolver Júlio César Silveira e Paulo Ricardo Lentz Gasparini, porquanto o fato a eles imputado não constitui crime.

Custas na forma da lei.

Na comarca da Capital, perante o Juízo da 3ª Vara Criminal, Júlio César Silveira e Paulo Ricardo Lentz Gasparini foram denunciados como incurso nas sanções do art. 316 (4 vezes), c/c o art. 69, ambos do Código Penal, porque:

“Consta no incluso auto de prisão em flagrante que os denunciados Paulo Ricardo Gasparini e Júlio César Silveira, empregados da empresa Sínuelo Representações de Serviços Ltda., a serviço da Celesc e de posse de várias notificações de corte de

energia elétrica, sempre mediante acordo de vontades e objetivando a prática de crime, dirigiam-se às residências de alguns usuários em débito para realizar o corte de energia, quando exigiam, para não concretizá-lo, certa quantia em dinheiro.

“Assim é que no dia 22 de julho de 1993, por volta das 10 horas, os denunciados Paulo Ricardo Lentz Gasparini e Júlio César Silveira, matriculados, dirigiram-se até a residência da vítima Vanilda Moreira, situada na Rua Jerônimo José Dias, n. 187, Saco dos Limões, nesta Capital, e, de posse de uma notificação de corte, exigiram que ela lhes pagasse a quantia de Cr\$ 430.000,00 (quatrocentos e trinta mil cruzeiros) para que não realizassem o corte da energia elétrica, tendo, então, a vítima pago o exigido com o cheque n. 512948, do banco Besc, que foi apreendido em poder dos denunciados (termo de apreensão de fl. 10).

“Ainda no dia 22 de julho de 1993, por volta das 9h30min, os denunciados dirigiram-se até a Oficina Mecânica Nianvi Ltda., de propriedade da vítima Osnildo Geraldo Cardo-

so, situada no bairro José Mendes, nesta Capital, e lá, de posse de uma notificação de corte, para que não efetuassem o corte da energia elétrica, exigiram que a vítima lhes pagasse a quantia de Cr\$ 1.027.000,00 (um milhão e vinte e sete mil cruzeiros) no que foram prontamente atendidos por ela, que diante da coação entregou-lhes o cheque n. 115299, banco Besc, posteriormente apreendido em poder dos denunciados (termo de apreensão fl. 10).

“Posteriormente, por volta das 11 horas, os denunciados Paulo Ricardo Lentz Gasparini e Júlio César Silveira, de posse de uma notificação de corte de energia elétrica, dirigiram-se até a residência da vítima Rosana Pacheco Borba, situada na Servidão André Napoleão, s/n, Saco dos Limões, nesta Capital, e lá, para que não efetuasse o corte da energia, exigiram que ela pagasse a eles a quantia de Cr\$ 410.000,00 (quatrocentos e dez mil cruzeiros), que foi-lhes entregue pela vítima, não sendo recuperada.

“Também no dia 22 de julho de 1993, agora por volta das 12 horas, os denunciados já nominados dirigiram-se até a residência da vítima Rô-sângela Maria dos Santos, n. 74, Saco dos Limões, nesta Capital, e de posse de uma notificação de corte de energia elétrica exigiram dela, para que não cortassem a energia, a quantia de Cr\$ 400.000,00 (quatrocentos mil cruzeiros), que foi paga pela vítima, sendo tal importância posteriormente apreendida em poder dos mesmos (termo de apreensão de fl. 10).

“Os denunciados, apesar de não serem empregados da Celesc,

empresa estatal de economia mista, detinham, por equiparação, a condição de funcionários públicos, para efeito penal, visto que exerciam função delegada pela concessionária de energia elétrica estadual” (fl. 2).

Regularmente processados, Paulo Ricardo Lentz Gasparini restou condenado à pena de cumprimento de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor individual de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, e Júlio César Silveira à pena de cumprimento de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, no mesmo valor unitário, por infração ao disposto nos arts. 316 c/c 327 e 71, todos do Código Penal.

Inconformados, ambos apelaram.

Júlio César Silveira pleiteou, em preliminar, nulidade da sentença pela impossibilidade jurídica do pedido, argumentando que houve erro na capitulação dada pela denúncia, porquanto apenas prestava serviços para a Celesc em empresa terceirizada, não sendo funcionário público, condição essencial à configuração da concussão. No mérito, requereu desclassificação para a figura do peculato privilegiado (art. 317, § 2º, do CP), que já estaria prescrito. Disse ainda que o flagrante foi forjado pelos policiais. Por fim pleiteou o benefício do sursis.

Paulo Ricardo Lentz Gasparini, por seu turno, argüiu preliminarmente a nulidade da sentença pela impossibilidade jurídica do pedido e por ter sido prolatada por juiz que não participou da instrução criminal, invocando o

princípio da identidade física do juiz previsto no art. 132 do CPC; nos mesmos termos do co-réu Júlio César Silveira, pleiteou a desclassificação para o peculato privilegiado, o reconhecimento da prescrição, a ocorrência do flagrante forjado e a concessão do sursis.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a este grau de jurisdição, manifestando-se a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Vilmar José Loef, pelo conhecimento e não provimento de ambos os recursos.

É o relatório.

1. Primeiramente, cumpre afastar a suposta nulidade do processo por desrespeito ao princípio da identidade física do juiz, visto que este só se aplica no âmbito do Processo Civil.

Já se decidiu:

“Processo crime — Vinculação do juiz — Inexistência de impedimento — Sentença criminal — Juiz substituto não vitalício — Validade.

“Nossa lei processual penal não adota o princípio da identidade física do juiz, nada impedindo que a decisão venha a ser proferida por magistrado diverso daquele que presidir a instrução.

“Os juízes substitutos, mesmo não vitalícios, quando substituindo, têm ‘competência plena para praticar todos os atos reservados por lei ao juiz vitalício’ (Lei n. 5.624/79, art. 112)” (Ap. Crim. n. 99.002222-6, da Capital, deste relator).

Do voto:

“O simples fato de um magistrado ter presidido a instrução criminal e outro prolatado a sentença não tor-

na o julgamento nulo, uma vez que é sabido que no processo penal não vigora o princípio da identidade física do juiz.

“Há correntes que sustentam aplicação deste princípio no processo penal, como o ilustre magistrado e professor doutor Marco Antônio Marques da Silva, que entende ser necessária a observância ao princípio da identidade física do juiz, não como mais uma regra processual, mas como um instrumento na busca da verdade real, embora tanto em leis como em projetos de lei dita vinculação no campo penal nunca vingou (A Vinculação do Juiz no Processo Penal, SP, Saraiva, 1993).

“É da jurisprudência:

‘Nossa lei processual penal não adota o princípio da identidade física do juiz. Assim, nada impede que a decisão venha a ser proferida por magistrado diverso daquele que presidir a instrução e audiência de julgamento’ (JTACRrim/SP — Lex 51/263).

“No Supremo Tribunal Federal, vide RTJ, vols. 53/652 e 79/326, dentre outros.

“Nesta Corte já se decidiu, em acórdão deste relator, na Apelação Criminal n. 34.240, de São José:

‘Processo crime — Vinculação do juiz — Inexistência.

‘Nossa lei processual penal não adota o princípio da identidade física do juiz, nada impedindo que a decisão venha a ser proferida por magistrado diverso daquele que presidir a instrução’.

“Idem Ap. Crim. n. 30.341, de Imbituba, rel. Des. Cláudio Marques, j. em 4/10/93.

“E, do corpo de acórdão desta Câmara:

‘(...) rejeita-se a alegada nulidade da sentença em razão da identidade física do juiz, trazida por Reginaldo Antônio Sobrinho. É que o princípio é inaplicável no processo penal eis que, não se tratando da aferição da periculosidade para fins de imposição de medida de segurança, não há vinculação do juiz que interrogou o réu e presidiu a instrução criminal, inclusive no sumário, porque no processo penal não introduziu a lei adjetiva o princípio do juiz certo. Neste sentido JUTACrim. 9/49, 10/108 e outras’ (Ap. Crim. n. 27.135, de São Francisco do Sul, rel. Des. José Roberge, j. em 21 de junho de 1991)”.

2. No mérito, a absolvição é medida que se impõe, porquanto ausente uma condição elementar para configuração do tipo penal imputado aos apelantes.

Com efeito, o delito de concussão insere-se dentre os chamados crimes próprios, ou seja, somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado, exigindo condição especial de o agente ser funcionário público.

Acerca dessa categoria de crimes, Julio Fabbrini Mirabete ensina:

“A maioria dos crimes pode ser praticada por qualquer pessoa, bastando para isso a capacidade geral. Para alguns delitos, entretanto, é necessária a existência de uma capacidade especial, ou seja, certa posição jurídica (ser funcionário público, no crime previsto no art. 312, ser médico, no delito inscrito no art. 269 etc.) ou posição de fato (ser gestante no delito previsto no art. 124, ser mãe da vítima no infanticídio etc.). Nesses casos, os

sujeitos ativos são chamados pessoas qualificadas, não se podendo falar em peculato quando não é autor, co-autor ou partícipe funcionário público” (Manual de Direito Penal, 16ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pág. 124).

Guilherme de Souza Nucci reforça:

“São considerados comuns os delitos que podem ser cometidos por qualquer pessoa (ex.: homicídio, roubo, falsificação); são próprios os crimes que exigem sujeito ativo especial ou qualificado, isto é, somente podem ser praticados por determinadas pessoas. As qualidades do sujeito ativo podem ser de fato, referentes à natureza humana ou à inserção social da pessoa (ex.: mulher no auto-aborto; mãe no infanticídio; homem na sedução; enfermidade no perigo de contágio venéreo), ou de direito, referentes à lei (ex.: funcionário público, em vários delitos do Capítulo I, Título XI, da Parte Especial; testemunha no falso testemunho; perito na falsa perícia)” (Código Penal Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, págs. 56/57).

Segundo entendimento de penalistas de renome acerca do delito de concussão, trata-se de uma espécie de extorsão praticada pelo funcionário público, mediante abuso de autoridade, contra o particular que, diante da metu publicae potestatis (medo do poder público), cede a sua exigência.

Daí se infere que a essência do crime reside no abuso da função pública, sendo imprescindível que o sujeito ativo ostente a qualidade de funcionário público, mesmo que ainda não tenha assumido o cargo, desde, entretanto, que aja em virtude dele.

É da jurisprudência:

“Habeas corpus crime — Transcendimento de ação penal — Crime, em tese, de concussão — (...) — Paciente que não é funcionário público — Rejeição — Crime de concussão inexistente — Possibilidade de outra figura penal — Ordem concedida” (TJPR — HC n. 11.283 — rel. Des. Clotário Portugal Neto — j. 19/4/99 — in Juis — Jurisprudência Uniformizada Saraiva n. 17).

“Concussão — Condenação — Inadmissibilidade — Réu que não era funcionário público, nem mesmo por equiparação — Exigência do tipo — Admissibilidade como partícipe — Ausência de prova segura — Recurso provido” (TJSP — Ap. Crim. n. 197.343-3 — Rel. Gomes de Amorim — 12/6/97 — in Juis — Jurisprudência Uniformizada Saraiva n. 17).

“Concussão — Não caracterização — Ausência da qualidade de funcionário público — (...) — Ordem concedida” (TJSP — HC n. 126291-3 — Rel. Ary Belfort — 15/5/92 — in Juis — Jurisprudência Uniformizada Saraiva n. 17).

O Código Penal, no seu artigo 327, a seu turno, na redação que vigia no dia das condutas imputadas aos apelantes, definia quem é considerado funcionário público para efeitos penais:

“Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

“§ 1º. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”.

Como os apelantes eram empregados da empresa Sinuelo Representações de Serviços Ltda., prestadora de serviços contratada pela Celesc para efetuar cortes e religações de redes de energia para consumidores individuais, à primeira vista, enquadraram-se no rol previsto no § 1º do artigo supracitado.

Entretanto, a redação do § 1º do art. 327 do CP foi alterada recentemente pela Lei n. 9.983/2000 (publicada no DOU em 14/7/00, vigorando somente a partir do dia 14/10/00), justamente para acrescentar “quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

Relembre-se que a redação primitiva previa tão-somente que “equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”.

Anteriormente à Lei n. 9.983/2000 não havia consenso entre os intérpretes legislativos acerca da equiparação ou não dos trabalhadores tais como os apelantes à condição de funcionários públicos, sendo lógico que a modificação no art. 327 do CP foi maléfica aos apelantes.

Note-se que os fatos noticiados nos autos deram-se no ano de 1993, portanto sob a vigência da redação primitiva.

Da exegese do princípio da reserva legal, tem-se que a lei penal só pode retroagir a fatos pretéritos quando for em benefício do réu, nunca para prejudicá-lo.

O princípio da legalidade, também conhecido como da reserva legal ou da anterioridade da lei penal, ad-

vindo do enunciado formulado por Anselmo Feuerbach — *nullum crimen, nulla poena sine praevia legem* --, consagrado no art. 1º do Código Penal e constitucionalizado no art. 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição Federal de 1988, garante descrição específica, individualizadora e prévia de condutas e sanções na lei federal (só a União pode legislar direito penal), não bastando simples referência ao bem juridicamente tutelado, nem descrição genérica.

O tipo expresso exerce função de garantia, e esta “só se justifica, do ponto de vista material, desde que especifique a conduta-infração penal. A generalidade é insuficiente. Não alcança a finalidade, para concretamente registrar a garantia ínsita à prévia descrição do comportamento ilícito penal”, como bem escreveram os doutos Min. Luiz Vicente Cernicchiaro e Prof. Paulo José da Costa Júnior (*Direito Penal na Constituição*, 2ª ed., SP: RT, 1991, pág. 16); a seguir sentenciam os grandes penalistas contemporâneos:

“A descrição genérica enseja, ao intérprete, liberdade ainda maior. Conseqüentemente, perigosa. Flagrantemente oposta ao mandamento constitucional. O crime não é qualquer ação, mas ação determinada. E determinada na lei” (ob. cit., pág. 17).

Julio Fabbrini Mirabete leciona:

“Pelo princípio da anterioridade da lei penal (art. 1º), está estabelecido que não há crime ou pena sem lei anterior, o que configura a regra geral da irretroatividade da lei penal. Por um lado, esse princípio, todavia, somente se aplica à lei mais severa que a anterior, pois a lei nova mais benigna (lex

mitior) vai alcançar o fato praticado antes do início de sua vigência, ocorrendo, assim, a retroatividade da lei mais benigna. Por outro lado, ainda de acordo com o princípio estabelecido na Constituição Federal (art. 5º, XL), entrando em vigor lei mais severa que a anterior (*lex gravior*), não vai ela alcançar o fato praticado anteriormente. Nessa hipótese, continua a ser aplicada a lei anterior, mesmo após sua revogação, em decorrência do princípio da ultratividade da lei mais benigna. Nesse sentido, pelo Decreto n. 678, de 6/11/1992, foi promulgada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22/11/1969, que, no art. 9º, prevê tais princípios: ‘Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado’.

“Em resumo, havendo conflito de leis penais com o surgimento de novos preceitos jurídicos após a prática do fato delituoso, será aplicada sempre a lei mais favorável. Isso significa que a lei penal mais benigna tem extratividade (é retroativa e ultrativa) e, a contrario sensu, a lei mais severa não tem extratividade (não é retroativa ou ultrativa)” (ob. cit., págs. 58/59).

Por outro lado, se a lei nova apenas acrescentou os trabalhadores das empresas prestadoras de serviço contratadas ou conveniadas com o Poder Público ao rol dos equiparados a funcionários públicos para efeitos

penais, não alterando em nada a disposição anterior, por óbvio não poderiam eles estar incluídos na previsão primitiva, afastando qualquer interpretação em sentido contrário.

Falta, portanto, elementar ao crime próprio, que é a qualidade do agente ser funcionário público, resultando, assim, em atipicidade absoluta, porquanto não derivou nenhum outro tipo penal; mesmo que assim não fosse, o art. 617 do CPP proíbe a mutatio libelli da pena quando somente o réu houver apelado da sentença (vide Súmula 453 do STF).

3. Resumindo:

— O princípio da legalidade, também conhecido como da reserva legal ou da anterioridade da lei penal, garante que, com o surgimento de novas normas sancionadoras após a prática do fato tido como delituoso, a ele não se aplicam, garantida a incidência da lei mais favorável.

— O crime de concussão insere-se dentre aqueles denominados próprios, que somente podem ser praticados por sujeito ativo qualificado, vale dizer, o funcionário público, assim definido no art. 327 do CP.

— Se somente com a lei nova (n. 9.983/00) é que houve equiparação a funcionário público de “quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”, resulta que, anteriormente a ela, tal pessoa não podia ser erigida a tal categoria funcional, derivando daí em ser atípica a conduta a ela imputada como concussão.

4. Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso para absolver Júlio César Silveira e Paulo Ricardo Lentz Gasparini, porquanto os fatos a eles imputados não constituíam crime ao tempo em que foram praticados.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella, e lavrou parecer, pela doutra Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 17 de outubro de 2000.

Genésio Nollí,

Presidente com voto;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.001565-2, DE TIMBÓ

Relator: Des. Torres Marques

Concussão — Alegada cobrança por interposta pessoa — Irrelevância — Responsabilidade indireta — Sustentada atipicidade da conduta por não serem os notários e registradores servidores públicos, e por não constituir crime a cobrança excessiva de custas — Inadmissibilidade das alegações — Classe de servidores públicos em sentido lato — Custas e emolumentos judiciais — Natureza jurí-

dica de tributo — Precedentes do STF — Decisão mantida — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.001565-2, da comarca de Timbó (2ª Vara), em que é apelante Iris Germer Domning, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Timbó, Iris Germer Domning restou denunciada como incurso nas sanções do art. 316 do CP, pois, segundo narra a exordial acusatória: "...no dia 8 de novembro de 1996, Adriana da Silva e Marcelo Anacleto, visando providenciar a documentação para realização do seu casamento, dirigiram-se ao Cartório de Registro Civil, Títulos e Documentos desta Cidade, oportunidade em que a denunciada exigiu-lhes para realização do ato o pagamento da quantia de R\$ 80,00 (oitenta reais), de cujo valor negou-se a fornecer-lhes recibo.

"Na época, segundo disposto no artigo 2º, inciso I, e seu parágrafo único, da Lei n. 8.688/92, o valor devido para todos os atos atinentes à habilitação para casamento, civil ou religioso, inclusive termo ou inscrição e certidão de livro talão, era de 20% (vinte por cento) do valor máximo permitido na Resolução n. D.F.I. 27.04.92/021, de 27 de abril de 1992, do Tribunal de Justiça do Estado e suas respectivas alterações, no caso

R\$ 25,20 (vinte e cinco reais e vinte centavos), já que o valor máximo previsto na Resolução n. D.F.I. 22.08.96/003, que veio a alterar a antes referida resolução, é de R\$ 126,02 (cento e vinte e seis reais e dois centavos), o que demonstra que a denunciada exigiu para si, em razão de sua função, vantagem indevida.

"Ante a cobrança dos exorbitantes valores, o casal requereu o cancelamento da habilitação e a devolução dos valores já pagos, visando realizá-lo na cidade vizinha de Indaial, a cuja devolução negou-se a denunciada a efetuar.

"Diante da total falta de recursos financeiros, restou outra alternativa ao casal senão providenciar a documentação junto ao cartório desta Cidade, vindo a denunciada a exigir-lhes o pagamento de mais R\$ 80,00 (oitenta reais) para a realização do ato".

Concluída a instrução criminal, a ré restou condenada à pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 316, caput, do CP. Substituída a reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, consubstanciada na prestação de serviços à comunidade, na Apae daquela Cidade, de uma hora de tarefa por dia de condenação.

Irresignada, apelou a ré, utilizando-se da faculdade prevista no art. 600, § 4º, do CPP, para apresentar suas razões recursais nesta Corte.

Após subirem os autos a esta Superior Instância, a ré apresentou

suas razões, objetivando a absolvição sob o argumento da atipicidade da conduta praticada.

Contra-arrazoado o recurso, opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

II — Voto

Trata-se de irresignação acerca da sentença condenatória pelo crime de concussão à titular de cartório extrajudicial.

Alega, prefacialmente, que não fora a acusada quem efetuou a cobrança.

Cabe, neste ponto, a transcrição do parecer do ilustre Procurador que exaure a matéria:

“No caso, a exigência foi perpetrada pela apelante.

“A vítima, Adriana da Silva, em Juízo, fl. 79, afirmou:

“que no cartório, inicialmente atendidos por um jovem cujo nome desconhece; que essa pessoa chamou a titular do cartório, Sra. Iris, ora acusada (...) a própria acusada cobrou do namorado da depoente a importância de R\$ 80,00, sem contudo emitir recibo correspondente’.

“O depoimento supracitado coaduna-se com as palavras da vítima Marcelo Anacleto, que, na fl. 81, registrou:

“a acusada que foi chamada pelo rapaz, informou que somente poderia dar andamento no processo de habilitação, após a apresentação dos documentos das testemunhas; que no entanto a acusada já permaneceu com os documentos do depoente e de

sua namorada; que na mesma ocasião cobrou do depoente e de sua namorada a importância de R\$ 80,00’.

“Mesmo que a exigência retro-mencionada, em tese, tivesse sido praticada por um funcionário do cartório, como quer fazer crer a defesa, a responsabilidade da apelante não seria afastada, pois o autor do crime de concussão pode valer-se de terceira pessoa para, em razão de sua função pública, obter vantagem ilícita da vítima.

“Pode a vantagem ser exigida pelo funcionário público (direta) ou por interposta pessoa (indireta), ainda que não seja esta funcionária pública’ (RTJ 71/354; RT 586/273)”.

Sustenta, ainda, a atipicidade da conduta, por não constituir a cobrança excessiva de custas o crime de concussão, e também que os notários e registradores praticam sua atividade em caráter privado por delegação do Poder Público, não podendo ser considerados servidores públicos.

Sobre o tema, há valioso precedente na Suprema Corte, em acórdão da lavra do Exmo. Min. Moreira Alves, que adotou o parecer do Procurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida, o qual, igualmente, adoto como razão de convencimento:

“1. O paciente, Oficial do Registro de Imóveis da comarca de Passos, Estado de Minas Gerais, denunciado como incurso no art. 316, caput, do Código Penal, resultou condenado, em primeiro grau, a três anos de reclusão, no regime aberto, por infringência ao art. 316, § 1º, do Código Penal, tendo sido acolhida a acusação de cobrança de emolumentos acima do devido. A sentença foi mantida integralmente pelo

eg. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

“2. Alega o impetrante, pretendendo desconstituir a condenação:

“(…)

“d) atipicidade da conduta pois, desde a redação dada pelo art. 20 da Lei n. 8.137/90, a cobrança de emolumentos foi retirada da redação do § 1º do art. 316 do Código Penal;

“e) atipicidade da conduta porque o paciente não pode ser considerado funcionário público;

“(…)

“3. O pedido não merece acolhida.

“(…)

“7. A alegação de que o paciente não é servidor público não tem guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Conforme ficou explicitado na decisão plenária tomada no RE n. 178.236/RJ, julgado em 7/3/96, ‘a despeito de exercerem suas atividades em caráter privado (CF, art. 236), os oficiais de registro e notários são servidores públicos em sentido lato’ (rel. Min. Octavio Gallotti).

“8. A nova redação dada ao § 1º do art. 316 do Código Penal pela Lei n. 8.137/90, substituindo os vocábulos imposto, taxa e emolumentos pela expressão tributo, não tem o alcance pretendido pelo impetrante pois, como

ensinam Alberto Silva Franco et alii, ‘tributo é gênero do qual aquelas são espécie, tendo, pois, caráter mais abrangente’ (Código Penal e sua Interpretação_Jurisprudencial, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pág. 3.043, nota 14.00). Aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já é antiga no sentido de atribuir às custas e emolumentos judiciais a natureza jurídica de tributo da espécie taxa” (RP 1.077, RTJ 101(2): 499; RP 1.094, RTJ 141(2): 430; RE n. 116.208/MG, DJU 8/6/90).

Destarte, afastadas as alegações da defesa, mantém-se a condenação.

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 17 de outubro de 2000

Jorge Mussi,

Presidente com voto;

Torres Marques,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.007680-5, DE PONTE SERRADA

Relator: Des. Torres Marques

Contravenção penal — Perturbação da tranqüilidade — “Passada de mão” — Recurso da acusação pleiteando a condenação por atentado violento ao pudor — Diferença entre os delitos que

se perfaz segundo os atos efetivamente praticados — Ato ofensivo inidôneo à configuração do delito mais grave — Sentença mantida — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.007680-5, da comarca de Ponte Serrada, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Antônio Alves de Oliveira:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Ponte Serrada (Vara Única), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Antônio Alves de Oliveira, dando-o como incurso nas sanções do art. 214 c/c art. 224, a, c/c art. 226, II e III, todos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória:

“No dia 15 de janeiro de 1999, por volta das 21 horas, a vítima S. de O., com apenas 12 anos de idade, começou uma discussão em sua casa, com sua irmã J., sendo que em virtude desta discussão, seu pai, Antônio Alves de Oliveira, disse que iria dar uma surra na vítima e esta assustada saiu de casa, correndo pela rua em direção à feira de exposições, localizada nesta Cidade.

“Ocorre que, quando o denunciado alcançou sua filha e vítima, este agarrou-a por trás e começou a se esfregar em suas costas, passando a mão em seu ‘seios’ e na vagina, praticando ato libidinoso, posto que visava

seu prazer sexual. Ato contínuo, mesmo a vítima gritando por socorro, tentou colocar as mãos por dentro da roupa da vítima, sendo que só não conseguiu, pois percebeu a chegada de outra pessoa, tendo por este motivo soltado a vítima” (fl. 2).

Concluída a instrução criminal, o Magistrado a quo sentenciou, condenando Antônio Alves de Oliveira à pena de 15 (quinze) dias de prisão simples, em regime aberto, tendo-lhe sido concedido o benefício do sursis pelo prazo de 2 (dois) anos, por infração ao disposto no art. 65 da Lei das Contravenções Penais.

Inconformado, o representante do Parquet apelou, objetivando a reforma da sentença, a fim de condenar Antônio Alves de Oliveira pela prática do crime de atentado violento ao pudor, eis que devidamente caracterizada nos autos a prática desse tipo penal.

Ademais, requereu a majoração da pena por tratar-se de violência presumida, ser o réu casado e pai da vítima, conforme certidões de casamento e nascimento juntadas aos autos.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso.

II — Voto

Pretende o Órgão Ministerial, por meio do recurso interposto, ver re-

formada a sentença de primeiro grau que condenou Antônio Alves de Oliveira à pena de 15 dias de prisão simples, com sursis por dois anos, por infração ao art. 65 da Lei de Contravenções Penais.

No que concerne à materialidade, desnecessária sua comprovação, porquanto delitos como o presente nem sempre deixam vestígios, tal qual o caso em exame, conforme depreende-se pelo auto de exame de conjunção carnal (fl. 10).

A autoria é incontroversa; as declarações da vítima, tanto na fase de inquérito quanto na judicial, são firmes e coerentes, amparadas ainda nas declarações dos familiares (mãe e irmã).

Colhe-se das declarações da vítima:

“que no início deste ano na noite dos fatos por volta das nove horas a declarante discutiu com sua irmã J., e quando esta chorou seu pai ameaçou de bater na declarante, que fugiu, tendo aquele seguido em seu encalço e a uma distância do barraco que não sabe avaliar, foi alcançada pelo réu que ao invés de lhe bater agarrou a declarante pelas costas e se esfregou na declarante e começou a apalpar nos seios e quando tentou colocar a mão por sob a calça da declarante o réu acabou por soltá-la eis que a declarante estava gritando bem alto e sua mãe saíra de casa; que esclarece que foi solta quando sua mãe saiu do barraco; que quando lhe soltou seu pai lhe disse que se contasse alguma coisa iria matar a declarante e sua mãe; (...) que seu pai mesmo sóbrio anteriormente havia espiado a declarante e sua irmã J. se trocando (...)” (fl. 43).

Sabe-se que nos crimes contra os costumes, quase sempre praticados na clandestinidade, a palavra da vítima possui grande valor probatório.

É da jurisprudência:

“Nos crimes sexuais, via de regra, praticados na clandestinidade, o depoimento da vítima, firme, coerente e convincente, confere certeza da autoria” (Apelação Criminal n. 99.008371-3, de Criciúma, rel. Des. Amaral e Silva).

Ao encontro das declarações da vítima, vem as de sua mãe N. A. de O.:

“que a declarante estava dando janta para J., filha de cinco anos de idade então, e escutou gritos e quando saiu de casa encontrou junto a porta S. bastante agitada, mas que não lhe contava o que ocorrera e olhava para o irmão ali presente. Que achou que a presença do irmão estava intimidando S. e lhe pediu que levasse até o local aonde fora alcançada por seu pai. Neste local a menor esclareceu que ao ser alcançada pelo pai, ao invés de lhe bater passou a se esfregar na mesma, apalpar seus seios e sua vagina, por sobre a roupa (...)” (fl. 40).

Dessa forma, resta plenamente configurada a autoria do delito, conforme bem analisou a sentença de fls. 61/64, valendo a transcrição:

“Das alegações da combativa defesa destaco que a palavra da vítima é suficiente para embasar condenação, como já pacífico na jurisprudência, na medida em que unívoca e sem contradições relevantes, não sendo caso para se aplicar o festejado in dubio pro reo. O réu nega e alega vingança, o que não prova. Não é caso de se dar o mesmo peso à palavra

do réu e da vítima, pois o réu é alcoólico e violento, e a da filha, de apenas 12 anos de idade, submeteu-se a trazer a público fato constrangedor, expondo-se a narrar sua desgraça familiar na delegacia e em juízo, nesta segunda fase perante magistrado, promotor e defensor, ausente o acusado por vontade própria; sendo de se observar que o fato aconteceu em janeiro e apenas em setembro foi inquirida em juízo, e manteve a acusação, o que afasta a assertiva de que feita num momento de revolta, quanto ao argumento de que as declarações relativas ao espiar as filhas, que se resumiam a adentrar no quarto destas, demonstram a má vontade dos ouvidos contra o réu, não pode ser aceita. Um pai pode trafegar livremente por sua casa, mas o decoro lhe recomenda que respeite a privacidade e o recato de suas filhas, e se não o fizer corre o risco de que estas digam que o mesmo as 'espiava'(...)" (fls. 61/62).

Feitas tais considerações, o douto Magistrado sentenciante desclassificou o delito de atentado violento ao pudor para a contravenção prevista no art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41 (perturbação da tranqüilidade), baseando-se para tanto em acórdão de lavra do Exmo. Des. Álvaro Wandelli.

Não obstante o apelo do douto representante do Ministério Público, a sentença aplicada pelo Magistrado a quo deve ser mantida, senão vejamos:

Para que ocorra o delito previsto no artigo 214 do Código Penal, faz-se necessária a caracterização do constrangimento mediante violência

ou grave ameaça com o fim de saciar a lascívia ou concupiscência.

No caso em tela, o acusado correu atrás da vítima e, alcançando-a, aproveitou a situação para lhe "passar a mão".

É da jurisprudência:

"Acusado que apenas passou a mão sobre o corpo da vítima, surpreendendo-a com gestos rápidos e superficiais. Não caracterização do delito de atentado violento ao pudor. Fatos que configuram, porém, a contravenção do art. 65 da Lei de Contravenções Penais" (RT 374/70).

Ainda:

"Atentado violento ao pudor — Desclassificação para a contravenção de perturbação da tranqüilidade — Beijo tentado e apalpamento dos seios e do órgão genital da vítima que não levaram senão alguns segundos.

"Caracteriza a contravenção de perturbação da tranqüilidade e não o crime de atentado violento ao pudor, o beijo tentado e apalpamento dos seios e do órgão genital da vítima que não levaram senão alguns segundos".

Do corpo do acórdão se extrai:

"(...) Mas, é evidente que a intenção libidinosa, se houvesse, não iria limitar-se a atos tão ligeiros. Nem seria crível que se pudesse impor ao apelante a pena de seis anos, a mesma para atos muito mais reprováveis, como o coito anal e a felação. Se a pena deve equiparar-se ao desvalor da conduta, como aceitar a imposição da pena de seis anos, para quem sequer passou a mão na vítima por baixo da roupa?" (RT 701/305 — Apelação Criminal n. 135.642-3/0, de São Paulo, rel. Des. Celso Limongi, j. 11/2/93).

Não discrepa a jurisprudência desta Corte de Justiça:

“A jurisprudência e a doutrina têm entendido que, para caracterização do crime de atentado violento ao pudor, é necessária a prática de atos inequívocos e idôneos dirigidos ao fim libidinoso e, na falta de prova segura e forte, o caminho é a desclassificação ou para o crime de ato obsceno (art. 233 do CP) ou para a contravenção apontada (art. 61 da LCP), pois esta pode configurar-se com beijo na boca (contra a vontade da vítima), toques no corpo, bolinagens, gracejos e propostas desonestas, o que deve ser examinado em cada caso concreto” (grifei) (Apelação Criminal n. 96.007533-0, de Timbó, rel. Des Nilton Macedo Machado).

Dessa feita, mantém-se a sentença de primeiro grau, não obstante entendermos que melhor se aplicaria ao caso o art. 61 da Lei de Contraven-

ções Penais (importunação ofensiva ao pudor), reservando-se a aplicação do artigo 65 da mesma lei (perturbação da tranqüilidade), para os casos em que a conduta seja praticada às escondidas, entre quatro paredes.

III — Decisão

Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 3 de outubro de 2000.

Jorge Mussi,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.009744-6, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Torres Marques

Júri — Homicídio — Recurso da defesa — Pretendida aplicação do sursis humanitário — Obediência aos requisitos legais — Insuficiência da prova acostada para fundamentar a pretensão — Necessidade de exame pericial — Matéria afeta ao juízo da execução — Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.009744-6, da comarca de São José (Vara Criminal), em que é apelante José Rodrigues de Souza e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Perante o Juízo da Vara Criminal da comarca de São José, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra José Rodrigues de Souza, dando-o como incurso no tipo penal do art. 121, caput, do CP, aditada posteriormente para o art. 121, § 2º, II e IV, in fine, do CP, por ter praticado a seguinte conduta delitiva, narrada na exordial acusatória (fls. 2/3, 6/7): “No dia 13 de abril de 1991, por volta das 21h30min, Luiz Carlos Lima travou discussão com sua mulher Heleci Kizner da Silva, na casa de ambos, à Travessa Francisco Amorim, 109, Roçado, neste Município, por razões de somenos importância. Após o desentendimento, Luiz saiu e retornou à residência para buscar seus documentos, quando, então, Heleci, já informada por sua irmã menor de que José Rodrigues de Souza, seu pai e denunciado, teria ouvido a discussão e estaria armado, correu em direção ao companheiro para abraçá-lo e mais uma vez pedir-lhe que não saísse, mas ficasse em casa, quando José Rodrigues, que morava no mesmo terreno, interferiu na ‘briguinha’ do casal, já apontando para Luiz Carlos um revólver calibre 38, marca Taurus (termo de apreensão de fl. 8). Heleci, vendo a arma direcionada ao marido, tentando evitar uma tragédia, e conhecendo o temperamento violento do pai, colocou-se entre ambos, suplicando ao seu genitor que os deixasse, pois resolveria o problema entre eles. Luiz Carlos de Lima, por sua vez, incrédulo, empurrou Heleci para o lado, dizendo ao denunciado: ‘Se queres me matar, me mata agora’, tendo, neste momento, de forma bru-

tal e covarde, desproporcionada ao motivo, José de Souza, acionado o gatilho e alvejado a indefesa vítima com um primeiro disparo na altura da cabeça, sem que pudesse ela, assim, esboçar qualquer gesto defensivo. Já caído ao solo, Luiz recebeu mais quatro disparos efetuados por José que se agachou ao lado do corpo inerte, atingindo-o, ainda, nas regiões supranasal, supra-orbitária esquerda, submandibular direita e cervical esquerda, conforme assevera o laudo cadavérico de fl. 42, ferimentos estes que foram a causa eficiente de sua morte. Perpetrado o bárbaro crime, o denunciado evadiu-se do local, afirmando que ‘este não incomoda mais ninguém’”.

Concluída a instrução, restou pronunciado nos termos do art. 121, caput, do CP (fls. 343/355).

De referida decisão foi interposto recurso em sentido estrito (fls. 360/362), negando-se-lhe provimento (fls. 397/400).

Após o cumprimento das formalidades legais, foi o réu submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, reconhecendo-se, por unanimidade, a autoria e relação de causalidade, negando a legítima defesa putativa e admitindo a causa referente à violenta emoção, bem como a existência de circunstâncias atenuantes, todas por maioria de votos.

Finalizado o julgamento, foi condenado ao cumprimento da pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, nos termos do art. 121, § 1º, do CP.

Irresignado, apelou o réu, objetivando a concessão da suspensão condicional da pena, nos termos do

art. 77, § 2º, do CP, a teor dos documentos acostados posteriormente (fls. 522/538) que comprovam o estado de saúde do apelante.

Contra-arrazoados, ascenderam os autos a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela desconsideração da referida prova, uma vez que inoficial e juntada a destempo e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

II — Voto

Trata a irresignação sobre a pretendida aplicação do benefício relativo à suspensão condicional da pena, também chamado *sursis humanitário*, inserido no ordenamento jurídico pela Lei n. 9.714/98, encontrando fundamento no art. 77, § 2º, do CP.

O *sursis* representa um direito público subjetivo do condenado, restando imperiosa, se cabível, a sua aplicação na sentença de maneira fundamentada.

De fato, trata o art. 77, § 2º, in fine, do CP: “A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão”.

Como já decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal, para concessão do *sursis* etário faz-se necessário, além do cumprimento do requisito objetivo relativo à idade, a observância dos demais requisitos de ordem subjetiva, enumerados no caput do dispositivo (RT 713/432) (in Código Penal

Comentado, Celso Delmanto, Renovar, 2000, pág. 145).

A mesma sorte e com idêntica razão, segue a interpretação do *sursis* humanitário incluído no dispositivo legal. Bem de notar, que a referida norma, quando menciona a expressão “poderá”, atribui mera faculdade ao magistrado que, no entanto, está obrigado a expor as razões do convencimento.

O pleito recursal trata de típica matéria de execução penal prevista nos arts. 66, d, e 156 e seguintes, todos da Lei n. 7.210/84 (Execução Penal).

Ainda que o pretendido benefício recursal constitua direito subjetivo do condenado, deve necessariamente preencher os requisitos descritos em lei, principalmente a demonstração das “razões de saúde que justificam a suspensão”.

Para tanto, o apelante ajuizou uma justificação judicial, na qual acostou o atestado médico (fl. 531) que menciona ser “portador de cardiopatia hipertensiva severa e provavelmente isquêmica (pelo ECG) e necessita de cuidados médicos e uso de medicação contínuos” e, ainda, o relatório do eletrocardiograma (fl. 532) e conclusão de Raios-X do Tórax.

Sobredita prova foi impugnada pela acusação, alegando ser inoficial e intempestiva.

A alegada intempestividade da prova não socorre a acusação, porquanto diz respeito à típica prova documental, que pode, a teor do art. 231 do CPP, ser juntada em qualquer fase do processo, desde que obedecido o princípio do contraditório, como ocorreu in casu. Nessa esteira: “A legislação processual penal admite a ampla

possibilidade jurídica de os sujeitos processuais produzirem, em Juízo, a prova documental por eles reputada pertinente e adequada à demonstração da verdade real (CPP, arts. 231 e 400). A prova da reincidência do acusado pode ser validamente produzida pelo Ministério Público em sede recursal (STF — HC n. 69.188-9 — rel. Celso de Mello — DJU 26/3/93, pág. 5.003) (in Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 1999, pág. 1.873).

E ainda:

“As partes poderão em qualquer fase do processo apresentar documentos. Assim dispõe o art. 231 do CPP, que obedece ao objetivo de apuração da verdade que o processo tem. São os documentos meios de prova e, conseqüentemente, cuida a lei que esta não fique prejudicada por prazos e atos próprios para sua apresentação (TJSP — HC n. 14.761 — 4ª C. — rel. Dirceu de Mello — j. 7/6/82 — RT 565/283)” (ob. cit. pág. 1.872).

Ocorre que a concessão do sursis humanitário não encontra amparo na mera debilidade física ou em problemas gerais de saúde, mas, sim, em motivos graves que se afigurem incompatíveis com a execução da pena substituída.

Novamente, socorro-me do escólio de Mirabete: “Por razões humanitárias, a Lei n. 9.714, de 25/11/98, introduziu mais uma hipótese para o cabimento do sursis ao condenado a pena não superior a quatro anos, possibilitando seu deferimento em caso de razões de saúde que justifiquem a suspensão. Estando provado nos autos, portanto, que o acusado é portador de moléstia incurável em estado

avanzado, como a Aids, ou grave, inabilitante etc., pode o juiz conceder a mercê, justificada que está a medida” (ob. cit., pág. 514).

Ora, o magistrado não pode substituir o profissional habilitado para concluir sobre a gravidade da doença que se encontra acometido o réu. Nesse vértice, afigura-se necessária e mesmo indispensável a produção de prova pericial, donde se auferirá, na resposta dos correspondentes quesitos, a veracidade das alegações expandidas.

Destarte, dispõe o art. 159 do CPP: “Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais”, sendo inservíveis portanto, para amparar a pretensão, os atestados médicos colacionados (fls. 455, 457 e 534).

Em que pese a produção válida de prova documental, trata-se de matéria afeta ao juízo de execução.

Nesse sentido:

“Habeas corpus. Pretendida concessão de sursis. Decisão monocrática mantida em sede de recurso. Fato novo não suscitado quando do julgamento da apelação criminal que confirmou a sentença. Inadmissibilidade, na via eleita, do reexame dos requisitos para a concessão da benesse. Matéria afeta ao juízo de execução. Não conhecimento” (Habeas Corpus n. 96.000413-0, rel. Des. Jorge Mussi).

Do corpo do acórdão: “Contudo, como o impetrante traz à tona fundamento novo, somente aventado em razão das condições especialíssimas do paciente, argumento não suscitado por ocasião da apelação criminal cujo acórdão já transitou em julgado para as partes, deve a matéria ser aprecia-

da pelo Juízo de Execução, competente para dirimir as questões relativas aos incidentes de execução da pena, sob pena de desvio de competência ou de supressão de instância".

III — Decisão

Pelo exposto, não se conhece do recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mau-

rílio Moreira Leite, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 10 de outubro de 2000.

Jorge Mussi,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.019152-3, DE CONCÓRDIA

Relator: Des. Torres Marques

Crime contra a liberdade sexual — Estupro — Pleito absoluto — Impossibilidade — Negativa de autoria em relação a uma das vítimas e o consentimento pela outra — Alegações divorciadas do contexto probatório — Confissão extrajudicial corroborada pelos depoimentos das vítimas, familiares e vizinhos — Condenação mantida.

Dosimetria — Cumulação das majorantes relativas à ascendência e ser o agente casado — Incompatibilidade — Adequação da reprimenda para afastar a causa especial de aumento prevista no art. 226, III, do CP.

Concurso material afastado — Aplicação da continuidade delitiva específica (art. 71, parágrafo único) — Norma mais benéfica — Recurso provido em parte.

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso tão-somente para adequar a reprimenda.

Custas na forma da lei.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.019152-3, da comarca de Concórdia (2ª Vara), em que é apelante Osvaldo Klein, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

I — Relatório

Perante o Juízo da comarca de Concórdia (2ª Vara), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Osvaldo Klein, dando-o como incurso nas sanções dos artigos 213 (por duas vezes), c/c artigo 226, II e III, e artigo 71, na forma do artigo 225, § 1º, II, todos do Código Penal, pois, segundo narra a exordial acusatória: “Consta no incluso inquérito policial que a mais ou menos dois anos atrás, o denunciado Osvaldo Klein, em sua casa, no interior do município de Peritiba, nesta Comarca, começou a manter relações sexuais com a vítima J. K., na época com 14 (quatorze) anos de idade, sempre mediante grave ameaça de morte ou de surra, fato este que ocorreu também após a família mudar-se para o interior do município de Alta Bela Vista, também nesta Comarca.

“O denunciado, pai da vítima, arrastava-a para a cama, onde obrigava-a a satisfazer sua lascívia, dizendo para a mesma que queria ensiná-la o que um homem faz com uma mulher.

“Que as conjunções carnavais se repetiram por outras vezes, sempre mediante as severas ameaças de surra ou morte.

“Não bastasse estar o denunciado mantendo relações sexuais com a indigitada vítima J., quando sua outra filha de nome I. K. completou 14 (quatorze) anos, o mesmo, também sob graves ameaças, passou a manter relações sexuais com ela, dizendo para as vítimas e demais membros da família que suas filhas ao completarem 14 (quatorze) anos teriam que manter conjunção carnal com o mesmo.

“O horrendo delito se consumou em relação a esta vítima também por várias vezes, todas mediante violência.

“De se ressaltar ainda que tais acontecimentos eram conhecidos por toda a família, porém, como o denunciado é pessoa agressiva, violenta e possuía uma arma em casa, ninguém atreveu-se a denunciá-lo, sendo que os fatos só chegaram ao conhecimento da autoridade policial, pois quando procurada pelo denunciado para satisfazer sua lascívia, e após ter sido agredida pelo mesmo, a vítima fugiu de casa, escondendo-se na residência do vizinho, o qual fez a denúncia ao Conselho Tutelar e posteriormente à polícia” (fls. 2/4).

Concluída a instrução criminal, restou condenado à pena de 23 (vinte e três) anos, 9 (nove) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, em regime fechado.

Irresignado, o réu interpôs o presente recurso de apelação, pleiteando a absolvição, sob o argumento de que as provas produzidas não são suficientes para fundamentar o decreto condenatório acerca da autoria do delito. Sucessivamente, requer a absolvição do delito quanto à vítima I. K. e a exclusão da continuidade delitiva.

Contra-arrazoados, ascenderam os autos a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

II — Voto

Trata-se de irresignação acerca da sentença que condenou o réu à pena de 23 (vinte e três) anos, 9 (nove)

meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Preliminarmente, cumpre retificar o erro material existente na sentença. Com efeito, verifica-se que quando da aplicação da pena irrogada, o Magistrado a quo utilizou-se da agravante genérica disposta no art. 61, II, e (contra descendente) do CP, e, na parte dispositiva, referiu-se à causa especial de aumento de pena prevista no art. 226, III (se o agente é ascendente), do CP.

Destarte, mencionado equívoco pode ser corrigido, de ofício, a qualquer tempo, inclusive nesta instância recursal. Nesse sentido: "Erros materiais constatados na sentença não passam em julgado, sendo passíveis de correção a qualquer tempo, inclusive ex officio pelo próprio juiz" (RT 651/295).

Assim, retifica-se o dispositivo da sentença no qual o douto Magistrado a quo referiu-se à infração do artigo 213 c/c o artigo 224, a, e ainda com o artigo 226, II e III, c/c o artigo 71, todos do Código Penal, para a sanção do artigo 213 c/c o artigo 224, a, c/c o artigo 61, II, e ainda do artigo 226, III, c/c o artigo 71, todos do Código Penal.

Pleiteia o acusado a absolvição sob a alegação de que a sentença baseou sua condenação apenas nos testemunhos das vítimas, que estão destituídos de qualquer outra prova.

A materialidade do delito está estampada nos autos pelo exame de corpo de delito de fls. 16/18.

A autoria, da mesma forma, evidencia-se pelos depoimentos das vítimas (fls. 8 a 11 e 99/100); membros do Conselho Tutelar (fls. 12 a

15); de seus familiares (I. — fl. 44, F. K. — fls. 50/51 e 97/98); das declarações de vizinhos (J. F. — fl. 46 e 101, I. A. — fl. 47, E. A. — fl. 48), além da confissão do réu em ambas as fases processuais (fls. 53/54 e 88). Embora em Juízo tenha negado a autoria com relação à filha I., extrajudicialmente confessou sua conduta ilícita, vejamos:

"que o declarante afirma que manteve relação sexual com suas filhas J. e I. (...) que com I. o declarante começou a mexer no final do ano passado, a qual o declarante levou para o quarto delas, também para lhe ensinar como faz o homem com a mulher, e ela também era virgem, e não chegou a pôr 'seu pau tudo dentro dela; que o declarante informa ainda que somente duas o declarante quis ensinar, como faz um homem como uma mulher, diz que com as outras filhas que tem em casa não pretende fazer isso (...)" (fl. 53).

A retratação do réu em Juízo não merece nenhum respaldo, uma vez que totalmente divorciada do contexto probatório.

As vítimas demonstraram coerência em suas declarações, tanto na fase policial como em Juízo. Os depoimentos de J. mostram-se coerentes entre si, deixando claro que em momento algum consentiu no ato:

"que o pai da declarante já manteve relações sexuais com a declarante três vezes; que a primeira relação sexual foi quando a declarante tinha 15 para 16 anos de idade; que a declarante não manteve relação sexual com nenhum outro homem durante toda a sua vida; que anteriormente à consumação do ato sexual do réu com a declarante o mesmo já

havia tendo yyyyyyyyyÜ,Î-ãü despi-
do várias vezes; que em algumas oca-
siões a declarante conseguiu fugir pela ja-
nela e em oportunidades ã mãe da
declarante acudiu-lhe aos gritos; que a
declarante sempre obedeceu às ordens
paternas; que a declarante respeitou a au-
toridade paterna e sempre teve medo do
pai; que a declarante nunca quis manter
relação sexual com o pai; que a declara-
nte nunca consentiu que o pai mantivesse
relação sexual consigo; que para manter
relações sexuais com a declarante, nas
três oportunidade o réu segurava a decla-
rante 'bem forte'; que o réu chegava a er-
guer a declarante pelo pescoço para obter
a relação sexual; que o réu também agre-
dia a declarante para obter a relação se-
xual; que o réu também ameaçava de
morte a declarante e a mãe, tanto para
manter as relações sexuais com a decla-
rante, tanto para dizer-lhe que não deveri-
am declarar o que aconteceu (...) a decla-
rante mede aproximadamente 1,55 de
altura e é de constituição física franzina,
sendo consentimento de todos presentes
que não excede 42kg (aproximadamente)
(...) que é verdade que na primeira vez em
que o pai manteve conjunção carnal com
a declarante, o mesmo arrastou a decla-
rante para a cama do casal, ameaçou a
declarante, e praticou o coito; que a decla-
rante sentiu dor e teve sangramento como
decorrência da penetração; que certa
ocasião em que a família se encontrava
reunida o réu mencionou expressamente
que 'quando nós fízéssemos 14 anos ele
iria pegar todas nós, só a pequenininha
ia ficar de fora'" (fl. 99).

Das declarações da vítima I. K.
consta:

"que o pai da declarante já
manteve relações sexuais com a de-
clarante várias vezes; que a primeira
relação sexual foi quando a declara-

te tinha 14 anos de idade; que a decla-
rante não manteve relação sexual
com nenhum outro homem durante to-
da a sua vida; que em algumas oca-
siões a declarante conseguiu fugir;
que a mãe da declarante viu o pai
mantendo relações sexuais com a de-
clarante em 2 oportunidades; que a
declarante sempre obedeceu as or-
dens paternas; que a declarante sem-
pre respeitou a autoridade paterna e
sempre teve medo do pai; que a de-
clarante nunca quis manter relação
sexual com o pai; que a declarante
nunca consentiu que o pai mantivesse
relação sexual consigo; que para
manter relações sexuais com a decla-
rante, nas três oportunidades o réu se-
gurava a declarante; que o réu chegou
a pegar a declarante pelo pescoço pa-
ra obter a relação sexual; que a decla-
rante se sentiu asfiziada; que o réu
também agredia a declarante para ob-
ter a relação sexual; que o réu tam-
bém ameaçava de morte a declarante
e a mãe (...) que a declarante confirma
e ratifica que o réu mantinha relações
sexuais com a declarante introduzin-
do-lhe o pênis na vagina 'algumas ve-
zes', em ocasiões e lugares distintos
(...)" (fl. 100).

Ademais, em se tratando de cri-
mes contra a liberdade sexual a pala-
vra da vítima tem relevante valor de
convicção, ainda mais estando ela
corroborada pelo depoimento das di-
versas testemunhas, como é o caso
em questão.

Colhe-se da jurisprudência:

"Nos crimes contra os costumes,
quase sempre praticados sem a pre-
sença de testemunhas, as declarações
da ofendida têm valor probante, máxi-
me quando encontram apoio em outros

elementos de prova existentes nos autos, como a admissão pelo agente da prática dos atos, além de testemunhos sérios e não contraditados” (Apelação Criminal n. 96.008353-7, de Canoinhas, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

No sentido de corroborar a palavra das vítimas, vale transcrever as declarações de sua mãe:

“que já viu o réu mantendo relações sexuais com a filha J. ‘umas duas vezes’; que também viu o acusado mantendo relações sexuais com a filha I. uma vez; que durante as relações sexuais a declarante sempre procurou intervir para impedir o ato, mas invariavelmente a declarante era imediatamente ameaçada pelo réu de que a declarante e as filhas seriam mortas caso houvesse qualquer menção ao fato e caso não fosse permitida a prática do ato sexual (...) que as filhas J. e I. sempre tiveram muito medo do pai; que além da relação sexual que a declarante presenciou que o réu teve com a filha I., viu que numa ocasião o réu levou a filha para um local retirado na roça, a pretexto de plantar milho; que mais tarde a filha contou que o pai tentou estuprá-la, chegando a desferir-lhe um soco na boca para tanto (...) que já viu o réu ‘umas par e vezes’ agredir fisicamente a filha J. ‘para dar para ele’, que o réu inclusive já asfixiou a filha J. com as próprias mãos em torno do pescoço para obter relação sexual (...)” (fl. 97).

Sendo assim, os depoimentos prestados e, ainda, os laudos periciais de fls. 16/18, deixam estreme de dúvidas a autoria e materialidade do crime, bem como a continuidade delitiva. Não encontrando respaldo as alegações do réu de que sua filha J. havia consenti-

do nas relações sexuais e de que não mantivera conjunção carnal com I.

Não tendo sido desacreditadas as afirmações das vítimas e encontrando-se apoiadas no elenco probatório, a condenação do acusado pela prática de estupro continuado contra suas filhas J. e I. é medida que se impõe.

No entanto, a reprimenda aplicada merece reparos.

O douto Magistrado sentenciante aplicou na segunda fase da dosimetria a agravante prevista no artigo 61, II, alínea e, do CP (ter o agente cometido o crime contra descendente), elevando a pena em 1 (um) ano e 1 (um) mês de reclusão. Verifica-se, ainda, que na terceira fase foi aplicada ao réu a causa especial de aumento prevista no art. 226, inciso III, tendo em vista ser o agente casado.

Contudo, tem-se por inaplicável a fixação de referidos aumentos conjuntamente, uma vez que o objetivo da lei, no que tange ao art. 226, III, do CP, seria a punição ao agente, pelo fato de não poder reparar o delito pelo casamento. Contudo, dita reparação não seria possível, por ser o agente pai das vítimas, circunstância esta já punida nos termos do art. 226, II, do CP. In casu, o Magistrado a quo migrou referida causa especial de aumento de pena para a segunda fase — art. 61, II, e, em vez de 226, II — tendo em vista a incompatibilidade das duas causas de aumento de pena (art. 226, II e III).

Nesse sentido, tem decidido esta Egrégia Corte:

“Estupro — Dosimetria — Inaplicabilidade da causa de especial aumento descrita no art. 226, III, do Codex penal, quando reconhecida a incidência do inciso II do citado artigo

— Adequação da sanção que se impõe — Pedido deferido.

“Sendo o agente pai da vítima, evidentemente não poderia reparar o mal que causou pelo casamento, não se justificando, destarte, a cumulatividade da incidência dos incisos II e III do art. 226 do CP” (Revisão Criminal n. 98.007413-4, de Rio do Sul, rel. Des. Jorge Mussi).

Ainda:

“Revisão criminal — Estupro — Incidência cumulativa das causas de especial aumento previstas nos incisos II e III do art. 226 do Código Penal — Exclusão daquela relativa ao fato de ser o agente casado, por incompatibilidade com a ascendência — Pedido deferido para reduzir a pena irrogada ao requerente.

“Se o agente pratica crime de estupro contra a própria filha, incidindo contra o mesmo a causa de especial aumento do art. 226, II, do CP, fica inviável a cumulação desta com a prevista no inciso III, do mesmo dispositivo, pois a primeira já torna impossível a reparação do mal pelo casamento” (Revisão Criminal n. 98.009299-0, de Videira, rel. Des. José Roberge).

Em conseqüência, afastando-se uma das causas (de ser o agente casado), ainda que a remanescente seja a do art. 61, II, e, do CP, esta deve transmutar-se ao art. 226, II, do mesmo diploma, porquanto deve figurar tão-somente na terceira fase. Assim sendo, afasta-se a causa especial de aumento prevista no artigo 226, III, do CP, por incompatível com aquela prevista no inciso II, do mesmo artigo, que deve subsistir.

Por derradeiro, verifica-se que o douto Magistrado a quo aplicou ao

caso concurso material, totalizando uma reprimenda de 23 (vinte e três) anos, 9 (nove) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão.

Contudo, com o advento da Lei n. 7.209, de 11/7/84, possibilitou-se o reconhecimento da continuidade delitiva aos crimes que envolvem bens personalíssimos de vítimas diversas, acrescentando ao artigo 71, do CP, o parágrafo único, que reza: “Nos crimes dolosos contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70, e do art. 75 deste Código”.

Dessa forma, tendo esta regra, in casu, caráter mais benéfico para o réu, deve ser aplicada em detrimento do concurso material.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio de decisão do eminente Ministro Pedro Acioli, esposou tal entendimento. Vejamos:

“Penal. Recurso especial embasado em dissenso pretoriano. Art. 71 do Código Penal. Continuidade delitiva: 1) Crimes de estupro e atentado violento ao pudor contra uma mesma vítima; 2) Crime continuado em vários estupros contra vítimas diferentes; 3) Atentados violentos ao pudor, em continuidade, contra vítimas diferentes. Fixação da pena.

“(…)”

“II — Consoante regra do parágrafo único do art. 71 do Código Penal, é possível a ocorrência de crime

continuado entre delitos que lesem interesses jurídicos pessoais, ainda que praticados contra vítimas diversas. Dessa forma, a reforma penal admitiu o nexo de continuidade entre homicídios, lesões corporais ou roubos contra vítimas diversas, podendo o juiz, de acordo com as circunstâncias judiciais do art. 59, caput, aumentar a pena de um dos delitos até o triplo, observados dois princípios: a pena não pode ser superior a que seria imposta se o caso fosse de concurso material e o seu cumprimento não poderá ser superior a trinta anos (...)" (REsp n. 38332/SC, 6ª Turma, j. 26/9/94).

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal adotou a aplicação da nova regra:

"Crime continuado. Direito penal intertemporal. Tentativa de homicídio qualificado contra vítimas diferentes. Reconhecimento da continuidade delitiva pelo acórdão recorrido, segundo a lei da época de sua prolação (art. 51, § 2º, do CP de 1940). Recurso extraordinário do Ministério Público, visando o afastamento da continuidade e conseqüente majoração da pena, pelo reconhecimento de concurso material de delitos, segundo a jurisprudência contemporânea do STF. Superveniência, porém, da Lei n. 7.210, de 11/7/84 (sic) (art. 71, parágrafo único). Recurso conhecido pela letra d, mas improvido, diante do direito superveniente e do acréscimo que se fixara no aresto recorrido.

"Em face da Lei n. 7.210, de 11/7/84 (sic), que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal 1940 (art. 71, parágrafo único), é possível o reconhecimento de continuidade delitiva em hipótese de tentativa de homi-

cídio contra vítimas diferentes" (ReCr. n. 103.315-1/SP, rel. Ministro Sydney Sanches, j. em 10/2/87).

Sendo assim, há que se afastar a incidência do concurso material, para aplicar ao caso o parágrafo único do artigo 71 qual seja, a continuidade delitiva específica.

Com relação ao quantum a ser aplicado no aumento da reprimenda, é válido ainda transcrever parte do voto do eminente Ministro Sydney Sanches:

"9. A respeito da inovação, anotou Damásio E. de Jesus, em seus Comentários ao Código Penal — Parte Geral — De acordo com a Lei n. 7.209, de 11/7/84, Ed. Saraiva, 2ª tiragem, 1985, vol. 2/686: 'A circunstância de os delitos componentes atingirem bens jurídicos pessoais não impede a continuação. Entretanto, cumpre observar o disposto no parágrafo único do art. 71'.

"Depois de transcrevê-lo, acrescenta: 'Assim, admite a reforma penal nexo de continuidade entre homicídio, lesões corporais ou roubos contra vítimas diversas, podendo o juiz, de acordo com as circunstâncias judiciais do art. 59, caput, aumentar a pena de um dos delitos até o triplo, observados dois princípios: a pena não pode ser superior à que seria imposta se o caso fosse de concurso material e o seu cumprimento não poderá ser superior a 30 (trinta) anos. Ficou, assim, prejudicada a Súmula 605 do STF'.

"10. Paulo José da Costa Júnior fez algumas outras considerações:

'O parágrafo único do art. 71, ao admitir a continuidade criminosa nos casos em que fossem atingidos bens personalíssimos, inovou, também, em questão de tratamento punitivo

vo: possibilitou fosse triplicada uma das penas, se idênticas; ou a mais grave, se diversas.

‘Como observa Alberto Silva Franco, ‘a exacerbação da pena não é, contudo, nem automática, nem ilimitada. Não é automática porque não basta o preenchimento dos pressupostos legais para que seja o acréscimo de cogente aplicação’ (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, considerações do art. 71, cit., n. 9.02). O magistrado haverá de levar em conta para a aplicação do aumento na pena, afora o número de infrações cometidas, os requisitos enumerados em lei: ‘a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias’ dos crimes praticados de forma continuada.

‘Também não poderá o acréscimo ser ilimitado. Desse modo, o aumento não poderá ultrapassar a margem prevista para o concurso material de crimes, nem o limite máximo de 30 (trinta) anos de reclusão. Um instituto concebido para favorecer o réu não poderá condená-lo a uma pena que supere a aplicação da regra do concurso material (quot delicta, tot poena).

‘O legislador, ao fixar o aumento, limitou-se a estabelecer o teto (triplo), sem se preocupar com o grau mínimo. Pode, portanto, o juiz crescer a pena de quanto lhe pareça justo, de um dia ‘até o triplo’, como reza a lei. É a forma que o legislador adotou para melhor individualizar a pena adequando o aumento à culpabilidade e à personalidade do agente. A decisão judicial haverá de ser suficientemente motivada, levando em consideração todos os elementos constantes do mandamento legal. Cabe ao juiz da

execução penal a ‘soma ou unificação de penas’, conforme dispõe o art. 66, III, da Lei de Execução Penal.

‘Como o dispositivo é favorável ao acusado, poderá retroagir aos casos julgados, perpetrados anteriormente à entrada em vigor do novo estatuto penal’ (Paulo José da Costa Júnior, Comentários ao Código Penal — Parte Geral — Lei n. 7.209, de 11/7/84, Ed. Saraiva, 1986, vol. 1/369 e 370, item 9: vol., tb., Comentários à Nova Parte Geral do Código Penal, de José Rodrigues Pinheiro, Ed. Saraiva, 1985, págs. 94 e 95).

“11. Quanto a uma de suas observações sobre o mínimo do acréscimo resultante da continuidade delitiva na hipótese do parágrafo único do art. 71, lembra Paulo José da Costa Júnior a opinião contrária de Damásio E. de Jesus, externada em O Estado de São Paulo de 7/4/85, e para quem ‘o mínimo legal de aumento está contido na cabeça do art. 71: de 1/6 (um sexto)’ (v. Paulo José, ob. cit., pág. 370, nota 211)” (acórdão citado).

Dessa feita, diante da falta de regulamentação pelo legislador quanto ao mínimo legal a incidir sobre a pena, adoto o entendimento de que deve-se aplicar, analogicamente, como mínimo legal o caput do artigo 71, qual seja, 1/6 (um sexto).

Passo à dosimetria da pena, que é idêntica a ambas as vítimas.

Na primeira fase, deve ser mantida a pena-base aplicada na sentença, qual seja, 7 (sete) anos de reclusão, em decorrência da análise das circunstâncias judiciais realizada pelo Magistrado a quo, salientando-se as consequências provenientes dos delitos que ensejam severidade no quantum.

Na segunda fase da dosimetria, converte-se a agravante do artigo 61, II, e, do CP, para a causa especial de aumento do art. 226, II, do mesmo diploma, pelas razões já declinadas, que subsiste em detrimento da causa especial do inciso III, majorando-se a pena em $\frac{1}{4}$ (um quarto), somando 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Presente, ainda, na terceira fase, a causa especial de aumento pela continuidade delitiva do artigo 71, caput, do CP, eleva-se a reprimenda em $\frac{1}{6}$ (um sexto), totalizando 10 (dez) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, uma vez que a vítima fora estuprada pelo pai por diversas vezes.

Finalmente, em virtude da continuidade delitiva específica (art. 71, parágrafo único), decorrente da pluralidade de vítimas (duas filhas), tendo em vista as circunstâncias judiciais analisadas na sentença, a culpabilidade e a personalidade do réu, bem como as graves conseqüências do delito e, con-

siderando-se, conforme já explanado, que o mínimo a ser majorado é de $\frac{1}{6}$ (um sexto), aumenta-se a pena em $\frac{1}{3}$ (um terço), tornando a pena do réu definitiva em 13 (treze) anos 7 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

III — Decisão

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso tão-somente para adequar a reprimenda.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, tendo lavrado o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 31 de outubro de 2000.

Jorge Mussi,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

RECURSOS DE AGRAVO

RECURSO DE AGRAVO N. 01.001260-5, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Amaral e Silva

ECA — Direito penal juvenil — Adolescente — Ato infracional — Homicídio qualificado — Medida socioeducativa de internação — Pretendida substituição por semiliberdade — Parecer favorável da equipe técnica da entidade educacional — Fuga após a interposição do recurso — Correta decisão que mantém a interna-

ção — Ausência de manifestação do ministério público e falta de fundamentação — Nulidades inocorrentes — Decisão mantida — Recurso desprovido.

Somente é indispensável à validade do processo, sob pena de nulidade, a intimação do representante ministerial para intervir, não se exigindo que sua manifestação seja real, eficaz ou proveitosa.

Não padece de nulidade decisão que, apesar de sucinta, demonstra, de maneira clara e objetiva, os motivos de convicção do magistrado.

Parecer da equipe técnica não obriga o juízo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 01.001260-5, da comarca de São José, em que é recorrente A. M. dos S., sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de recurso de agravo interposto por A. M. dos S. contra a r. decisão do Juiz a quo que, não obstante a avaliação psicopedagógica-social favorável à substituição da medida socioeducativa de internação pela de semiliberdade, manteve a medida, que fora imposta em regular procedimento no Juízo da Infância e Juventude da comarca de São José.

Pretende o recorrente, em síntese, a nulidade da decisão, por ausência de parecer do Ministério Público acerca da possibilidade de substituição da medida e insuficiência de fundamentação por parte do Magistrado que teria desprezado a avali-

ação dos órgãos técnicos do estabelecimento educacional.

Nas contra-razões, o Dr. Promotor solicitou traslado do ofício dando conta da evasão do adolescente. No mérito, opinou pela reforma da decisão, porquanto a manifestação ministerial acerca da substituição é obrigatória, implicando em nulidade a sua ausência.

No despacho de sustentação, o Dr. Juiz manteve a decisão pelos próprios e jurídicos fundamentos (fls. 45/46).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso em face da deserção. Caso não seja esse o entendimento, é pelo desprovimento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

Tem-se dos autos que ao adolescente A. M. dos S. foi imposta medida socioeducativa de internação pela prática do ato infracional de homicídio qualificado pelo motivo fútil. Durante a execução da medida, o Centro Educacional São Lucas, em

cumprimento ao disposto no art. 121, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, encaminhou ao Juízo a quo os relatórios (fls. 28/30) elaborados pela equipe técnica da instituição com vistas à reavaliação da reprimenda, sendo que, em razão da proximidade dos festejos de final de ano, conjuntamente, enviou solicitação para que o adolescente fosse autorizado a passar o Natal e o Ano Novo com a família (fl. 31). O Dr. Promotor de Justiça, com vista dos autos, achou por bem manifestar-se apenas quanto à solicitação de saída temporária do adolescente, deixando de se pronunciar acerca da possibilidade de substituição da medida pela semiliberdade que havia sido proposta pela equipe técnica. Em decisão fundamentada, o Dr. Juiz autorizou a saída do internado para os festejos natalinos e, entendendo não ser prudente, ainda, a progressão para regime menos rigoroso, manteve a internação, destacando a possibilidade de reavaliação da medida a qualquer tempo, desde que haja razões que a justifiquem (fl. 33).

1 — Não há nulidades a ser sanadas.

Quanto à ausência de manifestação do Dr. Promotor acerca da possibilidade de substituição da medida socioeducativa, observo que é indispensável para a validade do processo a intimação do representante ministerial para intervir, não se exigindo que sua manifestação seja real, eficaz ou proveitosa.

O que enseja nulidade, nas ações em que há obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, é a falta de intimação do seu representante, não a falta de efetiva manifestação

deste" (REsp n. 5.469/MS — rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — j. 20/10/92 — DJU 23/11/92).

No caso, o Dr. Promotor teve oportunidade de se manifestar a respeito da matéria, mas não o fez, inexistindo nulidade, como observou o culto Procurador de Justiça, Dr. Hipólito Luiz Piazza:

"(...) a intervenção do Ministério Público não deixou de ser observada, havendo ocorrido, apenas, e por certo 'equivoco' do Promotor de Justiça oficiante ao limitar a sua manifestação à pretendida autorização para a 'saída' do menor a fim de passar as festas de final de ano com seus familiares, descurando-se, entretanto, em relação à postulação objeto do agravo. Efetivamente, vê-se, pela documentação de fls. 27/31/32, que a 'vista' ao Promotor de Justiça abrangia as duas postulações, restando certa a intervenção ministerial no feito, não obstante a omissão da manifestação relativa ao pedido de 'progressão'".

Ademais, a omissão ministerial não acarretou nenhum prejuízo ao recorrente, haja vista que, mesmo diante dos pareceres favoráveis da equipe técnica, o Dr. Juiz entendeu por manter a medida aplicada.

Note-se que o parecer da equipe técnica da instituição de internação não obriga o Magistrado que, no caso, ainda que sucintamente, demonstrou suficientemente os motivos de sua convicção, apontando, de maneira clara e objetiva, os motivos pelos quais rejeitou a substituição.

Fundou sua convicção na natureza e nas circunstâncias do ato infracional, afirmando serem "de extrema gravidade", bem como na "situação

pessoal do adolescente”, fatores estes que, no entender do Julgador, tornam “prematura a extinção ou substituição da medida socioeducativa aplicada a A. M. dos S.”.

O ato infracional praticado pelo menor, tanto foi grave que o tipo penal que descreve a conduta perpetrada por ele (art. 121, § 2º, II, do CP) é classificado como “crime hediondo” (Lei n. 8.072/90), implicando no cumprimento da reprimenda, pelos adultos, em regime integralmente fechado.

Por outro lado, relativamente à condição pessoal do adolescente, reforça a conclusão de que não reunia, mesmo, condições de reintegração ao convívio social, o fato de que dias após a interposição do presente recurso, evadiu-se da entidade educacional (fl. 44). Note-se que a fuga, em se tratando da norma aplicável aos imputáveis, além de caracterizar a deserção (art. 595 do CPP), obstando o conhecimento do inconformismo, implicaria em falta disciplinar grave, prevista na Lei de Execuções Penais (art. 50, II) obstando a progressão do regime prisional.

Visto isso, concluo que a manutenção da medida foi acertada, porquanto a colocação em curto espaço de tempo do recorrente, autor de ato infracional gravíssimo, em regime de semiliberdade, importaria em risco à sociedade e também ao adolescente, que demonstrou não estar ainda apto ao convívio social.

2 — Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Negaram provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 26 de junho de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

RECURSO DE AGRAVO N. 01.002630-4, DE CURITIBANOS

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal — Livramento condicional — Reincidência específica em crime hediondo — Primeiros crimes cometidos antes da vigência da Lei n. 8.072/90 — Irrelevância — Recurso desprovido.

A reincidência específica gera a impossibilidade do livramento condicional.

Tratando-se de reincidente específico, a circunstância de os dois primeiros crimes terem sido cometidos antes da vigência da Lei

n. 8.072/90 e o segundo após, nada interfere quanto às conseqüências decorrentes da hediondez.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 01.002630-4, da comarca de Curitiba, em que é recorrente Paulo José Soares, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de recurso de agravo interposto contra a r. decisão que indeferiu, com base nos arts. 83 do Código Penal e 131 da Lei n. 7.210/84, livramento condicional.

Alega o recorrente, em síntese, que tendo cometido os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor (Processo n. 192/84) antes da Lei n. 8.072/90, e os outros após (Processo n. 288/90), a circunstância descaracteriza a reincidência específica para o efeito da hediondez.

Também em resumo, diz o Dr. Promotor, que a reincidência específica em crimes hediondos impossibilita a concessão de livramento condicional, devendo a decisão ser mantida.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

II — Voto

1 — Mantenho a decisão pelos próprios e jurídicos fundamentos, aduzindo mais os seguintes:

Dispõe o art. 83 do Código Penal, in verbis:

“O juiz poderá conceder o livramento condicional ao condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

“(…)”

“V — cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crime dessa natureza” (grifei).

Não há como se conceder o benefício ao apenado por tratar-se de reincidente específico.

Segundo consta dos autos, o recorrente conta com três condenações por crimes sexuais, a saber:

— Processo n. 192/84: os fatos ocorreram entre os meses de abril a maio de 1984, restando o acusado condenado por infração aos arts. 213, 214, c/c os arts. 223, 224, letra a, e art. 71, parágrafo único, todos do Código Penal. A sentença transitou em julgado em 24/1/87 (fls. 50/51).

— Processo n. 288/90: restou condenado pela prática de estupro e de atentado violento ao pudor, ocorridos em meados de novembro de 1990, cujo acórdão transitou em julgado em 20/11/91 (fl. 29).

— Processo n. 44/91: foi condenado pelo delito de atentado violento ao pudor, ocorrido entre os dias 6 e 8 de novembro de 1990, tendo a sentença transitado em julgado no dia 13/4/93 (fls. 30/31).

A simples circunstância de os dois primeiros crimes sexuais (Processo n. 192/84) terem sido cometidos antes da vigência da Lei dos Crimes Hediondos, que passou a vigorar em 26 de julho de 1990, é indiferente.

Note-se que quando da ocorrência dos delitos referentes ao Processo n. 288/90, ou seja, em meados de novembro, a Lei n. 8.072 já vigorava.

Desse modo, sendo o apenado reincidente específico em crimes hediondos, submete-se às limitações decorrentes da natureza repulsiva de tais delitos.

Julio Fabbrini Mirabete ensina:

“Deve-se anotar que, embora a Lei n. 8.072 seja mais severa que a anterior, não é indispensável para a aplicação do dispositivo em exame que o crime pressuposto da reincidência tenha ocorrido na sua vigência. O que gera a impossibilidade do livramento condicional é a reincidência, e esta é a prática do segundo fato criminoso. Se este é realizado já na vigência da nova lei, esta lhe é anterior e vai regê-lo, em relação à pena e, em consequência, também no referente à concessão do livramento condicional. O que a Constituição Federal obriga, quanto às consequências penais, eventualmente mais gravosas, do crime, é a anterioridade da lei ao fato criminoso. Assim, ainda que o crime pressuposto, da mesma natureza, tenha ocorrido na vigência da lei anterior,

or, fica vedada ao autor do delito a concessão da liberdade antecipada quando cometeu o segundo ilícito após estar em vigor a Lei n. 8.072/90” (Execução Penal, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pág. 453).

Neste Tribunal:

“Recurso de agravo. Livramento condicional — Art. 83, V, do CP. Tráfico de drogas. Cumprimento de 2/3 da pena, mas reincidência específica caracterizada. Irrelevância se crime anterior foi praticado antes da vigência da Lei n. 8.072/90. Desprovisão” (RA n. 99.000172-5, da Capital, rel. Des. Genésio Noll).

“A reincidência específica impeditiva do livramento condicional de que trata o inciso V do artigo 83 do CP caracteriza-se com o cometimento do segundo crime, sendo irrelevante que a prática do primeiro delito ou o trânsito em julgado da sentença condenatória deste tenha ou não ocorrido após a entrada em vigor da Lei dos Crimes Hediondos” (RA n. 99.010429-0, de Curitiba, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Do paradigma:

“Não prospera o argumento expendido pelo agravante no sentido de que não se poderia ter como caracterizada a reincidência específica em crimes de narcotráfico, em vista de o primeiro delito ter sido cometido antes da vigência da Lei n. 8.072/90, que acrescentou o item V ao artigo 83 do Código Penal, que dispõe:

‘V — cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apena-

do não for reincidente específico em crimes dessa natureza’.

“De fato, constata-se que o agravante, quando do cometimento do crime de tráfico de entorpecentes pelo qual cumpre pena, já havia sido anteriormente condenado pela mesma infração (sabe-se disto, pela sentença e acórdão, mas não há nos autos prova da data do cometimento do mesmo), sendo reincidente específico em crime dessa natureza; em consequência, de acordo com dispositivo legal supramencionado, é-lhe vedada a concessão do livramento condicional.

“É que, muito embora a disposição contida na parte final do inciso V do art. 83 do Código Penal tenha passado a vigorar a partir da edição da Lei n. 8.072/90, tal circunstância não desnatura a configuração da condição de reincidente específico do agravante, que perfectibilizou-se no momento da prática da segunda infração, já sob a vigência da lei nova (13/11/94), e não por ocasião da sentença condenatória referente ao primeiro delito.

“A respeito, ensina Antônio Lopes Monteiro, em sua obra Crimes Hediondos, Ed. Saraiva, 1991, pág. 108:

‘Entendemos nós que o delito anterior pelo qual foi condenado por sentença transitada em julgado, não tenha de ser necessariamente cometido após a entrada em vigor da Lei n. 8.072/90, sendo suficiente que seja daqueles elencados no dispositivo aqui comentado. É que o criminoso torna-se reincidente, específico ou não, no momento do cometimento do segundo delito. Não é a prática do primeiro delito, tampouco o trânsito em julgado da sentença condenatória desse

delito, que caracteriza a reincidência, mas o cometimento do segundo’.

De outro lado, como bem acentuou o culto Procurador de Justiça Dr. Luiz Fernando Sirydakís:

“Assim não fosse, o disposto no parágrafo único do referido artigo 83, também impede a concessão do benefício, porquanto nele estatuído que ‘Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir’, e, conforme salientado na decisão democrática, especificamente a respeito: ‘Por outro lado, trata-se de sentenciado de péssimos antecedentes criminais, que registra em seu histórico prisional a ocorrência de interrupção no cumprimento da pena de 10 meses e 22 dias, resultado de evasão. Considerando que os delitos praticados pelo sentenciado contaram com violência ou grave ameaça a pessoas, foi o mesmo submetido ao exame criminológico, peça fundamental para o convencimento do Magistrado, especialmente com relação à questão reincidência, que no caso presente lhe foi totalmente desfavorável, já que o perito considerou tratar-se de ‘sentenciado reincidente em crime sexual, sua conduta carcerária não tem sido boa e ao exame fez escassa crítica de sua história criminal que está a indicar sérios desvios de personalidade’, conforme se verifica à fl. 7’ (destaque nosso).

“Dessa forma, embora as ponderáveis alegativas apresentadas em suas razões e onde foi dado ênfase ao fato das condenações anteriores terem

antecedido a vigência da Lei n. 8.072/90, iniludível, repita-se, que presente se encontra a figura da reincidência específica, bem como que não apresenta o agravante condições pessoais para ver-se agraciado com o benefício do livramento condicional, e, em sendo assim, por expressa disposição legal impedir a concessão do benefício pleiteado, correta foi a decisão atacada e, conseqüentemente, não há como dar-se guarida à pretensão recursal”.

2 — Pelo exposto, nego provimento.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Negaram provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Noll e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 26 de junho de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

RECURSO DE AGRAVO N. 00.020098-0, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Execução penal — Progressão de regime — Roubo qualificado pela lesão grave (art. 157, § 3º, 1ª parte, do Código Penal) — Crime não classificado como hediondo — Pedido de progressão indeferido com base no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 por entender ser o referido delito considerado hediondo — Impossibilidade — Violação ao princípio da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX, e CP, art. 1º) — Recurso provido para cassar a decisão

O princípio da reserva legal, consagrado no art. 1º do CP e constitucionalizado no art. 5º, XXXIX, da CF/88, garante descrição prévia e individualizadora de condutas e sanções na lei penal, atribuindo ao tipo expresso verdadeira função de garantia a impedir generalização.

A Lei n. 8.072/90, no inciso II do art. 1º, ao considerar, de forma expressa, como hediondo o crime de latrocínio previsto no art. 157, § 3º, in fine, do CP, não se estende nem se aplica ao crime de roubo qualificado por lesão corporal grave, inserido na primeira parte do mesmo § 3º do art. 157 do CP.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 00.020098-0, da comarca de Chapecó (2ª Vara Criminal/Execuções Penais), em que é recorrente Ari Ramos, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para cassar a decisão a fim de que outra seja proferida, analisando o pedido.

Custas na forma da lei.

Trata-se de recurso de agravo interposto por Ari Ramos, condenado à pena de cumprimento de 9 (nove) anos de reclusão, em regime “inicial fechado”, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, fixado no valor mínimo, por infração ao art. 157, § 3º, primeira parte, c/c o art. 61, II, d e h, e art. 29, todos do Código Penal, por intermédio da Gerente de Revisões Criminais da Penitenciária de Chapecó, contra a decisão da Dra. Juíza da Vara de Execuções Penais daquela Comarca, que lhe indeferiu o pedido de progressão de regime prisional do fechado para o semi-aberto, sustentando que “se a sentença condenatória, com trânsito em julgado, assegura ao apenado, ainda que equivocadamente, o direito de progressão de regime, é vedado ao juízo de execução e ao tribunal ad quem reformá-la nesse ponto, sob pena de violação da ‘ne reformatio in pejus’”.

O representante do Ministério Público de primeiro grau, em suas contra-razões, pugnou pela manutenção da sentença, ao argumento que além do crime praticado pelo recorrente ser de natureza hedionda, “trata-se de preso com comportamento carcerário aquém do satisfatório, possuindo diversas faltas graves, consis-

tentes em fugas (...) e agressão a outro detento, fatores que demonstram a completa falta de absorção da finalidade corretiva da pena, e tornam imprópria a concessão da regalia pleiteada”.

Mantida a decisão agravada (fl. 48v.), ascenderam os autos este grau de jurisdição, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Valdir Vieira, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, “para anular a r. decisão de primeiro grau, a fim de que a autoridade judiciária analise e julgue o requerimento de progressão de regime proposto pelo recorrente”.

É o relatório.

1. A Lei n. 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos e determina outras providências, estabelece em seu art. 1º, inciso II, que:

“Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, consumados ou tentados:

“I. homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

“II. latrocínio (art. 157, § 3º, in fine); (grifei).

“III. extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

“IV. extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

“V. estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

“VI. atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

“VII. epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

“VII-A. (vetado).

“VII-B. falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput, e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei n. 9.677 de 2 de julho de 1998)”.

A respeito dos tipos penais etiquetados como crimes hediondos, Alberto Silva Franco, em sua mais atualizada obra “Crimes Hediondos”, ensina:

“Oito foram os delitos rotulados como crimes hediondos pela Lei n. 8.072/90: sete estavam incluídos no Código Penal e um (o genocídio), em lei penal extravagante. As figuras típicas de latrocínio, de extorsão qualificada, de estupro, simples e qualificado, de atentado violento ao pudor, simples e qualificado, de epidemia com resultado morte e de envenenamento de água potável, ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificada pela morte, encontram seus preceitos definidores em artigos do Código Penal, e foram especificadas, por sua numeração, na Lei n. 8.072/90” (4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pág. 100).

2. Compulsando-se os autos, verifica-se da sentença (fls. 10/30) e do boletim informativo (fl. 33) que o delito pelo qual restou condenado o recorrente é aquele previsto no art. 157, § 3º, 1ª parte, do CP (roubo qualificado pela lesão grave) e não o da parte final do referido dispositivo (latrocínio — apontado como hediondo).

A Dra. Juíza, ao decidir sobre o incidente de progressão, indeferiu o pedido formulado pelo recorrente “por imposição do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90”, o qual determina que a pena por crime hediondo ou a este equiparado será cumprida em regime integralmente fechado.

Com isso, infere-se que tal decisão deve ser cassada pois da exegese do princípio da legalidade, também conhecido como da reserva legal ou da anterioridade da lei penal, disposto no art. 1º do Código Penal Brasileiro, tem-se que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” — ou seja, não havia como a Dra. Juíza indeferir o pedido de progressão de regime com base na vedação contida na Lei n. 8.072/90 eis que o delito pelo qual o recorrente fora condenado não se encontra entre aqueles rotulados pela referida Lei como sendo hediondo.

Convém destacar que o princípio da legalidade, advindo do enunciado formulado por Anselmo Feuerbach — *nullum crimem, nulla poena sine praevia legem* —, consagrado no art. 1º do Código Penal e constitucionalizado no art. 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição Federal de 1988, garante descrição específica, individualizadora e prévia de condutas e sanções na lei federal (só a União pode legislar direito penal), não bastando simples referência ao bem juridicamente tutelado, nem descrição genérica.

O tipo expresso exerce função de garantia, e esta “só se justifica, do ponto de vista material, desde que especifique a conduta-infração penal. A generalidade é insuficiente. Não alcança a finalidade, para concretamente registrar

a garantia ínsita à prévia descrição do comportamento ilícito penal”, como bem escreveram os doutos Min. Luiz Vicente Cernicchiaro e Prof. Paulo José da Costa Júnior (Direito Penal na Constituição, 2ª ed., SP, RT, 1991, pág. 16); a seguir sentenciam os grandes penalistas contemporâneos:

“A descrição genérica enseja, ao intérprete, liberdade ainda maior. Conseqüentemente, perigosa. Flagrantemente oposta ao mandamento constitucional. O crime não é qualquer ação, mas ação determinada. E determinada na lei” (ob. cit., pág. 17).

É da lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Pelo princípio da legalidade alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o considere como crime. Ainda que o fato seja imoral, anti-social ou danoso, não haverá possibilidade de se punir o autor, sendo irrelevante a circunstância de entrar em vigor, posteriormente, uma lei que o preveja como crime. O também denominado princípio da reserva legal tem, entre vários significados, o da reserva absoluta da lei (emanada do Poder Legislativo, através de procedimento estabelecido em nível constitucional) para a definição dos crimes e cominação das sanções penais, o que afasta não só as outras fontes do direito como as regras jurídicas que não são lei em sentido estrito, embora tenham o mesmo efeito (...).

“(…)

“Em razão do princípio da legalidade é vedado o uso da analogia para punir alguém por um fato não previsto em lei, por ser este semelhante a outro por ele definido” (Manual de Di-

reito Penal, Parte Geral, 16ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, págs. 56/57).

A respeito do princípio da legalidade a jurisprudência estabelece:

“O princípio da legalidade constitui verdadeiro anteparo da liberdade individual, representa autêntica garantia constitucional dos direitos do homem e não deve ser vulnerado sob pretexto algum” (TJSP, RT 558/286 e RJTJSP 74/346).

Ainda:

“O princípio da reserva legal não é mero favor que se faz ao réu. Ele existe como expressão de uma realidade: É moralmente inaceitável apenar-se alguém por uma conduta que era lícita ao ensejo de sua prática. Logo, ou bem a conduta é punível por isso que corresponde ao previsto na lei, ou não o é” (TACrimSP — rel. Juiz Aduino Suannes).

“O princípio da reserva legal é fundamental e inarredável em matéria de restrição da liberdade” (TACrimSP, RT 559/343).

Com isso conclui-se que, não estando o delito de roubo qualificado pelo de lesão grave rotulado como hediondo pela Lei n. 8.072/90, não há como negar ao condenado o direito à progressão de regime para o cumprimento de pena, razão pela qual deve a sentença constante de fls. 43/44 ser cassada para que outra seja proferida, analisando o pedido nos moldes do art. 112 da LEP.

3. Pelo exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento para cassar a decisão e que outra seja proferida, analisando o pedido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves. Lavrou parecer, pela

douta Procuradoria-Geral de Justiça,
o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2000.

Souza Varella,
Presidente com voto;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

RECURSO DE AGRAVO N. 00.016676-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Torres Marques

Execução penal — Recurso de agravo — Detração — Tempo de prisão provisória imposta em processo no qual o réu foi absolvido — Impossibilidade — Inteligência do art. 42 do Código Penal — Necessidade de nexa causal entre os delitos — Decisão mantida — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 00.016676-6, da comarca da Capital (Vara de Execuções Penais), em que é recorrente Jorge Luiz Valente Abreu, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de recurso de agravo interposto pelo reeducando Jorge Luiz Valente Abreu, com fulcro no art. 197 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), contra o decisum prolatado pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da comarca da Capital, que indeferiu pedido de detração de 1 (um) ano, 3 (três) meses e 21 (vinte e um) dias de sua pena.

Alega o recorrente que esteve preso provisoriamente no Presídio da

Capital em cumprimento ao mandado de prisão extraído dos autos do Processo Crime n. 432/95, da Vara Criminal da comarca de São José, pelo período compreendido entre 23 de agosto de 1995 a 28 de novembro de 1996, ou seja, 1 (um) ano, 3 (três) meses e 5 (cinco) dias de privação de liberdade.

Sustenta que foi posto em liberdade em 28 de novembro de 1996, em virtude do advento de sentença absolutória proferida nos autos acima referidos.

Informa, ademais, que em 4 de agosto de 1997 foi novamente segregado (por conta de mandado de prisão em flagrante), permanecendo preso por 16 (dezesesseis) dias, ao que lhe foi concedida liberdade provisória.

Relata que após estes fatos, restou condenado nos autos dos seguintes processos crimes: 1) n. 1/98 (Vara de Exceção Criminal do Estreito) à pena de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão; 2) n. 03991000209-4 (3ª Vara Criminal da comarca de Lages) à reprimenda de 2 (dois) anos de reclusão; 3) n. 03995000426-8, também da

3ª Vara Criminal da comarca de Lages, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, totalizando um quantum de 6 (seis) anos e 7 (sete) meses de reclusão.

Aduz, ao final, que tem direito à detração pretendida, eis que os delitos, pelos quais ora cumpre pena, foram cometidos antes daquelas prisões provisórias.

O agravo foi devidamente instruído com as peças processuais necessárias ao deslinde da quaestio (fls. 19/47).

Oferecidas as contra-razões (fls. 49/51) e mantida a decisão guereada (fl. 53), os autos ascenderam a esta superior instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luis Fernando Sirydakís, pelo desprovemento do recurso (fls. 57/60).

II — Voto

Objetiva o presente recurso a reforma da decisão que indeferiu pedido de detração de pena ao ora recorrente.

Alega o reeducando que se encontra recolhido à prisão desde 16 (dezesseis) de dezembro de 1997, por força de três sentenças condenatórias, a saber: 1) proferida nos autos n. 1/98 (Vara de Exceção Criminal do Estreito), infração ao art. 10, § 3º, IV, da Lei n. 9.437/97 — pena: 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão; 2) decretada nos autos n. 03991000209-4 (3ª Vara Criminal da comarca de Lages), por violação ao art. 155, § 4º, I e IV, c/c art. 63, todos do CP — pena: 2 (dois) anos de reclusão; 3) prolatada nos autos n. 03995000426-8, também da 3ª Vara Criminal da comarca de Lages, por transgressão ao art. 155, § 4º, I, do CP — pena: 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, totalizando

um quantum de 6 (seis) anos e 7 (sete) meses de reclusão (fls. 19/36).

Ocorre que da análise dos documentos que acompanham o presente recurso, depreende-se que além das condenações descritas acima, o recorrente foi também condenado nos autos do Processo Crime n. 154/98 que tramitou na Vara Criminal da comarca de São José, à pena de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 77 (setenta e sete) dias-multa (fls. 37/42), sentença que foi reformada por esta Câmara, nos autos da Apelação Criminal n. 99.000245-4, de São José, julgada em 14 de março do corrente, sendo diminuída a reprimenda, restando definitiva em 5 (cinco) anos e 62 (sessenta e dois) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo.

Sendo assim, o recorrente cumpre penas privativas de liberdade que somadas totalizam 11 (onze) anos e 7 (sete) meses de reclusão e não apenas 6 (seis) anos e 7 (sete) meses, consoante afirma o reeducando.

Feitas essas considerações, tem-se que as duas condenações oriundas da 3ª Vara Criminal de Lages têm por objeto fatos que datam respectivamente, de 26 de abril de 1991 e 7 de junho de 1992 (fls. 19 e 22), data anterior à prisão provisória apontada.

No tocante ao mérito do pedido de detração, importa reproduzir o contido no art. 42 do Código Penal:

“Art. 42: Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no parágrafo anterior”.

Da leitura do citado dispositivo percebe-se que não há menção expressa ao nexos causal ou temporal das prisões a serem detraídas, ficando tal elucidação a cargo da doutrina e jurisprudência.

Nesse sentido, ensina Fernando de Almeida Pedrosa: "A detração consiste no desconto ou compensação, de índole aritmética, que se procede no total da pena definitiva para subtrair-lhe a parcela de tempo em que o sentenciado esteve preso provisoriamente".

Continuando, preleciona:

"Diferentes posições são sustentadas no que se relaciona ao cômputo da prisão provisória.

"1) A prisão deve relacionar-se com o fato objeto da condenação. A respeito:

'O melhor entendimento da doutrina e da jurisprudência firma-se na necessidade de que haja nexos de causalidade entre a prisão provisória e a pena privativa de liberdade' (RHC 2.184-0/SP, STJ, DJU 9/11/91, pág. 20.387).

"2) em oposição ao enunciado acima, admite-se a contagem, decorrente da conexão formal — apuração de dois fatos num mesmo processo — resultando em que, pelo fato ensejador da prisão restou o réu absolvido, sendo condenado pelo outro.

"3) Posição liberal: computa-se o tempo de prisão provisória restando o réu absolvido, em outro processo, caso o fato ensejador deste haja sido

praticado anteriormente à prisão no processo do qual restou absolvido".

Ora, não obstante existirem diferentes posições acerca do instituto da detração, entendo ser necessário o nexos causal entre a prisão provisória e a pena privativa de liberdade, consoante preleciona a primeira corrente.

Nesse sentido, é da jurisprudência: "Detração penal — Inocorrência — Cômputo pretendido do tempo de prisão sofrida pelo recorrente por motivos diversos — Inadmissibilidade — Inexistência de nexos entre o delito originador da prisão atual e os ilícitos que acarretaram as anteriores (...)" (RT 578/432).

Dessa feita, incabível a detração penal almejada.

III – Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 3 de outubro de 2000.

Jorge Mussi,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 01.002917-6, DE PALHOÇA

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Mandado de segurança. Contravenção penal. Infração de menor potencial ofensivo. Incompetência desta Corte para o julgamento do feito. Interpretação do artigo 82 da Lei n. 9.099/95 aliado à disposição constitucional a respeito. Não conhecimento. Remessa à Turma de Recursos competente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 01.002917-6, da comarca de Palhoça, em que é impetrante Cha La La Pizza Comércio Ltda., sendo impetrado o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Palhoça:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, reconhecer a incompetência deste Órgão Recursal para conhecer do pedido, remetendo-se os autos à Turma de Recursos pertinente, cassada a liminar concedida.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato da Dra. Mônica Elias de Lucca Entres, Juíza Substituta, em exercício na comarca de Palhoça que, em despacho exarado no processo que apura responsabilidade de Lucas Cabras Albuquerque, pela prática da contravenção penal prevista no artigo 42, incisos II e III, da lei pertinente, determinou que a Empresa Cha La La Pizza Comércio Ltda., encerre suas atividades às 22 horas, com a proibição de execução de som ao vivo ou mecânico. Ao pedido foram anexadas cópias pela Prefe-

itura Municipal de Palhoça, no qual ficou especificada a natureza das atividades da referida empresa: "Restaurante e Lanchonete com música ao vivo" e Alvará Sanitário. Foi apontada, se cumprida a determinação, a ocorrência de prejuízos financeiros, porquanto a empresa, tendo em vista os festejos carnavalescos, contratou serviços especializados, bem como estoques de bebidas, consoante documentos que anexou.

Diante da situação que se apresentava, havia, sem dúvida, periculum in mora, pois inócuo restaria o direito se reconhecido posteriormente, tendo, inclusive, dúvida sobre a competência para exame da matéria. Em decorrência, a liminar foi concedida. Recebidas as informações, em data de 21 de março, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Hipólito Luiz Piazza, manifestou-se pela "concessão, em definitivo, da segurança pleiteada". Em sua manifestação, Sua Excelência aponta várias decisões que dariam guarida ao seu posicionamento.

É o relatório.

Indispensável, no entanto, o exame da competência para conheci-

mento da matéria, haja vista, agora sem qualquer dúvida, que o ato judicial impugnado foi prolatado em ação penal que diz respeito à infração de menor potencial ofensivo. Segundo preleciona Julio Fabbrini Mirabete, "É competente para conhecer e decidir o mandado de segurança contra ato jurisdicional o tribunal que seria competente para conhecer eventual recurso relativo à causa" (Processo Penal, Editora Atlas, 1998, pág. 744).

Na espécie, a competência seria da Turma de Recursos, nos termos do artigo 82 da Lei n. 9.099/95. Não se olvida que a respeito da matéria há entendimento de que a Turma Recursal somente seria competente para conhecimento de apelação referente às hipóteses expressamente delimitadas "rejeição da denúncia ou queixa e da segurança".

Todavia, embora o artigo 82 refira-se, tão-somente, à apelação, a competência integral é decorrente do sistema implantado pela Constituição Federal, atribuindo o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo a juizados especiais, e, os recursos por turma de juizes de primeiro grau. Fora de propósito atribuir-se a órgãos recursais distintos o exame de situações intimamente ligadas à conduta classificada como de menor potencial ofensivo, cujo exame de mérito, em grau de recurso, caberá à Turma de Recursos. Evidente, por questão de bom senso e harmonia, que as questões periféricas e correlatas também sejam examinadas e julgadas pelo mesmo órgão, sob pena de, não raras vezes, chegar-se a decisões antagônicas.

No que diz respeito ao habeas corpus, instituto que guarda similitude com o mandado de segurança, esta Câmara já decidiu:

"Compete às Turmas Recursais processar e julgar habeas corpus sucedâneo de recuso específico, nas infrações de menor potencial ofensivo" (HC 98.019783-0, da Capital, rel. Des. Álvaro Wandelli, julgado em 25/8/98).

No mesmo sentido: HC n. 98.0010400-9, da Capital, rel. José Roberge, julgado em 8/3/99; HC n. 99.003575-1, de Canoinhas, rel. Des. Jorge Mussi, julgado em 24/3/99; HC n. 00.000840-5, rel. Des. Alberto Costa, julgado em 6/6/2000; HC ns. 99.001827-4, de São José do Cedro, julgado em 9/11/99 e 00.022451-0, de Imaruí, julgado em 9/11/99.

Da similitude entre o habeas corpus e mandado de segurança, nos diz o autor já citado: "Tem o mandado de segurança, disciplinado pela Lei n. 1.533/51, íntima relação com o habeas corpus, já que ambos visam dar proteção imediata ao indivíduo, mas se distinguem pelas suas áreas de incidência. Enquanto este dirige-se a coarctar constrangimento ilegal real ou potencial que possa afetar a liberdade de ir, ficar e vir, aquele visa resguardar direitos, que não o de locomoção. Assim, o seu campo de atuação é definido por exclusão. Onde não cabe habeas corpus cabe mandado de segurança" (autor e obra citados, pág. 732).

Aliás, a íntima relação referida pelo autor emerge do artigo 1º da Lei n. 1.533/51: "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus..."

Em face do exposto, é reconhecida a incompetência deste Órgão Recursal para conhecer do pedido, remetendo-se os autos à Turma de Recursos pertinente, cassada a liminar concedida.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques. Lavrou o parecer, pela dou-

ta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 17 de abril de 2001.

Jorge Mussi,
Presidente;

Maurílio Moreira Leite,
Relator.

RECURSOS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.010967-4, DE TIMBÓ

Relator: Des. Amaral e Silva

Processual penal — Reexame em mandado de segurança — Apreensão da Permissão Para Dirigir pela autoridade policial — Documento relacionado com fato delituoso — Previsão no art. 6º do CPP — Ilegalidade e abuso de poder inexistentes — Segurança cassada — Precedentes jurisprudenciais.

Não configura ilegalidade ou abuso de poder da autoridade policial a apreensão fundamentada de documento relacionado com fato delituoso (art. 6º do CPP).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Mandado de Segurança n. 99.010967-4, da comarca de Timbó, em que é impetrante Airton Tribess, sendo impetrado o Delegado de Polícia da comarca de Timbó:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento à remessa para cassar a segurança concedida.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de reexame em mandado de segurança impetrado contra ato do Delegado de Polícia da comarca de Timbó, que apreendeu a Carteira Nacional de Habilitação de Airton Tribess.

Alegou o impetrante, em síntese, que a apreensão não obedeceu ao devido processo legal; que a autoridade era incompetente para o ato; que a permissão para dirigir é documento de identificação pessoal, só podendo ser recolhida por ordem judicial; que não há motivo para apreensão; e que o termo não está fundamentado.

A segurança foi concedida e os autos encaminhados em reexame.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento da remessa.

II — Voto

1 — A remessa deve ser provida.

Conforme se infere dos autos, a apreensão da Permissão Para Dirigir — PPD de Airton Tribess ocorreu por ordem do Delegado de Polícia da comarca de Timbó com objetivo de instruir os autos de inquérito em que se apurava a falsificação de documentos de habilitação, mais precisamente das autenticações bancárias em guias de recolhimento DAR.

No caso, o inquérito policial, iniciado por requisição do Ministério Público, embasou a denúncia oferecida contra Alcir Anésio Floriani (representante legal da Auto Escola Piloto Ltda.), entre outros, pela prática de crimes fiscais.

Consta da exordial que “Airton Tribess, (...) dirigiu-se até a Auto Escola Piloto Ltda., de responsabilidade do denunciado Alcir Anésio Floriani, também conhecido por ‘Dego’, com a finalidade de obter a Carteira Nacional de Habilitação. Depois de entregar os documentos indispensáveis para a obtenção do documento, a vítima contratou o pagamento de R\$ 100,00 (cem reais), valor que incluía os honorários referentes aos serviços de auto-escola e o pagamento das taxas correspondentes, códigos 2135, para os atos da Secretaria da Segurança Pública, e 9970, para Junta Médica, ambas no valor de R\$ 19,22 (dezenove reais e vinte e dois centavos). Dias após, a vítima foi conduzida até os profissionais da área médica (médicos e psicólogo) para realização dos exames exigidos, bem como, realizou as demais provas que resultaram na obtenção da Carteira Nacional de Habilitação n. 071364058, apreendida às fls. Não obstante a vítima ter sido informada pelo responsável pela Auto Escola Piloto Ltda., de que a taxa correspondente aos atos da Secretaria de Segurança Pública seria recolhida pelo próprio centro de formação com utilização do numerário despendido por aquela, o que se constatou a seguir é que o denunciado Alcir Anésio Floriani deixou de recolher o mencionado tributo, falsificando a autenticação bancária inserida ao final do documento de fl. 533. Com isso, o denunciado Alcir obteve vantagem ilícita, em prejuízo de Airton Tribess, mediante fraude.

“O denunciado Alcir Anésio Floriani, em razão do cargo que ocupava e utilizando-se da guia parcialmente falsificada, apropriou-se do dinheiro

correspondente à taxa não recolhida, desviando o valor inicialmente destinado ao Estado para seu proveito” (fls. 87/88).

Conquanto o impetrante seja possivelmente também vítima, o documento de habilitação obtido por ele por intermédio do denunciado constitui o “corpo de delito” daquela infração.

Devia, mesmo, ser apreendido pela autoridade policial e acompanhar os autos do inquérito ex vi dos arts. 6º e 11 do Código de Processo Penal, in verbis:

“Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

“(…)

“II — apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais”.

“Art. 11. Os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos do inquérito”.

Comentando referidos dispositivos, Julio Fabbrini Mirabete ensina que deve “a autoridade apreender todos os objetos que tiverem relação com o fato, incluindo os instrumentos do crime, documentos etc., que devem acompanhar o inquérito policial (art. 11). Com frequência, objetos encontrados no local do crime, conjuntamente com outros elementos, podem constituir provas importantes do crime, de suas circunstâncias e da autoria” (Código de Processo Penal Interpretado, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, pág. 44).

Como se vê, não houve ilegalidade ou abuso de poder na apre-

ensão, levada a efeito pela autoridade policial, dos documentos que tiveram relação com o fato delituoso.

Alberto Silva Franco e outros anotaram:

“Não é abusivo ou ilegal o ato da autoridade policial, apreendendo, na fase do inquérito, as coisas que sejam produto de crime’ (TACrimSP — RA — rel. Lauro Malheiros — RT 419/300)” (Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 955).

Em hipóteses idênticas a dos autos, em que figuravam como imetrantes outras vítimas do denunciado, esta Câmara assim se posicionou:

“Recurso em mandado de segurança — Impetração contra decisão judicial concessiva de apreensão de permissão para dirigir.

“Se o direito postulado não se apresenta como líquido e certo e não se podendo afirmar, em princípio, que o ato hostilizado seja ilegal ou que emane de abuso de poder, inadmissível a concessão de mandado de segurança.

“Provimento do recurso” (RMS n. 99.011556-9, de Timbó, rel. Des. Souza Varella).

“Mandado de segurança — Recolhimento pela autoridade de trânsito da Permissão Provisória para Dirigir — Falsificação de documento de recolhimento de taxas estaduais DAR-19, pelo despachante autorizado — Documento sem validade pelo não recolhimento das custas ao Erário Estadual — Falta de direito líquido e certo — Recurso e remessa providos” (RMS n.

99.011543-7, de Timbó, rel. Des. Solon d'Eça Neves).

Do voto:

“O presente writ enfrenta ato da autoridade de trânsito de Timbó, que consistiu na apreensão do documento ‘Permissão Provisória para Dirigir’ — PPD, ato perpetrado em função de inquérito policial instaurado para investigação da prática de crime de falsificação de documento de recolhimento de taxas estaduais.

“Ora, a quaestio reside em saber se a apreensão procedida revestiu-se de legalidade. Em sendo matéria de prova para investigação policial penal, o ato da autoridade policial é previsto pela legislação processual, e o presente, a exemplo da liminar, deveria ter tido a ordem denegada, pelos mesmos argumentos do indeferimento.

“Aliás, disse Sua Excelência no despacho que:

‘Portanto, ao contrário do que noticia a impetrante, vê-se que a autoridade impetrada não agiu na condição de órgão ou entidade executiva de trânsito, senão na condição de autoridade policial, em investigação decorrente de regular inquérito policial.

‘A apreensão do documento, em tese, poderá estar regulada pelo Código de Processo Penal, em especial na previsão do seu artigo 240, que autoriza a apreensão, inclusive de do-

cumento, para o fim de colher elementos de convicção’.

“Este é o cerne da questão, que nos conduz a possível discussão acerca do cabimento do remédio heróico para satisfazer a pretensão da impetrante. O pedido não ataca a retenção ou a negativa de devolução, mas sim a apreensão do documento, conforme emerge dos termos da inaugural. Assim, me parece, não existe direito líquido e certo a amparar o pedido nos termos em que foi proposto, porque o ato tido como ilegal, tem previsão na legislação processual penal, não se revestindo de ilegalidade”.

2 — Pelo exposto, dou provimento à remessa para cassar a segurança concedida.

III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Deram provimento à remessa para cassar a segurança.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Noll e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Gladys Afonso.

Florianópolis, 19 de junho de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.013280-3, DE TIMBÓ**Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

Apelação em mandado de segurança. Apreensão de Permissão para Dirigir por autoridade policial no curso de inquérito policial. Segurança concedida na comarca de origem para que fosse o documento restituído à impetrante. Irresignação do Ministério Público. Argumentos de impropriedade do meio eleito para a restituição do documento, bem como de que o recolhimento deste se faz necessário para o deslinde do processo crime superveniente. Ato manifestamente ilegal, sanável por mandado de segurança. Medida arbitrária. Apelada que sequer resultou denunciada como co-autora das fraudes ocorridas. Terceiro de boa-fé, cujo direito de ver restituído seu documento é evidente. Apelo improvido.

Muito embora o ato acoimado de ilegal comporte medida específica, mais precisamente a prevista no artigo 120 do Código de Processo Penal, tem a doutrina e a jurisprudência admitido a impetração de mandado de segurança quando se tratar de ilegalidade evidente, ferindo direito líquido e certo do proprietário do bem apreendido em inquérito policial.

Prestando-se o inquérito policial à apuração de fraude ocorrida nas autenticações constantes nas guias de recolhimento emitidas para a obtenção de Permissão para Dirigir, é arbitrário o ato da autoridade policial que apreende tal documento, mera conseqüência do crime, adquirido por terceiro de boa-fé, que sequer restou denunciado pelos fatos, sendo, portanto, correta a decisão judicial que, em mandado de segurança, determinou a imediata restituição do documento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.013280-3, da comarca de Timbó, em que é apelante o representante do Ministério Público, e apelada Sônia Maria Seidel:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer da remessa e do recurso voluntário e negar-lhes provimento.

Custas legais.

Na comarca de Timbó, atendendo a intimação do Delegado de Polícia, Sônia Maria Seidel compareceu à Delegacia local, onde foi instada a apresentar Cédula de Identidade e Permissão para Dirigir, esta acompanhada das guias de recolhimento pertinentes. Após noticiar não mais possuir tais guias, teve sua Permissão para Dirigir sumariamente apreendida

e recolhida pela autoridade policial, sob o argumento de que a omissão “acarreta grave vício de origem na obtenção do documento, tendo em vista ter sido utilizado para obtê-lo guias de recolhimento de taxas estaduais — DAR 19, com a autenticação bancária falsa, causando não só prejuízos financeiros ao erário, como também à moralidade, à honorabilidade e à credibilidade do serviço público” (termo de apreensão de fl. 19).

Contra este ato, perante o Juízo da comarca de Timbó, impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, por intermédio de advogado constituído, no qual é apontada a ilegalidade da medida, tendo em vista a inobservância do devido processo legal, bem como a incompetência da autoridade coatora para “sumariamente apreender e recolher Carteira Nacional de Habilitação, revestindo-se o ato objurgado em desfavor da cidadã-motorista, da mais completa abusividade e arbitrariedade”. Segundo alega, compete à autoridade de trânsito a apreensão de documentos desta natureza. Além disso, é invocada violação ao artigo 12 da Lei n. 5.250/67, quando a autoridade policial fez veicular o caso na imprensa local.

A análise da liminar foi relegada para após as informações (fl. 20).

Às fls. 23/26, foram prestadas as informações pertinentes, nas quais a autoridade impetrada defendeu a legalidade do ato impugnado, afirmando que, por requisição do Ministério Público, foi instaurado inquérito policial com o fim de elucidar fraudes fiscais, consistentes na falsificação de autenticações bancárias em guias de recolhimento para a emissão de Per-

missão para Dirigir. Dessa forma, sustenta que agiu na qualidade de polícia judiciária, com o fim de evitar que tais documentos desapareçam. Findou por informar que esse inquérito, assim como os demais, instaurados com o mesmo intuito, já estão concluídos, e foram remetidos ao juízo competente.

Com vista dos autos, manifestou-se o Dr. Promotor de Justiça pela extinção do processo, ante a impropriedade da via eleita para a restituição do documento em questão, tendo em conta que, o meio correto para “restituição das coisas apreendidas, quando isto é possível, é a ação incidental própria (pedido de restituição de coisa apreendida), perante o juiz competente, permanecendo elas, até lá, em custódia ou depósito”. E, caso rejeitada esta tese, opinou pela denegação da segurança, por não haver, no caso, prova pré-constituída da coação alegada.

A autoridade judicial, após afastar a prefacial de impropriedade do meio eleito, concedeu a segurança para que fosse a Permissão para Dirigir restituída à impetrante, com observância do parágrafo único do artigo 12 da Lei do Mandado de Segurança.

Contra esta decisão, apelou o representante do Ministério Público, repetindo os argumentos esposados em seu parecer anteriormente mencionado, e acrescentando que, por se tratar, na verdade, de matéria criminal, deve o recurso ser julgado por uma das Câmaras Criminais desta Corte. Findou por informar que a denúncia referente ao caso já foi oferecida, e nela não foi arrolada a impetrante como partícipe do crime em comento.

O Estado, representado por seu Procurador, compareceu aos autos e, aderindo ao recurso do Promotor de Justiça, frisou que “não tendo ocorrido o regular recolhimento da taxa, que constitui receita pública, o interesse público do erário deve sobrepujar o interesse individual, sabido que o particular também livremente escolheu os serviços de quem participava de uma ilegalidade: em outras palavras, se culpa in eligendo existe no caso concreto, esta é de ser atribuída ao particular, que pode não ser diretamente responsável pela falsificação ocorrida, mas que indiretamente veio a contribuir para o evento causador de lesão aos cofres públicos e que pode ser penalizado — e somente até aí — com o ato administrativo praticado com base na lei penal (ato de apreensão do documento obtido via transversa)” (fl. 103).

Intimada para apresentar as contra-razões recursais, a apelada deixou transcorrer in albis o prazo que lhe foi conferido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. João Fernando Borrelli, manifestou-se pelo conhecimento da remessa e do recurso, e desprovimento de ambos.

Em julgamento realizado em 23 de novembro de 2000, na Quinta Câmara Civil, o recurso não foi conhecido, sendo determinada a remessa dos autos a uma das Câmaras Criminais, por se tratar de matéria criminal.

É o relatório.

Trata-se de irresignação contra decisão judicial em mandado de segurança que conferiu à impetrante o direito de ver restituída sua Permissão para Dirigir, apreendida sumariamen-

te por autoridade policial, com o fim de instruir inquérito policial.

Segundo o apontado pelo acórdão de fls. 124/128, a competência para o julgamento do recurso é das Câmaras Criminais, tendo em vista tratar-se de matéria criminal, eis que o ato foi praticado quando da confecção de inquérito policial, instaurado para apurar fraudes ocorridas na emissão de guias de recolhimento destinadas à obtenção de Permissões para Dirigir e Carteiras de Habilitação. Assim, verifica-se que a situação é bastante diversa daquela apontada na impetração, em que a impetrante equiparou-a aos casos de infrações de trânsito, cujo procedimento, de caráter meramente administrativo, se encontra previsto no artigo 280 e seguintes da Lei n. 9.503/97. Neste caso, a autoridade competente para proceder à apreensão de qualquer documento, seria, de fato, a de trânsito. No entanto, no caso em questão, o ato ocorreu no transcurso de inquérito policial, no qual é facultado ao Delegado de Polícia apreender objetos que tiverem relação com o fato, consoante o preceituado pelo artigo 6º, inciso II, do Código de Processo Penal. Tal medida pode, inclusive, ser tomada antes mesmo da instauração do inquérito policial (RT 665/333).

Dessa forma, possui a autoridade policial legitimidade para apreender documentos no curso de inquéritos policiais. E, justamente por se enquadrar a matéria neste âmbito processual penal, deve a questão ser solucionada perante o juízo criminal, como bem decidiu a Quinta Câmara Civil.

No que diz respeito à alegada impropriedade do meio eleito pela impetrante, para reaver seu documento, muito embora haja previsão legal para tanto no artigo 120 do Código de Processo Penal, já decidiu esta Corte pela viabilidade de correção de eventual ilegalidade ou abuso de poder por meio de mandado de segurança: Leia-se: “Embora o recurso cabível contra a denegação de pedido de restituição de coisas apreendidas seja a apelação, é admissível a impetração de mandado de segurança para corrigir eventuais ilegalidades ou abuso verificados na apreensão” (MS n. 98.015742-0, de Concórdia, rel. Des. Paulo Gallotti).

Segundo a doutrina de Julio Fabbrini Mirabete, “Como, pela Súmula 267 do STF, ‘não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição’, tem-se entendido que não cabe ele da decisão que indefere pedido de restituição. O próprio STF, porém, abrandando o rigor da súmula, tem admitido o mandado de segurança contra decisão judicial que comporta recurso ou correição, desde que do ato impugnado advenha dano irreparável ao impetrante. Além disso, se manifestamente ilegal a manutenção da apreensão, em decisão que fere direito líquido e certo do proprietário, a ilegalidade ou abuso de poder pode ser sanada desde logo por meio do writ. Caso tal não ocorra, a via permitida é o recurso de apelação” (Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, 4ª ed., São Paulo, 1996, págs. 191/192).

Nesse sentido: “É vencedora no Direito pretoriano a tese de ser cabível o mandado de segurança contra ato de apreensão de bem em inquérito

policial ou ação penal, malgrado o procedimento mencionado no § 1º do art. 120 do CPP” (TACrimSP, RT 651/286).

Assim, afastada fica a pretensão de ver extinto o feito sob este aspecto.

Quanto ao mérito, melhor sorte não socorre ao apelante, que admitiu, nas razões apresentadas, que a apelada sequer restou denunciada pelos fatos articulados no inquérito policial mencionado. Assim, conclui-se que não ficou demonstrada sua má-fé, ou qualquer envolvimento com as fraudes ocorridas nas guias de recolhimento. Dessa forma, acertada a medida judicial que determinou a restituição da Permissão para Dirigir Veículo. É a apelada terceira de boa-fé que, com o auxílio das auto-escolas envolvidas nas fraudes noticiadas, adquiriu sua Permissão para Dirigir. Sendo assim, consoante o entendimento jurisprudencial, “terceiro de boa-fé adquirente de coisa objeto de estelionato deve ter seu direito preservado, por imposição da equidade e da segurança do comércio jurídico (omissis)” (TACrimSP, RT 631/328-9).

No presente caso, quando muito, poderia a autoridade policial ter apreendido as próprias guias, cujas autenticações estariam falsificadas, caso lhe fossem apresentadas, mas nunca recolher a Permissão para Dirigir, que foi conferida pelo órgão competente à apelada, sendo esta mera consequência da fraude ocorrida.

Diante de todo o exposto, a remessa e o recurso ministerial são conhecidos, sendo-lhes negado provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Borrelli.

Florianópolis, 3 de abril de 2001.

Jorge Mussi,
Presidente;
Maurílio Moreira Leite;
Relator.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.015611-6, DE CANOINHAS

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Recurso crime — Embargos de declaração — Contradição — Inocorrência — Questão prejudicial impeditiva de exame do mérito — Rejeição.

Os embargos de declaração têm seu âmbito delimitado ao saneamento de possível omissão, contradição ou obscuridade na decisão (CPP, art. 619); não se visualizando qualquer destes vícios impõe-se sua rejeição.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração na Apelação Criminal n. 00.015611-6, da comarca de Canoinhas (1ª Vara), em que é embargante a Justiça, por seu Promotor, e embargado Haroldo de Jesus Lima:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, rejeitar os embargos.

Custas na forma da lei.

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo representante do Ministério Público ao v. acórdão

proferido na Apelação Criminal n. 00.015611-6, de Canoinhas (1ª Vara), em o qual esta Primeira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, deu provimento parcial ao recurso, unicamente para afastar da condenação o aumento relativo ao art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, sustentando o embargante a existência de contradição no acórdão proferido, pois “apesar de reconhecer a configuração do concurso de agentes, exclui a majorante tão-somente em virtude de decisão que não possui ainda a eficácia exigida para tanto, contrariando o disposto no art. 18, III, da Lei de Tóxicos” (fl. 269).

É o relatório.

1. Os embargos devem ser rejeitados.

Na lei processual penal (arts. 382 e 619, CPP), os embargos de declaração têm a finalidade de esclarecer, tornar claro o acórdão, sem modificá-lo, em princípio, sua substância; por isso não se os admitem, por serem impróprios, aqueles em que, ao invés de reclamar o deslinde de contradição, o preenchimento de omissão ou explicação de parte obscura ou ambígua do julgado, “se pretende rediscutir questão que nele ficou claramente decidida, para modificá-lo em sua essência ou substância. Assim, não é possível, em embargos de declaração, alterar, mudar ou aumentar o julgamento” (Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., SP, Atlas, 1997, pág. 796); o efeito modificativo, como exceção, consoante precedentes pretorianos, é admitido em certos casos, entre os quais erro material ou omissão na decisão cujo suprimento imponha necessariamente a alteração de seu dispositivo

(STF in RTJ 86/309 e 88/325; TJSP, in RT 606/295).

Do colendo Superior Tribunal de Justiça colhem-se de hipóteses assemelhadas, do processo civil:

“Processual civil. Embargos declaratórios. Efeitos modificativos. A doutrina e a jurisprudência, em regra, admitem efeitos infringentes aos embargos de declaração nas hipóteses de erro material ou omissão, quando se deixa de analisar argumento que tem o poder de infirmar o silogismo judicial. Inocorrente qualquer das circunstâncias do artigo 535 do Código de Processo Civil, descabe o pedido de esclarecimento. Embargos rejeitados, por unanimidade” (Embargos de Declaração n. 15.457, São Paulo, rel. Min. Demócrito Ramos Reinaldo, in DJU de 29/6/92, pág. 10.267).

Ainda:

“Processo civil. Embargos de declaração. Admissibilidade. Efeito infringente. Hipóteses.

“I — Inexistindo na decisão embargada omissão a ser suprida, nem dúvida, obscuridade ou contradição a serem aclaradas, rejeitam-se os embargos de declaração.

“II — Afiguram-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração a modificação da substância do julgado embargado. Admissível, excepcionalmente, a infringência do decisor quando se tratar de equívoco material e o ordenamento jurídico não contemplar outro recurso para a correção do erro fático perpetrado, o que não é o caso.

“III — Impossível, via embargos declaratórios, o reexame de matéria de direito já decidida, ou estranha ao

acórdão embargado” (ED n. 13.845, Minas Gerais, in DJU de 31/8/92, pág. 13.632).

É de se consignar as bem expendidas colocações de Magalhães Noronha quando ensina que “a finalidade dos embargos é, pois, esclarecer ou tornar claro o acórdão proferido, livrando-o desses defeitos, sem modificar, entretanto, a substância. É este seu âmbito; a não ser assim, esse expediente iludiria a lei, admitindo contra o preceito dela segundos embargos, não para declaração, e sim para reforma do julgado e com excesso de poder porque, pela sentença, a jurisdição já estava finda” (Curso de Direito Processual Penal, SP, Saraiva, 21ª ed., 1992, pág. 376).

Desse entendimento não discrepa Fernando da Costa Tourinho Filho, veja-se:

“Nos termos do art. 619 do CPP, os embargos declaratórios são oponíveis quando houver na decisão ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão e, assim, aparentemente, o Tribunal, ao apreciá-lo, não pode alterar o conteúdo da decisão embargada. Pode interpretar ou integrar, nunca alterar. Nesse sentido, veja-se Tornaghi, Curso de Processo Penal, Saraiva, 1989, vol. 2, pág. 357 (...)” (Processo Penal, 13ª ed., SP, Saraiva, 1992, vol. 4, pág. 354).

E exemplificando, conclui:

“Em sede de embargos declaratórios, o Tribunal reconhece ter havido, realmente, a negativa de vigência de lei federal, de modo que tal reconhecimento implique modificação, alteração no decism. Quid inde? A nós nos parece que o Tribunal deve, apenas, afirmar ou negar tenha havi-

do a negativa de vigência. Não poderá alterar o acórdão. Nesse caso, o Tribunal cumpriu a sua função: reconheceu a omissão e sobre a preliminar se manifestou. Cabe, agora, à parte interessada interpor o recurso adequado. Se o Tribunal pudesse, para ser coerente com o acolhimento da preliminar, desfazer o que fora julgado, dando uma guinada de 180 graus, tal procedimento implicaria conceder aos embargos declaratórios uma extensão que eles, efetivamente, não têm” (ob. cit., pág. 355).

Ora, os embargos de declaração são oponíveis quando houver na decisão ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão, consoante dispõe o art. 619 do Código Instrumental Penal; e no dizer do mestre Magalhães Noronha, “(...) uma decisão é ambígua quando se presta a mais de um sentido; obscura quando há falta de clareza ou precisão de linguagem; contraditória quando conceitos e afirmações se opõem e colidem (e tanto mais grave será a contradição quando a fundamentação chocar-se com a disposição); omissa quando não disse o que era indispensável dizer” (ob. cit., pág. 377).

2. Na hipótese vertente, o embargante almeja, inequivocamente, a reformulação do julgado ao argumento de que um trecho do acórdão padece de contradição, já que apesar de reconhecer a configuração do concurso de agentes, exclui a majorante contida no art. 18, III, da Lei de Tóxicos.

Colhe-se do referido excerto:

“Primeiramente, destaca-se que, apesar de o representante do Ministério Público não ter explicitado na parte da capitulação da denúncia a incidên-

cia da causa especial de aumento prevista no art. 18, III, da Lei de Tóxicos, restou evidente no decorrer da exordial o concurso de pessoas na prática do tráfico, o que faz prevalecer o aumento, eis que “O réu se defende da imputação do fato contida na denúncia, não da classificação do crime feita pelo Promotor de Justiça” (Ap. Crim. n. 28.609, de Porto União, relatada pelo subscritor, in JC, 71/421).

“Porém, na hipótese dos autos, não há razões para se manter o aumento relativo ao inciso III do art. 18, eis que os demais denunciados restaram absolvidos da acusação do crime de tráfico de entorpecentes com fulcro no art. 386, VI, do CPP, pelo acórdão lavrado na Apelação Criminal n. 00.002778-2, de Canoinhas, relatada pelo culto Des. Amaral e Silva, cuja ementa foi a seguinte:

‘Processual penal — Tráfico de entorpecentes — Inexistência de prova da participação — Condenação baseada em meras suposições — Impossibilidade — Recursos providos para absolver os apelantes.

‘O estigma da condenação e os reflexos na liberdade e dignidade da pessoa humana exigem prova convincente.

‘Suspeitas, mesmo fortes, não autorizam a condenação.

‘Sem certeza quanto à participação no crime, não se condena’.

“Assim, deve prevalecer o entendimento de que ‘dependendo o reconhecimento da associação eventual, no crime de tráfico de entorpecentes, do concurso de no mínimo duas pessoas, a posterior absolvição do co-réu autoriza a exclusão da causa de especial aumento de pena contida no art.

18, III, da Lei n. 6.368/76, reconhecida por ocasião do julgamento do revisiando’ (Revisão Criminal n. 99.002132-7, de Itajaí, rel. Paulo Gallotti, j. em 22/4/99)” (fl. 264).

Ora, como visto não há qualquer contradição entre os parágrafos acima expostos a ponto de possibilitar o provimento do presente embargos de declaração, pois o que realmente se depreende é que o Relator não considerou que na hipótese dos autos, não há razões para se manter o aumento relativo ao inciso III do art. 18, eis que os demais denunciados restaram absolvidos da acusação do crime de tráfico de entorpecentes com fulcro no art. 386, VI, do CPP, pelo acórdão lavrado na Apelação Criminal n. 00.002778-2, de Canoinhas, relatada pelo culto Des. Amaral e Silva.

De outro lado, apenas se ressaltou que na exordial acusatória, apesar de o representante do Ministério Público não ter explicitado na parte da capitulação a incidência da majorante contida no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, restou evidente, no decorrer da denúncia, a imputação do concurso de pessoas na prática do tráfico; o fato de haver acusação não significa condenação.

3. Cabe ainda destacar que o recurso especial que fora interposto pelo Dr. Procurador de Justiça contra aquele acórdão proferido na Apelação Criminal n. 00.002778-2, de Canoinhas (1ª Vara), em o qual esta Primeira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, deu provimento aos apelos absolvendo os apelantes com base no art. 386, VI, do CPP, não foi recebido e estão sendo objeto agora de recurso de agravo em processamento (confor-

me o SAJ), mas como trata de matéria de fato, tem-se como aplicável o verbete n. 7 da Súmula do colendo Superior Tribunal de Justiça “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Colhe-se do Sistema de Automação Judiciário de segundo grau (SAJ), Recurso Especial n. 2000.002778-2, que o Exmo. Sr. Des. Vice-Presidente do TJSC negou seguimento ao recurso especial, pelos seguintes fundamentos:

“A pretendida divergência não está configurada.

“O v. acórdão do STJ trazido à colação decidiu que ‘uma sucessão de indícios e circunstâncias, coerentes e concatenadas, podem ensejar a certeza fundada que é exigida para a condenação’.

“Já o acórdão impugnado absolveu os recorridos em face da inexistência de elementos suficientes para condená-los.

“A decisão recorrida, entretanto, foi tomada em situação fática diversa.

“Consta, de fato, do venerando aresto:

“Como se vê, o decreto condenatório não aponta nenhum fato concreto que leve à certeza moral do envolvimento na narcotraficância. O que existe e aludiu o zeloso juiz, é, apenas, forte suspeita do conhecimento do tráfico, mas a circunstância, por si só, não enseja a necessária certeza da participação no hediondo crime.

“Em que pese ser desnecessária, na participação, a prática de atos típicos, não há prova satisfatória de que os apelantes tenham auxiliado fi-

sica ou moralmente a atuação do executor direto, nem da existência de liame subjetivo entre eles.

“Os depoimentos dos policiais que executaram o flagrante e das demais testemunhas, inclusive usuários, em momento algum mencionaram qualquer atividade dos apelantes que ensejasse certeza da co-autoria’ (fl. 275).

“Relativamente ao julgado do TJSP, o recorrente limitou-se a transcrever sua ementa, deixando de fazer o necessário cotejo analítico entre o acórdão dado como divergente e o recorrido, nos termos do § 2º, art. 255, do RISTJ.

“Por fim, reavaliar as circunstâncias que levaram à absolvição dos recorridos, a fim de identificar possível sucessão de indícios coerentes e concatenados, que, de fato, autorizassem uma decisão condenatória, revertendo o veredicto, implicaria, a toda evidência, reexame de provas, inadmissível em recurso especial, à luz da Súmula 7 do STJ.

“Ante o exposto, nego seguimento ao recurso”.

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Processual penal. Nulidade do processo. Cerceamento de defesa. Ausência de prejuízo para o réu. Imprestabilidade da prova para a condenação. Absolvição. Reexame de provas. Súmula 7, STJ (...).

“A apreciação da alegação de insuficiência de provas para comprovar a materialidade do delito é intento que esbarra no óbice da Súmula 7, STJ, pois demanda revolvimento de aspectos fáticos-probatórios, sobera-

namente delineados pelas instâncias ordinárias” (REsp n. 206.607/SC — rel. Min. Fernando Gonçalves — j. 17/8/00 — DJU 4/9/00).

Ainda:

“Penal. Recurso especial. Desclassificação. Tráfico de drogas. Reexame de prova. Impossibilidade. Súmula 7, STJ.

“A desclassificação do crime de tráfico, previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76, para o de uso próprio, descrito no art. 16 daquele Diploma Legal, importa, necessariamente, em revolvimento do conjunto fático-probatório, vedado em sede de recurso especial, ut Súmula 7/STJ” (REsp n. 202.282/MG — rel. Min. Fernando Gonçalves — j. 14/12/99 — DJU 21/2/00).

4. Assim, se os embargos de declaração não se prestam à rediscussão da causa para adaptá-la ao entendimento pessoal da parte por-

que “o Judiciário não é obrigado a examinar todas as questões argüidas e responder questionário” (STJ, EDRAsp n. 28.209-7/SP, Min. Garcia Vieira, in DJU de 10/5/93, pág. 8.610), e se os fundamentos do acórdão são explícitos, os embargos de declaração devem ser rejeitados.

5. Pelo exposto, os embargos declaratórios são rejeitados.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli e Souza Varella.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2000.

Amaral e Silva,

Presidente;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
N. 271.286-8 — RIO GRANDE DO SUL

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: Município de Porto Alegre

Advogada: Candida Silveira Saibert

Agravada: Diná Rosa Vieira

Advogados: Eduardo Von Mühlen e outros

Advogados: Luis Maximiliano Leal Telesca Mota e outros

EMENTA

Paciente com HIV/AIDS — Pessoa destituída de recursos financeiros — Direito à vida e à saúde — Fornecimento gratuito de medicamentos — Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) — Precedentes (STF) — Recurso de agravo improvido.

O direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida.

— O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular —

e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

— O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional.

— O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes.

— O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em

Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental.

Brasília, 12 de setembro de 2000.

Néri da Silveira,
Presidente;
Celso de Mello,
Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO — (Relator): Trata-se de recurso de agravo tempestivamente interposto pelo município de Porto Alegre contra decisão, que, por mim proferida, está assim ementada:

“AIDS/HIV. Distribuição gratuita de medicamentos em favor de pessoas carentes. Legislação compatível com a tutela constitucional da saúde (CF, art. 196). Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

— A legislação que assegura, às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Precedentes (STF).

— O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por

omissão, em censurável comportamento inconstitucional.

“O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República” (RE n. 271.286/RS, rel. Min. Celso de Mello).

A decisão ora agravada — que não conheceu do recurso extraordinário deduzido pela parte agravante — manteve o acórdão emanado do Tribunal de Justiça local, que, apoiando-se no art. 196 da Constituição da República, reconheceu incumbir, ao ora recorrente, solidariamente com o Estado do Rio Grande do Sul, a obrigação de ambos fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos que envolvessem pacientes destituídos de recursos financeiros e que fossem portadores do vírus HIV (fls. 560/568).

A parte ora agravante, ao insurgir-se contra o ato decisório em causa, sustenta — no ponto que se mostra relevante ao exame do presente recurso — que a decisão merece ser reformada, notadamente em face dos fundamentos a seguir expostos (fls. 572/573):

“(…) Ao condenar o município de Porto Alegre ao fornecimento de medicamentos aos doentes de AIDS, violou o acórdão recorrido o art. 167, I, da Constituição Federal, que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

“Estabeleceu o acórdão recorrido que a inexistência de regulamentação municipal para custeio da distribuição dos medicamentos excepcionais não impede sua responsabilização. Ora, determina a Constituição Federal que são de iniciativa do Poder Executivo as leis que estabelecem os orçamentos anuais e é nessa lei que deverá ser previsto o orçamento da seguridade social, consoante o inciso III do § 5º do art. 165 da Constituição de 1988.

“Assim, quando decide o acórdão com base na Lei n. 9.313/96, que estabelece que as despesas para aquisição de medicamentos para a AIDS serão financiadas com recursos da Seguridade Social da União, Estados e Municípios, deixou de considerar que a própria lei no seu art. 2º remete sua eficácia à norma regulamentar, pois se assim não fosse, estaria a norma federal violando o artigo 165, inciso III, e § 5º, inciso III, da CF de 1988”.

Aduz, o ora agravante, ainda, que a decisão agravada, ao deixar de observar “a repartição de competência para operacionalização dos serviços de saúde, como forma de gestão financeira dos recursos, afronta o princípio federativo da separação dos poderes, bem como o artigo 198 e seu parágrafo único da Constituição Federal, que responsabiliza as três esferas federativas pelo financiamento, ações e serviços de saúde” (fl. 574).

Por não me convencer das razões expostas pela parte ora agravante, submeto, ao julgamento dessa Colenda Turma, o presente recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator): Entendo, consideradas as próprias razões constantes do ato decisório por mim proferido, que se revela inacolhível a pretensão recursal ora deduzida pela parte agravante.

Tenho por inquestionável a legitimidade jurídico-constitucional da decisão em causa, especialmente porque — fundada no art. 196 da Constituição da República — reconheceu incumbir, ao município de Porto Alegre, solidariamente com o Estado do Rio Grande do Sul, a obrigação de ambos fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos que envolverem pacientes destituídos de recursos financeiros e que sejam portadores do vírus HIV.

Sustenta-se, na presente sede recursal, que a decisão ora agravada — ao manter o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul — teria desrespeitado a norma inscrita no art. 167, I, da Constituição Federal.

Não procede esse argumento, pois a mera alegação de desrespeito ao preceito constitucional mencionado não basta, só por si, para legitimar o acesso à via recursal extraordinária, pois, acaso configurada a suposta transgressão da ordem constitucional, esta importaria, quando muito, sob tal perspectiva, em situação caracterizadora de conflito indireto com o texto da Carta Política, insuficiente para justificar a utilização do apelo extremo (RTJ 105/704, 127/758 e 132/455).

Com efeito, basta examinar-se o acórdão ora recorrido, para confirmar-se a procedência de tal asserção (fl. 371):

“Por derradeiro, a licitação não se faz necessária para a aquisição dos medicamentos, pois ela é dispensada nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada a urgência do atendimento de situação que possa causar prejuízo ou comprometer a segurança das pessoas. Também com estes argumentos afastam-se as assertivas de inexistência de previsão orçamentária”.

Nem se diga, de outro lado, que a decisão ora questionada — notadamente quanto à alegada ofensa aos arts. 2º e 198, parágrafo único, ambos da Constituição Federal — estaria em desconformidade com a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no exame desse específico aspecto da questão.

Cabe referir, neste ponto, que tais argumentos, deduzidos e ora renovados pela parte agravante, já foram repelidos em sucessivas decisões proferidas por eminentes Juízes desta colenda Turma, no julgamento de outras causas idênticas à que emerge do processo em análise (Ag. ns. 232.469/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 236.644/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, 238.328/RS (AgRg), rel. Min. Marco Aurélio, RE n. 273.042/RS, rel. Min. Marco Aurélio).

No que concerne ao fundo da controvérsia, cabe acentuar que se revela inacolhível a postulação recursal ora deduzida pelo município de Porto Alegre/RS, especialmente em face do mandamento constitucional

inscrito no art. 196 da Constituição da República, que assim dispõe:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (grifei).

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue no plano de nossa organização federativa.

A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa.

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. n. 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo — uma vez configurado esse dilema — que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à

vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.

Na realidade, o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, deu efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196), representando, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àquelles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (José Cretella Júnior, Comentários à Consti-

tuição de 1988, vol. VIII/4.332-4.334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) — não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas — preventivas e de recuperação —, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde — que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas — impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais — que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (José Afonso da Silva,

Poder Constituinte e Poder Popular, pág. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malleiros) —, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito — como o direito à saúde — se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumprе assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Todas essas considerações — que ressaltam o caráter incensurável da decisão emanada do Tribunal local — levam-me a repelir, por inacolhível, a pretensão recursal deduzida pelo município de Porto Alegre, especialmente se se considerar a relevantíssima circunstância de que o acórdão ora questionado ajusta-se à orientação jurisprudencial firmada, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no exame da matéria (RE ns. 236.200/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, 247.900/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 264.269/RS, rel. Min. Moreira Alves e 267.612/RS, rel. Min. Celso de Mello, v. g.):

“Administrativo. Estado do Rio Grande do Sul. Doente portadora do vírus HIV, carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita para seu tratamento. Obrigação imposta pelo acórdão ao Estado. Alegada ofensa aos arts. 5º, I, e 196 da Constituição Federal.

“Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei n. 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados.

“Recurso não conhecido” (RE n. 242.859/RS, rel. Min. Ilmar Galvão — grifei).

“Paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever constitucional do Estado (CF,

arts. 5º, caput, e 196). Precedentes (STF).

— O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

— O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

— A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis ns. 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concretização do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada pos-

suem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF (RE n. 232.335/RS, rel. Min. Celso de Mello — grifei).

“AIDS/HIV. Distribuição gratuita de medicamentos em favor de pessoas carentes. Legislação compatível com a tutela constitucional da saúde (CF, art. 196). Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

— A legislação que assegura, às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Precedentes (STF).

— O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional.

“O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos pro-

clamados no art. 196 da Constituição da República” (RE n. 273.834/RS, rel. Min. Celso de Mello).

Sendo assim, pelas razões expostas, e considerando, ainda, os precedentes mencionados, nego provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, em consequência, a decisão por mim proferida a fls. 560/568.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Senhor Presidente, acompanho o eminente Ministro-Relator, reportando-me à decisão monocrática que proferi e também ao voto prolatado no precedente citado por Sua Excelência, que foi sufragado pelos integrantes da Turma a uma só voz:

“O acórdão prolatado pela Corte de origem, da lavra do Desembargador Juraci Vilela de Sousa, surge harmônico com a Carta da República. Em primeiro lugar, consigne-se não ter sido objeto de debate e decisão prévios o fato de haver-se mencionado a lei estadual para concluir-se pela responsabilidade não só do Estado, como também do Município pelo fornecimento de medicamentos aos necessitados. O preceito do artigo 196 da Carta da República, de eficácia imediata, revela que ‘a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação’. A referência, contido no preceito, a ‘Estado’

mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Já o caput do artigo informa, como diretriz, a descentralização das ações e serviços públicos de saúde que devem integrar rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo. Não bastasse o parâmetro constitucional de eficácia imediata, considerada a natureza, em si, da atividade, afigura-se como fato incontroverso, porquanto registrada, no acórdão recorrido, a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se os medicamentos excepcionais, como são os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes. O município de Porto Alegre surge com responsabilidade prevista em diplomas específicos, ou seja, os convênios celebrados no sentido da implantação do Sistema Único de Saúde, devendo receber, para tanto, verbas do Estado. Por outro lado, como bem assinalado no acórdão, a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do Município. Decreto visando-a não poderá reduzir, em si, o direito assegurado em lei. Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípua, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios

impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem.

“3. Pelas razões supra, ressaltando, mais uma vez, que, ao invés de conflitar com os artigos 196, 197 e 198 da Constituição Federal, o acórdão atacado com eles guarda perfeita afinidade, conheço do pedido formulado neste agravo, mas a ele nego acolhida” (fls. 70 e 71).

É o meu voto.

Decisão: Por unanimidade, a Turma negou provimento ao agravo regimental. 2ª Turma, 12/9/2000.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis.

*Carlos Alberto Cantanhede,
Coordenador.*

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

MEDIDA CAUTELAR

MEDIDA CAUTELAR N. 2.038/SP (1999/0097541-3)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro José Delgado

Requerente: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação — FNDE

Advogados: Dra. Agueda Aparecida Silva e outros

Requerido: Banco BMD S.A.

EMENTA

Processual civil. Medida cautelar. Recurso especial.

1. Admite-se concessão de efeito suspensivo a recurso especial, de forma excepcional, quando é intentado contra acórdão que determinou, por via de tutela antecipada, suspensão de exigibilidade tributária e compensação dos valores anteriormente pagos, tudo a título de salário-educação.

2. Ausência do pressuposto “verossimilhança das alegações” e caráter definitivo da decisão, por a parte autora não ter apresentado caução para garantir as parcelas de imposto a compensar e as que vai deixar de recolher.

3. Procedência do pedido. Recurso especial que deve ser submetido ao crivo do juízo de admissibilidade.

4. Liminar mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar procedente a medida cautelar, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 24 de fevereiro de 2000.

(data do julgamento).

*José Delgado,
Presidente e Relator.*

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (RELATOR): O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação — FNDE, autarquia federal, promove a presente ação cautelar para emprestar efeito suspensivo a recurso especial apresentado contra acórdão que deferiu tutela antecipada para que a promovida, empresa privada, não recolhesse a “contribuição referente ao salário-educação em relação à diferença entre as alíquotas de 1,4% da Lei n. 4.836/65 e de 2,5% do Decreto n. 76.927/75, autorizando, ainda, o procedimento de compensação dos créditos relativos à diferença de alíquotas, e sob a disciplina normativa do art. 150 do CTN, limitada dos débitos vincendos somente dessa mesma contribuição”.

Deferi a liminar requerida.

A empresa recorrida, em resposta, alegou:

a) ser impossível, juridicamente, o pedido da autora, no tocante a pretender a imediata subida do recurso especial, por suprimir o juízo de admissibilidade a ser feito pelo Tribunal a quo;

b) inexistir ofensa, como alegado, à Súmula 212 do STJ, por os conceitos de liminar e antecipação de tutela não se confundirem;

c) ser procedente a questão de fundo, por não ser possível ao Fisco exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

d) inexistir o periculum in mora alegado, pela ausência de qualquer prejuízo concreto ou iminente à autora, com a execução dos efeitos da antecipação da tutela.

É o relatório.

Processual civil. Medida cautelar. Recurso especial.

1. Admite-se concessão de efeito suspensivo a recurso especial, de forma excepcional, quando é intentado contra acórdão que determinou, por via de tutela antecipada, suspensão de exigibilidade tributária e compensação dos valores anteriormente pagos, tudo a título de salário-educação.

2. Ausência do pressuposto “verossimilhança das alegações” e caráter definitivo da decisão, por a parte autora não ter apresentado caução para garantir as parcelas de imposto a compensar e as que vai deixar de recolher.

3. Procedência do pedido. Recurso especial que deve ser submetido

do ao crivo do juízo de admissibilidade.

4. Liminar mantida.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro José Delgado (Relator): O pedido cautelar merece ser considerado procedente.

As egrégias 1ª e 2ª Turmas têm posicionamento assumido no sentido de não permitir, por meio de medida liminar, a compensação de tributos, bem como a suspensão de sua exigibilidade.

Tratando-se de tutela antecipada segue a mesma orientação.

No caso, a compensação e a suspensão de exigibilidade do salário-educação representam entrega total da pretensão com perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, em face da parte beneficiada ser uma empresa privada.

Outrossim, há considerar que a tutela antecipada na forma concedida produz efeitos de execução definitiva da decisão, infringindo, conseqüentemente, o § 3º do art. 273 do CPC.

A caracterização de definitiva está bem nítida porque nenhuma garantia foi exigida do contribuinte.

Outrossim, adoto para decidir as razões postas na decisão de fls. 28/29:

"1. Segundo o autor, o salário-educação, previsto no Decreto-Lei n. 1.422/75, regulamentado pelo Decreto n. 87.043/82, apresentava vícios de ilegalidade até setembro de 1996, conflitando tanto com o art. 178 da Emenda Constitucional n. 1/69, como com o art. 34, § 5º, do Ato das Disposi-

ções Constitucionais Transitórias — ADCT. De avante aduz que, com a edição da Medida Provisória n. 1.528/96, transformada na Lei n. 9.424/96, ficou clara a não-recepção do salário-educação pela nova Constituição Federal. Frisa que o salário-educação previsto no § 5º do art. 212 da CF tem finalidade específica, não se confundindo com a contribuição de custeio da seguridade social e, por esta razão, o DL n. 1.422/75, ao indicar a folha de salários como base de cálculo, incide em inconstitucionalidade, gerando bis in idem.

"Discriminando os argumentos de inconstitucionalidade do salário-educação, requer tutela antecipada assecuratória do exercício do direito de compensar os valores pagos indevidamente, com outras contribuições, tudo devidamente corrigido.

"2. A tutela antecipativa, contemplada nas inovações introduzidas ao Código de Processo Civil, pressupõe verossimilhança das alegações, com a respectiva prova inequívoca, além da presença de fundado receio de dano irreparável, abuso de direito, ou propósito protelatório.

"3. Mesmo em se sopesando os argumentos de inconstitucionalidade do salário-educação, nos termos em que eram exigidos pelo DL n. 1.422/75, inexistente verossimilhança para autorizar o pedido de compensação, procedimento que na forma do art. 66 da Lei n. 8.383/91 (e alterações posteriores) tem por pressuposto a existência de um título líquido e certo.

"Somente após o reconhecimento de inconstitucionalidade da exação, os pagamentos efetuados poderão ser conceituados como 'indevid-

dos' e em seqüência permitir declarar-se o direito de compensar ou de restituição.

"Antes do reconhecimento incidendo tantum da inconstitucionalidade, ou em caráter finalístico (recurso extraordinário ou ADIn) pelo Supremo Tribunal Federal, o autor apenas é detentor de 'expectativa de direito' instituído sem verossimilhança a autorizar o deferimento de compensação em juízo antecipado.

"4. Com estes substratos, pelo menos preambularmente, indefiro a tutela antecipada pois não me convenceu a verossimilhança, quanto ao direito de compensar".

Invoco, ainda, o precedente seguinte (fl. 64):

"Tributário. Compensação. CLS e COFINS X PIS. Antecipação da tutela. Certeza do crédito, mas iliquidez. Impossibilidade.

"1. Debate desenvolvido no curso da presente ação, ora examinada em grau de recurso especial, acerca da possibilidade de se compensar tributos através de antecipação da tutela.

"2. Não se vislumbra presente o direito líquido e certo à tutela antecipada pleiteada e concedida, a fim de possibilitar a compensação almejada. Ao contrário, tem-se por correto o seu indeferimento, visto que o art. 170 do CTN estabelece certas condições à compensação de tributos, as quais não se acham presentes no caso em apreço. A certeza e a liquidez dos créditos são requisitos indispensáveis para a compensação autorizada por lei, segundo o texto legal referenciado.

"3. Créditos que não se apresentam líquidos, porque dependem, tão-somente, de valores de conhecimento da parte autora, não sendo possível aferir sua correção em sede liminar ou em antecipação da tutela.

"4. Inegável a certeza do crédito, diante do posicionamento do colendo Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade do tributo discutido, sendo, porém, ilíquido.

"5. Pacificação do assunto no seio jurisprudencial das 1ª e 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o instituto da compensação, via liminar em mandado de segurança ou em ação cautelar, ou em qualquer tipo de provimento que antecipe a tutela da ação, não é permitido.

"6. Recurso provido" (REsp n. 165.434/CE, rel. Min. José Delgado, DJU 15/6/98, pág. 70 — grifou-se).

Modifico, apenas, a parte final da liminar concedida. O recurso especial interposto só deve ser enviado a este Tribunal após passar pela fase de admissibilidade, cujo juízo é da competência exclusiva do eminente Presidente.

Em face da peculiaridade da decisão, com caráter misto, isto é, de interlocutória e de definitiva, entendo não ser de direito a retenção do recurso especial, sob pena de provocar danos às partes. Determino, portanto, o seu prosseguimento, pelo que, para tanto, oficie-se ao eminente Presidente do Tribunal a quo, com tais esclarecimentos, retificando, assim, a parte final da decisão liminar.

Isso posto, julgo procedente o pedido cautelar. Mantenho, portanto, a liminar, dando efeito suspensivo ao

recurso especial. Este seja submetido, na origem, ao juízo de admissibilidade. Em caso de ser positivo, remeta-se a esta Corte.

Honorários, pela parte vencida, de 10% sobre o valor da causa.

É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Primeira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, julgou procedente a medida cautelar,

nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Garcia Vieira, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 24 de fevereiro de 2000.

Francisco Ribeiro de Oliveira,
Secretário.

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL N. 271.981 — SANTA CATARINA (2000/0080782-6)

Relator: Ministro Vicente Leal

Recorrente: Wilson da Silva

Advogado: Jorge Luis de Almeida

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Execução penal. Recurso especial. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime hediondo. Comutação da pena. Indulto. Impossibilidade.

— O crime de tráfico ilícito de entorpecentes, definido no art. 12 da Lei n. 6.368/76, encontra-se compreendido no conceito de crime hediondo, sendo insusceptível de concessão de indulto, nos termos do art. 2º, I, da Lei n. 8.072/90.

— Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Fontes de Alencar. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília—DF, 16 de novembro de 2000.
(data do julgamento).

*Ministro Fernando Gonçalves,
Presidente;
Ministro Vicente Leal,
Relator.*

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE LEAL (Relator): — Wilson da Silva, condenado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, requereu ao Juízo da Vara das Execuções Penais a concessão de indulto, o que lhe foi concedido.

Interposto recurso pelo Ministério Público, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina deu-lhe provimento, cassando o benefício, ao fundamento de se tratar de crime hediondo, insusceptível de concessão de indulto, à luz do disposto no art. 2º, I, da Lei n. 8.072/90 (fl. 75).

Contra tal decisão foi interposto o presente recurso especial objetivan-

do restabelecer a decisão do Juízo Monocrático, alegando, para tanto, violação ao art. 112 da Lei de Execução Penal. Sustenta que o Decreto n. 3.226 não proíbe a concessão de indulto e comutação de pena, mesmo àqueles infratores dos chamados crimes hediondos.

Apresentadas as contra-razões e admitido o recurso na origem, subiram os autos a este Tribunal.

Nesta instância, o Ministério Público Federal emitiu judicioso parecer no sentido de não provimento do recurso (fls. 117/120).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE LEAL (Relator): — Embora se apresente sumamente razoável a posição exegética do ilustre Juiz de Primeiro Grau, ao admitir a comutação das penas para os condenados por crimes hediondos ou assemelhados, tenho que o seu pensamento não consegue transpor o repúdio que o legislador faz imprimir ao assunto.

Na verdade, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes encontra-se compreendido no conceito de crimes hediondos, previsto no art. 2º, I, da Lei n. 8.072/90, sendo, portanto, insusceptível de concessão de indulto, graça ou anistia.

É certo que a doutrina repugna a inclusão do indulto dentre as mencionadas restrições, pois a Constituição, em seu art. 5º, XLIII, apenas excluiu a graça e a anistia, até mesmo porque a concessão de indulto é prerrogativa privativa do Presidente da República, ex vi do art. 84, XII, da Carta Magna,

cabendo ao Juízo das Execuções Penais apenas reconhecer as condições objetivas previstas no Decreto Presidencial. Todavia, a Lei n. 8.072/90 é expressa em renegar tal benefício aos condenados pela prática dos nominados delitos. E tal preceito legal, com 10 (dez) anos de vigência, não foi de-

clarado inconstitucional pela Excelsa Corte.

Tenho, portanto, que o acórdão recorrido aplicou a melhor exegese ao tema, não merecendo censura.

Isso posto, não conheço do recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 275.436 — SANTA CATARINA (2000/0088586-0)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Marcelo Martins Dalpom e outros

Recorrido: Neri Michels

Advogado: Alfredo Gava

EMENTA

Previdenciário. Acidente do trabalho. Benefício. Revisão. Lei de regência. Lei n. 9.032/95. Retroatividade. Recurso especial.

1. A aplicação de lei nova, tão-somente por ser mais benéfica, em relação a fatos passados, sem ela o determinar, contraria o princípio da irretroatividade da lei. Incidência da lei nova mais benéfica que se limita aos casos ainda pendentes de concessão.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Ministros José Arnaldo, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini.

Brasília—DF, 24 de outubro 2000.
(data do julgamento)

*Ministro Felix Fischer,
Presidente;
Ministro Edson Vidigal,
Relator.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Buscando majorar benefício previdenciário que recebe desde novembro/94, em face do advento da Lei 9.032/95, Neri Michels ajuizou ação de rito ordinário contra o INSS. O MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos da comarca de Criciúma—SC julgou procedente o pedido (fls. 45/49).

Houve recurso do INSS, tendo o TJSC negado provimento. O acórdão ficou assim ementado:

“Benefício acidentário — Revisional — Auxílio-acidente deferido no percentual de 40% e majorado por lei posterior de aplicação imediata (Lei n. 9.032, de 28/4/95) — Irrelevância, no caso, da data da concessão do benefício inicialmente — Correção com base no novo parâmetro, deduzido o quantum recebido — Custas processuais e honorários — Condenação mantida — Exegese das Súmulas 20 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e 111 do Superior Tribunal de Justiça — Sentença confirmada — Recurso e remessa providos.

“(…) ‘O percentual de 50% sobre o salário-de-benefício previsto na Lei n. 9.032/95 só incide a partir da vigência desta, pois a Lei Acidentária mais benéfica ao segurado tem aplicação imediata e não retroativa, isto é, alcança fatos ocorridos antes de sua vigência sem retroagir os seus efeitos patrimoniais’ (Ap. Cív. n. 98.013174-0, de Urussanga)”.

Opostos, pelo INSS, embargos declaratórios, foram eles rejeitados. Vem agora a autarquia com este Re-

curso Especial (CF, art. 105, III, a), reclamando da “aplicação retroativa da Lei n. 9.032/95” (fl. 104), porquanto, aduz, “a presente ação busca a revisão de benefício já concedido judicialmente, muitos anos antes, não havendo de se falar em caso pendente de julgamento” (fls. 107/108). Ainda, que a decisão impugnada diverge do entendimento firmado por este STJ.

Admitido na origem, vieram os autos a esta Corte, sem contra-razões.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, preliminarmente, deixo de conhecer do recurso pela divergência. Limitou-se o recorrente a transcrever ementas, não procedendo à demonstração analítica do suposto dissenso, na forma exigida pelo RISTJ, art. 255, parágrafo único.

A simples menção da existência do confronto não basta à sua comprovação. Ora, assentando-se as decisões judiciais em situações fáticas concretas, somente mediante a adequada demonstração dessas circunstâncias poder-se-á aferir a existência ou não do dissenso, o que não foi atendido.

A Lei n. 8.213/91 substituiu o auxílio-suplementar, previsto na Lei n. 6.367/76, pelo auxílio-acidente, dispondo em seu art. 86 (alterado pela Lei n. 9.032/95):

“Art. 86 — O auxílio-acidente será concedido como indenização ao segurado quando após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza resultarem

seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

“§ 1º — O auxílio-acidente mensal corresponderá a 50% do salário-de-benefício e será devido, observado o disposto no § 5º, até a véspera do início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado”.

Sob o fundamento da lei regente ser de ordem pública, este Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, tem entendido que a lei nova, tão-somente por ser mais benéfica ao obreiro/segurado, deve ser aplicada aos casos pendentes de concessão. O mesmo não se diga, porém, quanto aos benefícios em manutenção ou revisão.

Tendo em vista o princípio da irretroatividade das leis, sempre consignei que também no Direito Previdenciário deve prevalecer a norma vigente à época dos fatos geradores do direito ao benefício, e não a do seu exercício, salvo os casos de eficácia benéfica, ou de omissão da antiga sobre uma determinada questão.

A aplicação de lei nova, tão-somente por ser mais benéfica, em relação a fatos passados, sem ela o determinar, contraria o princípio da irretroatividade da lei.

Assim, deferido o benefício em novembro/94, deve ele submeter-se ao comando da norma acidentária vigente a época.

Nesse sentido:

“Previdenciário. Revisão de benefício. Auxílio-acidente. Lei de regência. Alteração do percentual. Incidência de lei nova mais benéfica. Lei n. 9.032/95. Irretroatividade.

“I — In casu, torna-se impossível a aplicação do preceito previsto na Lei n. 9.032/95, pois a aplicação de lei nova, pela simples razão de ser mais favorável em relação a fato pretérito, acabaria por violar os princípios da irretroatividade da lei e do *tempus regit actum*. A incidência da lei nova mais benéfica alcança apenas os casos pendentes de concessão.

“II — A regra que unificou o percentual do auxílio-acidente em 50% do salário-de-contribuição, qual seja, a Lei n. 9.032/95, somente se aplica aos benefícios concedidos após a sua edição, consoante o princípio da irretroatividade das leis.

“Recurso desprovido” (REsp n. 240.476/SC, rel. Min. Felix Fischer, DJ em 4/5/2000).

Assim, conheço parcialmente do recurso e, nesta parte, dou-lhe provimento para, reformando o acórdão recorrido, determinar seja aplicada, à hipótese, a legislação vigente à época em que concedido o benefício. Julgo, portanto, improcedente a ação, sem ônus.

É o voto.

**VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 98.007711-7, DE SANTA CECÍLIA

Recorrentes: José João Bressan e outro

Advogado: Dr. Iran Wosgrau

Recorrido: Valdomiro Francisco Sartorelli

Advogados: Dr. Carlos Homem e outros

José João Bressan e outro, fundados no artigo 105, item III, alíneas a e c, da Constituição Federal, manifestam recurso especial da decisão unânime da colenda Terceira Câmara Civil, que negou provimento à sua apelação, mantendo a sentença de improcedência dos embargos de terceiro que opuseram contra o ora recorrido.

Sustentam, em relação à letra a do Permissivo Constitucional, que a aquisição feita pelos recorrentes aos sócios da empresa devedora não poderia, em hipótese alguma, caracterizar fraude de execução, pela simples razão de inexistência de qualquer demanda judicial contra os alienantes.

Após dizer que, mesmo na hipótese de ocorrência da chamada

despersonalização da pessoa jurídica não estaria caracterizada a aludida fraude, referem que cumpria ao acórdão proceder ao exame da eventual ocorrência de fraude de execução nos precisos termos e moldes do art. 593, II, do CPC.

Acrescentam que o aresto recorrido contrariou o artigo 593, II, do CPC, ao entender “como suficiente para a caracterização da fraude de execução a simples existência de demanda judicial, independentemente de qualquer outra circunstância” (fl. 175).

Negam a ocorrência da fraude, pois “a melhor doutrina é no sentido de que mesmo em se tratando de fraude de execução, quando ainda não ocorreu a constrição judicial, a de-

monstração da insolvência decorrente da alienação é absolutamente indispensável e, ainda, que o adquirente, de algum modo tivesse ciência da existência da demanda capaz de reduzir o alienante à insolvência" (fl. 179).

Para comprovar dissídio jurisprudencial, indicam decisão do STJ (REsp n. 3259-0/RS — RSTJ 58/204 — fl. 178).

O recurso não foi respondido.

É o relatório.

A fraude de execução foi alegada pelo recorrido, nos autos de ação ordinária de indenização que moveu contra Transportes e Representações Ivan Ltda.

A ação foi ajuizada em 19/8/92, a citação verificou-se em 25/9/92 (fl. 48v.), tendo o sócio da empresa ré, Ivan Stratmann e sua mulher, Terezinha Rodrigues Stratmann, e a própria empresa, em 25/3/93, alienado aos embargantes, ora recorrentes, o imóvel urbano sito em Caçador, com 735m2 e respectiva edificação.

Em 18/7/96 foram alienados dois veículos à empresa ITRS Transportes Ltda., constituída pelos mesmos sócios da ré.

O acórdão recorrido sustentou que a transferência de benfeitoria de propriedade da executada e veículos, quando já verificada a citação na ação de reparação de danos, caracterizou a fraude à execução e a possibilidade de serem penhorados bens dos sócios.

E havendo a empresa se dissolvido irregularmente, a penhora poderia efetivar-se em bens dos sócios.

Na interpretação do art. 593 do CPC, contudo, a jurisprudência tem-

se orientado no sentido de que fraude de execução só se caracteriza se feito "o registro do arresto, dá penhora ou de citação válida em ação real ou pessoal que possa repercutir sobre os bens do devedor", ressalvada, ainda, a hipótese de se poder afirmar tivesse o adquirente ciência da constrição (REsp n. 111.899-0/RJ, rel. o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, Ementário Jurisprudência STJ 26, pág. 149, grifos deste despacho).

Inocorrente prova de registro da citação no caso, de forma a autorizar a incidência dos efeitos da despersonalização da possibilidade jurídica da sociedade limitada sobre bens particulares de seus sócios, não há falar em fraude de execução de bens por eles alienados.

Afigura-se, pois, vulnerado o art. 593, II, do CPC, pelo que admito o recurso pela letra a.

O dissídio jurisprudencial, contudo, tenho como não configurado, já que a hipótese do acórdão, trazido a confronto, não é semelhante à dos autos.

No caso, cuida-se da ausência de registro da citação em ação pessoal contra a empresa, antes da alienação dos bens por esta e seus sócios, e o acórdão paradigma cuida de situação em que o Superior Tribunal de Justiça afastou a fraude de execução porque dação em pagamento de imóvel, feita pelo devedor, realizou-se antes do registro da penhora.

O recorrente, de resto, limitou-se a transcrever o acórdão apontado como dissidente, não procedendo ao cotejo analítico, como o exige o parágrafo único do art. 541 do CPC.

Admito o recurso pela letra a, subam os autos, contudo, ao eg. Superior Tribunal de Justiça.

Intimem-se.

Florianópolis, 14 de agosto de 2000.

João José Schaefer,
Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 98.010429-7, DE CAÇADOR

Recorrente: Prefeito Municipal de Caçador

Advogados: Dr. Imar Rocha e outro

Recorrido: Osmar Mario Casagrande

Advogado: Dr. Édson de Souza Carneiro

Trata-se de recurso especial interposto nos termos do artigo 105, item III, alínea c, da Constituição Federal, contra decisão unânime da colenda Segunda Câmara Civil.

Não houve contra-razões.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do ilustre Procurador Dr. Paulo Roberto Speck, diz que o recurso é deficiente na sua instrução, "haja vista que nenhum julgado divergente foi trazido à colação" (fl. 256).

É o relatório.

Colhe-se da certidão de fl. 239 que o acórdão recorrido foi publicado no Diário da Justiça do Estado de 15/2/00 que circulou na mesma data, começando a correr o prazo recursal em 16/2/00 (quarta-feira), findando no dia 16/3/00 (quinta-feira), tendo o recorrente protocolado o recurso apenas no dia 24/3/00, 8 (oito) dias após o término do prazo previsto no artigo 188 do CPC.

O recurso especial foi, assim, manifestado a destempo, faltando-lhe requisito básico para a sua admissão.

A Súmula 322 do STF impede, dessa forma, a sua subida.

Ressalte-se que o parágrafo único do art. 76 do Código de Normas, editado pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado, definiu que o uso do sistema do protocolo unificado, que autoriza a apresentação de petições nas comarcas do interior do Estado, não se aplica aos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores.

No entanto, mesmo considerada a protocolização do recurso na comarca de Caçador, o recurso seria extemporâneo, pois apresentado apenas em 17/3/00 (sexta-feira), 1 (um) dia após expirado o prazo.

Resta, diante disso, negar seguimento ao recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 30 de junho de 2000.

João José Schaefer,
Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL CRIME N. 00.004965-4, DE CHAPECÓ**Recorrente: Carlos Pacífico****Advogada: Dra. Janice de Bairros****Recorrido: Ministério Público****Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck**

Carlos Pacífico, com fundamento no art. 105, inc. III, alínea a, da Constituição Federal, interpõe recurso especial em face da decisão unânime da colenda Primeira Câmara Criminal que deu provimento ao recurso de agravo manejado pelo Ministério Público, cassando o benefício da comutação de pena, concedido, no Juízo da Execução, ao recorrente, condenado por crimes hediondos.

Afirma que a aludida decisão violou o art. 112 da Lei de Execução Penal, ao vetar-lhe a possibilidade de progressão de regime, eis que preenchidos todos os requisitos para a sua concessão, ofendendo, também, o art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal.

Sustenta ter direito à comutação de pena, havendo, no caso, violação ao Decreto Presidencial n. 3.226/99, que não proíbe a concessão do benefício aos infratores das normas incriminadoras contidas na Lei dos Crimes Hediondos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Roberto Speck, opinou pela inadmissão do recurso, assinalando, de plano, a impropriedade da arguição de contrariedade ao art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna, cabível apenas em sede de recurso extraordinário.

De outro lado, argumenta que o art. 112 da Lei de Execução Penal sequer foi objeto de exame no acórdão atacado, além de não demonstrada contrariedade à lei federal, tendo a decisão hostilizada aplicado corretamente a legislação pertinente ao caso concreto.

É o relatório.

Assinale-se, desde logo, que a alegada violação ao art. 112 da LEP não foi discutida pelo acórdão recorrido, portanto não prequestionada, inviabilizando o recurso especial sob tal aspecto, à luz da Súmula 282 do Excelso Pretório.

De outro vértice, a aludida contrariedade ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, também não comporta análise nesta insurgência, porquanto: "O ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar dos recursos extremos, deixou bem delineado, por ordem constitucional, a impossibilidade do recurso especial definir qualquer assunto de envergadura constitucional. A missão do recurso especial é, unicamente, de garantir a autoridade da lei federal e de zelar pela sua aplicação uniforme" (AGRESP n. 255.301/SC, rel. Min. José Delgado, DJU de 25/9/00).

No que pertine ao Decreto Presidencial n. 3.226/99, contudo, a alegação afigura-se procedente, tanto no

que se alude à distinção entre comutação e indulto, consoante a dicção dos arts. 3º, 5º e 6º, quanto aos beneficiários dessas ditas indulgentia principis.

Nesse particular, cabe destacar que a distinção existente entre o indulto total e o parcial (comutação) objetiva justamente conferir aos condenados, não agraciados pelo indulto total, a possibilidade de merecerem, se não o perdão pleno, a redução das suas penas, daí por que não se pode tratar de forma igual ambos os institutos, pena de se inviabilizar por completo o da comutação, que é um benefício residual, que alcança, conforme dispõe o art. 2º do Decreto n. 3.226/99, somente os condenados que não preenchem os requisitos do referido diploma para merecer o indulto.

Conforme entendimento doutrinário:

“A Constituição Federal, entretanto, refere-se especificamente ao indulto e à comutação (art. 84, XII) atendendo a distinção formulada na doutrina: no indulto há perdão da pena, na comutação se dispensa o cumprimento de parte da pena...” (Mirabete, Julio Fabbrini. Execução Penal, Atlas, 8ª ed., São Paulo, 1997, pág. 417).

De fato, não se revela despropositado o argumento de que, se o Chefe do Executivo Federal pretendesse impor as vedações a ambos os institutos, teria reproduzido o parágrafo único do art. 2º do Decreto n. 2.838/98, ou o art. 3º do Decreto n. 2.365/97, inviabilizando, então, a benesse aos condenados pelos crimes arrolados em seu art. 7º. Mas não o fez, quiçá na intenção de que os ape-

nados que não fizessem jus ao perdão total, tivessem um estímulo para a recuperação deles, com a mitigação do resgate da pena.

O art. 84, XII, da CF, ao estabelecer a competência privativa do Presidente da República para conceder indulto não impôs limitação a esse poder. Daí o posicionamento de alguns, no sentido de que o indulto — perdão coletivo total ou parcial (comutação) — pode ser concedido a qualquer crime, ficando ao alvedrio do Presidente da República estabelecer os delitos sobre os quais cabe a concessão da benesse.

Fixados os requisitos para a concessão do indulto no art. 1º, é esse benefício negado, expressamente, aos “condenados por crimes hediondos e pelos crimes de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, nos termos do art. 7º, I, do aludido Decreto n. 3.226/99.

No tocante à comutação, entretanto, é a mesma concedida ao condenado que “não preencha os requisitos deste Decreto para receber indulto”, atendidas as demais condições do art. 2º e art. 3º.

Vê-se, pois, que a condenação por crime hediondo constitui impedimento à concessão de indulto (art. 7º, I, do citado Decreto), mas não à comutação, que encontra óbice apenas no fato de estar o condenado “sendo processado pelos crimes descritos no art. 7º deste Decreto”, isto é, estar sujeito a outra eventual condenação por quaisquer dos crimes arrolados no art. 7º do Decreto n. 3.226/99.

Dessa feita, a condenação do recorrente por homicídio qualificado, incluído entre os crimes hediondos, na

forma do art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/90, impede-lhe de fruir o benefício do indulto, mas não da comutação.

Ante o exposto, não obstante as judiciosas razões constantes do venerando acórdão recorrido, por acarretar a negativa à comutação notório prejuízo ao condenado, admito o recurso, por entender configurada contrariedade ao Decreto n. 3.226/99.

Subam os autos, pois, ao colendo Superior Tribunal de Justiça.

Intimem-se.

Florianópolis, 9 de outubro de 2000.

Francisco Borges,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL CRIME N. 00.009008-5, DE CRICIÚMA

Recorrente: Taltíbio Del Valle y Araújo

Advogado: Dr. Taltíbio Del Valle y Araújo

Recorrido: Mozart Victor Russomano

Advogado: Dr. Rodrigo Roberto da Silva

Taltíbio Del Valle y Araújo, com fundamento no art. 105, inc. III, alínea c, da Constituição Federal, interpôs recurso especial da decisão unânime da colenda Segunda Câmara Criminal que concedeu a ordem, para trancamento da queixa-crime, por falta de justa causa.

Diz que a decisão recorrida violou o art. 5º, III, c, da Carta Magna, porquanto adentrou em análise aprofundada da prova, ao examinar a existência do elemento subjetivo do injusto, para conceder a ordem, o que é defeso em sede de habeas corpus.

Para comprovar a divergência, comparou com o acórdão impugnado trechos dos seguintes julgados da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça: RHC n. 7.641/SP; RHC n. 7.939/MG; RHC n. 7.944/GO; ROHC n. 8.376/PR e RHC n. 8.859/RJ.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr.

Paulo Roberto Speck, manifestou-se pela inadmissão do recurso, eis que não contestado o principal fundamento da decisão recorrida — a imunidade penal, em afronta à Súmula 283 do STF, e diante da incoerência da alegada divergência jurisprudencial, bem como o desatendimento ao preceito do art. 255, § 2º, do RISTJ.

É o relatório.

No que se refere aos acórdãos colacionados pelo recorrente, não servem como paradigma do acórdão objugado porquanto "Não se conhece de recurso especial fincado na alínea c, inciso III do art. 105 da CF/88, quando a alegada divergência jurisprudencial não é devida e convenientemente demonstrada, nos moldes em que exigida pelo parágrafo único do artigo 541 do CPC c/c o art. 255 e seus §§ do RISTJ" (AGA n. 302.234/SP, rel. Min. José Delgado, DJ de 18/9/2000).

De qualquer sorte, é certo que o writ pode ser manejado, excepcionalmente, para o trancamento da ação penal, quando se verifica, inequivocamente, a atipicidade do fato.

Por fim, a ausência de dolo não foi o único fundamento do acórdão hostilizado, baseado também na conexão entre a suposta ofensa e o exercício da advocacia, onde o recorrido estaria sob o pálio da imunidade penal, que excluiria o crime, a teor do art. 142, I, do CP, questão não ventilada no recurso, portanto em afronta à Súmula 283 do STF.

Nesse sentido: "Criminal. RHC. Crime contra a honra. Advogado. Inviolabilidade.

"Reconhecimento. Recurso provido. Trancamento do feito determinado.

"I. Caracteriza-se a inviolabilidade do advogado se as expressões utilizadas efetivamente eram pertinentes à causa, tendo sido proferidas na sua discussão e relacionando-se com a defesa procedida pelo paciente" (RHC n. 8.819/SP, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 30/10/00).

Ante o exposto, inadmito o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 8 de novembro de 2000.

*Francisco Borges,
2º Vice-Presidente.*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIME N. 00.011268-2, DA CAPITAL

Recorrente: Edevaldo Pereira

Advogado : Dr. Marcelo Suplicy Vieira Fontes

Recorrido : Ministério Público

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Edevaldo Pereira, com fundamento no art. 102, inc. III, alíneas a e c, da Constituição Federal, e art. 26 da Lei n. 8.038/90, interpôs recurso extraordinário da decisão unânime da colenda Primeira Câmara Criminal

que negou provimento ao seu recurso de agravo, mantendo a decisão do Juízo da Execução, que indeferiu o pedido de comutação de pena, eis que condenado por tráfico ilícito de entorpecentes.

Apóia-se a irresignação excepcional na alegada interpretação equivocada dos arts. 5º, XLIII, e 84, XII, da Constituição Federal, que restringiu o poder constitucional do Presidente da República para a concessão de indulto e comutação; bem como no dissídio jurisprudencial entre os Tribunais Estaduais na interpretação do Decreto n. 3.226/99.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador Dr. Paulo Roberto Speck, opinou pela inadmissão do recurso, eis que o art. 84, XII, da CF, sequer foi objeto de análise no acórdão recorrido e a alegada violação à alínea c do inciso III do art. 102 da CF não ocorreu, posto que “o julgado em exame, em nenhum momento, julgou válida lei ou ato de governo local em face da Constituição Federal”.

É o relatório.

Primeiramente, no que se refere à contrariedade ao art. 5º, XLIII, da CF, trata ele diretamente da graça, equivalente ao indulto individual, não fazendo sequer menção à comutação que, conforme a própria tese do recorrente, distingue-se daquela indulgência; não se tratando, portanto, nem mesmo de contrariedade reflexa, cujo exame é inadmitido pelo Excelso Pretório.

Por sua vez, a alegada violação ao art. 84, XII, da Constituição Federal não foi discutida pelo acórdão recorrido, portanto não prequestionada, inviabilizando o recurso extraordinário sob tal aspecto, à luz da Súmula 282 do STF.

Finalmente, o aludido dissídio jurisprudencial na interpretação do Decreto Presidencial n. 3.226/99 também não comporta análise na via eleita, vez que referente ao cabimento de recurso extraordinário quando a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição (art. 102, III, c, da CF): “Pode-se afirmar que a expressão acima referida diz respeito às leis estaduais e leis municipais, editadas, respectivamente pelo Poder Executivo Estadual e Poder Executivo Municipal” (Wambier, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 220).

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 27 de novembro de 2000.

*Francisco Borges,
2º Vice-Presidente.*

NOTICIÁRIO

POSSE DOS DESEMBARGADORES VANDERLEI ROMER E RUY PEDRO SCHNEIDER

Em sessão solene realizada em 1º de novembro de 2000, na sala de sessões do Tribunal Pleno, os Drs. Vanderlei Romer e Ruy Pedro Schneider prestaram compromisso legal, sendo empossados no cargo de Desembargador.

À oportunidade o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges, em nome do Tribunal de Justiça, saudou os novos Desembargadores, assim se pronunciando:

“Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira, Digníssimo Presidente do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Excelentíssimo Senhor Doutor Paulo Roberto Bauer, Digníssimo Governador do Estado em exercício, Excelentíssimo Senhor Deputado Gilmar Knaesel, Digníssimo Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, Excelentíssimo Senhor Ministro Paulo Benjamin Fragoço Gallotti, Digníssimo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Excelentíssimo Senhor Doutor Odil José Cota, Procurador de Justiça, re-

presentando, neste ato, o Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, Excelentíssimo Senhor General de Brigada Darke Nunes de Figueiredo, Comandante da Décima Quarta Brigada de Infantaria Motorizada, Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Dilnei Ângelo Biléssimo, representando, neste ato, a Excelentíssima Senhora Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, Excelentíssimo Doutor Ênnio Carneiro da Cunha Luz, representando, neste ato, o Excelentíssimo Senhor Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de Santa Catarina, Excelentíssimo Senhor Doutor Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço, Digníssimo Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses, Senhores Magistrados, Representantes do Ministério Público, Senhores Advogados, demais ilustres autoridades presentes, eminentes pares, servidores desta Casa, familiares dos empossados, minhas senhores e meus senhores.

Reúne-se este egrégio Tribunal de Justiça, em sessão solene, para

dar posse aos eminentes colegas Vanderlei Romer e Ruy Pedro Schneider no cargo de Desembargador.

Por designação superior indeclinável do Excelentíssimo Senhor Presidente desta Corte, coube-me a honrosa incumbência de saudar os novos integrantes da mais alta Corte de Justiça do Estado.

O encargo é difícil, mas paradoxalmente prazeroso, porque os novos colegas apresentam-se altamente credenciados, mercedores dos inúmeros e valiosos títulos, conquistados ao longo das suas exitosas carreiras. Procurarei, contudo, cumprir a missão, repito, prazerosamente e na medida das minhas limitações.

Diante do rol das inúmeras realizações e atividades cumpridas pelos ilustres colegas, vi-me obrigado a sintetizá-las, porque tantos são os honrosos atributos registrados, que o tempo que despenderíamos seria por demais alongado e, por isso, perdoem-me a concisão.

Tenho em mãos o currículo de cada um, que há pouco foram lidos na Tribuna. Mas, para melhor retratar o perfil desses valorosos Magistrados, contatei dias atrás com o Doutor Ricardo José Roesler, Juiz em Joinville, Comarca na qual ultimamente atuaram os ilustres empossados, e anunciei-lhe que fora convidado para saudá-los nesta memorável solenidade. E da nossa conversa acabei por receber um e-mail que bem revela o respeito, admiração e amizade que merecidamente desfrutam. Peço, então, que me permitam ler a mensagem recebida:

‘Caro Desembargador Francisco Borges, conversei com quase to-

dos os colegas e com alguns dos mais antigos advogados da Comarca, e todos têm a mesma opinião a respeito dos colegas promovidos. O colega Ruy Pedro Schneider, gaúcho de Três de Maio, veio, ficou e venceu, por seus próprios méritos. É honrado pai de família, galgou todos os quadros da carreira com merecimento e dedicação, orgulhando a Magistratura catarinense, dividindo as angústias, as tristezas e as alegrias com sua esposa Cleusa e seus filhos Ana Francisca e Carlos Henrique. Pessoa amável, sempre atendeu todos com fidalguia. É um amigo leal e competente Magistrado, sempre disposto a ajudar seus colegas e os advogados que o solicitam.

Judicou quinze anos na comarca de Joinville, nas 3ª e 4ª Varas Cíveis, Presidente da Turma de Recursos em todas as unidades, com muitas realizações. Veio da comarca de Caçador, iniciando aqui no ano de 1985.

Foi Diretor do Foro por nove anos e um dos mentores do novo prédio, participando ativamente desde a aquisição do terreno até a execução da obra.

Participou, também, da idealização do sistema de informatização anterior ao SAJ na Comarca e, na época, inédito no Estado, com a colaboração do Unibanco.

Iniciou as tratativas para a criação do Fundo de Reaparelhamento do Judiciário com empresários locais e com o então Deputado Estadual e hoje Vice-Governador, que nos honra com sua presença, Doutor Paulo Bauer.

É professor de Direito Civil na Faculdade de Direito Univil, sendo, enfim, um exemplo de retidão, de ca-

ráter e de ilibada conduta. A comunidade joinvilense aplaudiu a sua merecida ascensão ao egrégio Tribunal de Justiça.

No tocante ao colega Vanderlei Romer, catarinense de Indaial, tenho a informá-lo, da mesma forma, tratar-se de um Magistrado que marcou época em Joinville, não só pela sua conduta moral ilibada, mas sobretudo pela reconhecida competência. É sempre lembrado por suas decisões justas, pelo seu conhecimento jurídico, seu poder de síntese apurado e objetividade no mérito da questão; cada despacho seu é um verdadeiro despacho saneador em busca da entrega da prestação jurisdicional. Veio da comarca de São Francisco do Sul, julgou aqui por sete anos, destes quase todos na Quarta Vara Cível.

Também enfrentou e discutiu o início das obras do novo fórum, opinando, sugerindo e oferecendo soluções. Foi o primeiro Presidente da Turma de Recursos, formando aqui um grande círculo de amizades. O 'Big Vander', como é carinhosamente chamado pelos colegas mais próximos, é de um coração sem tamanho, sempre pronto a atender um amigo. É uma pessoa respeitada e lembrada pelos juízes, servidores, promotores e advogados e por tantos quantos tiveram o privilégio de contar com a sua amizade.

Defensor intransigente da classe sempre que alguém tentasse denegrir-la. É um homem honrado, probo e ético. É o estereótipo do julgador moderno e eficiente, sempre primou pela instrumentalidade e efetividade do processo.

Joinville perdeu Vanderlei e Ruy, mas se conforta porque a Magistratura catarinense ganhou dois novos expoentes Desembargadores, que muito contribuirão para o vencimento dos desafios do novo milênio que se aproxima. Era o que tinha a contribuir'.

Mas para tudo, Senhor Presidente, Senhores Desembargadores, a par desse destaque, ainda lembro que o Desembargador Vanderlei Romer foi o primeiro colocado no vestibular da Furb, quando ingressou no curso de Direito, colando grau em 1975, e na sua vida profissional, que aqui foi lembrada, foi comerciário, bancário, contabilista e professor de História Geral e Geografia no segundo grau, bem como de Direito Penal na Unisul, sendo paraninfo da primeira turma daquela Universidade do Curso de Direito, e também professor de Direito Processual Civil da Esmesc.

Ainda não podemos esquecer da sua passagem pela comarca de Tubarão, onde, em poucos meses, após implantado o regime de exceção, conseguiu drástica redução do volume dos feitos das Varas Criminal e da Fazenda, que sabidamente estavam com volume excepcional de processos.

Ademais, notabilizou-se nesta Corte pelo seu empenho na informatização do Judiciário catarinense como Coordenador de Informática, contribuindo inegavelmente para o seu aprimoramento, conduzindo-a ao estágio que hoje se encontra, mercê de seu esforço e competência.

Casado com Dona Heloísa Dornelles Romer, deposita em seu filho Ricardo os ideais de seus sonhos, de realização pessoal e profissional.

Magistrados da estirpe de Vanderlei Romer e Ruy Pedro Schneider contribuem, sem dúvida, para o engrandecimento da Magistratura catarinense. Formam a convicção de que ela sempre será respeitada e reconhecida no contexto nacional em que está inserida.

Senhor Presidente, eminentes pares, nunca nos olvidaremos de que o Direito é ciência, sem provetas e instrumentais é verdade, mas operacionalizada nos livros, alvo do estudo cotidiano, ostentando-se no dia a dia suas transições dialéticas.

Não é apenas a lei a evoluir a olhos vistos, acompanhar a fertilidade legislativa de si mesmo já representa um esforço vigilante, porém a doutrina experimenta renovações sutis e, mercê da sua plasticidade, presta-se a preencher lacunas e a solver a problemática emergente que a turbulência inevitável dos eventos sociais continuamente põe em pauta nas incógnitas e dúvidas neste início de um novo milênio.

No decidir das lides, há que se compagnar, no fundo e na forma, o aprimoramento, o quanto possível e sempre maior, da tecnicidade geradora da síntese, sem perder de vista a clareza e a precisão. Bem por isso a sintaxe e o vocabulário variado, mas não luxuriante, apropriado, mas sem pedantismo, materializam ferramenta imprescindível, sempre habilitada com a sintonia à lei, como domínio do caso concreto. Que dizer do tempo na faina cotidiana, avaramente extrair dele o mais opulento proveito, na persuasão de que oportunidades inestimáveis podem não se reiterar em nosso caminho e a sucumbência não

ficará isenta de irremissível arrependimento?

O elo com o tempo por igual apresenta o drama do juiz no dia a dia, a pontualidade dos seus atos, fator tão significativo a exaltar-lhe o prestígio diante das partes, dos advogados e de quantos se interessam pelo seu labor.

A vida hodierna é plena de atrativos que desviam a atenção primordial, razão que nos predica cunhar uma pauta de prioridades para que o cumprimento do dever jurisdicional não fique subestimado com o prejuízo generalizado de muitos e, o que é pior, da imagem do Juiz.

De qualquer sorte, a autoridade que a função nos adjudica deve ser mantida à parte do contrário psicológico negativo. O sentimento da autoridade não pode altear-se às culminâncias do intocável, inebriando a própria vaidade, porque somos agentes de um poder que nos transcende, e nossa autoridade mais emana do que fazemos e não do que existencialmente somos.

Mas as instituições públicas e sociais nutrem-se e subsistem à custa das rotações humanas. Ninguém se perpetua em suas esferas de comando e a renovação traz o colorido da novidade, de proveitosa germinação às lideranças.

Curiosamente, a carreira de Magistrado talvez seja das únicas em que as promoções não representam senão dose maior de trabalho e de responsabilidade. Essa assertiva não causará por certo surpresa alguma aos colegas, que bem conhecem a carga impressionante de trabalho nos tribunais. A dose individual dividida

entre seus integrantes tem sido, não raro, desumanamente insuperável e não condizente com o limite da capacidade de trabalho útil e saudável de cada um.

Contudo, a Magistratura é uma instituição que numa sociedade quase aética, pouco preocupada com padrões éticos, mantém seus valores morais essenciais a sua sobrevivência verdadeiramente intocáveis.

Os que acreditam na Justiça sentem que ela é a suprema realização da humanidade e instrumento superior da paz, sem a qual a própria vida restaria sem sentido, como ressaltou o sempre citado Piero Calamandrei. Daí a preocupação constante na busca de alternativas que correspondam aos anseios dos jurisdicionados. Estão aí as tentativas visando a superar as dificuldades que dia a dia constituem extraordinário desafio a nossa capacidade de resolvê-las.

Não são poucas nem pequenas as medidas adotadas. Poderia relembrar várias: as Casas da Cidadania; o aumento do número de Desembargadores e de Juízes Substitutos de Segundo Grau; a especialização das Câmaras; a Segunda Vice-Presidência do Tribunal, encarregada de examinar preliminarmente a admissibilidade e a suspensividade dos efeitos nos agravos de instrumento; incremento do parque eletrônico de que dispomos, e tantas outras medidas que poderiam ser enumeradas, são exemplos da perseguição constantemente realizada, para tentar solver todas as dificuldades que aportam aos nossos gabinetes diariamente.

Essas dificuldades também se situam no Primeiro Grau e os estudos

e levantamentos feitos pelos seminários de avaliação e conscientização que esta Administração promoveu, na elaboração do plano estratégico de soluções, são exemplos que também não podem ser esquecidos.

Senhor Presidente, de qualquer sorte, temos segura convicção de que os eminentes colegas que hoje assumem o elevado e honroso cargo de Desembargador nesta colenda Corte continuarão mantendo, até pela conduta que já revelaram, essa grandiosa tradição, preservando tais valores para o goáudio de todos nós. Muito obrigado”.

Discurso do Dr. Ênnio Carneiro da Cunha Luz, representando o Presidente da OAB, Secção de Santa Catarina:

“Exmo. Sr. Presidente Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira, cumprimentando Vossa Excelência, cumprimentamos os demais membros da Mesa, Senhores Desembargadores, Juízes, Promotores, Advogados, Senhoras e Senhores.

Representando a Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de Santa Catarina, compareço a esta solenidade para demonstrar o regozijo e alegria de todos os advogados catarinenses pela posse dos eminentes Juízes Vanderlei Romer e Ruy Pedro Schneider nos honrosos cargos de Desembargadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Nesta solenidade festiva seria inconveniente falarmos de nossas preocupações e angústias, inerentes à perfeita distribuição da justiça em Santa Catarina. Os Magistrados que hoje são empossados neste respeitá-

vel Sodalício são homens de seu tempo, preocupados com a distribuição correta da justiça e com as mazelas que cercam o nosso cotidiano e estão a exigir de cada um maior atenção para a solução desses inadiáveis problemas.

Por isso, Desembargadores Vanderlei Romer e Ruy Pedro Schneider, os Advogados catarinenses os saudam nesta oportunidade, quando Vossas Excelências se vêem coroados e vencedores nas carreiras que abraçaram, tendo-as exercido até este momento com honradez, dignidade e espírito público.

Senhores Magistrados, à sociedade civil organizada não interessa um Poder Judiciário fraco. É necessário fortalecê-lo dando-lhe as ferramentas necessárias a sua grandiosidade e independência para seu pleno exercício.

Em Santa Catarina, como tem reiterado por diversas vezes o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Santa Catarina, Dr. Jefferson Luis Kravchychyn, o Poder Judiciário é formado por homens íntegros e não encontraremos maiores problemas para declarar que é um dos mais respeitados e operosos da nação brasileira.

Eminentes empossados, comparece a OAB a este ato certa de que o egrégio Tribunal de Justiça ganha com a ascensão de tão honrosos Magistrados. Entretanto, as honras dessa vitória, temos certeza, Vossas Excelências dividem com as suas esposas, seus filhos, seus familiares e amigos, a quem a Ordem dos Advogados também parabeniza e felicita.

Por fim, os Advogados Catarinenses desejam que Vossas Excelências, eminentes Desembargadores, que hoje assumem essas relevantes funções, sejam muito felizes no exercício desse mister”.

Discurso do Dr. Odil José Cota, Procurador de Justiça:

“Tenho a satisfação de neste ato estar representando a Instituição do Ministério Público do Estado de Santa Catarina na saudação aos eminentes Desembargadores, recém-empossados, Drs. Vanderlei Romer e Ruy Pedro Schneider.

Nestes últimos tempos, tem sido uma constante a renovação de magistrados nesta augusta Casa, não só pela alternância decorrente da passagem para a inatividade de desembargadores que, após prestarem longo e extenuante serviço dedicado à causa da Justiça, despedem-se abrindo espaço à renovação, como também pelo aumento efetivo de vagas, que estão sendo concretizadas ante a ação persistente do Presidente do Tribunal de Justiça, Sua Excelência Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira, proporcionando uma prestação jurisdicional mais célere do Poder Judiciário de Segunda Instância. Poder Judiciário este que vem, com certa frequência, sofrendo ataques cada vez mais fortes, principalmente quando, respeitando a lei e a justiça, garante o direito dos mais fracos. Como exemplo, recentemente, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito da incorporação dos 11,98% aos vencimentos dos servidores do Judiciário Federal. Bastou isso para que na mídia repercutissem man-

chetes de que o aumento do salário mínimo estaria comprometido.

Ora, do Orçamento Geral da União, o Poder Judiciário tem apenas 0,77%, não podendo ser considerado, portanto, o vilão fiscal, que alguns querem pareça ser.

O compromisso do Judiciário, como também o do Ministério Público, é com a lei e com a Constituição. Não se pode mais aceitar, num estado de direito, que toda vez que estes tomem uma decisão ou posição que desagrade o Governor, sejam acusados de não pensarem na economia e nos interesses do País.

O Ministério Público e o Poder Judiciário, conscientizados de seus misteres, devem ter presente que o objetivo maior de suas existências é a garantia da justiça, da paz social e do respeito à dignidade de cada cidadão, mesmo que lhes antepõem correntes e opiniões; não obstante as carências de ordem administrativa e instrumental, não importa, devem rumar à consagração de seus grandiosos destinos históricos, ou seja: o de fazer valer, sobretudo, a Justiça, a constante e perpétua vontade de dar a cada um o que é seu.

Como já disse, mais uma vez este Tribunal se reúne para receber em seu seio dois novos integrantes. Sentimo-nos intimamente felizes em poder expressar a esses cidadãos ilibados, que se notabilizaram em suas existências de Magistrados de Primeiro Grau pelo trabalho digno exercido desde o dia de seus ingressos na carreira, a nossa profunda alegria em vê-los alcançar, com méritos indiscutíveis, seus assentos neste Plenário.

Ao buscarmos traçar ligeiro perfil dos ora empossados, que conhecemos na atuação ainda como Promotor de Justiça, lembramos as figuras severas e de grande conteúdo jurídico dos Desembargadores Vanderlei Romer e Ruy Pedro Schneider, que chegam, vencedores das memoráveis batalhas que a vida funcional de Magistrado lhes impôs, ao ápice da gloriosa carreira.

Relembro que o Desembargador Vanderlei Romer iniciou sua carreira como Juiz Substituto na circunscrição judiciária de Palmitos e que tive a honra, como hoje estou tendo, de participar de momentos importantes de sua vida funcional, uma vez que na comarca de Maravilha era eu o Promotor de Justiça que atuou na primeira audiência presidida por sua Excelelência como Magistrado. Naquele momento, do modo seguro e correto como presidira a audiência e depois do conteúdo jurídico, bom-senso e de justiça de seus despachos e decisões, não tive dúvida que estava diante de um novel magistrado que faria nome na Magistratura catarinense e tornar-se-ia um dos seus maiores magistrados. Maior como, em forma de brincadeira, costume dizer, não pela sua estatura de jogador de basquetebol, esporte do qual, diga-se de passagem, foi exímio atleta na sua juventude, mas pela sua estatura intelectual, cultural, jurídica, moral e ética.

Posteriormente, ainda tive oportunidade de com ele trabalhar na comarca de Joinville, na qual conheci outro expoente do Judiciário catarinense, o Des. Ruy Pedro Schneider, Juiz tarimbado, experiente, estudioso, trabalhador, que por muito tempo esteve à frente da direção do foro da co-

marca de Joinville e que assim como o Des. Vanderlei e todos os magistrados de visão que conheci são amigos e admiradores do Ministério Público.

Ministério Público que a Constituição Federal de 1988, no art. 127, caput, conceitua como sendo 'uma Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis'. Instituição permanente porque é um dos órgãos, pelo meio social, como, por exemplo, quando promove perante o Poder Judiciário a ação penal pública, de forma privativa, ou seja, é a única instituição que no Brasil pode exercer uma determinada parcela da soberania do Estado, isto é, a pretensão punitiva deste.

Essencial à função jurisdicional porque compõe o tripé Magistratura, Advocacia e Ministério Público, sem o qual essa função, na maioria das vezes, não se perfectibiliza. Incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica. Essa expressão deve ser compreendida à luz dos demais dispositivos da Lei Maior que disciplinam a atividade do Ministério Público, seja quando o define como o fiscal da lei, seja quando o coloca como defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis e do bem geral. Incumbindo-lhe a defesa da democracia.

É possível escrever um livro sobre a democracia e um Ministério Público forte e independente, um Ministério Público forte, mas submisso aos governantes só pode convir a governos totalitários. Não cabe aqui falar sobre esse aspecto e apenas lembro o que disse Eurico de Andrade Azeve-

do mostrando que o Ministério Público só atinge a sua destinação última em um meio essencialmente democrático: 'A manutenção da ordem democrática e o cumprimento das leis são condições indispensáveis à existência de respeito e ao estabelecimento da paz e da liberdade entre as pessoas. Há, pois, uma íntima relação, delimitada em lei, entre o equilíbrio da vida social e o fiel exercício das funções próprias do Ministério Público'. Responsável pela defesa dos interesses indisponíveis.

A Constituição Federal destina o Ministério Público, de forma prioritária, ao zelo dos mais graves interesses da coletividade e em Santa Catarina apenas para atender a essa destinação foi criado, por lei, o Centro das Promotorias da Coletividade, do qual tenho a honra, como Procurador de Justiça, de ser o Coordenador-Geral e a oportunidade de subscrever e fazer esta saudação.

Em nome, portanto, de toda a Instituição, apresento a Vossas Excelências, Desembargadores Vanderlei Romer e Ruy Pedro Schneider, as boas-vindas a este Tribunal de Justiça, certo de que a grandeza moral e elevado grau de cultura jurídica de que são portadores haverão de garantir-lhes êxito pleno no prosseguimento das brilhantes carreiras. Muito obrigado".

Discurso de posse do Des. Vanderlei Romer:

"Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira, Digníssimo Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em cujo nome, para não ser repetitivo, reverencio e saú-

do todos os membros da seleta Mesa Diretora e a todas as demais autoridades e às demais ilustres pessoas presentes nesta sessão solene, que para mim é extremamente significativa e será, tenho convicção, inesquecível em minha vida.

Primeiramente, manifesto que recebi as palavras elogiosas dos que me antecederam, mais como uma forma de amizade e do coração magnânimo que têm.

Mandam as normas consuetudinárias que recém-empossado se pronuncie em tais solenidades. E é para não quebrar o elo desta praxe que me dirijo aos senhores, de forma despreziosa, mas com o coração embaraçado pela emoção. Despreziosa porque não me move a retórica ou o uso de frases altissonantes, contendo conhecimentos da ciência, doutrina ou da aplicação concreta do direito, como sabiamente, e com erudição, tem ocorrido em pronunciamentos anteriores deste jaez. Não pretendo alongar-me, aliás, nem adentrar em citações de Calamandrei, Carnelutti, Rui Barbosa, Péricles Prado e tantos outros, porque seus ensinamentos são acervo a todos acessível. Nem aspiro tecer conceitos acerca da propalada crise do Judiciário, porque, como já o disse nesta Casa o Desembargador João Martins, o que há é, em verdade, uma crise política, embora o assunto mereça alguma reflexão.

A doença que afeta o Poder Judiciário, quer no seu campo estrutural — em todos os níveis, tem causas por demais conhecidas de todos, e a premissa de se enxugar os textos das leis que regem matéria processual,

nos diversos ramos do direito, necessita, antes de tudo, da boa vontade política para ser equacionado, desde que o enfrentamento se dê sem demagogia e sem interesses escusos. Não é aqui, porém, penso, o foro competente para isso. Prefiro ater-me, já disse, ao aspecto emocional do evento.

Eu e meu irmão nos vimos privados dos pais quando ainda muito crianças, mas recebemos lar, carinho e bons exemplos, primeiramente dos avós, depois dos tios, todos eles infelizmente já falecidos. Trabalhamos em bancos distintos e, como não havia estudo ginásial durante o dia em Indaial, um grupo de jovens, contando com o apoio do Dr. Mário Bonessi, diretor do Colégio, conseguiu formar uma sessão noturna naquele educandário.

Premido pela necessidade de recuperar o tempo, consegui concluir o segundo grau no então chamado Curso Madureza, do Colégio Catariense de Florianópolis, na época com extensão em Blumenau. Concluído o curso de Direito da Furb, tentei em seguida o concurso para magistratura, logrando aprovação juntamente com Álvaro Antônio José Pille, Cláudio Barreto Dutra, Nilton João de Macedo Machado, Newton Trisotto, Odete Maria de Oliveira e Renato Melillo Filho. Compuseram a banca examinadora o Desembargador Marcílio Medeiros, como Presidente, os Desembargadores May Filho, Thereza Tang, Eugênio Trompowski Taulois Filho, Geraldo Gama Salles e pela OAB os então advogados João José Ramos Schaefer e Carlos Alberto Silveira Lenzi e hoje, com inegáveis méritos, com assento nesta Casa.

Confesso que lograr ingresso na gloriosa magistratura catarinense não foi simples. Mas valeu a pena inteiramente. E vejo hoje que não poderia conceber minha vida sem a magistratura.

Sempre procurei honrar o manto sagrado, que é a toga, e se um dia não consegui, de forma plena, alcançar os ideais de justiça, isto se deve a minha falibilidade como ser humano. Assim como procurei honrar a toga que hoje vesti pela primeira vez, a qual recebi, com felicidade, dos eminentes Juizes Substitutos de Segundo Grau, gesto que simboliza, tenho certeza, o respeito fraterno, a união e a amizade que sempre existiu entre nós e continuará a existir. Como uma espécie de drepânio, estivemos sempre do mesmo lado e mesmo plano. Esses respeitáveis julgadores que tanto fizeram pelo Tribunal e pela sociedade catarinense, em condições adversas de trabalho, merecem um especial reconhecimento. E tenho certeza de que esta augusta Corte assim o entenderá.

Quando disse que não conseguiria imaginar minha vida sem a magistratura, move-me, quase que no todo, o reconhecimento e a gratidão a tantos que comigo estiveram lutando pelo mesmo ideal durante minha trajetória por inúmeras Comarcas, umas próximas, outras longínquas, algumas de pequeno porte, outras maiores, mas todas com o mesmo significado para mim.

Ao abrir este baú de lembranças gratificantes, seu conteúdo maior estará tomado pelo agradecimento aos servidores da Justiça. São eles que, desde a chegada dos juizes nas

Comarcas, alguns inexperientes, prestam-lhes o primeiro e valioso auxílio. Sem eles, nada se obteria de concreto, pois são os executores das decisões judiciais. Não importa a função que exerçam: sua importância é a mesma.

E mesmo já atuando no Segundo Grau, como coordenador de informática, tive o privilégio de reencontrar e, também, o de conhecer outros funcionários desse admirável quadro.

Havia prometido a mim mesmo que não citaria nome algum, porque, em lugar de fazer justiça a alguns, estaria, mesmo fazendo involuntariamente, cometendo injustiça com muitos outros.

Mas, quando me referia à informatização da Justiça de Primeiro Grau, vi-me impelido a fazer um registro. O uso desse meio eletrônico, em todas as Comarcas do Estado, de forma integrada, com livre acesso a todos, com capacitação humana (imaginem-se cursos dessa natureza, com oitenta horas, para quase quatro mil funcionários) é hoje uma referência nacional incontestável. Podemos-nos orgulhar que estamos na vanguarda, e com sobras.

Pois bem. Isto é o fruto do descortino, da visão de futuro, do incentivo e do apoio constantes do Desembargador Napoleão Xavier do Amarante quando à frente da Administração do Judiciário catarinense. Homem probo, de conduta ilibada, cioso com as coisas públicas, competente, afável e amigo, merece este registro pessoal. E por questão de justiça cabe-me afirmar que a informatização continua tendo o impulso necessário, agora sob a presidência do Desem-

bargador Francisco Xavier Medeiros Vieira, cuja meta vem sendo a humanização da justiça.

Do mesmo baú dessa vida profissional assume especial relevância o papel dos ilustres e competentes membros do Ministério Público estadual e não menos dignos e ilustres advogados. Com efeito, nada obstante este meu jeito taciturno de ser, sempre tive com esses honrados profissionais do direito uma relação sólida de respeito, amizade e lealdade e deles recebi a contrapartida acrescida daquilo que me ensinaram. Lembro-me que, escolhido para Juiz Substituto de Segundo Grau, sem gabinete, por menor que fosse, tive a sorte de substituir o hoje presidente, na época à frente do Tribunal Regional Eleitoral, e ali contei com a inestimável contribuição da Dra. Vera Lúcia Vieira da Silva Varella, naquela fase de agruras estruturais.

Conto hoje, e continuarei contando com um grupo de trabalho competente, dedicado, responsável e leal, os quais são os grandes responsáveis pelo eventual acerto de meus julgados. Gisele Volpato Faria, Tatiana Melissa Matos, Cláudio Fontes Filho e Adriana Bessa dos Santos, as duas primeiras remuneradas, embora não condignamente, e outros dois trabalhando inteiramente de graça, são auxiliares que qualquer desembargador gostaria de ter. Sem desdouro a outras instituições, gostaria de vê-los, muito em breve, na magistratura.

Jamais poderia deixar de lembrar que assumo o cargo na vaga decorrente pela aposentadoria do Desembargador Álvaro Wandelli Filho. Tive o privilégio, a honra e satisfação

de trabalhar com Sua Excelência na comarca de Tubarão e desde então conheci o quão notável era o seu saber jurídico e maior ainda a sua sabedoria humana. Pessoa tranqüila, espiritualizada, a todos cativou. Perde o Judiciário um magistrado de escol. Mas permanece o amigo, que seja assim o almejo, junto com sua esposa, Dona Ondina, muito feliz.

Felicidade. Felicidade é lembrar dos meus avós, Germano e Hildegard, dos meus tios Gustavo e Gertrud. Felicidade é ver presente o meu irmão, tem o pomposo nome de lorde inglês, Ray Herbert Romer, mas que é um homem simples, afável e doce, com uma família que tem a Anadir, cunhada querida, filhos como Rafael e Fabiana, minha afilhada. Homem de origem humilde, que inclusive trabalhou anos na Alemanha, é hoje um dos mais respeitáveis empreendedores de Indaial. Felicidade é ter aqui hoje o meu filho Ricardo, geograficamente longe, mas rente ao meu coração. Da sua juventude muito aprendi. Te amo, querido Ricardo. Felicidade é ter hoje, nesta cerimônia, parentes da Eloísa, como o seu pai, Sr. Eloy, e sua irmã Yole, que hoje de manhã chegaram de Porto Alegre para esse evento, aos quais quero muito bem. Registro ainda a presença da Tânia e seus familiares. Foi a pessoa que me acompanhou nos primeiros passos dessa jornada, dividindo alegrias e tristezas.

Tenho o dever de agradecer a todos os desembargadores deste Tribunal, mesmo aqueles com os quais não tive a felicidade de trabalhar, porque, apesar de substituto, trataram-me de igual para igual, sempre me repassaram seus conhecimentos, sempre me foram extremamente leais.

E estendo este sentimento ao Dr. Ruy Pedro Schneider, que hoje assume cargo idêntico, com quem, para minha felicidade, trabalhei na comarca de Joinville, em varas distintas, e em colegiado, na Turma de Recursos.

Não poderia, jamais, deixar de me referir à pessoa que amo, minha esposa Eloísa. Sempre me deu amor, carinho e incentivo. Tivemos que fazer algumas travessias difíceis. Mas do solo acidentado conseguimos remover as pedras e encontrar um caminho que, como diria Manuel Bandeira, possa-nos levar a Pasárgada. Do mar revolto, possível encontrar a calma. Da tempestade foi possível chegar à brisa de um céu de brigadeiro. Obrigada, Eloísa.

Sintetizando esta trajetória, poderia utilizar, como figura de estilo, o arco, aquele semicírculo. Os índios o usam como forma de defesa e de sobrevivência. Em minha infância, já o disse, tive dificuldades, e de lutar para ser alguém na vida. Em Indaial, terra que adotei, existe a famosa e linda Ponte dos Arcos, que serve para a travessia sobre o Rio Itajaí-Açu, e me reportei há pouco a uma travessia pessoal. E o terceiro arco, o mais lindo de todos, é o arco-íris. Não sei por que mas, desde criança, imagino que ele começa no lado esquerdo e termina no direito. Como no imaginário, eu tenho concretamente o tesouro deste pote. Este tesouro são todos vocês, meus amigos. Enfim, finalizo. E que sejamos todos abençoados por Deus. Obrigada”.

Discurso de posse do Des. Ruy Pedro Schneider:

“Não existem bons ventos para quem não tem rumo certo’ (Sêneca).

Tem-se falado muito em novo século, novo milênio, como se num passe de mágica todos os nossos problemas e angústias estariam solucionados. Na verdade, o tempo é o mesmo e a forma de sua contagem tem elementos psicológicos, políticos, entre outros.

As mutações sociais, o processo cunhado de ‘globalização’, têm surtido efeitos impressionantes na esfera jurídica, haja vista a necessidade de regulação internacional mais consentânea com as demandas atuais da comunidade internacional, em especial ao que se refere aos direitos humanos.

Qual o rumo, quais os caminhos que o Judiciário percorre ou deverá percorrer nesses novos tempos?

A sedução pela informatização nos coloca paradoxalmente num mundo sem lembranças e sem memória (Baudrillard). O que acontecerá quando existir mais substância informativa e inteligência artificial que inteligência natural? Não podemos esquecer que a informação é sempre uma forma de converter a significação em resíduo dos acontecimentos e desejos: o virtual produz a realidade como resíduo. As imagens transformam os discursos em resíduos. Estamos ecologicamente ameaçados de passar a pertencer a uma espécie humana que se produz a si mesma como resíduo. A história foi das ruínas para os resíduos. Estamos edificando o futuro do resíduo?

Segundo dados do IBGE, o Brasil, no ano 2010, terá 30 milhões de internautas, mais que o dobro do número atual. O número de celulares será 20% superior ao de telefones fixos. Hoje é quase 40% menor.

Tudo isso nos leva a ter um enorme cuidado ecológico: não usemos a ecologia como novo alimento para nosso campo de misérias e catástrofes. Os escravos nunca foram reconhecidos como cidadãos, unicamente foram ajudados para sua libertação como escravos. Tiveram a liberdade de ser escravos. Da mesma maneira pode passar com o ecológico: nós podemos obter o direito a uma vida mais digna quando já não temos a possibilidade dela. É algo muito familiar aos juristas e que o sabem muito bem: o direito só protege o que já desapareceu. O direito é como a fé. Se Deus existe, não faz falta acreditar nele. Se se crê Nele, é porque a evidência de sua existência está morta.

O perigo ecológico de produzir uma espécie de homens como resíduos de si mesmos é cada dia mais presente. Podemos entrar em um ponto de indiferença, onde nossa espécie não será humana nem inumana. Uma espécie que se propõe ter a gestão de sua desapareição como destino (em um meio animal saturado, disse Baudrillard, as espécies se dissuadem espontaneamente). No seu cego impulso de saber, o homem programa sua própria destruição, sacrifica sua espécie a um destino experimental desconhecido, que elimina o instinto de conservação.

Estamos tratando de construir o clone de nossa espécie, que tenderá à paradoxal possibilidade de ser imortal e ao mesmo tempo absolutamente alheio à relação símbolo – desejo que configurava a espécie natural. É o indivíduo transformado em artefato (Warat).

Conforme Bobbio, o exercício do poder — econômico, ideológico e político, ou seja, da riqueza, do saber e da força, contribui conjuntamente para instituir e para manter sociedades de desiguais divididas em fortes e fracos com base no poder político, em ricos e pobres com base no poder econômico, em sábios e ignorantes, com base no poder ideológico. Genericamente, em superiores e inferiores.

O Direito dos Juízes, que é composto por normas utilizadas nos tribunais para decidir casos concretos de litígios e de conflitos, acha-se mutuamente entrelaçado com o Direito do Estado. Desse modo, não poderá haver 'uma legislação do poder público estatal, sem que haja uma administração judiciária que se subordine à vontade' e ao interesse do Estado, conforme Ehrlich, citado por Wolkmer. É preciso atentar a este detalhe para que não sejamos meros compiladores, deixando de lado a verdadeira função, que é fazer justiça.

O nosso sistema jurídico filiado à tradição da civil law rege-se preponderantemente pelo normativismo e foi, ao pretender constituir um Código de Processo Civil como único e exclusivo sistema para resolver a totalidade dos conflitos de interesse, que se revelou adaptado. Inflexível, mostra-se hodiernamente superado no tempo e pelas circunstâncias como o afluxo de massas em direção aos grandes centros, reivindicação cada vez maior por bens da vida, dentre os quais os serviços públicos, e nestes inserido o dever do Estado de distribuir a justiça e aplicar o direito.

A participação dos grupos sociais, pressionando pela distribuição

da justiça e aplicação da lei, e a inter-rogação desta idéia monopolística perfazem o cerne da discussão atual.

A impossibilidade da resolução de todos os problemas que hoje demandam acesso à Justiça e que colimam seja essa Justiça realmente efetiva na consecução dos propósitos prometidos elucida um descompasso e um desajuste que acabam por ocasionar uma perda de poder do Estado e conseqüente desprestígio do próprio Poder Judiciário.

Para Cappelletti, justiça que tarda significa para muitas pessoas uma Justiça inacessível.

O esgotamento do instrumental jurídico estatal há muito já vem sendo denunciado pelos filósofos e estudiosos do direito, estando todos em busca de um novo paradigma.

É preciso abandonar a idéia de que um sistema de resolução de conflitos é eficiente quando conta com instituições e procedimentos que procuram prevenir e resolver controvérsias a partir das necessidades e interesses das partes.

A sociedade consciente das limitações estatais frente aos reclamos jamais deixou de preservar métodos alternativos de resolução dos conflitos, embora o Estado detivesse o monopólio da jurisdição.

'Soluções parajurispcionais', na expressão de Carreira Alvim, onde a iniciativa privada, grande supridora da inoperância estatal, propõe atividades paralelas à atividade do Estado, desloca-se a administração da Justiça do eixo do Estado para o das próprias comunidades onde emergem os conflitos, mais próximos dos contendores e que melhor sabem avaliar os males

que provoca a discórdia entre seus membros.

Não se trata da criação de novas formas de convivência ordenada. Elas sempre existiram e reaparecem em um momento de crise do modelo judiciário como resposta aos seus desfuncionamentos.

Em tais hipóteses, a provocação dos tribunais que se dá em nível inicial passaria a ter um caráter subsidiário. O sistema judicial só seria acionado depois de tentados outros métodos de resolução, a não ser que a questão envolvida versasse sobre direitos não disponíveis pelas partes envolvidas, ou que seja aconselhado o tratamento judicial meramente subsidiário, ou seja, quando a provocação da jurisdição seja absolutamente necessária.

Oportuno registrar que Sua Excelência o Des. Francisco Xavier, Presidente desta Corte, já tem dado importantes passos na busca de uma Justiça mais efetiva e consentânea com o atual momento, estimulando mecanismos alternativos como a ampliação dos Juizados Especiais, a mediação, bem como criando a figura do juiz agrário para a solução de conflitos fundiários.

É preciso que haja uma mudança de cultura jurídica em nosso País, que é essencialmente litigiosa, pensar em novas matérias jurídicas como o biodireito, o direito das massas, entre outras, para, quiçá, restabelecermos a credibilidade e a confiança na Instituição.

Um novo perfil deverá ser exigido para os juízes.

Neste particular, tem relevância a atuação do professor, a quem home-

nageio pelo papel transformador e criador que pode desenvolver. O professor que tem o desafio de ajudar o estudante a pensar com criticidade, a explicitar uma argumentação de maneira lógica, precisa e convincente.

Para Carraher, um indivíduo que possui a capacidade de analisar e discutir problemas inteligente e racionalmente, sem aceitar, de forma automática, suas próprias opiniões ou opiniões alheias é um indivíduo dotado de senso crítico. Como Piaget ressaltou, além da formação de pensadores criativos, a educação tem como objetivo 'formar mentes que possam ser críticas, que possam verificar, em vez de aceitar tudo que lhes é oferecido. O grande perigo hoje em dia é o dos chavões, das opiniões coletivas, de modas pré-fabricadas de pensamento. Temos que ser capazes de resistir individualmente, de criticar, de distinguir entre o que foi provado e o que não foi. Portanto, precisamos de alunos que sejam ativos, que aprendam cedo a descobrir por si próprios, em parte, através de sua atividade espontânea e em parte através do material que lhes apresentamos; que aprendam cedo a distinguir o que é verificável da primeira idéia que lhes vem à cabeça'.

Por fim, penso que o reconhecimento de um outro paradigma cultural de validade para o Direito, representado por uma nova espécie de pluralismo, pode contribuir para aliviar o sofrimento e as tensões daqueles que não têm acesso ao sistema tradicional.

Como se pode observar, rumos existem, resta escolher o certo.

À professora Olga, ao professor Wolkmer, ao professor Moacir

Motta, ao professor Alcebíades, ao professor Ubaldo, meu agradecimento por tudo.

Agradeço as menções elogiosas feitas à minha pessoa pelos oradores que me antecederam, ciente de que são frutos mais de suas bondades do que mérito meu.

Agradeço aos meus pares desta egrégia Corte a confiança em mim depositada, o carinho e apreço sempre demonstrados, recebendo-me com fidalguia.

Agradeço a todos os meus colegas que me estimularam em toda a carreira, aos meus colegas de Universidade, aos alunos que me enchem de alegria e orgulho.

Aos advogados e aos representantes do Ministério Público com os quais tive o privilégio de trabalhar e conviver, minha admiração e estima pelo muito que me ensinaram.

Meu agradecimento especial aos serventuários da Justiça, verdadeiros heróis na caminhada em busca da justiça.

À comunidade joinvilense aqui representada, meu carinho e admiração.

Aos meus pais, esposa e filhos, irmãos e demais parentes, dedico este dia.

A Deus que tanto me tem dado, peço contínua proteção.

A todos indistintamente, muito obrigado".

Discurso do Exmo. Sr. Des. Presidente do Tribunal de Justiça Francisco Xavier Medeiros Vieira:

"Faz hoje nove meses que foram empossados os atuais dirigentes

do Tribunal de Justiça. Estamos marcando esta efeméride com a posse dos eminentes Desembargadores Vanderlei Romer e Ruy Pedro Schneider.

Na sessão matutina de hoje, o Tribunal de Justiça, a Corte Especial, preencheu todas as nove vagas de Juízes, vagas da Capital do Estado.

Marcamos também, dessa forma, a agilização dos trabalhos no Primeiro Grau. Na sessão que se seguirá a esta sessão solene, a sessão administrativa de hoje à tarde, também na sessão de julgamentos, além dos julgamentos de outras matérias administrativas, a Corte Especial vai debater ainda o novo regulamento do concurso de ingresso na Magistratura do Estado, que vem com novidades, e a criação da Academia Judicial do Poder Judiciário de Santa Catarina, trazendo novidades à formação dos Juízes que lograrem êxito no concurso de ingresso para os quadros da Magistratura do Estado.

De sorte que me congratulo com os eminentes Desembargadores, de modo especial com os eminentes Desembargadores empossados, reiterando e subscrevendo o que foi dito a respeito de Suas Excelências, recebendo-os de braços abertos.

Aqui somos uma grande fraternidade, somos uma família, e todos nós imbuídos dos melhores propósitos, de vencer este grande desafio que temos pela frente nessa mudança de século e de milênio.

Agradeço a presença, que muito nos desvaneceu, nos honra, do Excelentíssimo Senhor Doutor Paulo Roberto Bauer, Digníssimo Governador em exercício, do Excelentíssimo

Senhor Deputado Gilmar Knaesel, Digníssimo Presidente da augusta Assembléia Legislativa do Estado, do Excelentíssimo Senhor Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti, que por tanto tempo conosco, nos quadros da Magistratura do Estado, soube honrá-la, que hoje brilha no egrégio Superior Tribunal de Justiça. Agradeço também a presença do Excelentíssimo Senhor Doutor Odil José Cota, Digníssimo Procurador de Justiça, representando o Ministério Público. Agradeço a presença do Excelentíssimo Senhor General de Brigada Darke Nunes de Figueiredo, Digníssimo Comandante da Décima Quarta Brigada de Infantaria Motorizada. Agradeço a presença do Excelentíssimo Senhor Doutor Dilnei Ângelo Biléssimo, Digníssimo Juiz, representando, neste ato, a Excelentíssima Senhora Presidente do egrégio Tribunal Regional do Trabalho. Agradeço a presença do Excelentíssimo Senhor Doutor Ênio Carneiro da Cunha Luz, Digníssimo representante da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina. Agradeço a presença do Excelentíssimo Senhor Doutor Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço, Digníssimo Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses. Agradeço a presença do Excelentíssimo Senhor Doutor Paulo César Ramos de Oliveira, Digníssimo Secretário de Estado da Justiça e da Cidadania. Agradeço a presença do Excelentíssimo Senhor Deputado Sandro Tazan da Assembléia Legislativa do Estado. Agradeço a presença dos Excelentíssimos Senhores Desembargadores, dos Excelentíssimos Senhores Desembargadores aposentados, dos Excelentíssimos Senhores Procurado-

res de Justiça, dos Excelentíssimos Senhores Juízes de Direito, Promotores de Justiça, servidores do Poder Judiciário, dos parentes dos eminentes Desembargadores empossados, dos amigos, das senhoras e senhores

que nos honraram abrilhantando esta solenidade. A todos o nosso muito obrigado. Está encerrada a sessão solene”.

ÍNDICE NUMÉRICO

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

99.003584-0	—	Pomerode	311
99.014060-1	—	Criciúma	387
99.017184-1	—	Capital	362
99.019114-1	—	Blumenau	359
99.019837-5	—	São José	316
00.000007-8	—	São José	394
00.005286-8	—	Piçarras	291
00.007265-6	—	Palhoça	385
00.009985-6	—	Joinville	371
00.010051-0	—	São José	297
00.010302-0	—	Lages	397
00.013321-3	—	Balneário Camboriú	375
00.013667-0	—	São Bento do Sul	301
00.016395-3	—	Taió	307
00.016674-0	—	São José	377
00.017640-0	—	Tangará	382
00.021827-8	—	Itajaí	330

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

271.286-8	—	Rio Grande do Sul (STF)	617
-----------	---	-------------------------------	-----

APELAÇÕES CÍVEIS

35.437	—	Guaramirim	227
96.001073-4	—	Blumenau	230
96.007026-5	—	Taió	63
97.002760-5	—	Ituporanga	234
97.003819-4	—	Joinville	246
98.000308-3	—	Criciúma	252
98.006120-2	—	Abelardo Luz	87
98.008749-0	—	Urussanga	164
98.009930-7	—	Laguna	60
98.011825-5	—	Lages	76
99.000455-4	—	Timbó	171
99.002567-5	—	Ponte Serrada	119

99.008016-1	— Jaguaruna	105
99.008843-0	— Mondaí	177
99.009225-9	— Ibirama	268
99.011025-7	— Xanxerê	269
99.011489-9	— Xanxerê	95
99.011554-2	— Capital	257
99.011822-3	— Ituporanga	101
99.013000-2	— Capital	262
99.019077-3	— Joinville	151
99.019216-4	— Itajaí	198
99.021559-8	— Itajaí	135
00.001737-0	— Capital	181
00.002786-3	— Joinville	238
00.003103-8	— São José	276
00.004351-6	— Capital	189
00.004972-7	— Dionísio Cerqueira	88
00.006528-5	— Balneário Camboriú	243
00.006875-6	— Capital	112
00.007376-8	— Fraiburgo	280
00.008467-0	— Itajaí	131
00.009590-7	— Itajaí	144
00.009605-9	— Itajaí	287
00.014568-8	— Itajaí	219
00.015938-7	— Tubarão	154
00.016926-9	— Criciúma	90
00.017480-7	— Taió	158
00.020923-6	— Taió	161

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

99.006349-6	— Fraiburgo	7
99.006368-2	— Joinville	25
99.019192-3	— Joinville	20
99.021494-0	— São José	11
99.022745-6	— Tubarão	15
00.001968-2	— Criciúma	17
00.011521-5	— Joinville	35
00.015875-5	— São José	51

APELAÇÕES CRIMINAIS

99.017568-5	— Biguaçu	505
00.001402-8	— São Francisco do Sul	477
00.001565-2	— Timbó	566
00.002307-8	— São Carlos	479
00.002665-4	— Correia Pinto	483
00.007322-9	— Campos Novos	487
00.007680-5	— Ponte Serrada	569

00.008306-2	— Itajaí	491
00.009744-6	— São José	573
00.010482-5	— Criciúma	523
00.013479-1	— Capital	559
00.015736-8	— Joinville	529
00.016666-9	— Imaruí	507
00.017136-0	— Sombrio	513
00.018112-9	— Mondaí	534
00.019037-3	— Ponte Serrada	549
00.019152-3	— Concórdia	577
00.021976-2	— Chapecó	521
00.023146-0	— Araranguá	511
01.008106-7	— Blumenau	494
01.008636-0	— São Joaquim	501

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL

00.015611-6	— Canoinhas	609
-------------	-------------------	-----

EMBARGOS INFRINGENTES

00.015432-6	— Timbó	400
-------------	---------------	-----

HABEAS CORPUS

00.017736-9	— Capital	428
00.018375-0	— Itajaí	407
00.018596-5	— Balneário Camboriú	411
00.018852-2	— Xanxerê	425
00.019395-0	— Concórdia	415
00.020898-1	— Fraiburgo	419
00.022355-7	— Blumenau	438
00.022970-9	— Balneário Camboriú	446
00.023506-7	— Concórdia	434
00.024199-7	— Imaruí	451
00.024534-8	— Araranguá	455
01.000111-5	— Canoinhas	465

MANDADOS DE SEGURANÇA

01.002917-6	— Palhoça	598
-------------	-----------------	-----

MEDIDA CAUTELAR

2.038/SP	— São Paulo (STJ)	629
----------	-------------------------	-----

RECURSOS CRIMINAIS

00.011003-5	— Capital	469
01.000794-6	— Taió	475

RECURSOS DE AGRAVO

00.016676-6	— Capital.....	595
00.020098-0	— Chapecó	592
01.001260-5	— São José.....	585
01.002630-4	— Curitibaanos.....	588

RECURSOS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

99.010967-4	— Timbó.....	601
99.013280-3	— Timbó.....	604

RECURSOS ESPECIAIS

271.981	— Santa Catarina (STJ).....	633
275.436	— Santa Catarina (STJ).....	635

RECURSOS ESPECIAIS CÍVEIS

98.007711-7	— Santa Cecília	641
98.010429-7	— Caçador	643

RECURSOS ESPECIAIS CRIMES

00.004965-4	— Chapecó	644
00.009008-5	— Criciúma.....	646

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIME

00.011268-2	— Capital.....	647
-------------	----------------	-----

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

- Área de preservação permanente — Imóvel. Edificação. Demolição. Liminar concedida inaudita altera pars. Cassação. Decisão não fundamentada e em afronta ao princípio da proporcionalidade. 362

AÇÃO DE COBRANÇA

- Direitos autorais — Ecad. Legitimidade. Bailes públicos promovidos pelo município. Verba devida. 60
- Transporte de mercadorias — Alegação de pagamento pelo serviço. Não comprovação. Obrigação devida. Pleito procedente. 257

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

- Vide Consignação em pagamento.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

- Vide Indenização.

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- Vide Investigação de paternidade.

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

- Vide Possessória.

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO

- Vide Responsabilidade civil.

ACIDENTE DO TRABALHO

- Auxílio-acidente — Reajuste. Acolhimento. Incidência das alíquotas da Lei n. 9.032/95. Pleito procedente. 90
- Auxílio-acidente — Revisão. Incidência de lei nova mais benéfica. Impossibilidade. Violação ao princípio da irretroatividade da lei. Apelo especial provido parcialmente. 635

- Indenização — Conduta culposa da empregadora. Ausência de comprovação. Pleito improcedente. 95
- Indenização — Funcionário de concessionária de veículo. Acidente provocado por cliente em test drive. Precariedade do sistema. Demonstração. Culpa da empresa caracterizada. Pleito procedente. 135

AGRAVO DE INSTRUMENTO

- Vide Recurso.

ALIMENTOS

- Filha maior — Universitária. Incompatibilidade do horário de estudo com a possibilidade de trabalho para seu sustento. Verba devida. 171
- Provisionais — Fixação de percentual sobre os ganhos do avô. Admissibilidade. Obrigação complementar. Aplicação do art. 397 do CC. 262
- Provisionais — Menor deficiente. Pai em situação financeira deficitária. Complementação da verba pela avó. Admissibilidade. Situação econômica confortável. 297

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

- Pensão mensal — Acidente de trânsito. Possibilidade. 387

APELAÇÃO CÍVEL

- Vide Recurso.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA

- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. 494

AUXÍLIO-ACIDENTE

- Vide Acidente do trabalho.

B

BUSCA E APREENSÃO

- Alienação fiduciária — Mora não comprovada. Protesto. Ausência das formalidades previstas no art. 22 da Lei n. 9.492/97. Extinção do feito. 276

- Veículo — Liminar. Indeferimento. Bem indispensável ao trabalho da empresa. Permanência sob a sua custódia. 350

C

CALÚNIA

- Vide Crime contra a honra.

CÓDIGO CIVIL

- Art. 76..... 164
 — Art. 159 135 e 164
 — Art. 160, I..... 291
 — Art. 160, II..... 280
 — Art. 178, § 9º, b, V..... 234
 — Arts. 396 e seguintes 171
 — Art. 397 262 e 297
 — Art. 400..... 171, 262 e 297
 — Art. 904..... 387
 — Art. 940..... 257
 — Art. 964..... 105
 — Arts. 972 e seguintes 246
 — Art. 999, I..... 119
 — Art. 1.000..... 119
 — Art. 1.521, III 135 e 387
 — Art. 1.531 198
 — Art. 1.553..... 131

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

- 131
 — Art. 42, parágrafo único..... 105
 — Art. 43, § 2º 158
 — Art. 51, IV 105

CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 5.624/1979)

- Art. 112..... 559

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

- Art. 17, VI e VII 377
 — Art. 18, caput..... 377
 — Art. 20, § 4º 269

— Art. 21.....	198
— Art. 70, III.....	135
— Art. 111.....	397
— Art. 125, I.....	198
— Art. 130.....	76
— Art. 214, § 1º.....	60
— Art. 258.....	397
— Art. 267, VI.....	63, 287 e 330
— Art. 273.....	135, 362 e 387
— Art. 330, I.....	154 e 161
— Art. 333, I.....	95, 161 e 257
— Art. 333, II.....	257
— Art. 335.....	112 e 189
— Art. 343, § 1º.....	76
— Art. 407.....	76
— Art. 462.....	87
— Art. 472.....	230
— Art. 480.....	25
— Art. 481.....	17 e 25
— Art. 506, I, II e III.....	382
— Art. 508.....	280
— Art. 522.....	382 e 385
— Art. 557, § 1º.....	382
— Art. 583.....	307
— Art. 586.....	230
— Art. 610.....	227
— Art. 618, I.....	119
— Art. 620.....	301
— Art. 804.....	362
— Arts. 890 e seguintes.....	246
— Art. 943.....	181
— Art. 1.022.....	371
— Art. 1.023.....	371

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 6º.....	601
— Art. 11.....	601
— Art. 18.....	446
— Art. 25.....	534
— Art. 41.....	428 e 446
— Art. 43, I.....	428
— Art. 120.....	604
— Art. 239.....	425
— Art. 312.....	438 e 451

— Art. 361.....	434
— Art. 366.....	451
— Art. 383.....	494
— Art. 525.....	446
— Art. 526.....	446
— Art. 527.....	446
— Art. 579.....	469
— Art. 581.....	475 e 524
— Art. 594.....	411
— Art. 595.....	585
— Art. 600, § 4º.....	529
— Art. 617.....	494
— Art. 619.....	609

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR (Decreto-Lei n. 1.002/1969)

— Art. 516.....	469
-----------------	-----

CÓDIGO PENAL

— Art. 121, caput.....	573
— Art. 121, § 2º, I e III.....	529
— Art. 121, § 2º, I, III e IV.....	438
— Art. 121, § 2º, II.....	585
— Art. 121, § 2º, II e IV, in fine.....	573
— Art. 129.....	505
— Art. 129, § 1º, III.....	549
— Art. 129, § 2º.....	549
— Art. 138.....	507
— Art. 147.....	507
— Art. 150.....	505
— Art. 155, §§ 1º e 4º, I.....	477
— Art. 155, § 4º, II.....	494
— Art. 155, § 4º, IV.....	501
— Art. 157, § 2º, I e II.....	411 e 513
— Art. 157, § 2º, II.....	491
— Art. 157, § 3º.....	592
— Art. 168, § 1º, III.....	494
— Art. 171, caput.....	428 e 483
— Art. 171, § 1º.....	483
— Art. 184, §§ 1º e 2º.....	446
— Art. 186, in fine.....	446
— Art. 213.....	487, 534 e 577
— Art. 214.....	505 e 569
— Art. 223.....	534

— Art. 224, a.....	534, 569 e 577
— Art. 226, II e III.....	534 e 569
— Art. 226, III.....	487 e 577
— Art. 316.....	559
— Art. 316, § 1º.....	566
— Art. 327, § 1º.....	559

CÓDIGO PENAL (Lei n. 7.209/1984)

— Art. 1º.....	592
— Art. 14, II.....	529
— Art. 14, parágrafo único.....	487
— Art. 16.....	501
— Art. 29.....	428
— Art. 42.....	595
— Art. 61, II.....	577
— Art. 69.....	559
— Art. 70, caput, in fine.....	529
— Art. 71.....	428 e 534
— Art. 71, parágrafo único.....	577
— Art. 83.....	588

CÓDIGO PENAL (Lei n. 9.714/1998)

—.....	477 e 479
— Art. 44, § 2º.....	501 e 521
— Art. 77, § 2º.....	573

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

— Art. 79, II e III.....	198
--------------------------	-----

COMPETÊNCIA

— Ação previdenciária — Demanda aforada perante a justiça estadual. Competência recursal do Tribunal Regional Federal para o conhecimento e julgamento. Exegese do art. 108, II, da CF.	88
— Exceção de incompetência — Contrato. Cláusula relativa ao foro de eleição. Prevalência. Aplicação do art. 111 do CPC.	394
— Mandado de segurança coletivo — Impetração contra ato de Promotor de Justiça. Competência originária do Tribunal de Justiça para o conhecimento do mandamus.	20

COMPETÊNCIA (matéria penal)

— Furto — Tentativa. Delito praticado contra a CEF. Competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito.	407
— Infração de menor potencial ofensivo — Competência da Turma de Recursos para o processamento e julgamento. Inteligência do art. 82 da Lei n. 9.099/95.	598

CONCUSSÃO

- Delito caracterizado — Titular de cartório extrajudicial. Cobrança excessiva de custas e emolumentos. Comprovação. Condenação mantida..... 566
- Vide Crime contra a administração pública.

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

- Débito — Quitação. Depósito suficiente. Atualização monetária pela TRD. Impossibilidade. Utilização do INPC. Consignatória procedente. 246

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

- 1989 — Art. 83, XI, c..... 20
- Art. 125, II..... 198

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- 1988 — Art. 1º..... 7
- Art. 1º, III..... 189
- Art. 5º, caput..... 617
- Art. 5º, V..... 164 e 189
- Art. 5º, X..... 164
- Art. 5º, XXXIX..... 592
- Art. 5º, LXI..... 419
- Art. 5º, LXVII..... 455
- Art. 5º, LXVIII..... 465
- Art. 20, IV..... 181
- Art. 26, II, in fine..... 181
- Art. 30..... 35
- Art. 37..... 25
- Art. 37, § 6º..... 189
- Art. 93, IX..... 419
- Art. 108, II..... 88
- Art. 109, VI..... 407
- Art. 125, I..... 20
- Art. 133..... 415
- Art. 145, II..... 198
- Art. 145, II, § 2º..... 51
- Art. 150, II..... 25
- Art. 151, III..... 90
- Art. 153, III..... 25
- Art. 175..... 35
- Art. 192, § 3º..... 400
- Art. 196..... 617

CONTRATO

- Revisão — Arrendamento mercantil. Correção monetária pela variação cambial. Incabimento. Inscrição da autora nos órgãos de

- proteção ao crédito. Impossibilidade. Quantum sub iudice. Codecon. Aplicabilidade. Pleito procedente. 144
- Revisional — Leasing. Exigibilidade das prestações vincendas e perda das quantias pagas. Inadmissibilidade. Cláusulas abusivas. Pleito procedente. 105

CONTRAVENÇÃO PENAL

- Perturbação da tranqüilidade — Delito caracterizado. Recurso ministerial pleiteando a condenação por atentado violento ao pudor. Apelo improcedente. 569

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- Concussão — Agente prestador de serviço à Celesc. Exigência de vantagem indevida. Equiparação a funcionário público. Impossibilidade. Absolvição decretada. 559

CRIME CONTRA A HONRA

- Calúnia — Imputação falsa, a alguém, de fato criminoso em programa radiofônico. Delito caracterizado. 507

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

- Sonegação fiscal — Constrição de bens dos sócios. Pessoa jurídica com patrimônio superior a eventual prejuízo da Fazenda. Sequestro desnecessário. Ausência do periculum in mora. Apelo provido. 524

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

- Maconha — Uso próprio. Ausência de provas para a condenação. Absolvição mantida. Apelo ministerial desprovido. 479
- Tráfico de entorpecente — Cocaína. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 511
- Tráfico de entorpecente — Condenação. Substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos. Impossibilidade. Crime hediondo. Cumprimento da pena. Regime fechado. Apelo ministerial provido. 479

CRIME CONTRA OS COSTUMES

- Estupro — Delito caracterizado. Confissão extrajudicial corroborada pelos depoimentos das vítimas, familiares e vizinhos. Condenação mantida. 577
- Estupro — Tentativa. Delito caracterizado. Declarações da vítima coerentes, firmes e corroboradas pelos demais elementos probatórios. Condenação mantida. 487
- Estupro — Violência presumida. Delito caracterizado. Crime hediondo. Inocorrência. Inexistência de lesão corporal grave ou morte. Condenação mantida. 534

D

DANO MORAL

- Banco — Duplicata. Protesto indevido. Inconfiguração. Exercício regular de direito da instituição financeira. Pleito improcedente... 269
- Banco — Revista em cliente por policiais nas dependências da instituição. Ato vexatório acompanhado pela esposa. Participação ativa da cônjuge na demanda. Possibilidade..... 291
- Cheque — Inexistência de fundos. Devolução. Regularidade. Pleito improcedente..... 268
- Cheques — Devolução em face da diferença entre a firma neles aposta e a constante do cartão de assinaturas. Ausência de ilícito. Dano não configurado. Verba indevida. 154
- Indenização — Agressões físicas e expressões preconceituosas por agente público contra pessoa de cor. Constrangimento caracterizado. Responsabilidade civil do Estado. Verba devida. 189
- Indenização — Banco. Inclusão de CPF do autor no cadastro de emitentes de cheques sem fundos. Clientes com o mesmo CPF. Equívoco não imputado ao agente financeiro. Verba indevida..... 158
- Indenização — Inscrição do nome do cliente nos cadastros do SPC. Fato imputável ao próprio devedor. Abalo de crédito. Inocorrência. Verba indevida. 161
- Indenização — Inscrição indevida de cliente no Serasa. Comprovação do dano. Desnecessidade. Verba devida. Quantum. Fixação. Critério. 131
- Indenização — Inscrição indevida de nome do cliente no SPC. Comprovação. Verba devida. Fixação. Critério. 164
- Quantum — Fixação. Critério..... 112

DENÚNCIA

- Inépcia — Ocorrência. Exordial que descreve conduta que não constitui crime. 428
- Inépcia e falta de justa causa — Distinção. 428

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

- Indenização — Pleito procedente. Pretendido recálculo da verba após a expedição do precatório. Impossibilidade. Coisa julgada. 377
- Indenização — Terreno de marinha. Posse de particular. Esbulho pelo município. Título de ocupação. Ausência. Irrelevância. Verba devida. Quantum. Critério. 359

DESPACHO DA VICE-PRESIDÊNCIA

- Recurso especial — Alegada contrariedade ao art. 593, II, do CPC. Caracterização. Dissídio jurisprudencial não configurado. Admissibilidade do apelo especial pela alínea a do item III do art. 105 da CF. 641
- Recurso especial — Comutação de pena. Alegada violação ao art. 112 da LEP. Questão não prequestionada. Contrariedade ao Decreto n. 3.226/99. Configuração. Admissibilidade do apelo. 644
- Recurso especial — Habeas corpus. Alegação de análise aprofundada da prova. Indemonstração. Divergência jurisprudencial. Inocorrência. Inadmissibilidade do apelo. 646
- Recurso especial — Intempestividade. Reconhecimento. Seguimento ao apelo negado. 643
- Recurso extraordinário — Comutação de pena — Alegada violação aos arts. 5º, XLIII, e 84, XII, ambos da CF. Inocorrência. Ausência de prequestionamento. Inadmissibilidade do apelo extremo. 647

DOCTRINA

- Justiça a um grande homem — Volnei Ivo Carlin, Desembargador. . 3

E**EMBARGOS À EXECUÇÃO**

- Vide Execução.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

- Vide Recurso crime. 609

ÊNIO CARNEIRO DA CUNHA LUZ (Dr.)

- Discurso proferido na posse dos Desembargadores Vanderlei Romer e Ruy Pedro Schneider. 651

ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n. 8.906/1994)

- Art. 23. 198

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

- Art. 45. 76
- Art. 121, § 2º. 585

ESTELIONATO

- Cheque furtado e falsificado — Emissão no comércio local. Exame grafotécnico comprovando a autoria e a materialidade. Condenação mantida. 483

ESTUPRO

- Vide Crime contra os costumes.

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

- Vide Competência.

EXECUÇÃO

- Cédula rural — Ausência da juntada dos títulos. Dúvida quanto ao quantum debeatur. Nulidade da execucional. Extinção. 307
- Cédula de crédito industrial — Títulos de renegociação de débitos bancários anteriores. Ausência de juntada dos contratos originários. Liquidez, certeza e exigibilidade inexistentes. Extinção do feito. 119
- Embargos — Duplicatas endossadas. Cobrança. Possibilidade. Cártulas aceitas. Requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade satisfeitos. 230
- Exceção de pré-executividade. Oposição. Circunstância que não suspende o andamento da execucional. 375
- Penhora — Bem de família. Acordo renunciando a impenhorabilidade. Insubsistência. Constrição sobre outros bens para garantir o débito. Determinação. 301

EXECUÇÃO PENAL

- Detração da pena — Tempo de prisão provisória. Impossibilidade. Ausência de nexos causal entre a segregação provisória e a prisão atual do apenado. 595

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

- Decretação — Prescrição retroativa. 434

F**FRANCISCO BORGES (Des.)**

- Discurso proferido na posse dos Desembargadores Vanderlei Romer e Ruy Pedro Schneider. 651

FRANCISCO XAVIER MEDEIROS VIEIRA (Des.)

- Discurso proferido na posse dos Desembargadores Vanderlei Romer e Ruy Pedro Schneider. 651

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

- Exoneração — Posse no cargo. Indemonstração. Indispensabilidade. Segurança denegada. 15
- Exoneração — Ato administrativo. Ausência de motivação. Incabimento. Nulidade. Segurança concedida. 7
- Mandado de segurança — Readaptação funcional. Remuneração referente às horas/atividade. Redução. Percepção da vantagem após cessada a inatividade. Direito líquido e certo. Pleito parcialmente procedente. 11

FURTO QUALIFICADO

- Concurso de agentes — Provas indiciárias fortes, coerentes e convincentes. Condenação mantida. Arrependimento posterior. Caracterização. Pena. Redução. 501
- Delito caracterizado — Contexto probatório emanado dos depoimentos de policiais, declarações da vítima e termo de apreensão da res furtiva. Condenação. 477

H**HABEAS CORPUS**

- Direito de recorrer em liberdade — Negativa. Constrangimento ilegal caracterizado. Acusado que respondeu solto a todos os atos do processo. Ordem concedida. 411
- Direito de recorrer em liberdade — Negativa. Decisão sem qualquer fundamentação. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. 419
- Quebra do sigilo bancário — Impetração do writ. Via inadequada. Não conhecimento. 465
- Trancamento da ação penal — Falta de justa causa. Inocorrência. Prova indiciária justificando, a princípio, o desencadeamento da ação penal. Ordem denegada. 425
- Violação de direito autoral — Indícios da autoria do delito. Demonstração. Alegada ausência de justa causa e inépcia da denúncia. Inocorrência. Ordem denegada. 446

HOMICÍDIO

- Condenação — Pretendido sursis humanitário. Matéria afeta ao juízo da execução. Não conhecimento do apelo. 573

HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Redução — Fixação consoante a regra do art. 20, § 4º, do CPC. 269

I**INDENIZAÇÃO**

- Responsabilidade civil — Obrigação contratual. Inadimplência ou mora. Não comprovação. Pleito improcedente. 252

INVENTÁRIO

- Partilha — Bens. Divisibilidade. Critério..... 371

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- Cumulação com alimentos — Prova testemunhal e perícia hematólogica não conclusiva. Exame de DNA. Necessidade. Conversão do julgamento em diligência. 101

J**JÚRI**

- Homicídio qualificado — Concurso formal imperfeito. Protesto por novo júri. Deferimento. Inadmissibilidade. Decisão cassada. Apelo ministerial provido. 529

JUROS

- Reais — Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF. Maioria de votos. 400

	— Art. 34	268
— N. 8.004/1990	— Art. 22	316
— N. 8.009/1990	—	301
— 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. 20	566
— N. 8.213/1991	— Art. 86	90
— N. 8.245/1991	— Vide Lei do Inquilinato.	
— N. 8.625/1993	— Vide Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.	
— N. 8.880/1994	— Art. 6º	144
— N. 8.906/1994	— Vide Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.	
— N. 8.987/1995	— Art. 9º	35
— N. 9.032/1995	—	90 e 635
— N. 9.099/1995	—	483
	— Art. 82	598
	— Art. 88	469
	— Art. 89, § 1º	415
	— Art. 91	469
— N. 9.437/1997	— Art. 10	521
— N. 9.492/1997	— Art. 8º	311
	— Art. 9º	311
	— Art. 21, § 3º	311
	— Art. 22	276
— N. 9.714/1998	— Vide Código Penal.	
— N. 9.839/1999	—	469
— N. 9.983/2000	—	559

LEGITIMIDADE AD CAUSAM

— Ativa — Locação. Despejo. Herdeiro. Titularidade da actio. Reconhecimento. Exegese do art. 10 da Lei n. 8.245/91.....	243
---	-----

LEI

— Municipal — Isenção aos servidores públicos do imposto de renda. Inconstitucionalidade. Incidente suscitado perante o Órgão Especial do Tribunal Pleno. Exegese dos arts. 480 e 481, ambos do CPC.	25
---	----

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 12	425, 438, 479, 511 e 633
— Art. 16	479 e 511
— Art. 18, III	425 e 511

LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS (Decreto-Lei n. 3.688/1941)

— Art. 61.....	569
— Art. 65.....	569

LEI DAS DUPLICATAS (Lei n. 5.474/1968)

— Art. 9º, § 1º.....	257
— Art. 13, § 4º.....	269

LEI DE EXUCUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)

— Art. 50, II.....	585
— Art. 131.....	588
— Art. 197.....	595

LEI DE IMPRENSA (Lei n. 5.250/1967)

— Art. 20.....	507
----------------	-----

LEI DE USURA (Decreto n. 22.626/1933)

— Art. 4º.....	316
----------------	-----

LEI DO INQUILINATO (Lei n. 8.245/1991)

— Art. 10.....	243
— Art. 35.....	243
— Art. 54 e parágrafos.....	252

LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)

— Art. 7º, II.....	362
--------------------	-----

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

—	585 e 588
— Art. 1º.....	534
— Art. 1º, I.....	438
— Art. 1º, II.....	592
— Art. 2º, caput.....	438
— Art. 2º, I.....	633
— Art. 2º, § 1º.....	479 e 592
— Art. 8º.....	438

LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Lei n. 8.625/1993)

— Art. 41, I.....	20
-------------------	----

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 156/1997 (Estadual).....	198
— Art. 33.....	60

- Art. 35, i..... 11 e 219
- N. 161/1997 (Estadual)..... 11, 60, 198 e 219

LESÃO CORPORAL

- Cumulação com perturbação da tranqüilidade — Delitos caracterizados. Condenação. 505

LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA

- Condenação — Desclassificação para lesão corporal grave. Acolhimento. Debilidade permanente de membro. Comprovação. Recurso parcialmente provido. 549

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

- Vide Sentença.

LIVRAMENTO CONDICIONAL

- Indeferimento — Apenado com reincidência específica em crime hediondo. Decisão mantida..... 588

M

MACONHA

- Vide Crime contra a saúde pública.

MANDADO DE SEGURANÇA

- Autoridade policial — Apreensão de CNH para apuração de fraude. Ato manifestamente ilegal. Vítima de boa-fé que sequer restou denunciada. Restituição do documento. Segurança concedida. . 604
- Esgoto sanitário — Serviço prestado mediante concessão. Remuneração por meio de tarifa. Legalidade e constitucionalidade. 35
- Lei municipal — Fixação de horário bancário. Competência exclusiva da União. Suscitação de inconstitucionalidade da norma. Acolhimento. Julgamento submetido ao Órgão Especial do Tribunal Pleno. 17
- Reexame — CNH. Apreensão pela autoridade policial. Documento relacionado com crime. Ilegalidade e abuso de poder inexistentes. Exegese dos arts. 6º, II, e 11, ambos do CPP. Segurança casada..... 601

MENOR

- Adoção — Deferimento sem o consentimento dos pais ou de prévia destituição do pátrio-poder. Admissibilidade. Prevalência do interesse da criança. 76
- Ato infracional — Medida de internação. Substituição por semiliberdade. Parecer favorável da equipe técnica. Fuga do adolescente. Indeferimento do pleito. Decisão mantida. 585
- Guarda — Modificação. Acolhimento. Genitora dependente química. Manifestação pelo convívio com o pai. Preservação dos interesses das infantes. 238

N**NOTICIÁRIO**

- Posse dos Desembargadores Vanderlei Romer e Ruy Pedro Schneider. 651

NULIDADE (matéria penal)

- Processo crime — Decretação. Defensor constituído que não apresenta defesa prévia. Nomeação de dativo para apresentá-la e defender o acusado. Vulneração ao princípio do contraditório. 491

O**ODIL JOSÉ COTA (Dr.)**

- Discurso proferido na posse dos Desembargadores Vanderlei Romer e Ruy Pedro Schneider. 651

P

PORTE ILEGAL DE ARMA

- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Exame pericial na arma. Ausência. Irrelevância. Condenação..... 521

POSSESSÓRIA

- Reintegração — Arrendamento mercantil. Cobrança do valor residual antecipadamente. Descaracterização do leasing. Transformação em contrato de compra e venda. Interdito possessório im procedente. Apelo desprovido. 151
- Reintegração — Arrendamento mercantil. Valor residual garanti do pago antecipadamente. Transformação em compra e venda a prazo. Descabimento da possessória. Via inadequada. Extinção. . 287
- Reintegração — Arrendamento mercantil. Valor residual garanti do pago antecipadamente. Transformação em compra e venda a prazo. Descabimento da possessória. Via inadequada. Extinção.. 63
- Reintegração — Arrendamento mercantil. Valor residual garanti do pago antecipadamente. Transformação em compra e venda a prazo. Descabimento da possessória. Via inadequada. Extinção.. 330

PRESCRIÇÃO

- Ação de nulidade — Contrato. Vício de consentimento. Existên cia. Prazo prescricional do art. 178, § 9º, V, letra b, do CC. Reco nhecimento..... 234

PRISÃO CIVIL

- Depositário infiel — Decretação. Descumprimento da obrigação legal ou contratual do depósito. Exegese do art. 5º, LXVII, da CF. Ordem de habeas corpus denegada. Maioria de votos. 455

PRISÃO PREVENTIVA

- Habeas corpus — Decretação da segregação contra preso. Índi cios da autoria intelectual de homicídio qualificado contra colega de prisão. Requisitos comprovados. Ordem denegada. 438
- Induzimento à especulação — Decretação para conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal. Ordem de habeas corpus denegada..... 451

PROCESSO CRIME

- Citação editalícia — Vício insanável. Nulidade decretada..... 434
- Justiça Militar — Suspensão condicional do processo. Indeferimento. Inaplicabilidade da Lei n. 9.099/95. Recurso defensivo desprovido..... 469
- Suspensão — Proposta feita pelo Ministério Público e aceita pelo acusado desacompanhado de advogado. Homologação. Nulidade. Participação do causídico indispensável. Novo ato determinado. 415

PROTESTO

- Contrato de câmbio — Apontamento por indicação. Inviabilidade. Sustação. 311

R**RECURSO**

- Agravo de instrumento — Intempestividade. Não conhecimento. Exegese do art. 522 do CPC. 385
- Agravo de instrumento — Intempestividade. Reconhecimento. Inaplicabilidade do Provimento n. 03/92 da Corregedoria-Geral da Justiça. 382
- Apelação — Acordo entre as partes. Homologação. Recurso prejudicado. 87

RECURSO CRIME

- Embargos de declaração — Contradição. Inocorrência. Rejeição... 609
- Sentido estrito — Não conhecimento. Hipótese não referida no art. 581 do CPP. 475

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

- Vide Recurso crime.

RECURSO ESPECIAL

- Crime contra a saúde pública — Tráfico de entorpecente. Indulto. Impossibilidade. Crime hediondo. 633
- Medida cautelar — Pretendido efeito suspensivo contra acórdão que concedeu tutela antecipada. Acolhimento. Perigo de irreversibilidade do provimento antecipatório. Pleito procedente. 629

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Paciente portador de AIDS — Pessoa carente. Fornecimento gratuito de medicamento pelo poder público. Obrigatoriedade. 617

REGIME CARCERÁRIO

- Progressão — Roubo qualificado pela lesão grave. Indeferimento do benefício. Delito que não se enquadra no rol dos crimes hediondos. Decisão cassada. 592

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

- Art. 159..... 25
- Art. 161..... 25
- Art. 243..... 469

RESPONSABILIDADE CIVIL

- Acidente de trânsito — Culpa recíproca. Fixação do percentual indenizatório. Critério. 177
- Reparação de dano — Acidente de trânsito. Culpa exclusiva de terceiro no evento. Configuração. Exclusão da responsabilidade do condutor do veículo abalroador. Apelo provido. 280

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO

- Indenização — Ato ilícito. Creche municipal. Morte de menor. Aplicação da teoria do risco administrativo. Verba devida. 219

ROUBO QUALIFICADO

- Emprego de arma e concurso de agentes — Autoria e materialidade comprovadas. Pena. Dosagem adequada. Condenação mantida. 513

RUY PEDRO SCHNEIDER (Des.)

- Discurso de posse..... 651

S**SENTENÇA**

- Liquidação — Discussão sobre a obrigação principal. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 610 do CPC. 227

SERVIDOR PÚBLICO

- Vide Funcionário público.

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

- Imóvel — Prestações. Atualização pela TR. Inaplicabilidade. Juros. Capitalização. Impossibilidade. Contrato. Incidência da tabela Price. Ilegalidade. Leilão extrajudicial sustado. Liminar concedida.. 316

SONEGAÇÃO FISCAL

- Vide Crime contra a ordem tributária.

SÚMULAS**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

- N. 15..... 90
- N. 19..... 17
- N. 72..... 276
- N. 178..... 90

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- N. 21..... 15
- N. 121..... 316
- N. 159..... 198
- N. 269..... 11
- N. 236..... 90
- N. 341..... 387
- N. 512..... 51
- N. 545..... 35
- N. 608..... 487

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

- N. 20..... 90

T**TAXA**

- Fiscalização e cumprimento de posturas urbanísticas — TFPU. Instituição como exercício do poder de polícia. Legalidade..... 51

- Serviço de iluminação de testada de imóveis — TSIT. Inconstitucionalidade. Declaração. Afronta ao disposto no art. 145, II, da CF. 198

TRÁFICO DE ENTORPECENTE

- Vide Crime contra a saúde pública.

U

USUCAPIÃO

- Extraordinário — Imóvel na ilha de Santa Catarina. Interesse da União. Ausência. Exclusão do feito. Questão que envolve interesses privados. Posse vintenária. Comprovação. Pedido procedente. 181

V

VALOR DA CAUSA

- Dano moral — Fixação do valor por estimativa do autor. Admissibilidade. 397

VANDERLEI ROMER (Des.)

- Discurso de posse..... 651

VOLNEI IVO CARLIN (Des.)

- Justiça a um grande homem..... 3

Composição, revisão e paginação executadas
pela Seção de Revisão
da Divisão de Acórdãos e Publicações
da Diretoria de Infra-Estrutura
do Tribunal de Justiça.

Chefe de Divisão

Idalete Souza

Chefe da Seção de Revisão

Léa dos Santos Sousa

Composição

José Tadeu de Miranda

Revisores

Cleusa Maria de Souza
Christiane Monique Callado Silva
Eliane Cardoso de Melo
Inge Ignez Ruschel Horn
João Paulo da Silva
Maria Fernandes Bez
Sandra Mello Bottaro Vieira
Valmecir José de Souza
Wânia Mara Valentim da Silva

Índice Numérico e Legislativo

Jorge Silveira

Índice por Assunto

Juvenaldo Zangelini

Montagem, impressão e acabamento
realizados pela Divisão de Artes Gráficas,
da Diretoria de Material e Patrimônio
do Tribunal de Justiça.